TEORIA E STORIA
DEL DIRITTO PRIVATO
RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE
PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI

Riflessioni preliminari sull'efficacia giuridica delle *incestae nuptiae*

Numero XVIII – Anno 2025
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico
A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), P. Buongiorno (Univ. Macerata), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), R. Laurendi (Univ. Genova), 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. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale
A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuoglio (Univ. Torino)

Redazione
Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento), M. Beghini (Univ. Roma Tre), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), C. Iovacchini (Univ. Roma 'La Sapienza'), M. Melone (Univ. Roma 'La Sapienza'), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione
C. Cascone, M.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

Teoria e Storia del Diritto Privato
ISSN: 2036-2528
Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Riflessioni preliminari sull'efficacia giuridica delle *incestae nuptiae*

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine e scopo della ricerca – 2. Le *incestae nuptiae* nelle *Gaii Institutiones* (Gai 1.58-63) – 3. Le *incestae nuptiae* nelle *Institutiones* di Giustiniano (I. 1.10.1-11) – 4. Esegesi di Gai 1.64 e I. 1.10.12 – 5. Le *incestae nuptiae* nei *Tituli ex corpore Ulpiani* e nelle *Pauli Sententiae* – 6. Le *incestae nuptiae* nelle *constitutiones* imperiali: *Legum Collatio* e *Codex Theodosianus* – 7. Conclusioni

1. *Oggetto dell'indagine e scopo della ricerca*

Il presente studio esamina la rilevanza sul piano privatistico del matrimonio incestuoso (*incestae nuptiae*) nel diritto romano, dalla riflessione classica fino a Giustiniano.

Sebbene la letteratura abbia ampiamente trattato la figura dell'*incestus*[1], soprattutto in relazione alla *lex Iulia de adulteriis coercendis*

[1] Data la sterminata letteratura sull'*incestum*, per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche nonché per una completa analisi delle fonti che non potranno essere qui discusse, ma solo tenute in considerazione, ci si limita a rinviare in generale a T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 682 ss.; E. WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich*, in *ZSS*, 29, 1908, 340 ss.; P. LOTMAR, *Lex Julia de adulteriis und incestum*, in *Mélanges P.F. Girard*, II, Paris, 1912, 119 ss.; A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in *ZSS*, 63, 1943, 175 ss., ora in *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, 180 ss.; J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, in *RIDA*, 3, 1950, 309 ss., ora in *Etudes de droit romain*, III, Napoli,

e con particolare attenzione ai profili penalistici della fattispecie[2], minore attenzione, invece, ha ricevuto la questione della possibile rilevanza di tali unioni in ambito privatistico. Manca, in particolare, un'analisi esegetica sistematica dei testi giuridici da cui è ricavabile il trattamento delle *incestae nuptiae* nel diritto privato.

In generale, si assume implicitamente che l'illiceità intrinseca di un'unione incestuosa renda automaticamente irrilevante la stessa sul piano del diritto privato. Tra gli studiosi prevale, infatti, l'idea che i giuristi considerassero il matrimonio incestuoso sempre nullo

1980, 105 ss., da cui si cita, in particolare 118-124; J. MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischen Recht*, in *ZSS*, 81, 1964, 52 ss.; R. BONINI, *Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto postclassico e giustinianeo*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 485 ss.; Y. THOMAS, *Mariages endogamiques à Rome. Patrimoine, pouvoir et parenté depuis l'époque archaïque*, in *RHD*, 58, 1980, 345 ss.; A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, in *AUFE*, n.s, 1987, V.1, 11 ss.; E. FRANCIOSI, *Il regime delle nozze incestuose nelle Novelle giustinianee*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988, 727 ss.; M. BETTINI, *Il divieto fino al «sesto grado» incluso nel matrimonio romano*, in *Athenaeum*, 66, 1988, 69 ss., ora in *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986*, Roma, 1990, 27 ss.; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*[6], Napoli, 1999, 117 ss., 135 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano, 2001; P. MOREAU, *Incestus e prohibitae nuptiae. L'inceste à Rome*, Paris, 2002.

[2] Sul plebiscito augusteo, si rinvia alla monografia di G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, ove ulteriore bibliografia. Per quanto concerne la repressione del *crimen* all'indomani della normativa augustea, per lungo tempo si è sostenuto che l'incesto in sé non fosse perseguito autonomamente dalla *lex Iulia*, se non nei casi in cui questo concorresse con l'adulterio o lo stupro. *Contra* A. GUARINO, *Studi*, cit., 181 ss., che ha sostenuto la perseguibilità dell'incesto nella disciplina augustea in un rapporto di *species* a *genus* rispetto allo *stuprum*, ma allo stesso tempo la sua qualifica come autonoma figura di reato. Per ulteriori approfondimenti, anche con riferimento alla pena irrogata, v. da ultimo S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 11 ss.

o inesistente per la mancanza del *conubium*, presupposto fondamentale per un *iustum matrimonium*[3]. Tali impostazioni, però, rischiano di proiettare sul diritto matrimoniale romano categorie dogmatiche contemporanee estranee alla mentalità dei *prudentes*

[3] A favore della nullità sono, tra i più: F. KLINGMÜLLER, voce *Incestus*, in *RE*, IX.2, Stuttgart, 1916, col. 1248, secondo cui «Verbindungen, welche gegen diese Eheverbote verstoßen, gelten privatrechtlich nach jeder Richtung hin als nichtig»; E. FRANCIOSI, *Il regime*, cit., 735; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105, 2011, 209 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*[2], Padova, 2014, 199; P. MOREAU, *Incestus*, cit., 363. A favore della inesistenza sono principalmente: P. LOTMAR, *Lex Julia*, cit., 123; J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 121 ss. e nt. 58, in cui afferma che in ogni circostanza l'unione incestuosa era senza valore giuridico e in alcuni casi si negava la sua esistenza materiale, ma altrove (come alla p. 130) ritiene che i *matrimonia contra legem* erano comunque contratti (la fattispecie del matrimonio incestuoso era difatti in una posizione intermedia, come ricorda anche J. MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe*, cit., 65, che riprende la posizione di Gaudemet); E. VOLTERRA, *«Iniustum matrimonium»*, in *Studi in onore di G.* Scherillo, II, Milano, 1972, 441 ss., ora in *Scritti* giuridici, III. *Famiglia e successioni*, a cura di M. Talamanca, Napoli, 1991, 178 ss., da cui si cita, secondo cui o il *matrimonium* era *iustum*, perché erano presenti tutti i requisiti per reputarlo tale, oppure questo era giuridicamente inesistente; tuttavia, in ID., *La nozione giuridica del 'conubium'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 347 ss., ora in *Scritti giuridici*, II. *Famiglia e successioni*, a cura di M. Talamanca, Napoli, 1991, 297, nt. 48, da cui si cita, lo studioso afferma che espressioni quali *'incestum matrimonium*' e '*incestae nuptiae*' sarebbero tecniche. A questi *adde* O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, Milano, 1973, 1153 s.; A.D. MANFREDINI, *La donna*, cit., 16; A. GUARINO, *Studi*, cit., 187 s.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 69. Particolare è la tesi sostenuta da E. NARDI, *La reciproca posizione successoria dei conugi privi di conubium*, Milano, 1938, 9, per cui i giuristi romani usavano indifferentemente i concetti di nullità e di inesistenza giuridica (sul punto v., però, le osservazioni di S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 69, nt. 18). Anche se non direttamente collegato al diritto matrimoniale romano, sul rapporto tra nullità e inesistenza, esteso a ricomprende anche l'ipotesi dell'inefficacia-sanzione, v. principalmente M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, 1 ss.

(come la nullità[4]), o di attribuire loro una concezione circa l'impossibilità per le unioni incestuose di produrre qualsiasi effetto giuridico.

Le fonti sembrano suggerire, invece, che tale automatismo interpretativo non riflette fedelmente la varietà delle posizioni sui matrimoni incestuosi emerse nell'esperienza romana. In particolare, il confronto tra i passi delle Istituzioni di Gaio (Gai 1.58-64) e di Giustiniano (I. 1.10.12), oltre alle divergenze lessicali già rilevate in sede palingenetica[5], lascerebbe intravedere differenti

[4] In contrapposizione alla tesi di A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 27, che classificava il *matrimonium non iustum* tra le «form of marriages», E. VOLTERRA, *«Iniustum matrimonium»*, cit., 183, già sottolineava che i giuristi classici verificavano se l'unione coniugale avesse o meno i requisiti richiesti per il *iustum matrimonium* (o *iustae nuptiae*) e, di conseguenza, se a questa potevano essere collegati gli effetti giuridici propri del matrimonio legittimo. Dunque, non avendo ancora concepito in quell'epoca il matrimonio come negozio giuridico, il loro scrutinio non poteva «indirizzarsi verso l'idea della nullità e dell'annullabilità di un matrimonio giuridico, né poteva impostare sotto questo aspetto i vari problemi pratici, ma era diretto a determinare se ad un dato rapporto di fatto poteva o meno essere attribuita quella data qualifica giuridica». A partire da questa osservazione, è stato ipotizzato che anche a un *iniustum matrimonium* potessero comunque riconoscersi alcuni effetti giuridici (negati, però, da Volterra, su cui cfr. *supra* nt. 3). Il riferimento è a M.V. SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, Napoli, 2012, nelle cui osservazioni conclusive evidenzia come, ugualmente alle unioni legittime, anche i *matrimonia* privi di alcuno dei requisiti necessari a realizzare un *iustum matrimonium* costituivano delle unioni stabili e durature che potevano essere regolamentate sulla falsariga del *iustum matrimonium*, e a cui potevano essere riconosciuti determinati effetti. Tuttavia, non pare che l'analisi della studiosa si sia estesa a ricomprendere anche il fenomeno delle *incestae nuptiae*.

[5] Ci si sta riferendo principalmente ai volumi di A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I-II, Catania, 1908-1911 (di cui v. soprattutto i *Prolegomeni* in cui sono indicate altre opere con il medesimo fine, soprattutto

concezioni – mai segnalate – circa la natura giuridica delle *incestae nuptiae* nei due distinti contesti storici.

Lo scopo di questa ricerca non è offrire una ricostruzione generale della disciplina delle unioni incestuose, bensì considerare criticamente l'assunto secondo cui tali unioni sarebbero sempre state nulle o inesistenti sul piano privatistico. Si tenterà di dimostrare, inoltre, prendendo come polarità i testi di Gaio e di Giustiniano, come le fonti lascino spazio a una pluralità di concezioni sul tema[6]. Tale ipotesi, se risultasse fondata, potrebbe contribuire altresì a sostenere la possibile interpolazione delle fonti della compilazione giustinianea in cui si afferma l'assenza di effetti privatistici delle *incestae nuptiae*[7]. Ai fini di una più solida ricostruzione, quindi, si analizzeranno – all'occorrenza – quelle fonti che permettano di colmare i due poli costituiti dalle *Institutiones* di Gaio e di Giustiniano[8].

---

quella di C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1901, 101 ss.). Per ulteriori indicazioni v. anche R. BONINI, *Considerazioni*, cit., 489 s.

[6] Non si affronterà quindi il matrimonio incestuoso nell'età arcaica e preclassica, data soprattutto l'incertezza delle fonti sul tema. Sul punto, per fonti e bibliografia, cfr., *e pluris*, D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, 78, 1990, 23 nt. 17; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*[6], cit., 117 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*[2], cit., 28 ss.; P. MOREAU, *Incestus*, cit., 23 ss.

[7] Si rimanda a una prossima pubblicazione in questa rivista l'approfondimento sulle possibili infiltrazioni testuali nei *responsa* dei giuristi, con particolare riferimento a Paul. 6 *ad Sab.* D. 23.2. 52.

[8] Oltre alle ulteriori fonti presenti nella compilazione giustinianea (soprattutto, quelle contenute in D. 23.2 [*De ritu nuptiarum*], C. 5.5 [*De incestis et inutilibus nuptiis*], e alcune delle *Novellae*), si terranno in considerazione quelle presenti nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (Tit. Ulp. 5.6-7), nelle *Pauli Sententiae* (Paul. Sent. 2.19.3-5), nella *Mosaicarum et Romanarum legum collatio* (Coll. 6.2-5) e nel *Codex Theodosianus* (CTh. 3.12).

L'attenzione va dunque rivolta alla fattispecie dell'*incestum per illicitum matrimonium contractum*[9]. Con questa espressione, si fa riferimento all'unione coniugale ritenuta illecita o perché violava i divieti originariamente imposti dal *fas* oppure perché contravveniva alle proibizioni del *ius novum*[10]. A seconda dei casi, le *incestae nuptiae* erano dunque contrarie o ai *mores* o alle *leges*: una distinzione, questa, che una parte degli studiosi ritiene funzionale a differenziare l'*incestum iure gentium* da quello *iure civili*[11].

[9] Dalle fonti giuridiche emerge che l'*incestum* poteva configurarsi anche in assenza di matrimonio, qualora vi fosse un'unione sessuale (in genere accompagnata dalla clandestinità e dalla consapevolezza dell'illiceità) con una parente o affine, sposata, nubile o vedova, distinguendo così tra l'ipotesi dell'*incestum cum adulterio* o *cum stupro*. Tutte e tre le fattispecie compongono il quadro giurisprudenziale delle unioni incestuose. In letteratura, però, pare non esservi stata uniformità iniziale sul punto, anche se a oggi questa distinzione casistica sembra essere generalmente accolta. Cfr., infatti, A.D. MANFREDINI, *La donna*, cit., 15, nt. 16; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 35.

[10] I divieti individuati dal *fas* sarebbero poi stati tramandati dai *veteres mores*. Cfr., infatti, Paul. 6 *ad Plaut.* D. 23.2.39.1. Sul *fas* cfr., tra i più, F. BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di «fas» e «ius»*, in *RISG*, n.s. 10, 1935, 209 ss.; R. ORESTANO, *Dal «ius» al «fas». Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1940, 194 ss.; A. NICOLETTI, voce *Fas*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1961, 100 s., e da ultimo M. BETTINI, *Roma città della parola. Oralità. Memoria. Diritto. Religione. Poesia*, Torino, 2022, 237 ss., secondo cui il *fas* era percepito come apparato deontologico assoluto. Sul rapporto tra *fas* e *mores* nell'individuazione dell'*incestum* cfr. principalmente J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit. 118 ss.; A. GUARINO, *Studi*, cit., 215 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 1 ss.; P. MOREAU, *Incestus*, cit., 17 ss., 43 ss.

[11] In tal senso, v. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 687; P. LOTMAR, *Lex Julia*, cit., 123; E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR*, 38, 1930, 75 ss., ora in *Scritti giuridici*, VII. *Diritto penale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, a cura di M. Talamanca, Napoli, 1999, 82, da cui si cita. La distinzione trova riscontro nelle fonti: cfr. principalmente Pap. 11 *quaest.* D. 12.7.5.1 (su cui v. *infra*, nt. 152); Paul. *l.s. ad. sc. Turpill.* D. 23.2.68 (su cui v. *infra*, nt. 129); Pap. 36 *Quaest.* D. 48.5.(38)39.2. Secondo un diverso orientamento, l'*incestum iure gentium* designerebbe i casi più evidenti e universalmente condannati

Sarà anche necessario, pur senza possibilità di approfondimento in questa sede, richiamare alcune questioni fondamentali relative alle *incestae nuptiae*.

Anzitutto, merita attenzione il rapporto tra la loro configurazione giusprivatistica e la loro qualificazione come *crimen*: si pone infatti il problema se la presunta inesistenza o nullità di tali unioni dipenda da una sentenza penale di condanna o sussista anche in assenza di un accertamento giudiziale[12]. La questione richiama altresì la possibile incidenza, in sede penale, di circostanze soggettive o oggettive che – secondo una prospettiva dogmatica – potevano assumere valore discriminante[13].

---

di incesto, mentre quello *iure civili* riguarderebbe le ipotesi vietate specificatamente dal diritto romano. V., tra gli altri, E. WEISS, *Endogamie*, cit., 358 s.; F. KLINGMÜLLER, voce *Incestus*, cit., coll. 1246-49; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris» nel diritto penale romano*, in *SDHI*, 3, 1937, 401 s.; U. BRASIELLO, voce *Incesto (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 499. Altri autori hanno invece ritenuto che la distinzione sia di epoca classica (sorta probabilmente dopo la *constitutio Antoniniana*) o postclassica, come frutto di una rielaborazione pregiustinianea o addirittura compilatoria. A favore di una genesi classica, si vedano soprattutto F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 405 s., 413 s.; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, 205 s.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 39 ss. Per una lettura postclassica, A. GUARINO, *Studi*, cit., 227 ss. Infine, R. FIORI, *La struttura*, cit., 210, distingue tra l'incesto noto presso altri popoli (*iure gentium*) e quello proprio del *ius Quiritium* (*iure civili*). Per un quadro completo della questione e della sua rilevanza in relazione a profili tecnici che qui non verranno affrontati, v. soprattutto S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 35 ss., ove ulteriore bibliografia.

[12] Sul punto, che potrà essere solo accennato, basti confrontare la prospettiva con cui il tema è affrontato nelle due epoche storiche: le *incestae nuptiae* sono considerate ora come ostacolo alla formazione della *patria potestas* sui figli, ora come unione astrattamente illegittima.

[13] Poiché la problematica non verrà qui direttamente affrontata, ci si limita a rinviare, da ultimo, a S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 47 ss., ove ulteriore bibliografia e informazioni sul punto.

Un ulteriore profilo di rilievo è rappresentato dalle implicazioni della *constitutio Antoniniana* del 212[14], che determinò rilevanti criticità nell'applicazione del diritto romano in ambito provinciale, ove persistevano consuetudini e ordinamenti locali consolidati. Sebbene, in linea teorica, tutti i cittadini (vecchi e nuovi) fossero soggetti al diritto romano, di fatto le pratiche giuridiche locali – talora non compatibili con esso e ritenute illecite – continuarono spesso a sopravvivere come diritto vivente[15].

[14] Per un inquadramento generale nonché per ulteriori riferimenti bibliografici cfr., *e pluris*, C. SASSE, *Die Constitutio Antoniniana*, Wiesbaden, 1968; H.J. WOLFF, *Die 'Constitutio Antoniniana' und Papyrus Gissensis 40 I*, I-II, Köln, 1976; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli, 1975, 777 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*[2], cit., 459 ss. (ove utili riferimenti bibliografici); M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, 520 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, 101 ss.; D. MATTIANGELI, *«La «constitutio Antoniniana» e la sua problematica: una nuova analisi "evoluzionista" di tale provvedimento»*, in *Studia Prawnoustrojowe*, 12, 2010, 133 ss.; O. LICANDRO, *La constitutio Antoniniana del 212 d.C. e il paradigma urbano. Una "diversa" lettura di P. Gissen 40.1*, in *Annvario della Scuola archeologica di Atene e delle missioni italiane in oriene*, 98, 2020, 467 ss.; P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi di storia del diritto romano*, Napoli, 2024, 329 ss.

[15] La coesistenza di normative diverse ha portato la dottrina, soprattutto tedesca, a distinguere tra *Reichsrecht* e *Volksrecht*. La formulazione, introdotta da L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, descrive un dualismo giuridico in cui il diritto romano, pur formalmente vigente, coesisteva con prassi locali. Ciò generò un processo di volgarizzazione del diritto (*Vulgarrecht*), ben attestato nelle province orientali, ma non assente in quelle occidentali. Secondo Mitteis (e parte della dottrina successiva), il *Volksrecht* sopravviveva *de facto*, sebbene i cittadini romani dovessero formalmente osservare il *Reichsrecht*. Per altri, a partire da E. SCHÖNBAUER, *Reichsrecht gegen Volksrecht? Studien über die Bedeutung der Constitutio Antoniniana für die römische Rechtsentwicklung*, in *ZSS*, 51, 1931, 277 ss., esisteva invece la cosiddetta doppia cittadinanza, e hanno prospettato la vigenza dei diritti locali come consuetudini valide, purché non confliggenti con il diritto romano. Sulla questione, cfr. le osservazioni di V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del*

Dunque, è alle Istituzioni di Gaio, eventualmente confrontate con frammenti tratti da altre opere del giurista, che si rivolgerà ora la nostra attenzione.

2. *Le incestae nuptiae nelle Gaii Institutiones* (Gai 1.58-63)

Il giurista si occupa delle *nuptiae quibus abstinere debemus* seguendo una precisa scansione[16], nella quale non sono però incluse le ulteriori ipotesi di *nuptiae*, contrarie alla legislazione augustea, di cui il giurista era a conoscenza[17].

---

diritto romano[7], Napoli, 1957, 338 ss., 424 ss.; M. AMELOTTI, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti*, in *SDHI*, 65, 1999, 211 ss.; P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi*, cit., 331 ss. Da ultimo, si consideri anche la 'diversa' lettura di O. LICANDRO, *La constitutio*, cit., 467 ss., part. 489 s., che sposta l'attenzione sul paradigma della *civitas* e dell'*urbanitas*. In tale prospettiva, non sarebbe il diritto romano in quanto tale a imporsi o a coesistere, ma la città stessa a divenire il criterio attraverso cui riconoscere l'acquisto della cittadinanza e l'adeguamento al suo *ius*, ossia al *ius civile*. La pluralità giuridica riscontrata nelle fonti, più che riflesso della mera sopravvivenza di normative locali, verrebbe così misurata in base al grado di adesione al modello urbano romano. Tale impostazione sembrerebbe trovare riscontro anche in alcune fonti relative alle *incestae nuptiae*, come Paul. Sent. 2.19.3 (su cui v. *infra*, § 5) e Coll. 6.4.3 (su cui v. *infra*, §6).

[16] Gai 1.59 (*nuptiae* tra ascendenti in linea retta naturali o adottati); Gai 1.60 (minor rigorosità nel caso di nozze tra collaterali); Gai 1.61 (matrimonio tra fratello e sorella naturali o adottati); Gai 1.62 (legittimità del matrimonio tra zio e nipote *ex fratris*); Gai 1.63 (rapporti di *adfinitas*); Gai 1.64 (effetti giuridici delle *nuptiae nefarias atque incestas*).

[17] Tra queste – definite poi da Giustiniano, insieme a quelle incestuose, *prohibitae* – vi erano le *nuptiae* tra i senatori (e i loro discendenti) e le libertine, le donne di teatro e le prostitute; vietate erano altresì le nozze tra gli *ingenui* e le donne *famosae*, ossia le mezzane, le donne manomesse da un mezzano o da una mezzana, le adultere, le attrici e quelle *iudicio publico* o *senatu damnatae*. Cfr., soprattutto, Tit. Ulp. 13.1-2; 16.2; Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap* D. 23.2.44 pr. Ulteriori casi sono riportati in Marcian. 2 *inst.* D. 23.2.57; Marcian. 2 *inst.* D. 30.128, Marcian. 10

Al di là di questo, si ritiene opportuno anticipare che di queste fonti verranno analizzati con precisioni gli elementi atti a far emergere, anche in contrapposizione con le *Institutiones* di Giustiniano (su cui v. *infra*, § 3), una diversa di concezione delle *incestae nuptiae* tra le due epoche[18].

Gai 1.58: |*Non tamen omnes nobis uxores ducere licet;*[19]|nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. [P. KRÜGER, W.

inst. D. 48.5.7. A seguito di un senatoconsulto di Marco Aurelio e di Commodo, l'unione tra i membri appartenenti alla classe senatoria e i liberti sarebbe stata illegittima anche rispetto al *ius civile*: a queste ci si riferisce infatti come *nuptiae non sunt*. Cfr., per esempio, Paul 35 *ad ed.* D. 23.2.16 pr.; Mod. *l. s. de ritu nupt.* D. 23.2.42.1; Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23.1.16; Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3.1. Su questa trasformazione, si rinvia principalmente a R. ASTOLFI, *Il matrimonio*[2], cit., 231 ss., 262 ss., ove ulteriori fonti e bibliografia.

[18] Già E. VOLTERRA, voce *Matrimonio (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, 726 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 298 s., da cui si cita, aveva posto in rilievo la mutata qualificazione tra età classica ed epoca giustinianea del divieto di *incestae nuptiae* tra ascendente e discendente, e la diversa prospettiva con cui, nelle due opere, si esprimeva l'impossibilità giuridica di tali unioni. Richiamandosi al significato di *impedimentum* nei testi classici (su cui v. *infra*, nt. 31), osservava che, mentre per Gaio '*contrahi nuptiae non posse*' dipendeva dalla mancanza del *conubium*, per i compilatori – espungendo le parole '*nec inter eas conubium sit*' – il divieto non rinviava all'assenza di un requisito positivo, ma a una proibizione in senso stretto, quale elemento negativo impeditivo della formazione del vincolo. L'autore, però, pare mantenere la tesi già altrove sostenuta dell'inesistenza giuridica delle *incestae nuptiae* all'epoca del principato (su cui v. *supra*, nt. 3)

[19] Com'è noto, il tratto in corsivo è il risultato dell'integrazione della linea 18 del *folium* 57*r* del Palinsesto veronese, sulla base di quanto si riesce a leggere nella parte iniziale di I. 1.10.1. V. W. STUDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund. Accedit pagina codicis Veronensis photographice efficta*, Lipsiae, 1874, 15, che osservava come il rigo 18 (come il 5, il 6 e il 17) non presentava tracce d'inchiostro, circostanza confermata anche dal *Broullion* degli studiosi che per primi esaminarono il Palinsesto. L'integrazione con il passo giustinianeo era stata inizialmente proposta da J.F.L. GÖSCHEN, *Gaii*

STUDEMUND, *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum in usum scholarum Paulus Krueger et Guilelmus Studemund. Inest epistula critica Theodori Mommsen*[7], Berolini, 1923, 15][20]

Il passo si inserisce nel contesto della questione relativa al sorgere o meno della *patria potestas* del *pater* sui propri *liberi*[21]. Gaio

Institutionum commentarii IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae Scientiarum academiae Borussicae nunc primum editi. Accedit fragmentum ueteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum. Cum tabulis aereis, Berolini, 1820, 22, nt. 3 (*non omnes nobis uxores ducere licet*) e in seguito recepita in edizioni di altri studiosi: cfr., principalmente, C. LACHMANN, *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Ex membranis deleticiis Veronensis Bibliothecae Capitularis eruit Io. Frid. Lud. Göschen. Accedit veteris iurisconsulti de iure fisci fragmentum ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum. Carolus Lachmannus ad schedas Goescheni Hollwegii Blumii recognovit. Goescheniana editio tertia cum tabulis aeri incisis*, Berolini, 1842, 27, nt. 6; P.E. HUSCHKE, *Gaius*, in *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum composuit, recensuit, adnotavit Ph. Eduardus Huschke. Editio quinta denuo aucta et emendate*[5], Lipsiae, 1886, 187, nt. 3 (anche se preferisce la lezione *'Sed nec liberas omnes nobis uxores ducere licet'*); G. BAVIERA, *Gai institutionum commentarii quattuor*, in *FIRA*[2], Florentiae, 1968, 19; U. MANTHE, *Gaius. Institutiones. Die Institutionen des Gaius. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe*[2], Darmstadt, 2015, 58. V. anche E. BÖCKING, *Gai Institutiones. Codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas conpositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicauit Eduardus Böcking. Accesserunt Goescheni de codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt*, Lipsiae, 1866, 15 e A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, cit., 102 s.

[20] I vari passi delle *Institutiones* di Gaio commentati sono tratti dall'edizione di Studemund-Krüger citata nel corpo del testo, indicando il numero della pagina dell'edizione tra parentesi quadre. I testi privi di tale indicazione rinviano invece alla seconda edizione dei FIRA.

[21] Se si segue la successione dei paragrafi delle *Institutiones*, è evidente che la preoccupazione principale del giurista fosse quella di discernere i casi in cui era possibile riconoscere in capo al *pater* la *patria potestas*, per la quale era (principalmente) necessaria la contrazione di *iustae nuptiae*, su cui v. Gai 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus* […]. A sostegno di

afferma che non è lecito unirsi in matrimonio con qualunque donna[22], e che dobbiamo astenerci dalle nozze con alcune di esse.

questa premessa basti considerare anche Gai 1.49, nel quale il giurista distingue tra le *personae* che risultano essere *in potestate*, *in manu* e *in mancipio*, trattandone la disciplina dei primi da Gai 1.51 a Gai 1.107.

[22] L'espressione '*uxorem ducere*' non appare tecnica del solo *ius civile*, come mostra Tit. Ulp. 5.3 (*Conubium est uxoris iure ducendae facultas*), in cui si precisa che il *conubium* consiste nella *facultas* di prendere moglie *iure*. Ne consegue che, in assenza di *conubium*, si può comunque *uxorem ducere*, senza però che l'unione produca effetti giuridici per il *ius civile*. Rispetto a *mulier*, che pare riferirsi alla donna in quanto tale e, per estensione, a quella maritata (cfr., per esempio, Gai 1.113 e Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.13), *uxor* sarebbe più tecnico, in quanto con il sostantivo si indicherebbe sia la donna con cui sono state contratte *iustae nuptiae*, sia colei con cui si è instaurato un matrimonio non *iustum*; alla stessa conclusione, ma in senso inverso, si potrebbe giungere con riferimento a *mulier*, come dimostrerebbe il passo di Ulp. D. 24.1.32.13. Sul punto, cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon, zu den Quellen des römischen Recht*[10], Graz, 1958, 610, secondo i quali *uxor* è «Ehefrau, Ehegattin, mag die Ehe die besonderen zivilrechtlichen Wirkungen haben (*matrimonium iustum,* wenn *conubium* unter den Gatten besteht) oder nicht (*matr. iniustum* wegen mangelnder Ehegemeinschaft) mag die zivile Ehe Manusehe oder freie Ehe sein)», a cui *adde VIR*, V, Berolini, 1939, 1611 s.; *OLD*, ed. by P.G.W. Glare, Oxford, 1982, 2123. In definitiva, solo dal contesto è possibile desumere se la *uxor* sia tale anche per il *ius civile*. Per esempio, in Gai 1.55 (testo alla nt. 21) e Gai 1.64 (*infra*, § 4), dato il riferimento alla *patria potestas* derivante da *iustae nuptiae*, è chiaro il riferimento alla moglie legittima. Se, pertanto, la locuzione '*uxorem ducere*' aveva carattere generale, l'avverbio *licet* potrebbe, in simili contesti, implicare una legittimità *iure* (cfr. sempre H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*[10]*,* cit., 316, *sub* b)], esprimendo in Gaio la sussistenza degli elementi positivi richiesti dal *ius civile* per la validità del matrimonio; in Giustiniano, invece, *licet* rimanderebbe alla conformità (o meno) dell'unione ai divieti normativi. Si ritroverebbe, dunque, quella contrapposizione tra elemento positivo e negativo sostenuta da Volterra (su cui v. la nt. 18). Per una panoramica della trasformazione subita nel Tardoantico dalle espressioni utilizzate per indicare l'atto di sposarsi, soprattutto nel contesto delle unioni illegittime, v. L. DE BONFILS, *La 'terminologia matrimoniale' di Costanzo II. Uso della lingua e adattamento politico*, in *Labeo*, 42, 1996, 254 ss., e nello specifico 254 nt. 3,

È opportuno soffermarsi sul sintagma '*abstinere debemus*', poiché l'espressione impiegata da Gaio sembra avere un significato diverso rispetto al corrispettivo passo delle Istituzioni di Giustiniano (I. 1.10.1, su cui v. *infra*, § 3). Infatti, l'uso del servile '*debere*', associato ad *abstinere*, parrebbe richiamare quello che, secondo le nostre categorie dogmatiche, potremmo definire come un onere che deve essere adempiuto dal singolo per evitare di infrangere il divieto di *incestae nuptiae*, e subire così le conseguenze negative previste dall'ordinamento. In questo senso, per Gaio, l'opportunità di contrarre o meno nozze incestuose sarebbe affidata alla responsabilità del singolo, libero di scegliere se conformarsi o meno al divieto. Pertanto, malgrado il divieto, parrebbe che la volontà di rispettarlo dipenda da una discrezionalità individuale.

Gai 1.59: inter eas enim personas, quae parentum liberorumue l*ocum* inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inte*r* patrem et filiam uel inter matrem et filium vel inter auum et neptem. et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. et haec adeo ita sunt, ut quamuis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non poss*i*nt inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam quae mihi per adoptionem filia*e aut* neptis loco esse coeperit, non potero *u*xore*m* ducere, quamuis eam emancipaueri*m*. [15]

Il passo enuncia la regola secondo cui tra parenti in linea retta, tanto ascendente quanto discendente, non è ammessa la possibilità di contrarre *nuptiae*, né sussiste tra essi *conubium*. Qualora tali persone si unissero, si contrarrebbero nozze empie e incestuose.

in cui vi è un elenco dei testi in cui i giuristi classici applicavano l'espressione '*ducere uxorem*' per indicare la realizzazione di un'unione matrimoniale.

Gaio precisa inoltre che il divieto si estende anche alla parentela adottiva, e nemmeno la dissoluzione di tale legame mediante *emancipatio* permette che vi siano nozze[23].

In sostanza Gaio affermerebbe una generale inammissibilità di contrarre *nuptiae* incestuose tra tali soggetti, rilevando poi – calando così la prospettiva sul piano del *ius civile* – l'assenza del *conubium* quale impedimento specifico alla costituzione di *iustae nuptiae*[24].

Tuttavia, con riferimento alle unioni collaterali, si legge

---

[23] Su questo aspetto cfr. Pap. 36 *quaest*. D. 1.7.13: *In omni fere iure finita patris adoptivi potestate nullum ex pristino retinetur vestigium: denique et patria dignitas quaesita per adoptionem finita ea deponitur.* Sul passo, v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 879, nt. 8, che collega il responso di Papiniano a Gai 1.59 e ipotizza che il frammento, nell'opera originaria, aprisse il titolo '*Ad legem Iulia de adulteriis*', proseguendo poi con le fattispecie trattate in Pap. 36 *quaest*. D. 48.5.39(38). Sul rapporto tra la natura e il *ius civile* nei rapporti familiari – in particolare nella costruzione agnatizia della filiazione, che integra la generazione naturale con quella giuridicamente fittizia – v. Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in *Storia delle donne in Occidente*, I. *L'antichità*, a cura di G. Duby e M. Perrot, Roma-Bari, 1990, 103 ss., in particolare le pp. 117-121, che riconosce, nel legame naturale, la permanenza di una filiazione priva di rivestimento giuridico che continua a sussistere, pur dopo la cessazione del vincolo civile, su piani distinti da quello successorio.

[24] L'assenza di *conubium* sembra quindi distinta dall'impossibilità di contrarre *nuptiae*, a differenza di quanto affermato in Tit. Ulp. 5.6: *inter parentes et liberos, cuiuscumque gradus sint, conubium non est*; cfr. anche R. FIORI, *La struttura*, cit., 210. Si potrebbe quindi ipotizzare – seppur a solo titolo esplorativo – che, se si accoglie la tesi secondo cui l'*incestum* tra parenti e affini in linea retta sarebbe di *ius gentium*, mentre quello tra collaterali di *ius civile*, in Gai 1.59 il giurista potrebbe far riferimento – implicitamente – a questa distinzione, inquadrando la fattispecie come *incestum iure gentium*. Nel passo si afferma, infatti, l'impossibilità a priori di contrarre *nuptiae*, senza ricorrere alla terminologia della *prohibitio*, impiegata invece in Gai 1.61 per i collaterali. In quest'ultimo passo, l'espressione '*nuptiae prohibitae sunt*' parrebbe indicare una semplice proibizione, superabile col venir meno del vincolo adottivo.

Gai 1.60: Inter eas quoque personas quae ex transverso gradu cognatione iunguntur est quaedam similis observatio, sed non tanta. [16]

La formula '*similis observatio, sed non tanta*' pare segnalare che, pur sussistendo un divieto analogo a quello stabilito per i parenti in linea retta, esso opera con minore rigidità[25]. Il confronto tra Gai 1.59 e Gai 1.61[26] consentirebbe di cogliere il senso di tale attenuazione, ossia che nel caso dei collaterali adottivi,

[25] Una differenza si potrebbe cogliere anche sul piano sanzionatorio, qualora l'*incestum*, in linea retta o collaterale, avvenga al di fuori di un contesto matrimoniale. Tacito riferisce sia il caso di Lucio Silano con la sorella Giunia Calvina (Tac. *ann.* 12.8.1), punito con l'esilio (non è certo se *relegatio* o *deportatio in insulam*), sia quello di Sesto Mario con la figlia (Tac. *ann.* 6.19.1; Dio. Cass. 58.22.2-3.), punito con la *praecipitatio e saxo*. Sul tema v. P. MOREAU, *Incestus*, cit., 177 ss. Nel primo caso, probabilmente orchestrato da Agrippina (cfr. Tac. *ann.* 12.3-4), si sarebbe trattato di *incestum* connesso ad *adulterium*, mentre sul secondo mancano elementi certi a inquadrare meglio la fattispecie, sebbene sembri che l'episodio fosse un escamotage per acquisire le ingenti ricchezze di Mario (Tac. *ann.* 6.19.1). Infine, sempre in Tac. *ann.* 12.8.1, si ricorda l'ordine impartito da Claudio ai pontefici, secondo la tradizione delle *leges Tullii regis*, di compiere *sacra* e *piacula* presso il bosco sacro a Diana, a conferma del nesso tra *incestum* e *nefas*. Cfr. S. TREGGIARI, *Roman Marriage. 'Iusti Coniuges' from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991, 156 s.; A. PASQUALINI, *L'incesto di Silano e il bosco di Diana*, in *"Latium Vetus et Adiectum". Ricerche di Storia Religione e Antiquaria*, Tored, 2013, 191 ss.

[26] Gai 1.61: sane inter fratrem et sororem prohibitae sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem const*a*t adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum uero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil in*pe*dimento erit nuptiis [16].

l'impedimento perdura fintantoché permane il vincolo adottivo; venuto meno quest'ultimo, il matrimonio diviene possibile[27].

Difatti, in Gai 1.61, dopo aver precisato che tra fratello e sorella germani o unilaterali *nuptiae prohibitae sunt* (espressione, quest'ultima, che descrive in termini oggettivi l'interdizione del vincolo matrimoniale e che appare funzionalmente equivalente a '*nuptiae contrahi non possunt*' impiegata in Gai 1.59 nonché all'*abstinere debemus* di Gai 1.58)[28], il giurista afferma che:

---

[27] S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 72, interpreta invece la locuzione come estensione quantitativa del divieto di *nuptiae* ai collaterali fino al terzo grado, eccezionalmente al quarto (cfr. Gai 1.62 e Gai 11 *ad ed. prov.* D. 23.2.17.2). Secondo lo studioso, il criterio sarebbe allora quantitativo, non qualitativo. A sostegno di tale interpretazione, Puliatti osserva che Gaio non vieta in modo esplicito il matrimonio tra cugini, fattispecie riconosciuta come *crimen incesti* solo in età tardoimperiale, per intervento di Teodosio I (sebbene non sia chiaro con quale costituzione) e di Arcadio (su cui cfr. CTh. 3.12.3, *infra* al § 6). Tuttavia, questa lettura non spiega appieno il contrasto tra Gai 1.59 e 61, poiché presuppone che Gaio delinei un'estensione illimitata del divieto in linea retta, elemento che in realtà – a differenza di Gai 11 *ad ed. prov.* D. 23.2.53 (su cui, però, v. *infra* la nt. 29) – non emerge nelle *Institutiones*, in cui si riportano solo esempi specifici. A favore dell'interpretazione proposta nel corpo del testo, si consideri inoltre il senso dell'avverbio *sane* con cui si apre Gai 1.61: nonostante non introduca un'attenuazione del divieto, che anzi appare rafforzato, la mitigazione normativa si manifesta nella possibilità di contrarre matrimonio dopo l'emancipazione, ipotesi assente in Gai 1.59, in cui la negazione del *conubium* tra parenti in linea retta perdura anche dopo lo scioglimento del vincolo familiare, affermandosi con rigore assoluto.

[28] Da Cornelio Nepote apprendiamo che presso gli Ateniesi era lecito contrarre matrimonio tra fratellastri unilaterali. V. Nep. *Cim.* 1.3: *Atheniensibus licet eodem patre natas uxores ducere*. Cimone, infatti, aveva sposato la sorella Elpinice. Nella *praefatio*, Nepote osserva come un simile matrimonio – da lui comunque definito tra fratelli germani – sarebbe considerato *nefas* secondo i *mores* romani (*neque enim Cimoni fuit turpe, Atheniensium summo viro, sororem germanam habere in matrimonio, quippe cum cives eius eodem uterentur instituto; at id quidem nostris moribus nefas habetur*).

Gai 1.61: […] si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum uero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis. [16]

L'avverbio *sane* rafforzerebbe l'affermazione del divieto: un matrimonio legittimo (*nuptiae non possunt consistere*[29]) è certamente impedito in costanza di adozione. Ma, se vi è *emancipatio*, il *conubium* si ricostituisce e la formazione di *iustae nuptiae* diverrà possibile (*uxorem ducere*)[30] come possiamo dedurre dall'affermazione finale, secondo cui '*nihil impedimento erit nuptiis*'[31].

[29] È da notare che l'espressione '*nuptiae non possunt consistere*', assente in Gai 1.59, ricorre invece in Gai D. 23.2.53: *Nuptiae consistere non possunt inter eas personas quae in numero parentium liberorumve sunt, sive proximi sive ulterioris gradus sint usque ad infinitum.* Non è certo se tale formulazione risalga effettivamente a Gaio – come sostenuto da molti – o se sia frutto dell'attività dei compilatori. A favore di quest'ultima ipotesi milita, oltre all'assenza della formula nelle *Institutiones*, l'impiego dell'aggettivo *infinitus*, mai attestato nel manuale per descrivere la regola applicabile a tali rapporti. *Infinitus* si ritrova (forse) in Tit. Ulp. 5.6 (su cui v. *infra* la nt. 87) e in I. 1.10.1, quest'ultimo probabilmente un adattamento di Gai 1.58-59 al nuovo contesto storico (cfr. A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, cit., 102). Quanto al frammento del Digesto, si può ipotizzare che l'esplicazione della regola fosse funzionale al contesto dell'opera da cui è tratta, ossia il commento all'editto provinciale (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 218, n. 249). R. ASTOLFI, *Il matrimonio classico*[2], cit., 187 s., sospetta, in ogni caso, l'aggiunta delle espressioni '*infinite*' e '*ad infinitum*' per mano di compilatori postclassici o giustinianei, per chiarire la portata originaria e assoluta del divieto romano e per adeguarlo a quello cristiano.

[30] V. le riflessioni riportate alla nt. 22.

[31] Il principio emerge anche in Gai 11 *ad ed. prov.* D. 23.2.17 pr.: *Per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nuptias, donec manet adoptio: ideoque eam, quam pater meus adoptavit et emancipavit, potero uxorem ducere. aeque et si me emancipato illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio.* Cfr. anche Gai 11 *ad ed. prov.* D. 23.2.17.2, relativo all'illiceità del matrimonio con la zia e la prozia paterna, anche

Si configurerebbe così una distinzione netta rispetto alle unioni in linea retta, in cui l'*impedimentum* permane anche dopo la dissoluzione del legame adottivo. Diversamente nelle relazioni collaterali, una volta cessata l'adozione, possono costituirsi *iustae nuptiae*, mentre, in presenza di *cognatio naturalis*, deficita il *conubium*, analogamente a quanto avviene nelle unioni tra ascendenti e discendenti[32].

Vi è inoltre *impedimentum*, anche nel caso in cui la potenziale sposa sia la figlia della sorella, mentre ciò non vale per la figlia del fratello, con cui possono esservi *iustae nuptiae*, come affermato in Gai 1.62. Gaio riferisce che entrambe le ipotesi erano state recepite anche in costituzioni imperiali, pur senza indicare quali[33]. Specifica

se adottive. Sulla nozione di *impedimentum*, la maggior parte degli studiosi lo assimila alla moderna categoria degli impedimenti matrimoniali (così da ultimo S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 69 s.). Più aderente alle fonti appare, tuttavia, la ricostruzione che riconduce l'*impedimentum* alla privazione del *conubium*, e dunque all'impossibilità di dar luogo a un *iustum matrimonium*: cfr. J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., *passim*, ma specialmente 109; E. VOLTERRA, «*Iniustum matrimonium*», cit., 178 ss. In termini affini anche A. GUARINO, *Adfinitas*, Milano, 1939, 54, che parla di «impedimento al *conubium*» e di «divieto di *conubium*». Per ulteriori ipotesi di *impedimentum* alle *nuptiae* cfr. Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.11; Pap. 18 *quaest.* D. 35.1.72.4; Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134. Sul rapporto tra *impedimentum* e gli effetti dell'*adoptio* (così come dell'*adrogatio*), v. da ultimo S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 66 e la bibliografia citata alla nt. 7.

[32] La regola non risulta modificata in Gai Ep. 1.4.2, nonostante la formula '*prohibitae sunt nuptiae*' sia stata sostituita con '*matrimonia esse non possunt*', da cui pare trasparire una concezione diversa rispetto a quella di Gai 1.61, più orientata a una incapacità giuridica assoluta delle parti a contrarre un matrimonio, tale da impedirne in radice la formazione.

[33] Così Gai 1.62: Fratris filiam uxorem ducere licet; idque primum in usum uenit, cum diuus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis uero filiam uxorem ducere non licet. et haec ita principalibus co*n*stitutionibus significantur [16]. Cfr. anche Tit. Ulp. 5.6 (testo al § 5). Ulteriori fonti in P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta. Una palingenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Lecce, 2010, 274 s. Tra le

tuttavia che il divieto di nozze tra zio paterno e *fratris filia* fu rimosso da Claudio che, tramite un apposito atto normativo, rese possibile qualificare tale unione come fattispecie di *iustae nuptiae*[34].

Sull'eccezionalità di questa nuovo assetto, è utile il confronto con la seguente fonte

Tac. *ann.* 12.6.3: *At enim nova nobis in fratrum filias coniugia: sed aliis gentibus sollemnia, neque lege ulla prohibita; et sobrinarum*[35] *diu ignorata*

costituzioni non precisamente identificate, dalla storiografia è annoverata quella di Nerva (Dio. Cass. 68.2), su cui cfr. principalmente P. MOREAU, *Incestus*, cit., 200 s., ntt. 168-175; P. BUONGIORNO, *Senatus consulta*, cit., 277, nt. 580, ove ulteriori riferimenti. Le nozze tra zio paterno e nipote rimasero infatti lecite fino al 295 d.C., come attesta Coll. 6.4.5 (testo al § 6), in cui l'*edictum* di Diocleziano e Massimiano esclude tra le *nuptiae* non *permissae* l'unione con la *fratris filia*, vietando solo quelle con la *sororis filia*. La proibizione del matrimonio con la *fratris filia* sarebbe stata formulata già in CTh. 3.12.1 e recepita nella compilazione giustinianea (v. *infra*, al § 3, I. 1.10.3) mediante la massimazione al testo dell'*edictum* conservatosi nella *Collatio* (cfr. infatti C. 5.4.17). Sul matrimonio tra Claudio e Agrippina, cfr. A. GUARINO, *Studi*, cit., 218 s.; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*[6], cit., 14, nt. 20; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 99, nt. 61; P. BUONGIORNO, *Senatus consulta*, cit., 71 ss.

[34] Oltre al passo di Gaio, v. Tac. *ann.* 12.7.2: *senatumque ingressus decretum postulat quo iustae inter patruos fratrumque filias nuptiae etiam in posterum statuerentur.* Dal contesto si evince, dunque, che i *patres* deliberarono dietro richiesta di Claudio. Sul contenuto e sull'interpretazione del senatoconsulto Claudiano, v. da ultimo P. BUONGIORNO, *Senatus consulta*, cit., 274 ss. Per una probabile identificazione del senatoconsulto Claudiano con il *Turpillianum* cfr. J. CUIACIUS, *Opera*, IV, Prati, 1837, 2831-2835, par. 2832 e ID., *Opera*, IX, Prati, 1839, 2597 s.; A.D. MANFREDINI, *La donna*, cit., 16 nt. 25.

[35] Sull'interpretazione di *sobrinarum*, in origine inteso come equivalente di *consobrinarum*, ma poi ricondotto al suo significato proprio da O. KLENZE, *Die Cognaten und Affinen nach römischem Rechte in Vergleichung mit andern verwandten Rechten*, in *ZRG*, 6, 1828, 18 s., v. M. BETTINI, *Il divieto*, cit., 39 s., e P. MOREAU, *Incestus*, cit., 179 ss.

tempore addito percrebuisse. morem accommodari prout conducat, et fore hoc quoque in iis quae mox usurpentur.

Tacito precisa che le nozze tra zio e nipote erano una novità per i Romani, ma comuni presso altri popoli e non vietate da alcuna legge. Lo storico osserva inoltre che i matrimoni con la cugina, un tempo inusitati, col tempo divennero frequenti[36], perché il costume si adatta a quanto conveniente[37]. La fonte, pertanto, è una preziosa testimonianza del progressivo adeguamento del *mos* in base alle esigenze e della possibilità che un'unione inizialmente incestuosa possa divenire una declinazione delle *iustae nuptiae*[38].

L'elenco di persone con cui il matrimonio integrerebbe *nuptiae incestuosae* si conclude in Gai 1.63, in cui si esclude di contrarre matrimonio legittimo con la sorella del padre (*amita*) e la sorella della madre (*matertera*). Ugualmente è vietata l'unione con colei che

[36] Sarebbe il caso di P. Claelius. Liv. lb. 20: *P. Celius (Cloelius?) patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradus duxit uxorem* [P. KRÜGER, *Anecdoton Livianum*, in *Hermes*, 4, 1870, 371 s.]. Il passo è spesso citato a conferma dell'identità del divieto di nozze entro il sesto grado fino alla seconda guerra punica. Cfr. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*[6], cit., 143 ss.; Y. THOMAS, *Mariages endogamiques*, cit., 351 s., 362 s.; M. BETTINI, *Il divieto*, cit., 47 ss.; P. MOREAU, *Incestus*, cit., 181 ss. Per ulteriori riferimenti al matrimonio tra cugini di primo grado in età arcaica, v. G. RIZZELLI, *La donna di Smirne e l'Orazio sororicida*, in *Aulo Gellio tra diritto e antiquaria*, a cura di A. Atorino, G. Balestra e R. D'Alessio, Lecce, 2023, 118 nt. 97.

[37] Sulla rilevanza attribuita all'argomento dell'utilità e al richiamo alle variazioni etniche, oltre che sulla contraddizione insita nel fatto che sia un censore, Vitellio, a formularli in favore di un'unione incestuosa, v. P. MOREAU, *Incestus*, cit., 93, ntt. 38 s., 102. Sulla possibilità che il senatoconsulto sia stato approvato per venire incontro alle abitudini radicate nei diritti dell'oriente greco, cfr. P. BUONGIORNO, *Senatus consulta*, cit., 277 s. nt. 582.

[38] Tac. *ann.* 12.5.1 documenta la ritrosia iniziale a celebrare siffatte nozze dovuta sia all'assenza di precedenti sia al timore di eventuali disordini pubblici. Cfr. anche Tac. *ann.* 12.7; Svet. *Claud.* 26 e 39 (che qualifica *contra fas* queste *nuptiae*).

un tempo (*quondam*) fu suocera o nuora o figliastra o matrigna, a causa del permanere del legame di *adfinitas*[39]. L'uso dell'avverbio *quondam* segnala che il divieto non deriva da incesto in senso stretto, ma dalla formazione di un rapporto bigamo[40]; diversamente, se il primo matrimonio fosse dissolto, l'*adfinitas* renderebbe incestuosa l'unione.

---

[39] Gai 1.63: Item amitam et materteram uxorem ducere non licet; item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut priuigna aut noverca fuit. ideo autem diximus »quondam«, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere [16]. Sull'*adfinitas* v., per tutti, A. GUARINO, *Adfinitas*, cit., *passim*.

[40] È opportuno precisare che, all'epoca di Gaio, non esisteva una fattispecie penalmente rilevante di bigamia, la quale emergerà solo nel Basso Impero. Ciononostante, i giuristi concepivano il matrimonio come rapporto fondato su una volontà reciproca orientata alla monogamia, motivo per cui non era giuridicamente configurabile che un soggetto avesse simultanee *affectiones maritalis* con più persone. Nel caso di più relazioni parallele, infatti, i *prudentes* avrebbero ritenuto una sola unione valida come matrimonio, qualificando le altre come *concubinatus* oppure, in taluni casi, come *stuprum* o *adulterium*. Se invece si fosse formato un vincolo coniugale fondato su *affectio maritalis*, ciò avrebbe implicato la cessazione del precedente matrimonio e la costituzione di uno nuovo. Un'esemplificazione della concezione romana si trova in Cic. *de or.* 1.40.183 e 1.56.238. Così E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi in onore di U. Ratti*, a cura di E. Albertario, Milano, 1934, 389 ss., ora in *Scritti giuridici*, VII, cit., 209 ss. *Contra* R. ASTOLFI, *Il matrimonio classico*[2], cit., 205 ss., che ritiene la bigamia una causa di invalidità del matrimonio. Sulla bigamia e sul suo divieto in diritto romano v. anche E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, 110 ss.; ID., *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel 45 anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953, 139 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 321 ss.; G. GUALANDI, *Intorno a una legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, III, Milano, 1956, 175 ss.; A. METRO, *«Binas nuptias constituere» in D.3.2.1*, in *Iura*, 26, 1975, 101 ss.; A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 361 ss.; L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae et bina sponsalia*, in *SDHI*, 70, 2004, 166 ss.

In sostanza, l'analisi di Gaio, condotta da una prospettiva incentrata sulla *patria potestas* e accompagnata da locuzioni quali '*nuptiae contrahi non possunt*', '*nuptiae prohibitae sunt*' o '*nuptiae non possunt consistere*', pare suggerire che tali unioni non siano né nulle né inesistenti, ma semplicemente prive di effetti giuridici nell'ambito del solo *ius civile*, in quanto a questo contrario[41]: ed è proprio questa contrarietà a determinare l'assenza del *conubium*. Tale assenza, che pare comune a tutti i casi trattati, unita alla

[41] Più precisamente, la nullità potrebbe essere riconducibile all'ipotesi in cui '*nuptiae consistere non possunt*', espressione che segnala l'invalidità, e dunque la nullità, di un negozio giuridico. Sul punto, oltre alle riflessioni di Talamanca (v. *supra*, nt. 3), si rimanda a M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, 2006, 124. Tuttavia, poiché all'epoca di Gaio il matrimonio non era ancora concepito come un negozio giuridico, tale qualificazione sarebbe impropria (cfr. sempre E. VOLTERRA, *«Iniustum matrimonium»*, cit., *passim*). In ogni caso, pare che anche un'unione invalida rispetto al *ius civile* poteva dirsi produttiva di determinati effetti giuridici, ove sostenuta dall'*affectio maritalis*. Basti vedere, oltre ai casi in cui i figli possono essere sottoposti *ex post* alla *patria potestas* del padre (Gai 1.65-75), anche Cic. *top.* 4.20: *Si mulier, cum fuisset nupta cum eo quicum conubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet.* Qui, pur in assenza di *conubium*, vi è matrimonio seguito da divorzio, ma poiché i figli non sono legittimi (come dimostra la locuzione '*quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur*'), non si giustifica la *retentio propter liberos* in sede di restituzione della dote. Il passo conferma che un'unione può esistere e produrre effetti giuridici, anche se non rientra nelle ipotesi di *iustae nuptiae*. Quanto all'uso del termine *nuptiae* nelle *Institutiones*, Gaio sembra talora impiegarlo in senso tecnico (indicando le *iustae nuptiae*), altrove in senso ampio. In Gai 1.59, l'espressione '*nuptiae contrahi non possunt*', accompagnata dalla negazione del *conubium*, andrebbe intesa in senso ampio: Gaio sembra riferirsi non solo all'impossibilità di contrarre *iustae nuptiae*, ma alla riprovazione dell'unione, anche sul piano sociale. Tuttavia, ciò non pare escludere l'esistenza di un'unione, pur priva di effetti rispetto al *ius civile*. In Gai 1.61, invece, la formula '*nuptiae contrahi non possunt*' sembra escludere solo la costituzione di *iustae nuptiae*, per effetto di un *impedimentum* dipendente dall'adozione. In tal caso, la scelta lessicale (*consistere* anziché *contrahi*) potrebbe riflettere con maggior precisione l'assenza di effetti giuridici propri delle *iustae nuptiae*.

riprovazione morale negativa, sembra giustificare la qualifica di tali unioni come *nuptiae nefariae* e *incestae*. In tale quadro, e alla luce di alcuni riscontri anche nella tradizione storiografica, si può ipotizzare che, per Gaio, le *incestae nuptiae* fossero da ritenersi *iniustae* (per ciò non escludendo una totale inefficacia su altri piani giuridici).

3. *Le incestae nuptiae nelle Institutiones di Giustiniano* (I. 1.10.1-11)

Giustiniano, nel titolo '*De nuptiis*' delle *Institutiones*, si esprime, pur con le opportune differenze, in maniera simile a Gaio e ne riprende a grandi linee la medesima ripartizione[42].

Tuttavia, se nel primo tratto del *principium*[43] sono elencati i requisiti richiesti per contrarre *iustae nuptiae* tra Romani ossia il rispetto delle leggi, l'età matrimoniale e il consenso degli sposi ed eventualmente quello del *paterfamilias* se questi sono *alieni iuris*, dal successivo paragrafo si potrebbe evincere che vi fosse una diversa concezione delle *incestae nuptiae* tra le due epoche considerate

[42] I. 1.10.1 (matrimonio tra ascendenti e discendenti, naturali o adottivi, in linea retta all'infinito); I. 1.10.2 (matrimonio tra fratello e sorella naturali o adottivi); I. 1.10.3 (matrimonio tra zio materno e nipote, o tra zio paterno e nipote); I. 1.10.5 (matrimonio tra nipote e zia paterna, anche se la parentela deriva da adozione, o materna, e nipote e prozia paterna o materna); I. 1.10.6 (matrimonio tra suocero e nuora o tra patrigno e figliastra); I. 1.10.7 (matrimonio tra suocera e genero o tra matrigna e figliastro); I. 1.10.9 (matrimonio con la figlia di secondo letto della moglie divorziata, sebbene non si tratti propriamente di figliastra); I 1.10.10 (estensione della disciplina, limitatamente ad alcuni casi, anche alle *cognationes serviles*, quindi alle parentele servili).

[43] I. 1.10 pr.: *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patres familias sint sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt.*

I. 1.10.1: *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam quarundam nuptiis abstinendum est.*

Il passo introduce il tema delle unioni proibite[44], specificando che non è lecito sposare tutte le donne: infatti, è necessario astenersi dalle nozze con alcune. Giustiniano riprende quanto detto da Gaio, ma, al contrario di Gaio, pare esprimere il divieto in termini più stringenti. L'uso della perifrastica passiva in forma impersonale sembrerebbe infatti evidenziare che l'astensione dalle *prohibitae nuptiae* derivi direttamente dalla volontà imperiale e non più dalla libera discrezione del soggetto e che, quindi, non sia più percepita come un onere in capo all'individuo, bensì come una necessità oggettiva imposta dall'ordinamento.

Il frammento prosegue trattando le unioni tra parenti in linea retta, senza tuttavia discostarsi rispetto a Gai 1.59, che parrebbe anzi rielaborato dai giustinianei per adeguarlo al mutato contesto storico[45].

Il successivo I. 1.10.2 tratta le ipotesi delle unioni tra parenti in linea collaterale, e nello specifico il matrimonio tra fratello e sorella. Non si segnalano particolari modifiche rispetto alle *Gaii*

[44] Cfr. la nt. 17.

[45] I. 1.10.1: *inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium vel aviam et nepotem et usque ad infinitum: et si tales personae inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. et haec adeo ita sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat: itaque eam, quae tibi per adoptionem filia aut neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.* Si noti l'espunzione del riferimento al *conubium*, pur conservandosi l'assunto secondo cui in questi casi non possono contrarsi *nuptiae*: qualora queste si verifichino, saranno *nefariae* e inoltre (*atque*) incestuose. Sulla presenza dell'aggettivo *infinitus* quale aggiunta compilatoria, v. *supra*, nt. 29.

Institutiones[46], mentre emergono significative differenze nei frammenti successivi.

I. 1.10.3: *Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet. sed nec neptem fratris vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint. cuius enim filiam uxorem ducere non licet, eius neque neptem permittitur.*

L'ipotesi è la medesima considerata in Gai 1.62, ma si afferma un principio diametralmente opposto: l'illiceità delle *nuptiae* con la figlia della sorella non è solo confermata, ma è anche estesa al caso di *nuptiae* con la figlia del fratello[47]. In entrambe le fattispecie, infatti, si esclude la liceità di contrarre un matrimonio legittimo.

[46] I. 1.10.2: *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. sane enim inter fratrem sororemque nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt: cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere: sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam suam emancipare: et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare.* Il testo pare essere frutto di un accorpamento tra Gai 1.60-61. L'unica modifica, introdotta da *et ideo* (su cui cfr. *supra*, nt. 7), è la spiegazione nella parte finale del frammento su come adottare il genero o la nuora per evitare che il matrimonio risulti incestuoso e subisca le conseguenze giuridiche previste in I. 1.10.12. L'aggiunta potrebbe essere stata tratta da un frammento di un'altra opera gaiana, forse dall'undicesimo libro dei commenti sull'editto provinciale conservatosi in Gai. D. 23.2.17.1. Sulla probabile integrazione da un'opera di Gaio, cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti*, cit., 131, che afferma esservi un'assoluta certezza della derivazione della chiusa dalle *Res Cottidianae* di Gaio e A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutiones Palingenesia*, I, cit., 103 s., a favore, invece, di una probabile derivazione da un'altra opera gaiana, come proprio i frammenti di Gai D. 23.2.17 pr.-2 farebbero presupporre.

[47] Cfr. le ntt. 33 e 140. Cfr. anche C. 5.8.2, che riprende il contenuto di CTh. 3.12.1 (su cui v. *infra*, § 6). Sul punto v. principalmente R. BONINI, *Considerazioni*, cit., 491 ss., e soprattutto pp. 501-507, con riferimento al rapporto tra I. 1.10.3 e C. 5.4.17.

Alla stessa disciplina soggiace anche l'ipotesi (a cui Gaio però non accenna) delle *nuptiae* con la nipote del fratello o della sorella[48], benché si tratti di parenti di quarto grado[49].

Nei paragrafi successivi sono esaminati casi parzialmente considerati (e talora non trattati) nelle *Gaii Institutiones* e dei quali non è certo se il giurista si sia occupato in altre opere[50]. Tra questi

[48] L'unica eccezione parrebbe essere il matrimonio con la figlia di una donna adottata dal proprio padre, in quanto rispetto a essa non sussiste un vincolo né rispetto al diritto naturale né rispetto a quello civile. I. 1.10.3: […] *eius vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali neque civili iure tibi coniungitur.*

[49] La possibilità di contrarre *iustae nuptiae* tra parenti di quarto grado, come i cugini primi, è affermata in I. 1.10.4, e ritenuta lecita in età classica (cfr., per esempio, Tit. Ulp. 5.6; Marcell. 12 *dig.* D. 28.7.23 e Pap. 6 *resp.* D. 28.7.24). Tali unioni dovettero rimanere lecite fino alla fine del IV secolo, come si ricava dal silenzio delle *Pauli Sententiae* e dei *Tituli ex corpore Ulpiani*. Teodosio I avrebbe per primo introdotto il divieto – come attestato da Arcadio e Onorio, che ne confermano la legislazione (cfr. *infra* CTh. 3.12.3, poi recepita in C. 5.5.6) – in un contesto normativo che parrebbe influenzato dal pensiero cristiano. Il divieto venne poi abrogato da Arcadio nel 405 (cfr. C. 5.4.19, emanata a Nicea), mentre Onorio, quattro anni dopo, limita la possibilità del matrimonio a casi dispensati per *rescriptum principis* (cfr. CTh. 3.10.1, emanata a Ravenna, in seguito ripresa in C. 5.8.1, ma senza riferirsi direttamente a una *consobrinorum coniunctio*, come avvenuto per C. 5.5.6). Per i più, il contrasto tra le due costituzioni si spiegherebbe con la diversa sede di promulgazione. Per un esame più approfondito della questione, v., *e pluris*, J. MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe*, cit., 52 ss.; R. BONINI, *Considerazioni*, cit., 508 ss.; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*^{6}, cit., 143 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 176 ss., 257 ss., in cui ulteriore bibliografia. Per una trattazione più attenta al profilo genetico rispetto a quello legislativo, v. S. RODA, *Il matrimonio fra cugini germani nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI*, 45, 1979, 289 ss. Per riferimenti, invece, alla disciplina in età repubblicana e anteriore, cfr. *supra*, nt. 36.

[50] In I. 1.10.9, per esempio, si espone il divieto di sposare la figlia di una precedente moglie, nata da una precedente unione, pur non trattandosi propriamente di una *privigna*. L'opinione è attribuita a Giuliano ed è ripresa anche da Ulpiano in un frammento tràdito in D. 23.2.12.3. Il passo si chiude con il

si annovera l'ipotesi richiamata in I. 1.10.5, in cui si ribadisce la regola – menzionata anche in Gai 1.63[51] – secondo cui il matrimonio con la zia materna o quella paterna (*matertera* o *amita*) non è considerato legittimo; è altresì illegittima l'unione – non contemplata invece nel manuale gaiano – con la zia adottiva o con la prozia, poiché entrambe sono in luogo di ascendenti (*parentum loco*)[52].

Ancora, I. 1.10.6-7 elencano altre unioni impedite dall'*adfinitas*, ossia quelle con la figliastra o con la nuora oppure con la suocera o con la matrigna[53]. In questa sede, i compilatori, pur operando una

richiamo al caso della fidanzata del figlio o del padre, dalla cui unione si ritiene preferibile astenersi. In I. 1.10.10 si accenna alle *cognationes serviles*, ma solo nell'ipotesi in cui siano stati manomessi un padre e una figlia, oppure un fratello e una sorella. L'elenco delle *prohibitae nuptiae* si conclude al § 11, in cui si rinvia al Digesto per le ulteriori fattispecie considerate come *prohibitae nuptiae*. In merito alla cautela da riservare all'origine testuale dei passi di I. 1.10.3-10 si rimanda alle osservazioni di A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutiones Palingenesia*, I, cit., 104 ss.

51 Testo alla nt. 39.

52 I. 1.10.5: *Item amitam licet adoptivam uxorem ducere non licet, item materteram, quia parentum loco habentur. qua ratione verum est magnam quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere*. Il principio è altresì riportato in Gai. D. 23.2.17.2. Il passo di I. 1.10.5 parrebbe essere allora il frutto di una combinazione tra Gai 1.63 e il frammento del Digesto riportato; tuttavia, l'assenza di prove certe ci limita a rimanere solo nel campo delle congetture. Sul punto v. anche A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutiones Palingenesia*, I, cit., 105 s.

53 I. 1.10.6-7: 6. *Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. quod scilicet ita accipi debeat, si fuit nurus aut privigna: nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.* 7. *Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. quod et ipsum dissoluta demum adfinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc socrus est, id*

parafrasi di quanto affermato da Gaio (anche se con una portata indubbiamente diversa rispetto al periodo ora considerato)[54], affermano che l'esistenza di *nuptiae* con queste persone contravviene al divieto di bigamia, mentre è solo a seguito di un divorzio che può integrarsi l'ipotesi di incesto. La *ratio*, non esplicitata da Gaio, è precisata dai compilatori giustinianei, che collegano queste figure al ruolo familiare che assumono nel matrimonio di riferimento, riconoscendole come *filiae loco* o *matris loco* a seconda dei casi.[55].

Se dal confronto tra le istituzioni giustinianee e gaiane emerge una variazione delle fattispecie di *incestae nuptiae*, dovuta a un mutato contesto storico e culturale, tuttavia tale comparazione non permette ancora di asserire con certezza che all'epoca di Giustiniano tali unioni fossero concepite in maniera diversa rispetto al I secolo d.C., e che diversa fosse la loro efficacia giuridica. Un possibile indizio di trasformazione si potrebbe intravedere solo nella diversa formulazione del verbo *abstinere* (*abstinere debemus* in Gai 1.58 e *abstinendum est* in I. 1.10.1) che sembra

est si adhuc filia eius tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiae, quia duas uxores habere non possis.

[54] Si è preferito richiamare il concetto di parafrasi, che implica una rielaborazione di alcune parti di Gai 1.63 (cfr. infatti le osservazioni di A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutiones Palingenesia*, I, cit., 106 s.), non ritenendosi probabile che il § 6 delle istituzioni giustinianee derivi da Gai 1.63 o da un'altra opera dello stesso giurista. Il principio dell'impossibilità del matrimonio bigamo – espresso con le formule '*nec duobus nupta esse potest*' e '*nec duas uxores habere* (*potest*)'– assumerebbe allora una portata indubbiamente diversa rispetto al periodo del primo principato. Cfr., infatti, le osservazioni riportate *supra*, nt. 40.

[55] Sull'utilizzo di '*matris loco*', così come di altre espressioni, come elemento sospetto per sostenere l'intera derivazione di I. 1.10.1.7 da Gaio, v. A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutiones Palingenesia*, I, cit., 107 s.

suggerire sfumature difformi, nonostante il fondamento del divieto resti comunque il *ius civile*[56].

Al fine di verificare una reale diversa concezione tra le due epoche storiche delle *incestae nuptiae* e dei loro relativi effetti giuridici, si ritiene ora necessario un confronto esegetico tra Gai 1.64 e I. 1.10.12.

4. *Esegesi di Gai 1.64 e I. 1.10.12*

Gai 1.64: Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem quide*m* habere videntur, patrem uero non utique: nec ob id in potestate eius <*sunt, sed tales*>[57] sunt quales sunt

[56] Pur con le modifiche che tale *ius* ha subito nei diversi momenti storici, come testimoniato, per esempio, dalla cancellazione del riferimento al *conubium*. Cfr., infatti, i testi di Gai 1.59 e I. 1.10.1, oltre alle osservazioni di Volterra riportate alla nt. 18.

[57] L'espressione tra uncini non è presente nel Palinsesto veronese; cfr., infatti, E. BÖCKING, *Gai Institutiones*, cit., 17, e W. STUDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 17. Alla linea 12 si legge: TESTATEEIUSSQUALESSHII. Ossia, una volta trascritte le lettere e sciolte le abbreviazioni, '*testate eius sunt quales sunt hii*'. L'aggiunta tra uncini, come segnalato in P. KRÜGER, W. STUDEMUND, *Gai Institutiones*[7], cit., 16 s., è ripresa dalle Istituzioni di Giustiniano. Ma già in J.F.L. GÖSCHEN, *Gaii Institutionum commentarii IV*, cit., 24, era stato indicato il parallelismo tra i due manuali, anche se Göschen aveva optato per il termine '*quales*'. Cfr. con C. LACHMANN, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 29, nt. 37 (in cui vi è un richiamo alle schede). P.E. HUSCHKE, *Gaius*, in *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum composuit, recensuit, adnotavit Ph. Eduardus Huschke. Editio tertia rursus aucta et multis locis emendata*[3], Lipsiae, 1874, 182 (ma v. anche ID., *Gaius*[5], cit., 188, in cui l'autore rimanda all'integrazione così come proposta nella seconda edizione curata da Krüger e Studemund), invece, modifica la successione di lettere che compaiono nel Palinsesto, inserendo un '*sed*' tra il primo '*sunt*' e '*quales*' e trasportando il secondo '*sunt*' dopo '*sed*': '*in potestate eius sunt*, (*sed*) *sunt*, *quales ii*'. La proposta di Krüger e Studemund è recepita

hi, quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari, vel a Graeca uoce quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii. [16 s.]

I. 1.10.12: *Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur. itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. nam nec hi patrem habere intelleguntur, cum his*[58] *etiam incertus est: unde solent filii spurii appellari, vel a Graeca voce quasi* σποράδην *vel quasi sine patre filii. sequitur ergo, ut et dissoluto tali coitu nec dotis exactioni locus sit. qui autem prohibitas nuptias coeunt, et alias poenas patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur.*

Il passo di Gaio, conservatosi pressoché intatto nel *folium* 4r del Palinsesto[59], chiude la questione dedicata alle '*nuptiae quae abstinere*

anche in FIRA², cit., 21, mentre U. MANTHE, *Gaius*², cit., 60, rimane fedele a quanto riportato dai due apografi.

[58] In A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutiones Palingenesia*, I, cit., 11, e in E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano. Testi*, II, Milano, rist. 1986, 20, al posto di *his* si legge *is*, riprendendo così la formulazione presente nel manuale gaiano. La variante pare trascurabile perché in entrambi i casi si tratta di un ablativo plurale retto da *cum*, con funzione anaforica rispetto a *hi* (i figli nati da unione incestuosa).

[59] Cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones*, cit., 17, e W. STUDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 17, il quale segnala la difficoltà di lettura della pagina esteriore. In particolare, al rigo 13, le lettere 11-13 dalla fine, Studemund indicava un 'non', reso visibile grazie all'uso di sostanze chimiche più potenti da lui applicate sul Palinsesto (nella stessa riga, lo studioso intravedeva anche le sei lettere mancanti tra '*concepit*' e '*patrem*', mentre Böcking, che si avvaleva della scheda 17 della *Reinschrift*, vi annotava una 'c', seguita da una x e da due lineette verticali). Nonostante l'incertezza delle tre lettere, Studemund escludeva che queste potessero equivalere a 'utiq', 'ull', 'ono' o a forme simili, eliminando così

debemus' e si focalizza sugli effetti giuridici di un matrimonio incestuoso. Nel caso in cui qualcuno contragga nozze empie e inoltre (*atque*) incestuose[60], questi pare (*videtur*) non avere una moglie legittima (*uxor*[61]) e nemmeno figli legittimi (*liberos*)[62]; coloro

qualsiasi futura diversità tra le varie edizioni delle *Institutiones*. Tuttavia, già J.F.L. GÖSCHEN, *Gaii Institutionum commentarii IV*, cit., 24 (poi seguito da P. KRÜGER, W. STUDEMUND, *Gai Institutiones*, cit., 16 s.; FIRA², cit., 21 e U. MANTHE, *Gaius*², cit., 60), proponeva di inserire 'non' a partire dalle schede della *Reinschrift*. Diversamente, C. LACHMANN, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 29, nt. 39, scioglieva le tre lettere in '*omnino*'. *Contra* P.E. HUSCHKE, *Gaius*³, cit., 182 e nt. 4, che propone una versione con 'ullum' (poi sostituito con 'non' in ID., *Gaius*⁵, cit., 188).

[60] L'espressione '*nuptiae incestae atque nefariae*' è stata sospettata di non genuinità da S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, 129 s., ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 207 ss., ma tali dubbi paiono infondati. H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981, 208 s., 408 nt. 12, analizzando anche l'uso della congiunzione *atque*, ipotizza che i compilatori abbiano riscontrato un'incoerenza stilistica nell'uso delle formule da parte di Gaio: cfr. Gai 1.59 (*nefarias et incestas nuptias*) e Gai 1.64 (*nefarias atque incestas nuptias*). Avrebbero pertanto proceduto a un livellamento lessicale, preferendo *atque* quale congiunzione più adatta ad accumulare due aggettivi.

[61] Pare opportuno richiamare qui la precisazione secondo cui parrebbe dedursi dal contesto quando Gaio utilizza *uxor* per riferirsi a una donna sposata, in quanto il termine è più tecnico rispetto al più generico *mulier*, che solo per estensione indica la moglie. Oltre alla nt. 22, cfr. infatti Gai 1.29-30, 56-59, 61-64, 66-67, 70-71, 74-76, 78, 94, 149-150; 2.98, 142, 159, 239, 241; 3.3, 40-41, 46, 49, 199, 221-222; 4.62.

[62] A sostegno dell'interpretazione secondo cui, in questo contesto, *liberi* indichi esclusivamente i figli legittimi secondo *ius civile*, oltre a Gai 1.55 (testo alla nt. 21), si può richiamare Gai Ep. 1.4.8, in cui *liberos* è sostituito con *filios*, termine più generico e in linea con la trasformazione del diritto matrimoniale conseguente al declino del *conubium* come criterio identificativo delle *iustae nuptiae*. Cfr. anche Gai Ep. 1.4 pr., ove i requisiti per contrarre *legitimae nuptiae* – da intendersi 'secondo diritto'– si riducono alla presenza di *nuptiae* o al semplice consenso a *uxorem ducere*. A conferma del mutamento sistematico, si osservi il *titulus* dell'epitome postclassica, ossia *'de matrimoniis*', che sembra riflettere – come nelle

che quindi nascono da quell'unione (*coitu*) certamente sembrano avere una madre, ma in ogni modo non hanno un padre. Per questo motivo non rientrano nella sua potestà, come quelli che la madre ha concepito *vulgo*, ossia al di fuori di un matrimonio legittimo[63]. Anche questi (ossia i *vulgo concepti* o *quaesiti*) non hanno padre in

Pauli Sententiae e nelle Istituzioni di Giustiniano – una concezione per cui non è più il *conubium* a fondare la *patria potestas* in capo al padre naturale. Sulla diversa portata dei sostantivi *liber* e *filius*, cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*[10], cit., 215 s., 313.

[63] Per una tentata sistematizzazione delle categorie di figli illegittimi nati da unioni *incestae*, *nefariae* o *damnatae* v. R. GÉNESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris, 1905, 128 nt. 1. Secondo Modestino, i figli *vulgo* (o *volgo*) *concepti* non possono dimostrare chi sia il loro padre, o che, potendolo fare, ne hanno uno che non è legalmente riconoscibile come legittimo: per questo sono detti *spurii*. Mod. 1 *pand.* D. 1.5.23: *Volgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. qui et spurii appellantur* παρὰ τὴν σποράν. Poiché privi di *adgnatio* con il padre naturale, i *vulgo concepti* sono *sui iuris* fin dalla nascita e, in quanto tali, privi di diritti civili nei confronti dei genitori, specialmente sul piano successorio. Tuttavia, anche tra i genitori e i figli nati al di fuori di un matrimonio *iustum* esiste un rapporto di *cognatio*, che rileva sia come *impedimentum* a contrarre *iustae nuptiae* (cfr. Gai 1.59 e Tit. Ulp. 5.6, in cui il termine *liber*, per esigenze di coerenza logica, sembra usato nel senso più ampio di "figli"), sia, per influsso del *ius novum*, anche a fini successori, grazie ai senatoconsulti Tertulliano (cfr. Tit. Ulp. 26.8; Paul. Sent. 4.9; D. 38.17; C. 6.56; I. 3.3) e Orfiziano (cfr. D. 38.17; C. 6.57; I. 3.4). Basti vedere M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 710 s.; M. MARRONE, *Istituzioni*[3], cit., 606 s., a cui *adde* per ulteriori approfondimenti, C. CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA*, 4, 1950, 267 ss.; C. SANFILIPPO, *Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Wiemar, 1951, 364 ss.; M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, *passim*.

quanto incerto[64], e sono chiamati figli *spurii*, o come se (*quasi*[65]) concepiti σποράδην (ossia al di fuori di un'unione regolamentata) oppure come figli senza un padre riconosciuto tale secondo *ius civile*[66].

---

64 L'impossibilità di riconoscere un *pater* dal punto di vista del *ius civile* si potrebbe ricavare altresì da Gai 1.67, nel quale si afferma che l'assenza di *conubium* tra i coniugi impedisce al padre di essere riconosciuto tale: […] *quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit*.

65 Il termine *quasi*, attestato nel Palinsesto al rigo 15 come q̀ e al rigo 16 come qª (cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones*, cit., 17; W. STUDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 17), e presente anche nelle Istituzioni di Giustiniano, andrebbe inteso, anche alla luce di Mod. D. 1.5.23 (testo alla nt. 63), quale indicatore di un'analogia giuridica – e non di una identificazione – tra gli *spurii* (categoria che include i nati da *incestae nuptiae*) e i *vulgo concepti*. Il fondamento dell'analogia risiede nell'elemento comune: in entrambi i casi manca un padre legittimo secondo il *ius civile*. Tuttavia, i nati da *incestae nuptiae* potrebbero quantomeno contare su una certezza biologica della paternità, elemento che invece manca sia per gli *spurii* in senso proprio sia per i *vulgo concepti*, ai quali il padre potrebbe non essere noto. In questo senso, pertanto, il '*quasi*' usato da Gaio richiama la medesima funzione tecnico-linguistica impiegata in Gai 2.139, in cui la *uxor in manu* è qualificata come *quasi sua*, ossia assimilata a un *suus heres*. Un'analoga ricostruzione si riscontra in Tit. Ulp. 5.7 (v. *infra*, § 5), mentre in Gai Ep. 1.4.8, i figli incestuosi sono ricondotti alla medesima situazione di quelli nati da adulterio. Sullo stesso punto, sia pure da prospettive lievemente diverse, si esprime R. FIORI, *La struttura*, cit., 224, il quale suggerisce che, tra gli *spurii*, i nati da incesto si trovavano in una condizione giuridicamente svantaggiata. In senso contrario, J.B. MISPOULET, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain*, in *AHFDE*, 9, 1885, 32 nt. 1, non coglie tale distinzione, mentre R. ASTOLFI, *Il matrimonio classsico*[2], cit., 39 s., sostiene una piena equiparazione tra *spurii* e *vulgo concepti*.

66 Sull'etimologia del sostantivo *spurii* v. M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV mit philologischem kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, 1. *Lieferung*, Leiden, 1954, 86 s., i quali notano la medesima definizione nel *Liber de praenominibus* (di autore incerto), e sospettano che Varrone potesse essere una fonte in comune tra le due opere. I due filologi si richiamano, inoltre, a uno dei fattori di trasformazione linguistica riportato da Varr. *de ling. lat.* 5.6, nello

È giunto il momento di analizzare la fonte giustinianea posta in conclusione della trattazione relativa alle *prohibitae nuptiae*[67]. Il passo riprende formalmente, in più punti, il contenuto di Gai 1.64, mentre in altri sembrerebbero emergere tracce di un'opera di un altro giurista, se non addirittura l'intervento diretto dei compilatori[68].

Giustiniano afferma infatti che qualora qualcuno abbia contratto tali unioni (*si adversus ea quae diximus aliqui coierint*), non si intende (giuridicamente, sottintendendovi 'esservi' o 'avere') né un marito, né una moglie legittima, né nozze, né matrimonio, né dote[69]. I nati da questa unione, pur con alcune varianti testuali rispetto a Gai 1.64[70], non sono sottoposti alla *patria potestas* e, sotto

specifico quello secondo cui «*Litterarum enim fit demptione aut additione et propter earum traiectionem aut commutationem*», e propongono questa ricostruzione etimologica: *s*[*ine*] *pa*>*u*[*l*]*r*[*e fil*]*ius*. Sulla questione v. anche le osservazioni di L. PEPPE, *Paelex e spurius*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris, 1998, 343 ss.

67 Il titolo '*de nuptiis*' si chiude con I. 1.10.13, che, in connessione con I. 3.1.2a, individua i casi in cui i *liberi naturales* possono essere legittimati, attraverso l'*oblatio curiae* o il *subsequens matrimonium*. Restano tuttavia esclusi i nati da *prohibitae nuptiae*, i quali, in ragione della violazione originaria, non possono essere ricondotti alla categoria dei *liberi naturales*. Sul punto v. principalmente G. LUCHETTI, *La legittimazione*, cit., 135 ss.; ID., *La legislazione imperiale nelle istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 60 ss., ma v. anche *infra*, nt. 71.

68 Sul punto cfr. principalmente A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, cit., 111 ss.

69 Dati questi presupposti, si capirebbe perché non sia menzionata l'assenza di *liberi*. Ma v. *infra* le ntt. 70 e 71.

70 Cfr. A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, cit., 111 ss. La principale variante rispetto a Gai 1.64 è la cancellazione di '*matrem quidem habere videntur*'. Tale omissione potrebbe trovare giustificazione nell'impossibilità di riconoscere, in presenza di *prohibitae nuptiae*, un vero rapporto di maternità sul piano giuridico, coerentemente con la radicale negazione del vincolo matrimoniale. Considerando l'etimologia di *matrimonium*, che è un composto di *mater* e *munus*, l'esclusione del matrimonio impedirebbe di fatto anche il

questo profilo, si trovano nella stessa condizione di coloro che sono concepiti *vulgo*[71]. Come in Gai 1.64, si afferma, infatti, che nemmeno costoro sono ritenuti avere un padre, in quanto è incerto[72].

Nella fonte si legge una precisazione assente in Gaio, che parrebbe comunque coerente con quanto stabilito in I. 1.10.12: se l'unione coniugale proibita – non solo incestuosa – non è matrimonio, e dunque non può esservi una dote, allora si asserisce che allo scioglimento di una tale unione non sia ammessa l'*exactio*

riconoscimento giuridico della madre. In prospettiva sistematica, questa soluzione risulterebbe comunque in linea con il rigido trattamento riservato ai nati da unioni incestuose, esclusi dalla categoria dei *liberi naturales* e, dunque, esclusi da ogni possibilità di legittimazione. Sul punto v. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 238 ss., e soprattutto G. LUCHETTI, *La legittimazione*, cit., 1 ss. Resta comunque prudente, allo stato delle fonti, seguire l'ipotesi di H.I.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 204, secondo cui l'omissione potrebbe spiegarsi semplicemente per la sua eccessiva prolissità.

[71] In questo contesto, la qualifica *vulgo concepti* in Giustiniano va riferita alla categoria dei *liberi naturales* (su cui cfr. *supra*, ntt. 67 e 70), da cui sono tuttavia esclusi i nati da *prohibitae nuptiae*. G. LUCHETTI, *La legittimazione*, cit., 53 ss., sulla base di Iust. Nov. 74.6 e 89.15, ipotizza che l'esclusione riguardi appunto i concepiti all'interno dell'unione coniugale vietata, come delineato sia nel titolo '*De nuptiis*' delle Istituzioni, sia più in generale nel *corpus* giustinianeo (cfr., in particolare, il rinvio operato da I. 1.10.11). La distinzione sembra emergere anche da I. 1.10.12-13, ove si precisa (*quantum ad patriam potestatem pertinet*) che la somiglianza con i *naturales* riguarda unicamente l'assenza di *patria potestas*, sanabile *ex post* solo per questi ultimi (cfr. *infra*, nt. 76). Sulla questione potrebbe aver influito il progressivo – ma oscillante nella legislazione – accostamento del concubinato al *matrimonium* (si parlò di *inaequale coniugium*, come in C. 5.27.3.2, su cui ci si limita al confronto tra M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 154 s.; M. MARRONE, *Istituzioni*[3], cit., 220.

[72] Anche qui, dunque, i figli incestuosi, annoverati tra gli *spurii*, sono equiparati ai *vulgo concepti*. Per le modifiche rispetto al passo gaiano v. sempre A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, cit., 111 ss.

dotis, ossia la trattenuta sui beni dotali[73]. Il passo si chiude infine con la puntualizzazione in base alla quale chi contrae nozze proibite è soggetto alle ulteriori pene previste nelle *sacrae constitutiones*[74].

Oltre alla discrepanza testuale, si potrebbe delineare, pertanto, una divergenza concettuale delle unioni incestuose nei due manuali, che sarebbe evidente sia per la diversa prospettiva adottata in riferimento al tema, sia per gli effetti giusprivatistici riconosciuti.

In Gai 1.64 l'analisi si fonda esclusivamente sulla questione del riconoscimento della *patria potestas* in capo all'uomo che abbia contratto un matrimonio incestuoso. In assenza del *conubium* tra i due coniugi, il marito non avrà una moglie legittima *iure civili* (*uxor*). Parimenti, i figli non saranno legittimi (*liberi*), e nemmeno in un

[73] A seguito della riforma giustinianea del novembre 530 (su cui cfr. C. 5.13 e I. 4.6.29 e v. la bibliografia citata in M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriam*, Torino, 2006, 15 s., ntt. 2-3), si abolì anche il regime delle *retentiones* (su cui v. C. 5.13.1.5-5f), motivo per cui i compilatori sono intervenuti in maniera sistematica sui testi classici anche per sostituire il termine *retentio* con *exactio*, *petitio*, o *compensatio*, e il verbo *retineo* con *ago* o *exigo*. Sul punto v., per tutti, ID., *Studi sulla restituzione*, cit., 32, nt. 54. Nel nostro caso, il marito non avrebbe potuto nemmeno recuperare le *impensae necessariae* – quelle che evitavano il deterioramento o il perimento dei beni dotali, che *ipso iure dotem minuunt* – in sede di restituzione della dote.

[74] Si rinvia, dunque, al sistema di sanzioni che puniva i coniugi, ossia – come confermato da uno scholio in Teoph. *Paraph.* 1.10.12 – alle conseguenze previste in C. 5.5 ('*De incestis et inutilibus nuptiis*', specialmente C. 5.5.4 e 6, su cui v. *infra*, § 6). Sulla uniformità normativa che emerge dal confronto tra la parte finale di I. 1.10.12 e il contenuto di I. 1.10.10, v. da ultimo G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., 58 s.

secondo momento potranno ricadere nella *patria potestas* del padre[75]: questi, pertanto, sono assimilabili ai *vulgo concepti*[76].

Giustiniano affronta il tema delle *prohibitae nuptiae* da una prospettiva differente, che tiene conto tanto del venir meno del requisito del *conubium* quale elemento positivo per la validità rispetto al *ius civile* di un rapporto coniugale, quanto dell'attestarsi della concezione del matrimonio come 'incontro di volontà' giuridicamente rilevante ed efficace[77]. Si riafferma il principio

[75] Cfr., infatti, Gai 1.55 (testo *supra* alla nt. 21), Gai 1.67 (su cui v. *supra*, nt. 64) e Gai 1.76: *Loquimur autem de his scilicet, <inter> quos conubium non sit; nam alioquin si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur; et tunc ex his qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit*.

[76] I *vulgo concepti*, infatti, possono talora essere legittimati retroattivamente qualora il concepimento sia avvenuto in un matrimonio contratto, per esempio, per errore sullo *status civitatis* di uno dei coniugi: cfr. Gai 1.66-75, in cui non vi è mai un rimando ai nati da *incestae nuptiae*. Ciò si dedurrebbe anche dalle tracce superstiti (cfr. E. BÖCKING, *Gai Institutiones*, cit., 17; W. STUDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 17) di Gai 1.65, che introduce il tema e il cui testo è stato integrato con I. 1.10.13 (su cui *supra*, nt. 67). V. anche C. LACHMANN, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 30, nt. 2, che esprime qualche riserva in merito alla ricostruzione del passo con l'utilizzo di '*qui*' tra '*liberi*' e '*statim*'. La possibilità di riconoscere i nati da *incestae nuptiae* sarebbe stata, semmai, concessa alla presenza di determinate variabili, come nel caso di Marcian. *not. ad Pap. 2 adult.* D. 23.2.57a.

[77] Per un esame dettagliato di questo cambiamento, in cui comincia a delinearsi la nozione del matrimonio quale negozio giuridico bilaterale fondato su un rapporto convenzionale tra uomo e donna, v. in generale E. VOLTERRA, voce *Matrimonio*, cit., 282 ss., in cui ulteriori fonti e bibliografia. La diversa impostazione pare riflettersi anche nel contenuto di Gai 1.65 e di I. 1.10.13, riguardo al riconoscimento dei figli. In entrambi i testi si nega infatti che i figli nati da *incestae nuptiae* possano rientrare nella *patria potestas* paterna, ma con *ratio* differente: Gaio basa l'esclusione sull'impossibilità di avvalersi di un errore in merito alla identità della moglie, mentre Giustiniano sulla volontà di non declinare l'unione incestuosa come *matrimonium*.

secondo cui i figli nati da queste unioni – definite *coitus*[78] – non rientrano nella *patria potestas* del padre, ma la negazione di tale effetto giuridico si fonda su presupposti diversi: queste unioni, infatti, non possono essere qualificate né come *nuptiae* né come *matrimonium* (*nec nuptiae nec matrimonium* […] *intellegitur*). Di conseguenza, secondo Giustiniano, la *patria potestas* non può sorgere sui nati in un regime di *prohibitae nuptiae*, poiché queste unioni – pur in presenza di una convivenza coniugale (*si adversus ea quae diximus aliqui coierint*) – sarebbero da considerarsi, secondo una visione dogmatica (che omologa la *prohibitio* alla *lex perfecta*), nulle e dunque prive di efficacia giuridica.

Il confronto testuale consente allora di ipotizzare che per Gaio il matrimonio incestuoso non producesse gli effetti giuridici propri del *ius civile*, senza che ciò implicasse, tuttavia, la sua totale nullità o inesistenza. Infatti, pur in assenza della possibilità di qualificare la moglie come legittima e di esercitare la *potestas* sui figli, il legame sarebbe comunque stato considerato dai *prudentes* un matrimonio, ancorché questo fosse 'illegittimo' o, più in generale, 'non valido' per il *ius civile*. In una prospettiva più ampia, dunque, si potrebbe

[78] *Coitus* compare anche in Gai 1.64, ma con una sfumatura diversa rispetto a I. 1.10.12. In Gai 1.64, il termine indica un'unione carnale che non produce effetti giuridici per *ius civile*, ma che potrebbe averne nel *ius gentium*, come pare suggerire la formula '*neque uxorem habere videtur neque liberos*' e il confronto con Gai 1.78 e 1.88. Invece, in I. 1.10.12, *coitus* è usato in un contesto che esclude sia il *matrimonium* sia le *nuptiae* e indica solo il fatto biologico, privo di qualsiasi rilevanza giuridica (cfr. anche quanto detto *supra* alla nt. 73 in merito all'*exactio dotis*). Questo uso rispecchierebbe la concezione giustinianea di tali unioni, come confermato da Nov. 89.15, in cui le unioni incestuose sono ridotte a una mera copula (συνέλευσις), escludendo qualsiasi possibile declinazione in *nuptiae* (οὐ γὰρ καλέσομεν γάμων). In costituzioni precedenti, invece, come Nov. 12 e 74.6 le *nuptiae*, sebbene *incestae*, sono al più definite illegali o illegittime (ἀθέμιτος e παράνομος si afferma in Nov. 12). Sul punto, v. nello specifico E. FRANCIOSI, *Il regime*, cit., 744 ss.

affermare che, al tempo di Gaio, le *incestae nuptiae*, al pari di ogni altra unione tra soggetti privi di *conubium*, non rientrassero nella categoria delle *iustae nuptiae*, pur potendo assumere rilievo su piani diversi da quelli del *ius*.

A rafforzare questa ipotesi convergono sia l'esegesi sin qui sviluppata, sia, in particolare, l'uso da parte di Gaio del verbo '*videre*' per descrivere le conseguenze giuridiche delle nozze incestuose: il termine, infatti, sembrerebbe avere una sfumatura lessicale meno perentoria rispetto a '*intellegere*' impiegato in I. 1.10.12, motivo per cui potremmo concludere che i *prudentes* potessero comunque riconoscere l'esistenza empirica, o quanto meno sociale, di un fatto privato come le *incestae nuptiae*, pur in assenza di una legittimità *ex iure civili*[79].

In quest'ottica, '*videre*' indicherebbe che le *incestae nuptiae* fossero considerate 'simili' ai matrimoni di *ius civile* e, sotto il profilo funzionale, assimilate alle *iniustae nuptiae*, in quanto entrambe accomunate dall'assenza di *conubium*. Pertanto, anche le *incestae nuptiae* potrebbero aver avuto una limitata efficacia giuridica, come la possibile costituzione di una *dos*[80], sebbene tali unioni fossero sanzionate penalmente, come attestano numerose fonti.

---

[79] La distinzione pare evidente in Gai 1.64, in cui si afferma che, sebbene la madre possa essere riconosciuta (essendoci il dato fisico del parto), i padri non sono *intelleguntur* in quanto l'unione manca di *conubium*, requisito giuridico essenziale per il riconoscimento paterno (v. *supra*, nt. 64). Qui *intellegere* è usato in forma passiva per indicare l'impossibilità di attribuire il ruolo di *pater* rispetto al *ius civile*. Tale interpretazione può essere estesa anche al passo delle Istituzioni di Giustiniano.

[80] Si precisa che questa interpretazione non implica, come sostiene Watson, che il matrimonio non *iustum* fosse una «valid form of marriage». Per un *prudens*, infatti, è valido per *ius civile* solo il matrimonio in cui entrambi i coniugi possiedono il *conubium* (cfr. *supra*, nt. 4). Inoltre, per qualificare un'unione come *iustum matrimonium* era necessaria anche l'*affectio maritalis* (su cui v. *infra*, § 5): in sua assenza, l'unione poteva essere considerata concubinato o, a seconda dei

Diversamente l'uso del termine '*intellegere*' evidenzierebbe l'impossibilità di riconoscere le unioni incestuose come matrimonio o *nuptiae* (*nec nuptiae nec matrimonium* […] *intellegitur*), sancendone così la nullità. Si potrebbe così ipotizzare che solo a partire da Giustiniano l'unione incestuosa sia stata considerata nulla, in quanto non configurabile giuridicamente come *matrimonium*. Tale qualificazione non solo pare riflettere la concezione giustinianea del matrimonio, ma si allineerebbe anche con la politica imperiale di repressione delle *incestae nuptiae*, nonostante la loro radicata persistenza nella parte orientale dell'impero[81].

In conclusione, le Istituzioni di Gaio e di Giustiniano riporterebbero l'esistenza di due diverse concezioni giuridiche in merito alle *incestae nuptiae* e ai loro effetti. In ogni caso, per accertare la fondatezza di questa ipotesi, si ritiene ora opportuno esaminare

casi, integrare i *crimina* di *adulterium* o di *stuprum*. Sul tema, anche per ulteriori riferimenti, v., tra tutti, E. VOLTERRA, voce *Matrimonio*, cit., 235 ss.; R. FIORI, *La struttura*, cit., 226 ss.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio classico*[2], cit., 128 ss.

[81] Il confronto tra Nov. 12, 139 e 154, insieme a Nov. 74.6 e 89.15 mostra un mutamento normativo. In particolare, Nov. 12 inasprisce le pene per i contraenti e rafforza la tutela dei figli nati in tali unioni, mentre Nov. 139, 154 prevedono deroghe e aggravamenti sanzionatori in regioni specifiche; inoltre, in Nov. 74.6, 89.15 si esclude che i figli possano rientrare nella categoria dei *liberi naturales*, negando altresì ogni successiva legittimazione (v. *supra*, nt. 71). Il complesso normativo, pertanto, rifletterebbe un irrigidimento della legislazione imperiale (v. anche *supra*, nt. 77), con l'obiettivo di reprimere le unioni incestuose e chiarirne gli effetti giuridici. Sul punto cfr., principalmente, E. FRANCIOSI, *Il regime*, cit., 733 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 196 ss., in cui ulteriore bibliografia. Quanto alla presenza di una prassi radicata già nei secoli precedenti nella parte orientale dell'impero si vedano, oltre a L. WAHRMUND, *Das Institut der Ehe im Altertum*, Weimar, 1933, 94, 110, nt. 1 e a J. MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe*, cit., 52 ss., v. anche i riferimenti bibliografici raccolti in S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 160, nt. 29.

le fonti (*iura* e *leges*) che coprono il periodo intermedio tra Gaio e Giustiniano.

5. *Le incestae nuptiae nei Tituli ex corpore Ulpiani e nelle Pauli Sententiae*

Nei *Tituli ex corpore Ulpiani*[82], le *incestae nuptiae* sono trattate in due passi nel titolo V dell'opera, denominato '*De his qui in potestate sunt*'[83]. In questo si precisa che la *patria potestas* può sorgere soltanto in presenza di un *iustum matrimonium*[84], del quale vengono indicati i

[82] Pare che il materiale su cui lavora l'autore sia di età classica. V. da ultimo M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische 'liber singularis regularum'. Enstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassichen Juristenschrift*, Göttingen, 2005, 76 ss., 104 ss. Rimangono comunque incertezze rispetto alla datazione esatta dell'opera. Sebbene ID., *Der pseudo-ulpianische*, cit., 140 ss., sostenga che essa appartenga all'età epiclassica, la tesi più diffusa, già sostenuta da Mommsen (*De Ulpiani regularum libro singulari disputatio*, in *Gesammelte Schriften*, II, Berlino, 1905 [ristampa Berlino-Dublino-Zurigo, 1965], 47 ss.), attribuisce il testo contenuto nel Codice *Vat. Reg. Lat.* 1128 a una rielaborazione di fonti classiche, collocabile dopo il 320 d.C.

[83] Com'è noto, i due passi sono presenti anche in Coll. 6.2, unica opera in cui il titolo è indicato in modo difforme dalla tradizione del manoscritto vaticano, ossia '*De nuptiis*'. Pertanto, si potrebbe ipotizzare che la *Collatio* si basasse su un altro esemplare dell'opera. Infine, la diversa denominazione si giustificherebbe anche dalla diversa prospettiva adottata nell'opera, vista l'espunzione dei §§ 2-5. Sul punto cfr. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 243 s.

[84] Tit. Ulp. 5.1: *In potestate sunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati.* Cfr. Gai 1.55 (testo *supra*, nt. 21) ed Epit. Gai 1.3.2.

presupposti[85], tra cui il *conubium*[86]. È proprio l'assenza di quest'ultimo a costituire il criterio che introduce il tema delle unioni incestuose.

Tit. Ulp. 5.6-7: 6. Inter parentes et liberos 'infinite[87], cuiuscumque gradus '(sint,) conubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere; sed ta*ntum* fratris filia*m*, non etiam sororis filia*m*, aut amita*m* vel matertera*m*, quamvis eodem gradu si*n*t. ea*m* den*i*que, *quae* noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit uxore*m*, ducere non possumus. 7. Si quis eam, quam non licet, uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit ideoque liberi in potestate eius non fiunt, sed quasi vulgo concepti spur*i* sunt. [*Domitius Ulpianus*, 576][88]

---

[85] Tit. Ulp. 5.2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.* Cfr. Gai 1.56; Gai Ep.1.4 pr.; Paul. Sent. 2.19.2; I. 1.10 pr. Negli ultimi tre passi citati il riferimento al *conubium* è omesso e ci si concentra maggiormente sul profilo del *consensus*, la cui assenza, nelle *Sententiae*, impedisce di contrarre il matrimonio *iure*.

[86] Cfr. Tit. Ulp. 5.3 (testo alla nt. 22).

[87] Sull'uso di '*infinite*', v. *supra*, nt. 29. L'avverbio non compare però in Coll. 6.2.1, in cui è presente lo stesso passo tratto dalla medesima opera. Cfr. sul punto le osservazioni di P.E. HUSCHKE, *Domitius Ulpianus*, in *Iurisprudentiae*[5], cit., 576, nt. 6, in cui il termine è posto tra uncine, come già fatto nell'edizione curata da E. Böcking, F. Schilling e C. Lachmann, che è la base per l'edizione di Huschke (v. ID., *Domitius Ulpianus*[5], cit., 567). M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 243, nt. 24, interpreta, giustamente, l'avverbio come tautologico.

[88] I vari passi dei *Tituli*, delle *Pauli Sententiae* (e *della Mosaicarum et Romanarum legum collatio*) commentati sono tratti dalla quinta edizione della *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*. A tale edizione si fa riferimento mediante l'indicazione, tra parentesi quadre, della parte dell'opera e della pagina. I testi privi di tale indicazione rinviano invece alla seconda edizione dei FIRA. Huschke

Il *conubium* non esiste tra genitori e figli a prescindere dal grado e, sebbene il testo non lo espliciti, il principio pare estendersi anche ai rapporti in linea collaterale (oltre che tra coloro legati da *adfinitas*). Anzi, con riferimento alle unioni *inter cognatos*, si precisa che, un tempo, non era possibile contrarre matrimonio fino al quarto grado, mentre ora, invece, è lecito sposare una parente di terzo grado, purché si tratti della figlia del fratello, come attestato anche in Gai 1.62.

Malgrado l'avverbio '*infinite*', che potrebbe essere segno di un'interpolazione derivante da un'interpretazione postclassica del testo[89], l'elenco delle unioni vietate in Tit. Ulp. 5.6 pare in sostanziale continuità con quello presente in Gaio.

La somiglianza tra i due testi è ancora più evidente nel paragrafo 7: chi sposa una donna in modo non conforme al *ius civile* contrae un *incestum matrimonium*, e i figli non ricadono nella *patria potestas*, ma sono considerati *spurii*, come se (*quasi*) fossero *vulgo concepti*[90]. Anche nei *Tituli*, dunque, si ribadisce che l'assenza di *conubium*

si basa a sua volta (v. infatti la p. 566) sull'*editio princeps* di E. BÖCKING, *Domitii Ulpiani fragmenta ut videtur libri singularis regularum quae dicuntur Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Corpus iuris*, cit., coll. 121a ss. Sulle diverse varianti testuali del passo, v. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 242 ss.

[89] Dettata presumibilmente dalla diversa, rispetto a quella ulpianea, prospettiva adottata da colui che ha commentato il contenuto dell'opera. Oltre alle ntt. 92 e 94, cfr. anche M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 242, che espunge '*infinite*'.

[90] Su questo aspetto, cfr. *supra* la nt. 65. In questo caso, l'analogia, evidenziata sul piano linguistico sempre mediante l'uso della particella '*quasi*', dei figli frutto di un matrimonio incestuoso ai *vulgo quaesiti* pare più marcata rispetto a Gai 1.64. V. anche M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische*, cit., 245.

impedisce sia di qualificare la moglie come legittima sia di riconoscere la *patria potestas* sui figli[91].

Se dal confronto con Gaio si ricava una sostanziale omogeneità in tema di *incestae nuptiae*, è comunque significativo che nei *Tituli* l'unione incestuosa sia designata come '*incestum matrimonium*'. Il riferimento esplicito alla categoria del *matrimonium* suggerisce che tali unioni, pur illegittime, potessero essere comunque concepite dai *prudentes* come *matrimonia* e che, pertanto, in queste la donna fosse percepita come *uxor*, sebbene non legittima[92].

Questo assunto potrebbe trovare conferma in due passi di Ulpiano, tràditi nel titolo '*Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*'

Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14(13).1, 4: 1. *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir <iure extranei> poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, atridae uxores suas amant.* οὐ μόνοι φιλέουσ' ἀλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεῖδαι. […] 4. *Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo*

[91] Soprattutto in un'ottica di continuità rispetto al prosieguo del titolo V. Cfr., infatti, Tit. Ulp. 5.8, in cui si riporta l'eccezione della *lex Minicia*, in base alla quale se il matrimonio è contratto tra un peregrino e una cittadina romana, la prole seguirà la *condicio* del padre, poiché di uno *status* inferiore alla donna. Cfr. anche Gai 1.67, 78.

[92] Considerata l'identità concettuale tra *Tituli* e *Institutiones*, l'uso del termine *matrimonium* nei *Tituli* potrebbe riflettere il pensiero di Gaio, soprattutto in Gai 1.64, in cui si accenna alla presenza di una madre anche nei casi di *incestae nuptiae*, indicazione poi espunta dai giustinianei (cfr. *supra* la nt. 70). Sebbene nei *Tituli* tale precisazione manchi, essa sembra riecheggiare indirettamente nella regola sul *conubium* riportata in Tit. Ulp. 5.3 (v. *supra* la nt. 22). Poiché non vi sono ragioni di dubitare che tale regola non valesse all'epoca di Gaio, l'assenza di *conubium* impedisce di considerare la donna come *uxor*, intesa come moglie secondo il *ius civile*. Sebbene ciò non dimostri che in queste unioni la donna potesse essere *uxor* in senso lato, ciò pare comunque rafforzare l'interpretazione per cui in Gai 1.64 il termine *uxor* si riferisce alla moglie legittima per *ius civile*.

haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse.

Il giurista, che nel *principium* espone l'unico caso in cui è possibile accusare di *crimen adulterii*[93] la concubina, anche se solo *iure extranei* poiché questa non è *uxor*[94], asserisce in seguito che il marito può predisporre l'*accusatio*, purché *iure extranei*[95], nei confronti della

[93] Sul *crimen adulterii*, cfr. la bibliografia citata alla nt. 2. Che si tratti in quella sede di *adulterium* in 'senso stretto' si dimostrerebbe dal dato per cui nel passo si richiama, pur negandone la concessione, l'*accusatio iure viri*, e si permette all'offeso di perseguire solo *iure extranei* l'adulterio della concubina. In tal senso v. G. RIZZELLI, *Lex Iulia*, cit., 195 s.

[94] Cfr. Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 pr., in cui il termine '*uxor*' sembra riferirsi alla moglie legittima secondo *ius civile*, poiché il giurista esclude la possibilità di accusare *iure mariti* la concubina (così G. RIZZELLI, *Lex Iulia*, cit., 187). Affinché questa ipotesi sia configurabile, la donna deve conservare lo *status* di *matrona*, che si perde qualora intrattenga un rapporto di concubinato con un uomo diverso dal patrono. In modo simile, v. anche Marc. 26 *dig.* D. 23.2.41.1, che riguarda la perdita dell'*honestas matris familia*, ostativa alla costituzione di un *matrimonium iustum* secondo la legislazione augustea (in tal senso, v. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 630, n. 254, nt. 7, che rimanda a Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23.2.43 pr. e a Tit. Ulp. 13.2, ma a questi *adde* Mod. 1 *reg.* D. 23.2.24). Sulla possibilità che Ulpiano non si riferisca esclusivamente alla liberta concubina del patrono e sulle implicazioni in ordine alla qualificazione dell'unione con una libertina, v. G. RIZZELLI, *Lex Iulia*, cit., 195, nt. 98.

[95] Già P.E. HUSCHKE, *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Iurisprudentia*[3], cit., 620, nt. 4, commentando Coll. 4.5.1 (sulla *postulatio* del marito contro la moglie adultera in un matrimonio non legittimo), ipotizza che Triboniano avesse omesso le parole '*iure extranei*'. Tale proposta è accolta da O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 932, n. 1947, nt. 5, che, contro l'interpretazione secondo cui l'accusa sarebbe stata proposta *iure viri*, corregge il testo con l'aggiunta di *iure extranei* dopo *accusationem*. Secondo Lenel, ciò consentirebbe al marito di agire in entrambi i casi: se la *uxor* è *iniusta*, oppure *iusta* ma siano già decorsi i termini per l'*accusatio iure mariti*. Il medesimo ragionamento si ricava anche dal confronto tra Coll. 4.4.1 di Paolo (su cui cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 942, n. 724, nt. 3), e Coll. 4.5.1, da cui si evince che anche il marito *iniustus*

uxor iusta oppure *iniusta*. Il principio risulta avvalorato anche dall'affermazione di Sesto Cecilio Africano[96], secondo cui la *lex Iulia de adulteriis* (*haec lex*) riguardava tutti i matrimoni[97]; a conferma di tale prospettiva, è richiamato anche un celebre verso del nono libro dell'*Iliade*, nel quale si sottolinea come non solo gli Atridi amassero le proprie spose.

Nella quarta *lex* del frammento, si indicano i casi in cui adultera è la donna con cui vi è stata un'unione incestuosa, e anche (*vel*) la donna che, sebbene stia presso il compagno con volontà di moglie[98], non può tuttavia essere una sposa legittima. In entrambe

disponeva di un'azione rinforzata. Sul punto, cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio*^{2}, cit., 27 s.; R. FIORI, *La struttura*, cit., 204 ss. e p. 217 che, pur rifiutando la congettura testuale, distingue tra l'*accusatio iure viri* 'piena' del *maritus iustus* e quella 'rinforzata' del *maritus iniustus*. Sulla questione v. anche M.V. SANNA, *Matrimonio*, cit., 148 ss.

[96] Dall'*et* presente nel frammento si presuppone che Sesto Cecilio Africano non sarebbe stato il primo, o quantomeno l'unico, a cui attribuire siffatta concezione. Così G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., 187. Sulla tendenza di Africano alla citazione dei poeti come argomento *ex auctoritate* v. F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in *ANRW*, II.15, *Principat. Recht (Methoden, Schulen, einzelne Juristen)*, ed. H. Temporini, Berlin-New-York, 1976, 145 (= ID., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 24 s.).

[97] O anche, per metonimia, tutte le donne sposate; o forse, se si segue il *principium* del frammento, tutte le matrone.

[98] L'espressione *uxoris animo* sembra equiparabile, nella sostanza, alla *maritalis affectio*. Ciò si evince dal confronto con Ulp. 33 *ad ed.* D. 48.20.5.1, relativo allo scioglimento del vincolo matrimoniale in seguito alla *deportatio in insulam* del marito. Sebbene il passo sia oggetto di sospette interpolazioni (su cui cfr. *Index interpolationum, ad h. l.*; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*^{2}, cit., 445), dal raffronto tra i due frammenti si ricaverebbe che la *maritalis affectio* rinvii alla volontà del marito di costituire un *matrimonium*, mentre l'*animus uxoris* denoterebbe la disposizione soggettiva della donna a considerarsi *uxor* all'interno di tale rapporto. R. FIORI, *La struttura*, cit., 210 s. nt. 71, interpreta *uxoris animo* come riflesso dello stato interiore del marito, e dunque equivalente all'*affectio maritalis*. Sulla rilevanza in generale dell'*affectio maritalis* v., per tutti, R. ORESTANO, *La struttura giuridica del*

le ipotesi, per Ulpiano il compagno potrà accusare la donna *iure extranei*, ma non *iure mariti*. In sostanza, nonostante queste unioni non rientrino nello schema del *iustum matrimonium*, queste sarebbero comunque percepite come giuridicamente rilevanti, quantomeno per una *postulatio* da parte del convivente.

Sui due frammenti ora citati, la storiografia ha avanzato diverse interpretazioni riguardo alla figura della *uxor iniusta*, ossia colei che, pur legata a noi '*uxoris animo*', non può essere qualificata come *iusta uxor*; parimenti, profili di incertezza investono anche il nesso tra l'*uxor iniusta* e il termine greco ἀλόχος[99].

matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustinianeo, I, Milano, 1951, 196 ss., nt. 527, con ampia letteratura sul dibattito relativo alla classicità del concetto.

[99] F. STELLA MARANCA, *Omero nelle Pandette*, in *BIDR*, 35, 1927, 33 ss., osserva che Achille alluderebbe a Briseide e che il termine greco designi genericamente la 'compagna di letto', così da includere tanto la moglie quanto la concubina. Ne deduce pertanto che la citazione di Africano non si riferisse alla distinzione tra *uxor iusta* e *iniusta*, bensì alla differenza fra l'*accusatio iure mariti vel patris* e quella *iure extranei*, quest'ultima esperibile anche contro la concubina. Diversamente, E. PEZZATO, *L'amor delle fonti giuridiche romane*, in *JusOnline*, 6, 2021, 180 s., insiste sul contesto emotivo del passo omerico, in cui Achille enfatizza la propria sfera affettiva personale, e non un legame istituzionalizzato. Ne consegue, secondo l'autrice, che il riferimento ulpianeo non recepirebbe il concetto di φιλία coniugale, rendendo improprio il parallelismo tra una *uxor iniusta* e Briseide: anche perché con una schiava poteva solo esistere *contubernium* (anche se, sul punto, v. comunque *infra* ntt. 100 e 101). Sui richiami delle opere di Omero da parte dei giuristi romani, v. M. FIORENTINI, *I giuristi romani leggono Omero. Sull'uso della letteratura colta nella giurisprudenza classica*, in *BIDR*, 107, 2013, 167 ss. Sulla qualificazione di Briseide come bottino di guerra, cfr. ID., *I giuristi romani*, cit., 194 s.; C. PELLOSO, *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in *RGDR*, 26, 2016, 24 nt. 71 (= *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, a cura di C. Pelloso, Napoli, 2016, 31 s. nt. 71).

Per alcuni studiosi, tra le *iniustae uxores* rientrerebbe anche la concubina, soprattutto per il riferimento a Briseide[100]. Secondo altri, invece, Ulpiano si riferirebbe a una donna sposata in violazione dei divieti imposti dalla legislazione augustea[101]. Infine, vi è chi, seppur con approcci differenti, include nella locuzione *iniusta uxor* anche la donna coinvolta in un matrimonio *non iustum* a causa dell'assenza del *conubium* in capo a uno o a entrambi i coniugi[102].

---

100 Cfr. G. RIZZELLI, *Lex Iulia*, cit., 187 s.; R. QUADRATO, *"Maris atque feminae coniunctio": "matrimonium" e unioni di fatto*, in *Index*, 38, 2010, 235 s. Quest'ultimo fa leva sulla traduzione del sostantivo ἀλόχος in '*uxor*', sostenendo che ciò giustificherebbe l'estensione della normativa augustea anche alle unioni non fondate sul *iustum matrimonium*. *Contra*, E. PEZZATO, *L'amor*, cit. 180 s., osserva, sulla base dell'esegesi dei Basilici (su cui v. *infra*, nt. 101), che Briseide non poteva essere considerata una *uxor*, neppure *iniusta*, trattandosi di una schiava, con la quale era configurabile solo *contubernium*. Di qui, l'ipotesi che Africano abbia citato Omero più per finalità erudite che per un'effettiva rilevanza giuridica. Tuttavia, in Ulp. 20 *ad Sab.* D. 33.7.12.33, passo ritenuto genuino, il termine *uxor* è impiegato per designare una *contubernalis*, confermando così l'impostazione di Quadrato, ma non quella di Pezzato, che non tiene conto di questo passo.

101 Cfr., principalmente, M.V. SANNA, *Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, 54, 2010-2011, 214 ss.; EAD., *Matrimonio*, cit., 145 ss.; EAD., *Dalla 'paelex' della 'lex Numana' alla 'concubina'*, in *BIDR*, 109, 2015, 204 s. Secondo l'autrice, Ulpiano farebbe riferimento a unioni contrarie ai divieti delle leggi augustee, escludendo i casi di carenza di *conubium* con *peregrini*, poiché il giurista scriverebbe in un momento successivo alla *constitutio Antoniniana*. Così anche E. PEZZATO, *L'amor*, cit., 179, nt. 21, la quale si avvale dell'esegesi dei Basilici (Sch. 1 ad Bas. 60, 37, 15 [ed. Heimbach, V, p. 723] = Sch. 18 ad Bas. 60, 37, 14 [ed. Scheltema-Holwerda-Van der Wal, B IX, p. 3696]).

102 D. DAUBE, *The Accuser under the lex Julia de adulteriis*, in Πεπραγμένα του Θ′ Διεθνούς Βυζαντινολογικού Συνεδρίου (Θεσσαλονίκη, 12-19 Απριλίου 1953), Τόμος Β′, Ανακοινώσεις: Β′ Δίκαιον – Γ′ Θεολογία – Δ′ Ιστορία, εκδιδόμενα επιμελεία Στ. Κυριακίδου, Α. Ξυγγόπουλου, και Π. Ζέπου, Αθήναι, 1956, 8 ss. (= *Collected Studies in Roman Law*, I, hrsg. von D. Cohen und D. Simon, Frankfurt am Main, 1991, 561 ss.), seguito da J.A.C. THOMAS, *Accusatio adulterii*, in *Iura*, 12, 1961, 68 s., sostiene che, dopo la *constitutio Antoniniana*, la distinzione tra '*uxor iusta*' e '*uxor*

Forse, per verificare l'identità della *iniusta uxor*, si dovrebbe distinguere tra l'epoca anteriore e quella successiva all'emanazione della *constitutio Antoniniana*[103]. In quest'ultimo caso[104], la figura della *iniusta uxor* sembrerebbe coincidere sia con la concubina menzionata nel *principium*, sia con la donna sposata in violazione delle norme augustee o di altre fonti normative, inclusi i casi di *incestae nuptiae*. Sarebbero dunque escluse dalla categoria la concubina di un uomo diverso dal patrono e, per evidenti ragioni, la donna sposata in un matrimonio *non iustum* per mancanza di *conubium*: anche in quest'ultima ipotesi, se si interpreta il frammento a prescindere dagli effetti dell'editto e se lo si collega all'epoca di Sesto Cecilio, la donna rientrerebbe nella categoria delle *iniustae uxores*[105].

In ogni caso, al di là di una classificazione formale, dai due passi ulpianei emergerebbe che, pur in assenza di *iustum matrimonium*, la donna che convive presso l'uomo *uxoris animo* è considerata *uxor* (seppur *iniusta*). Perciò può essere accusata di *crimen adulterii* dal convivente, sebbene non *iure mariti*. La *maritalis affectio* del marito e l'*uxoris animus* della donna sarebbero così i presupposti psicologici

iniusta' (intesa come peregrina, accusabile mediante *accusatio iure extranei*) fosse ormai sfumata, come dimostrato dal passo. Da ultimo, R. ASTOLFI, *Il matrimonio*^{2}, cit., 28, nt. 46, ritiene che la categoria includa anche i casi in cui il *matrimonium* sia *iniustum* per carenza di *conubium* non solo dipendenti dallo *status* di peregrino. *Contra* R. FIORI, *La struttura*, cit., 210 ss., secondo cui Ulpiano avrebbe già trattato tali ipotesi nella prima *lex* del frammento.

[103] Su cui cfr. le ntt. 14 e 15.

[104] In tal senso, v. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 931, nt. 2, secondo cui i cinque libri del commento di Ulpiano alla *lex Iulia de adulteriis* sarebbero stati scritti dopo la morte di Caracalla.

[105] Oltre al caso in cui uno o entrambi i coniugi fossero peregrini, così come nell'ipotesi in cui '*nuptiae non sunt*' per effetto del senatoconsulto di Marco Aurelio e Commodo, su cui cfr. *supra* la nt. 17.

per estendere la tutela dell'adulterio oltre i confini del *matrimonium iustum*[106].

Inoltre, la congiunzione *vel* includerebbe tra le *iniustae uxores* anche quella *cum qua incestum commissum est*, così da suggerire un'interpretazione unitaria: come si desume dal testo, anche la donna che abbia contratto *incestae nuptiae* può avere *animus uxoris* e quindi essere accusata di adulterio. Ne consegue, dunque, che l'unione incestuosa fosse accomunata, ai fini dell'accusa di adulterio verso la donna, a un matrimonio (pur *non iustum*), come indicherebbe anche la denominazione '*incestum matrimonium*' nei *Tituli*[107].

L'ipotesi secondo cui le *incestae nuptiae* fossero concepite quali *matrimonia* potrebbe trovare conferma in un altro frammento di Ulpiano, mediante un ragionamento *e contrario*

Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3.1: *Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt.* [*sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt*]. *divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat* [*affectione*] <*loco*> *uxoris habita, sed magis concubinae.*

[106] V. anche G. RIZZELLI, *Lex Iulia*, cit., 188, secondo cui il passo testimonia un allargamento del concetto di matrimonio, idoneo a racchiudere le altre relazioni monogamiche stabili, ma diverse dalle *iustae nuptiae*.

[107] Tuttavia, se si interpreta il frammento ulpianeo alla luce di I. 1.10.11-12 (quindi nell'ottica unitaria e sistematica della compilazione giustinianea), emerge che una donna sposata in regime di *prohibitae nuptiae* non può essere considerata *uxor*, nemmeno in senso lato, in quanto il matrimonio è inesistente.

Nel trentaduesimo libro del commentario *ad Sabinum*, in seguito tràdito nel *titulus* '*De donationibus inter virum et uxorem*', Ulpiano affronta il tema delle donazioni tra coniugi[108]. Dopo aver ricordato nel *principium* che in un'*oratio* Caracalla riteneva il divieto fondato sui *mores*[109], il giurista analizza più in dettaglio i casi in cui tali donazioni sono vietate. Egli formula quindi una regola generale: la *donatio* è inefficace (*non valebit*) se il matrimonio è conforme alle leggi e ai costumi romani, ossia se è *iustum*. Al contrario, quanto interviene una circostanza (*impedimentum*) tale per cui non vi sia un matrimonio *iustum* (*ne sit omnino matrimonium*), la donazione è efficace.

Seguono poi due esemplificazioni tratte da ambiti riconducibili allo *ius novum*: da un lato, il matrimonio tra la figlia di un senatore e un liberto, vietato da un senatoconsulto; dall'altro, l'unione tra una provinciale e un funzionario imperiale, che esercita un incarico

---

[108] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 1137, n. 2761, che colloca il frammento, seguendo la sistematica sabiniana, sotto la rubrica '*de iure dotium*', pur precisando che esso concerne più propriamente le donazioni tra coniugi. Per comprendere meglio l'operatività concreta del divieto, risulta utile confrontare Pap. 12 *resp.* D. 39.5.31 pr., da cui si ricava che la donazione era nulla se effettuata dopo il sorgere degli elementi che qualificavano il rapporto come matrimoniale: la partecipazione della donna al rango sociale dell'uomo (*honor matrimonii*), l'*affectio maritalis* e la condotta reciproca dei coniugi. Sul divieto in generale, cfr. principalmente M. LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II. *Diritto romano e bizantino*, a cura di P. Ciapessoni, Padova 1937, 513 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 195 ss.; P. BUONGIORNO, *Il divieto di donazione tra coniugi*, Lecce, 2018, ove ulteriore bibliografia.

[109] Dal confronto tra Ulp. 32 *ad. Sab.* D. 24.1.3 pr., Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.1 e Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.1.2, emerge che i giuristi classici, pur richiamando i *mores* a fondamento del divieto, sembravano ignorarne l'originaria *ratio*, proponendo motivazioni poco convincenti. Sul punto cfr. in generale G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 195 ss.; P. BUONGIORNO, *Il divieto di donazione tra coniugi*, Lecce, 2018, 29 ss., ove ulteriore bibliografia.

amministrativo o militare nella stessa provincia, vietata dai *mandata principum*. In entrambi i casi, la donazione è efficace, proprio perché è avvenuta in seno a un matrimonio non legittimo (*nuptiae non sunt*)[110].

Anche in questo frammento sembra delinearsi la distinzione implicitamente tracciata da Ulpiano nel commento alla *lex Iulia de adulteriis*. Il matrimonio conforme alle leggi e ai *mores* è *iustum*, mentre non è tale quello contratto in violazione di tali norme. Considerando il contesto della redazione del passo[111], il giurista pare riferirsi anche alle unioni incestuose, poiché pure in queste vi è un *impedimentum* alla formazione di un *matrimonium iustum*[112]. Nonostante ciò, sembra che queste unioni fossero assimilate a un matrimonio legittimo. In tal senso deporrebbe l'impiego (non

[110] Come si è già accennato alla nt. 17, con l'espressione '*nuptiae non sunt*' i giuristi designano quelle unioni che, in seguito al senatoconsulto emanato da Marco Aurelio e Commodo, non potevano più rientrare nella categoria di *matrimonium iustum*, nemmeno sotto la prospettiva del solo *ius civile*. Tale orientamento pare emergere da un *rescriptum* ascritto a Papiniano, conservato in Vat. Fragm. 168, in cui si osserva che – ai fini dell'*excusatio tutelae* – potevano essere *iusti liberi* anche i figli nati da un matrimonio contrario alla legislazione augustea, a condizione che fossero frutto di un'unione conforme al *ius civile*. Cfr. anche P.E. HUSCHKE, *Fragmenta Iuris Romani Vaticana*, in *Iurisprudentiae*[5], cit., 764, ntt. 5 e 8; FIRA[2], cit., 499, e in particolare il riferimento a Coll. 16.3.4 e soprattutto a Vat. Fragm. 194. Sul mancato recepimento da parte dei compilatori della linea interpretativa testimoniata dai *Fragmenta* a favore della regola espressa in Mod. 2 *excus.* D. 27.1.2.3, cfr. G. VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del principato*, 1996, 68 (ove ulteriore bibliografia); R. ASTOLFI, *Il matrimonio*[2], cit., 8 ss., 41 s.; 256 s.

[111] Per O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 1019, nt. 3, il commentario *ad Sabinum* sarebbe stato scritto mentre il soglio imperiale era retto da Caracalla, come emergerebbe dal confronto tra Ulp. 43 *ad Sab.* D. 12.6.23.1, Ulp. 6 *ad Sab.* D. 24.1.23 e Ulp. 43 *ad Sab.* D. 46.3.5.2.

[112] Come si è visto al § 2, con riferimento a Gai 1.61, l'*impedimentum* è presente anche in materia di *incestae nuptiae* (cfr., ma con diverso significato rispetto al periodo classico, anche I. 1.10.2, a cui *adde* I. 1.10.10 in tema di *cognationes serviles*). Sul punto v. *supra*, nt. 31.

sospetto di interpolazione) dell'avverbio '*omnino*': questo, infatti, suggerisce un'assimilazione, anziché un'esclusione, di tali rapporti al *matrimonium iustum*[113].

Una conferma indiretta potrebbe ricavarsi dalla parte finale del frammento, sebbene ritenuta dai più interpolata[114]. Qui il giurista afferma essere contraria al *fas* la validità di queste donazioni, poiché ciò comporterebbe un vantaggio a chi ha trasgredito la legge; allo stesso tempo, egli attesta una deroga da parte di Settimio Severo a tale principio[115]. L'imperatore avrebbe infatti riconosciuto l'efficacia della donazione compiuta da Ponzio Paolino in favore della propria liberta, escludendone la ripetibilità. Pur ammettendo la manomissione testuale, è comunque significativo che

[113] Diversamente, Ulpiano non avrebbe scelto l'avverbio *omnino*, che peraltro difficilmente sarebbe stato inserito dai compilatori, i quali, semmai, l'avrebbero espunto per allineare il passo alla politica matrimoniale giustinianea. La sua presenza si potrebbe spiegare, invece, quale segno di un'assimilazione, almeno parziale, al *matrimonium iustum*. A conferma di ciò, si osservi l'assenza, nei frammenti del commentario di Ulpiano a Sabino (così come riordinati da O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 1019-1198), di una netta contrapposizione tra *iustum* e *iniustum matrimonium*, in quanto il sostantivo non è mai accompagnato da simili aggettivi. Un'eccezione è Ulp. 27 *ad Sab.* D. 1.5.24, che menziona il *legitimum matrimonium*. Cfr. anche R. QUADRATO, *«Maris atque feminae coniunctio»*, cit., 232, secondo cui l'espressione '*si aliquod impedimentum interveniat ne sit omnino matrimonium*' alluderebbe a un matrimonio imperfetto, viziato da qualcosa.

[114] Poiché il testo non informa sulle conseguenze della mancata validità della donazione in queste ipotesi, si presume che il testo sia stato interpolato in questo punto dai compilatori che, sulla sorte della donazione nei matrimoni proibiti, si sarebbero avvalsi delle disposizioni generali di C. 5.5.4 (su cui v. *infra*, nt. 150). Oltre all'*index interpolationum ad h. l.*, cfr. da ultimo M.V. SANNA, *Matrimonio*, cit., 136 ss., in cui vi è una dettagliata descrizione delle varie posizioni in letteratura favorevoli o meno all'interpolazione.

[115] Pensa a un *rescriptum* G. BESELER, *Bindung und Lösung*, cit., 469 s., che ritiene frutto di interpolazione il principio secondo cui «daß Schenkungen zwischen den Personen einen matrimonium illicitum ungültig sind», e che definisce 'sciocco' il periodo '*sed fas non est – deliquerunt*'.

l'espressione '*quia non erat [affectione] <loco> uxoris habita, sed magis concubinae*' risulti in linea con l'impostazione di Ulpiano. Tale constatazione si fonderebbe sull'idea che, nonostante l'*impedimentum* che avrebbe qualificato l'unione come un *matrimonium iniustum*, la donna non era trattata come moglie, ma come concubina: mancava, cioè, l'elemento essenziale a un matrimonio, ossia l'*affectio maritalis*[116].

Sembrerebbe dunque emergere con chiarezza che, per Ulpiano, anche un *matrimonium non iustum* potesse essere comunque assimilato a un *matrimonium iustum*, purché fosse presente l'*affectio maritalis*. Quest'ultima, come si desumerebbe dal confronto tra i due frammenti esaminati, sarebbe presente anche nelle unioni incestuose. Pertanto, è plausibile ipotizzare che, all'epoca di Ulpiano, tali unioni potessero essere formalmente considerate *matrimonia*, sebbene prive di effetti giuridici rispetto al *ius civile*. Si confermerebbe dunque l'ipotesi secondo cui, nella prospettiva di un giurista dell'età dei Severi, il matrimonio incestuoso – come qualsiasi matrimonio gravato da un *impedimentum* – fosse assimilabile, pur senza piena identità, a un *matrimonium iustum*: si sarebbero riconosciuti infatti determinati effetti giuridici, in netta contrapposizione rispetto all'orientamento giustinianeo, che ne sanciva invece la nullità.

Questa impostazione sembra confermata anche nelle *Pauli Sententiae*, in cui il matrimonio incestuoso è trattato nel titolo '*De nuptiis*'. Il diverso titolo in cui è riportata la disciplina delle *incestae*

[116] Questo sarebbe il senso del frammento, se si ritenesse autentica la parte '*sed fas* […] *deliquerunt*'. Tuttavia, ciò implicherebbe che la donazione tra coniugi di un matrimonio *non iustum* non fosse valida, conclusione non confermata dalle fonti. Senza potersi soffermare oltre, nulla vieta che la fattispecie esaminata da Settimio Severo fosse analoga a quella di Ulp. 2 *adult.* D. 48.5.14 pr.-1, 4, in cui la concubina, qualificabile come *matrona*, era dunque equiparata a una *uxor* (*iniusta*).

nuptiae mostrerebbe un cambio di prospettiva rispetto alle opere precedenti: non si nega più, per via dell'assenza di *iustae nuptiae*, la possibilità di costituire la *patria potestas*, ma si valuta in via preliminare la validità dell'unione secondo il *ius civile*[117].

Bisogna allora verificare se ciò abbia comportato una modifica alla disciplina delle *incestae nuptiae*: a tal proposito, si ritiene proficuo considerare con più attenzione anche il passo che precede la loro trattazione

Paul. Sent. 2.19.2: Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; sed '(et), contracta non solvuntur: contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur. [*Iulii Paulli sententiarum ad filium libri quinque* 481].

Paul. Sent. 2.19.3 = Coll. 6.3.1-3: 3. Inter parentes et liberos [iure civili] matrimonia contrahi non possunt: <iure civili nec sororem> nec filiam sororis aut neptem uxorem ducere possumus: proneptem '(*et*) aetatis ratio prohibet. 4. Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes ac liberos omnimodo, inter fratres '(*ac sorores*) eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit. 5. Nec socrum nec nurum '(*nec*) privignam nec novercam aliquando citra poenam incesti uxorem ducere licet, sicut nec amitam aut materteram. Sed qui '(affinem) vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso

[117] L'autore, pur senza sistematizzare come in Tit. Ulp. 5.2 (testo alla nt. 85), indica i requisiti delle *iustae nuptiae*, desumibili dal confronto tra i §§ 2-3, 5-6 e 10-14, in particolare il consenso tra nubendi (cfr. Paul. Sent. 2.19.2) e la conformità ai *mores* e alle leggi romane, in quanto, dopo la *constitutio Antoniniana*, il *conubium* non ha più la stessa rilevanza riconosciutagli nelle epoche precedenti. La mancanza di un titolo dedicato alla *patria potestas*, insieme al mantenimento della distinzione tra figli legittimi (i *liberi* in senso stretto) illegittimi (*vulgo quaesiti*), supporterebbero questa lettura.

mulieri iuris errore, ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta. [*Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, 665 s.]

Il § 2 chiarisce che il consenso del *paterfamilias* è necessario perché il matrimonio sia valido *iure*. Se quello manca, non vi è matrimonio legittimo; tuttavia, l'unione non è dissolta, in quanto l'interesse pubblico prevale su quello privato.

Rispetto a Tit. Ulp. 5.2, in cui il consenso è indicato come un requisito del *iustum matrimonium*, nelle *Sententiae* parrebbe articolarsi un principio più ampio[118]. Il testo, infatti, non solo ribadisce che la *voluntas* del *pater familias* (o dello sposo se *sui iuris*) è condizione necessaria per la validità *iure* del matrimonio, ma l'espressione '*contracta non solvuntur* ' indicherebbe che, in assenza di tale

[118] I due passi, letti insieme, rifletterebbero un diverso peso riconosciuto al consenso. Difatti, a seguire il dettato di Tit. Ulp. 5.2 (testo alla nt. 85), il consenso era uno dei vari requisiti necessari per qualificare un *matrimonium* come *iustum*, e dunque riconoscere la *potestas* sui figli, l'oggetto di indagine del redattore del paragrafo; diversamente, all'epoca della redazione delle *Sententiae*, parrebbe che si guardasse al consenso come l'unico requisito esplicitamente considerato rilevante per la formazione di un'unione matrimoniale, mentre la sua legittimità sarebbe stata valutata in base alla conformità dell'unione al *ius civile*. Nonostante non sia possibile negare che per entrambi gli autori delle due opere il *consensus* fosse l'elemento su cui fondare qualsiasi unione matrimoniale (come confermato anche in altre fonti giurisprudenziali), pare evidente che, secondo la prospettiva delle *Sententiae*, il consenso definisse l'essenza stessa del matrimonio. In tal senso non propenderebbe solo la differente denominazione dei titoli in cui i passi sono riportati, ma soprattutto la diversa esposizione sul tema. Nelle *Sententiae*, difatti, nel paragrafo successivo a quello sul *consensus*, l'attenzione è rivolta alle unioni illegittime perché contrarie al *ius civile*, quest'ultimo forse da identificare come *Reichsrecht* alla luce dell'interpretazione di Mitteis o come elemento di 'civilizzazione' secondo l'interpretazione di Licandro. Una tale prospettiva, pertanto, renderebbe più aderente alla realtà l'ipotesi di Huschke secondo cui il riferimento *iure civili* fosse un *fugitivum*, su cui cfr. la nt. 126.

consenso, l'unione tra *alieni iuris* fosse comunque riconosciuta come *matrimonium*, pur privo di piena efficacia al livello del *ius civile*[119].

Resta da verificare se tale schema potrebbe estendersi alle *incestae nuptiae*, anche alla luce dell'influenza della *constitutio Antoniniana*[120]. In tal senso, il § 3 assume rilievo, affermando – indipendentemente dalle varianti testuali prospettate da Huschke – che, secondo il *ius civile*, non è consentito il matrimonio tra genitori e figli. Parimenti avviene anche per la figlia della sorella o la nipote[121], mentre il matrimonio con la pronipote è proibito per ragioni di età. Anche

[119] Sul punto cfr. anche Paul. 35 *ad ed.* D. 23.2.2 e Iul. 16 *dig.* D. 23.2.18, della cui genuinità non si dubita e da cui trova conferma la regola che si desume da Paul. Sent. 2.19.2, ossia che l'assenza della *voluntas* del soggetto esercente la potestà sullo sposo è idonea a non qualificare legittimo il matrimonio rispetto al *ius civile*, ma non implica che questo non esista o sia nullo. Inoltre, dal confronto tra I. 1.10 pr. (testo alla nt. 43) e i successivi passi del titolo *de Nuptiis*, si ricaverebbe che l'unione considerata non ricadrebbe nel regime delle *prohibitae nuptiae*. L'impostazione che emerge dalle *Sententiae* pare confermata anche dal § 6, in cui, pur negandosi il *matrimonium* tra schiavi e liberi, si riconosce il *contubernium*, fondato sul consenso reciproco: ossia, un vincolo privo di validità *iure civili*, ma comunque riconosciuto come forma di convivenza stabile. In ogni caso il *dominus* del servo avrebbe potuto interrompere in ogni momento la relazione sessuale. In tal senso, anche se di gran lunga posteriore al periodo storico considerato, v. Lex Rom. Burg. 38.5.

[120] Paul. Sent. 2.19.3 è citato secondo l'edizione di Huschke, evidenziando le divergenze rispetto ad altre edizioni, tra cui cfr. F. BLUHME, *Lex dei sive incesti scriptoris Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Corpus iuris romani anteiustiniani*, cit., col. 341; P. KRÜGER, *Iulii Pauli libri quinque sententiarum ad filium*, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum*, II, Berolini, 1878, 69 s.; TH. MOMMSEN, *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum*, III, Berolini, 1890, 156 s.; FIRA², cit., 345. Secondo la maggior parte degli studiosi, il nucleo originale della compilazione, poi aggiornato, risale con ogni probabilità al periodo compreso tra la fine del III secolo e gli inizi del IV secolo d.C.

[121] V. *infra* la nt. 139.

la parentela adottiva (§ 4) è sempre di ostacolo alle *nuptiae* tra genitori e figli, mentre tra fratelli fino a un'eventuale *capitis deminutio*. Infine, l'ultimo paragrafo vieta – senza incorrere nella pena prevista per l'incesto[122] – le nozze con la suocera, la nuora, la figliastra e la matrigna, così come con la zia paterna e materna. Nel caso in cui il divieto venga violato (*contra interdictum*), l'uomo subirà la *poena adulterii*, ma non la donna sposata, qualora le sia riconosciuto un errore di diritto[123].

Malgrado il diverso contesto culturale e la prospettiva adottata rispetto alle *Gaii Institutiones* o ai *Tituli*, dai passi esaminati si può evincere che il matrimonio incestuoso non producesse effetti giuridici rispetto a quel *ius civile* che, dopo la *constitutio Antoniniana*,

---

122 L'espressione '*citra poenam incesti*', così come l'intero passo, è generalmente ritenuta interpolata: cfr. PH. LOTMAR, *Lex Julia*, cit., 125 s.; E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 89 ss.; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 411 s. (che pensa però a un rifacimento postclassico); P. VOCI, *L'errore*, cit., 203; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, Milano, 1946, 29; A. GUARINO, *Studi*, cit., 247 s.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 147, nt. 8. Secondo quest'ultimo, anche a partire dal confronto tra CTh.7.13.3 e 9.24.1.5, la formula sarebbe pregiustinianea. Quanto alla pena (su cui v. anche *supra* nt. 2), si dibatte se la *relegatio* debba intendersi prevista dalla *lex Iulia de adulteriis* o da altra fonte. Cfr. PH. LOTMAR, *Lex Julia*, cit., 125 s.; P. VOCI, *L'errore*, cit., 203; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 411 s.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 148. In Paul. Sent. 2.26.15 si specifica tuttavia che, in caso di incesto, la *deportatio* si applica all'uomo e, eventualmente alla donna. Sulla questione v., da ultimo, S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 148 ss., cui si rimanda per ulteriori osservazioni.

123 Sulla scia di F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 409 s. e 412 (secondo cui il principio di presunzione di ignoranza in favore della donna si sarebbe affermato all'epoca della redazione delle *Pauli Sententiae*), A. GUARINO, *Studi*, cit., 248 s., ritiene impropria per formulazione, ma non per sostanza, l'espressione '*remisso mulieri iuris errore*'. Sulla questione, che esula dalla nostra ricerca, si rimanda da ultimo alle riflessioni di S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 147, 150 ss.

coincideva ormai con l'insieme della disciplina applicabile a pressoché tutti gli abitanti 'civilizzati' dell'impero[124].

A sostegno di questa prospettiva, merita attenzione la locuzione '*iure civili*' riportata in Paul. Sent. 2.19.3, dai più collocata tra '*liberos*' e '*matrimonia*', e riferita a tutte le fattispecie[125]. Huschke, però, ritiene il testo alterato da un autore postclassico e propone di spostare l'espressione prima di '*nec filiam*', poiché sarebbe un'aggiunta superflua. A suo avviso, infatti, le *incestae nuptiae* tra *parentes* e *liberi* sarebbero un caso in cui «simpliciter» '*nuptiae non sunt*', e dunque sarebbero sempre considerate nulle, come emergerebbe da Gai 1.59 e da Gai. D. 23.2.53[126]. Eppure, tale conclusione non pare condivisibile. In senso contrario deporrebbero sia l'esegesi dei passi di Gaio e dei *Tituli*, ma anche l'impostazione generale di entrambe le opere, incentrate sul nesso tra *iustae nuptiae* e *patria potestas*. Nelle *Sententiae*, invece, l'attenzione si sposta sulla legittimità del matrimonio e sulla sua eventuale repressione in sede criminale, qualora esso risulti contrario al *ius civile*. Ciò si ricaverebbe anche dall'ultima parte del passo, in cui l'espressione '*sed qui <adfinem> vel cognatam*' sembra ricomprendere

[124] Come mostrerebbe, senza considerare gli elementi ritenuti spurii, la struttura di Paul. 2.19.3, nel quale pare delinearsi la distinzione tra Reichsrecht e Volksrecht, così come anche il paradigma della *civitas* sostenuto da Licandro. Sul punto cfr. *supra* la nt. 15.

[125] Cfr. le edizioni indicate *supra* alla nt. 120, con l'eccezione di quella di Huschke. A seguire questa impostazione, il testo sarebbe più aderente alla realtà giuridica così come delineatasi a seguito della *constitutio Antoniniana*.

[126] V. P.E. HUSCHKE, *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Iurisprudentiae*[5], cit., 665, nt. 4. L'ipotesi dello studioso implicherebbe allora il riconoscimento di una *Textstufe* postclassica, forse attribuibile al passaggio dal *volumen* al *codex* come formato librario, fenomeno diffusosi a partire dalla metà del III secolo d.C. (sul punto, v. da ultimo P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi*, cit., 406 s.). Il testo delle fonti indicate da Huschke può essere confrontato al § 2 (Gai 1.59) e *supra* alla nt. 29 (D. 23.2.53).

tutte le ipotesi dei §§ 3 e 4. Questa lettura troverebbe ulteriore conferma dal § 2, che Huschke ritiene autentico, e da cui si dedurrebbe che il consenso tra sposi *alieni iuris* fosse sufficiente a configurare l'esistenza di un matrimonio, mentre la sua legittimità *iure civili* sarebbe dipesa dal consenso dei loro *pater familias*, oltre che dalla conformità dell'unione alla *lex*[127].

Quanto proposto da Huschke, semmai, pare richiamare quella distinzione, rilevante in ambito repressivo, secondo cui le unioni tra *parentes* e *liberi* erano *incestum iure gentium*, mentre negli altri casi – incluso, per lo studioso, anche il matrimonio tra fratello e sorella[128] – l'unione era vietata solo dal *ius civile*[129].

L'ipotesi di Huschke, pur restituendo la prospettiva penalistica della repressione delle *incestae nuptiae*, contribuirebbe a far emergere un dato rilevante del pensiero classico sul tema: pur in presenza di infiltrazioni testuali postclassiche, la fonte non sembra mai affermare la nullità di tali unioni, ma piuttosto rifletterebbe una concezione secondo cui queste, pur esistenti, non avevano effetti rispetto al *ius civile*. Questa lettura trova conferma sia dall'esegesi sia dalle espressioni '*matrimonia contrahi non possunt*', '*nec* […] *uxorem ducere possumus*', '*Nec* […] *uxorem ducere licet*' e '*Adoptiva cognatio impedit*

[127] In sostanza, si sarebbe seguita quella stessa impostazione che – pur con le opportune differenze in tema di *prohibitae nuptiae* – sarebbe stata poi recepita nel primo tratto di I. 1.10 pr. (testo *supra* alla nt. 43).

[128] V. P.E. HUSCHKE, *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Iurisprudentiae*[5], cit., 665, nt. 5, che giustifica l'aggiunta '*nec sororem*', in quanto il matrimonio con la sorella era vietato dal *ius civile*; cfr. anche *supra* la nt. 28.

[129] A sostegno della propria ricostruzione, Huschke si avvale della combinata lettura di Paul. *l.s. ad. sc. Turpill.* D. 23.2.68 – erroneamente indicato con Pap. 10 *quaest.* D. 23.3.68 – e Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.(39)38.2. Mentre nel frammento di Paolo si specifica che l'unione tra ascendente e discendente è incesto poiché '*iure gentium*', in quello di Papiniano non è irrogata alla donna la pena prevista per l'incesto '*si sola iuris nostri observatio intervenit*', ossia nei casi in cui la fattispecie è vietata dal solo *ius civile*.

nuptias[130]'. Tali formule (a differenza di '*nuptiae consistere non possunt*', che segnala un'impossibilità strutturale di formare *iustae nuptiae*) si limitano a esprimere divieti la cui violazione non parrebbe escludere l'esistenza sul piano giuridico di queste unioni. Tanto più se, come suggerisce Paul. Sent. 2.19.2, il *discrimen* tra l'esistenza o l'inesistenza di un matrimonio (anche incestuoso) dipendeva dal consenso tra i coniugi.

In conclusione, si può ritenere che, all'epoca della redazione delle *Sententiae* (presumibilmente successiva alla *constitutio Antoniniana*), per contrarre matrimonio *iure* fosse necessario non solo il consenso degli sposi e degli aventi potestà su di essi (come indicato in Paul. Sent. 2.19.2), ma anche il rispetto di criteri precostituiti, quali i *mores* e le *leges* romane[131]. Tale interpretazione è altresì dimostrabile dal 'ridimensionamento' del ruolo del *conubium*, la cui funzione principale appare ora in parte sostituita dall'adeguamento dell'unione coniugale al *mos* e alle *leges*. Tuttavia, questo non si verifica nel caso di *incestae nuptiae*, come è sottolineato in una costituzione, conservata sempre nella *Legum Collatio*.

6. *Le incestae nuptiae nelle constitutiones imperiali: Legum Collatio e Codex Theodosianus*

Nel titolo '*De incestis nuptiis*' si trova, oltre agli *iura* attribuiti a Ulpiano e a Paolo, anche una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano[132], originariamente inserita nel titolo *de*

130 In questo caso il verbo *impedire* richiama – anche se forse con una diversa valenza – il sostantivo *impedimentum*, su cui v. *supra* nt. 31.

131 Esemplificativo in tal senso è D. 24.1.3.1 sulle *donationes*, di cui v. *supra*, § 5.

132 Insieme ai Cesari (Costanzo Cloro e Galerio, anche se nella costituzione quest'ultimo è indicato con il nome di Massimiano). Per gli ulteriori profili, oltre a quello civilistico, che emergono dalla costituzione, ma che qui non verranno

nuptiis del quinto libro del *Codex Gregorianus* (Coll. 6.4). La *subscriptio* indica che l'editto fu emanato a Damasco alle Calende di maggio del 295 d.C., durante il consolato di Nummio Tusco e di G. Annio Anullino[133]. Il contesto storico è fondamentale: prima della Tetrarchia (instaurata nel 293), Roma era stata afflitta da una grave crisi istituzionale (la cosiddetta 'anarchia militare') a cui corrispose una crescente autodeterminazione delle province, che potrebbe aver comportato una maggiore autonomia delle prassi giuridiche locali rispetto al diritto romano. In questo quadro, la riorganizzazione promossa da Diocleziano potrebbe spiegare l'adozione di una normativa specifica sui matrimoni incestuosi, volta anche a riaffermare l'unità giuridica su un ambito tradizionalmente esposto alle variazioni locali[134].

La costituzione in esame riconosce, in generale, la tutela da parte degli imperatori delle unioni contratte secondo la legge romana e, allo stesso tempo, mira a punire le unioni incestuose precedentemente costituite[135]. In questa prospettiva, al § 2 si dà

indagati, e per una completa analisi dell'editto, si v. principalmente S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 156 ss., e soprattutto la nt. 27, in cui ulteriore bibliografia.

133 Cfr. le edizioni di TH. MOMMSEN, *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum*, III, Berolini, 1890, 157 ss.; F. BLUHME, *Lex dei sive incesti scriptoris Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Corpus Iuris Romani Anteiustiniani*, Bonn, rist. 1987, coll. 341 ss.; P.E. HUSCHKE, *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, in *Iurisprudentiae*[5], cit., 666 SS.; FIRA[2], cit., 558 ss.

134 Diversamente, per E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 97, la costituzione era rivolta alle popolazioni barbare da poco sottomesse.

135 Coll. 6.4.1: *Quoniam piis religiosisque mentibus nostris ea, quae Romanis legibus caste sancteque sunt constituta, venerabilia maxime videntur atque aeterna religione servanda, dissimulare ea, quae a quibusdam in praeteritum nefarie incesteque commissa sunt vel etiam vindicanda, insurgere nos disciplina nostrorum temporum cohortatur* […]. Dalla prosecuzione del passo si ricava che la condotta riprovevole di alcuni sudditi abbia infranto la *pax deorum* che ora i nuovi imperatori intendono ristabilire. Ciò

priorità alla salvaguardia dell'onorabilità di chi ha contratto un matrimonio legittimo nonché alla tutela dei nati in tali unioni[136].

Al fine di ottemperare a quanto prescritto, nel terzo paragrafo dell'*edictum* si dispone la grazia (*venia*) a favore di coloro che, per *imperitia* o per *ignorantia iuris*, avevano contratto matrimoni incestuosi prima della promulgazione della costituzione, pur qualificando tali unioni come contrarie alla morale romana e prossime ai costumi barbarici[137].

Tuttavia, sul piano privatistico, è stabilito che i nati da questa unione non siano qualificati legittimi (*liberi*), e a questi non sia riconosciuta la possibilità di ereditare dai propri genitori, ribadendo così principi già sanciti dal *ius civile*, come attestato da:

Coll. 6.4.3: […] *sciant tamen non legitimos se suscepisse liberos, quos tam nefaria coniunctione genuerunt. Ita enim fiet, ut de futuro quoque nemo audeat infrenatis cupiditatibus oboedire, cum et sciant ita praecedentes admissores*

emergerebbe non solo dalla parte iniziale della costituzione, ma soprattutto dal Coll. 6.4.6, in cui si connette la grandezza di Roma al favore divino.

136 Coll. 6.4.2: *In quo id etiam providendum quam maxime esse censuimus, et matrimoniis religiose atque legitime iuxta disciplinam iuris veteris copulatis tam eorum honestati, qui nuptiarum coniunctionem sectantur, quam etiam his, qui inde deinceps nascentur* […].

137 Coll. 6.4.3: *Sed quaecumque antehac vel inperitia delinquentium vel pro ignorantia iuris barbaricae inmanitatis ritu ex inlicitis matrimoniis videntur admissa, quamquam essent severissime vindicanda, tamen contemplatione clementiae nostrae ad indulgentiam volumus pertinere* […]. La *venia* è però concessa qualora il *crimen* sia stato commesso entro il terzo giorno delle Calende di maggio, come chiarito da Coll. 6.4.7. Se, invece, il *crimen* è stato compiuto oltre a questa data, la trasgressione sarà severamente punita, come indicato in Coll. 6.4.8. Sul valore tecnico da riconoscere alle espressioni *imperitia* e *ignorantia iuris*, cfr. F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 409 s.; J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 142. Il riferimento a 'costumi barbarici' potrebbe inoltre evocare la tesi di Licandro (su cui v. *supra*, nt. 15), relativa al processo di 'civilizzazione' nell'impero e alla compresenza di diritti locali (interni) illeciti. Sul punto v. anche P. MOREAU, *Incestus*, cit., 46, 59, nt. 34, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

istius modi criminum venia liberatos, ut liberorum quos inlicite genuerunt successione arceantur, quae iuxta vetustatem romanis legibus negabatur.

Dal frammento, dunque, si evincerebbe che in quell'epoca, nonostante la condanna severa, tali unioni fossero comunque prive di effetti limitatamente al solo *ius civile*, senza essere dichiarate nulle o inesistenti. Ciò pare trovare conferma nei §§ 4 e 5 dell'editto.

Il primo, infatti, pare imporre il *iustum matrimonium* come l'unica unione coniugale giuridicamente valida e, allo stesso tempo, sembra escludere un compromesso tra le regole del diritto romano e quelle della prassi orientale[138].

Il successivo, invece, elenca i gradi di parentela e di affinità con cui non si può contrarre un matrimonio legittimo per *ius civile*, limitandosi a richiamare i divieti già previsti *antiquo iure*[139].

---

138 Coll. 6.4.4: *Sed posthac religionem sanctitatemque in conubiis copulandis volumus ab unoquoque servari, ut se ad disciplinam legesque Romanas meminerint pertinere et eas tantum sciant nuptias licitas, quae sunt Romano iure permissae.* Il suddito, infatti, deve ricordarsi di 'appartenere' non solo alle leggi romane, ma anche alla *disciplina*, che in questo contesto pare identificarsi con un insieme strutturato di norme e comportamenti da osservare che, per la sua deducibile natura prescrittiva, potrebbe essere collegata al *mos*. Tale interpretazione trova sostegno nella traduzione del sostantivo col tedesco 'Zucht' in H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*[10], cit., 151, numero 3, *sub* a.

139 Coll. 6.4.5: *Cum quibus autem personis tam cognatorum quam ex adfinium numero contrahi non liceat matrimonium, hoc edicto nostro conplexi sumus: cum filia nepte pronepte itemque matre avia proavia et ex latere amita ac matertera sorore sororis filia et ex ea nepte. Itemque ex adfinibus privigna noverca socru nuru ceterisque quae antiquo iure prohibentur, a quibus cunctos volumus abstinere.* L'espressa indicazione della nipote della sorella (*ea nepte*), oltre al dato certo per cui l'editto è anch'esso inserito insieme alla *Sententiae* nel titolo della *Collatio* sulle *incestae nuptiae*, confermerebbe che il '*neptem*' riportato in Paul. Sent. 2.19.3 sia la nipote della sorella. Sulle modifiche apportate al testo a seguito del suo recepimento in C. 5.4.17, oltre a *supra* alla nt. 33, si rimanda a E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti*

Sembra dunque che l'intento del legislatore non sia solo quello di rafforzare la repressione penale, ma anche di ribadire l'illegittimità dei matrimoni incestuosi rispetto alla *disciplina* e alle *Romanae leges*, e quindi la loro inefficacia sul piano del *ius civile*. Ciò sembra evincersi dal mancato riconoscimento dei nati come illegittimi rispetto a tale *ius* (*sciant tamen non legitimos se suscepisse liberos*), oltre che da svariate espressioni presenti nell'editto, quali '*nuptias licitas, quae sunt Romano iure permissae*', contrapposta a '*contrahi non liceat matrimonium*'.

Nel secolo successivo, il progressivo radicarsi dell'ideologia cristiana nella corte imperiale potrebbe aver influito sulla disciplina delle unioni incestuose. Tuttavia, le fonti disponibili non consentono di affermare con certezza che il regime giuridico delle *incestae nuptiae* sia rimasto immutato anche in epoca costantiniana, sebbene le pene risultino progressivamente più severe[140].

---

del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto (Venezia, 1967), Firenze, 1971, 1028 s.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 159, nt. 28.

[140] Cfr. CTh. 3.12.1 e CTh. 3.12.2, su cui cfr., in generale, L. DE BONFILS, *La 'terminologia matrimoniale'*, cit., 261 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 164 ss., ove ulteriore bibliografia. In CTh. 3.12.2 si afferma che i nati da tali unioni dovranno considerarsi *spurii* (*nec aestiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit, qui nascentur*), benché A. GUARINO, *Adfinitas*, cit., 55, nt. 11, consideri l'inciso '*nam rell.*' un'atetesi. Nemmeno dalla successiva *interpretatio* è chiara la portata della regola. In CTh. 3.12.1, il termine *amplexus* è discusso: secondo S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 164, nt. 34, alluderebbe a un rapporto sessuale; per L. DE BONFILS, *La 'terminologia matrimoniale'*, cit., 261 s., si riferisce invece a una unione non riconducibile nemmeno convenzionalmente al matrimonio. In questa linea, espressioni come '*facere uxorem*' e '*in amplexum convolare*' eviterebbero volutamente riferimenti alle *iustae nuptiae*. L'*interpretatio* di CTh. 3.12.1 (non proveniente dal Breviario di Alarico) sembra restringere la norma al solo matrimonio incestuoso, ma secondo ID., *La 'terminologia matrimoniale'*, cit., 262 nt. 28, ciò ne svia l'intento, che era distinguere le responsabilità penali tra l'uomo e la donna. Ancora, ID., *La 'terminologia matrimoniale'*, 261 s. nt. 27, considerando l'*inscriptio*, ipotizza che la costituzione

Alla fine del secolo, durante il regno di Arcadio e Onorio – complice forse l'affermazione della religione cristiana quale unica confessione legittima dell'impero – si ritenne necessario legiferare nuovamente sulla materia, come attesta la seguente costituzione:

CTh. 3.12.3: ARCAD. /HONOR. AA. EUTYCHIANO PP. *Manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quoquomodo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis posthac consobrinae suae vel sororis aut fratris filiae uxorisve vel eius postremo, cuius vetitum damnatumque coniugium est, sese nuptiis funestarit, designato quidem lege supplicio, hoc est ignium et proscriptionis, careat, proprias etiam, quamdiu vixerit, teneat facultates: sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur,* [*ut*] *nihil prorsus praedictis, ne per interpositam quidem personam, vel donet superstes vel mortuus derelinquat. Dos, si qua forte solenniter aut data aut dicta aut promissa fuerit, iuxta ius antiquum fisci nostri commodis cedat.* […] DAT. VI. ID. DEC. CONSTANTINOPOLI, ARCADIO IV. ET HONORIO III. AA. CONSS.

La fonte, collocata nel titolo '*De incestis nubtiis*', è l'unica tra quelle pervenute a disciplinare la fattispecie in modo articolato[141].

fosse rivolta ai Fenici e che fosse intesa a reprimere costumi locali, in funzione di cristianizzazione, mentre per A. GUARINO, *Studi*, cit., 250, con essa si sarebbero riaffermati i divieti di matrimonio tra zio e nipote *ex fratre* ed *ex sorore*. Infine, non si può escludere che entrambe le costituzioni siano state interpolate per adeguarle a un contesto normativo successivo; tuttavia, il loro mancato recepimento nel *Codex* giustinianeo (forse per l'eccessiva severità della pena, come propone, per esempio, R. BONINI, *Considerazioni*, cit., 492 s.) potrebbe indicare – pur con molte cautele – una continuità con la tradizione giuridica anteriore.

[141] Sugli ulteriori aspetti relativi alla costituzione che non potranno essere qui affrontati, v. S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 177 ss., ove ulteriori approfondimenti. Chiude il titolo CTh. 3.12.4, che si occupa della medesima fattispecie di CTh. 3.12.2.

Si tratta di un mandato rivolto al prefetto del pretorio di Costantinopoli[142], in cui si rivalutano le conseguenze penali di tali unioni[143] nonché paiono essere introdotti nuovi principi giuridici connessi alla *incestae nuptiae*. La norma si articola in due sezioni: la prima si riferisce ai casi già giudicati, mentre la seconda concerne quelli futuri, soggetti alla nuova disciplina.

Nella prima parte, si esclude la retroattività del provvedimento rispetto alle *sententiae* già emesse, a prescindere dall'esito del processo. La seconda prevede che chi – uomo o donna[144] – contragga in futuro un'unione incestuosa, disonorando[145] sé stesso

---

142 L'identità del destinatario potrebbe indicare un più radicato fenomeno delle unioni incestuose rispetto alla parte occidentale dell'impero. La costituzione è recepita, con le opportune differenze di carattere formale, in C. 5.5.6, dunque all'interno del titolo *'De incestis et inutibilibus nuptiis'*. La sostituzione della locuzione '*si quis incestis* […] *funestarit*', con '*si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestaverit*' pare evocare l'unità della disciplina sulle *prohibitae nuptiae* così come ricordata nelle *Institutiones*, estendendo così gli estremi dei casi di illiceità, oltre a quelli indicati da Arcadio e Onorio. Sul punto cfr. anche R. BONINI, *Considerazioni*, cit., 494 s. nt. 22.

143 In precedenza, oltre a CTh. 3.12.1 e 2, da alcune fonti, come per esempio Amb. *Epist.* 60.3, sappiamo che Teodosio I avrebbe emanato una costituzione con cui si sarebbero vietate le nozze tra affini in linea collaterale (disciplina in seguito ripresa in CTh. 3.12.4) e quelle tra cugini, che sarebbero però legittimabili per rescritto imperiale. Sul probabile contenuto del provvedimento di Onorio si rimanda, tra tutti, a S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 176 s., ntt. 60 e 61.

144 V. sempre CTh. 3.12.3: *Id sane, quod de viris cavimus, etiam de feminis, quae praedictorum se consortiis commaculaverint, custodiatur.*

145 La scelta di tradurre il verbo *funesto* con 'disonorare', anziché con profanare o contaminare, si giustifica in quanto in un'altra costituzione emanata sempre da Arcadio insieme a Valentiniano e Teodosio I, è assegnata ai coniugi la qualifica di indegni, richiamando dunque la categoria dei figli denominati tali in ambito successorio perché hanno attentato alla vita del padre. Cfr. infatti C. 5.5.4 pr., su cui v. *infra*, nt. 150.

con nozze vietate e condannate[146], non sia più soggetto alla pena prevista dalla legge (vivicombustione e *proscriptio*), ma possa conservare i suoi beni.

Alla mitigazione sanzionatoria in ambito penale sembra corrispondere però un inasprimento sul piano privatistico. L'espressione '*neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur*', che sembra rievocare quella di Gai 1.64 ('*neque uxorem habere videtur neque liberos*'), pare introdurre una conseguenza più radicale: non si negherebbe solo la legittimità della moglie e dei figli, ma si escluderebbe addirittura ogni rilevanza giuridica dell'unione e della prole[147].

Il confronto tra '*habere videtur*' e '*habere credatur*' evidenzierebbe questa interpretazione: il primo indicherebbe che non sembrano esservi moglie e figli legittimi, mentre il secondo – con *credere* al congiuntivo – introdurrebbe una presunzione legale, declinata in ottica sanzionatoria. Non si affermerebbe, comunque, una nullità *ex tunc* del rapporto (come in I. 1.10.12), bensì questo potrebbe essere inquadrato nello schema dogmatico dell'inefficacia-sanzione: l'unione, pur contratta, diviene priva di effetti, personali e patrimoniali.

A sostegno di tale qualificazione, sembra deporre il mancato riconoscimento dell'esistenza dei figli, la cui condizione pare

[146] Ossia con la propria cugina, con la figlia del fratello o della sorella oppure con la moglie del fratello. In sostanza, il divieto matrimoniale si sarebbe riassestato al quarto grado incluso, in quanto si negava il matrimonio tra cugini e tra zio e nipote, quest'ultimo già disciplinato in un regime unico instaurato con la costituzione conservatasi in CTh. 3.12.1, abrogando così l'eccezione introdotta da Claudio nel 49. Per ulteriori approfondimenti v. soprattutto S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 164 ss., anche per ulteriore bibliografia.

[147] Cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*[10], cit., 215 s.,

peggiore rispetto a quella in cui erano ritenuti non legittimi o *spurii*[148].

Ulteriore conferma si può ricavare anche dal divieto di donazione *inter vivos* o *mortis causa* – perfino tramite interposta persona – al coniuge o alla prole: ciò configurerebbe una sanzione afflittiva, coerente con lo schema dell'inefficacia-sanzione[149].

Tale disposizione sembra tuttavia porsi in contrasto con quanto affermato in Ulp. 32 *ad Sab*. D. 24.1.3.1 (su cui v. *infra* § 5), in cui si ammette la validità delle donazioni tra coniugi uniti in un *matrimonium* non *iustum*, comprese le *incestae nuptiae*. Il *mandatum*, al contrario, pare negare efficacia alla *donatio* non perché il vincolo coniugale sia nullo, ma perché – pur esistente – è illecito, in quanto contratto '*contra legum praecepta*', con conseguente vizio della causa e inefficacia del negozio[150].

---

[148] Cfr. infatti Coll. 6.4.3: […] *sciant tamen non legitimos se suscepisse liberos, quos tam nefaria coniunctione genuerunt*; CTh. 3.12.1: […] *nec aestiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit, qui nascentur*. Tuttavia, con riferimento alla seconda fonte, oltre alle osservazioni riportate *supra* alla nt. 140, si consideri che l'impiego dell'espressione '*abstinere nuptiis*' non parrebbe distanziarsi dal significato assegnatoli in Gai 1.59: indicherebbe, dunque, un obbligo di astensione, la cui violazione comporta l'illegittimità dei figli *e iure civili*. In tal senso, propenderebbe proprio la mancata ricezione di questa costituzione nel *Codex Iustinianus*.

[149] In tema di successioni, dal prosieguo della costituzione (cfr., pur rimandando alle opportune differenze con il testo tramandatoci nel Teodosiano, C. 5.5.6.3-4) si ricava l'incapacità di entrambi i coniugi di trasmettere *mortis causa*, per testamento o *ab intestato*, a favore dei figli illegittimi (ai quali è altresì negata la capacità di succedere) o di estranei. Su tale regime v., più nel dettaglio, E. NARDI, *La reciproca posizione*, cit., 63 ss., a cui *adde* anche le osservazioni di S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 180, nt. 72.

[150] A favore della nullità dell'unione, pur in modo non univoco, sono R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova, 1994, 82, nt. 55; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 174. Non postula la nullità dell'unione J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 145, il quale è comunque a favore dell'inesistenza delle unioni

Anche la disciplina della dote potrebbe confermare l'impostazione dell'inefficacia-sanzione. Se validamente costituita

incestuose (v. *supra*, nt. 3). A sostegno della tesi dell'inefficacia-sanzione, si ritiene opportuno segnalare che la formula '*contra legum praecepta*' è recuperata in C. 5.5.4 pr., costituzione in cui si nega efficacia alla donazione avvenuta nei matrimoni contratti contro i *praecepta legum*, così come ai *mandata* e alle *constitutiones principum*, quindi anche nei casi di unioni incestuose. Questo testo – così come quello poi tràdito in C. 4.6.1 (su cui v. *infra*, nt. 152) – non è però confluito nel codice del 438, probabilmente a causa della rilevanza scriminante dell'errore, indice di una prospettiva più favorevole rispetto a quella che emerge, invece, nel Teodosiano. In ogni caso, è anche vero che in C. 5.5.4 l'unione costituita *contra ius* è comunque denominata *matrimonium*: ciò confermerebbe allora l'ipotesi per cui potessero essere riconosciuti alcuni effetti a tali unioni, poi resi inefficaci come sanzione conseguente alla scoperta dell'illegittimità. Si consideri, inoltre, che il contenuto di C. 5.5.4 pr. pare ricalcare negli effetti un'*epistula* di Gordiano, conservata solo nei Basilici (B. 28.5.35), di cui si ricopia il testo latino pubblicato da Cujacio: *Manifestum est nuptiis contra mandata* (*mandata illo tempore contractis omissis dotem q. data et cum tr. est libri mei*) *contractis dotem, quae data illo tempore cum traducta est, fuerat, iuxta sententiam divi Severi fieri caducam nec, si consensu postea coepisse videatur matrimonium, in praeteritum commisso vitio potuit mederi.* Il testo può ritenersi genuino, come sostenuto da R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni 'contra mandata'*, in *Studi di storia e diritto in memoria di G. Bonolis*, I, Milano, 1942, 5 ss., ora in *Scritti*, II, Napoli, 1998, 741 ss. nt. 32, da cui si cita. La fonte ha a oggetto la dote nei matrimoni *contra mandata*, sulla cui disciplina Gordiano legifera recuperando un *rescriptum* di Settimio Severo, nel quale si prevedeva la caducità dell'intera dote: anche in questo caso, dunque, si rientrerebbe nello schema dell'inefficacia sanzione. In ogni caso, dal confronto tra CTh. 3.12.3 e C. 5.5.4 pr. pare evincersi un principio corrispondente alla parte ritenuta non genuina di Ulp. D. 24.1.3.1, confermando pertanto la probabile interpolazione.

(mediante *dotis datio*, *dotis dictio* o *promissio dotis*) [151], la dote era confiscata in favore del fisco[152], secondo il *ius antiquum*[153].

[151] L'elenco non parrebbe tassativo, in quanto esistevano altri modi per costituire la dote. Basti vedere A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*[4], Torino, 1993, 246 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 144 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*[3], cit., 224 ss.

[152] Anche qui il congiuntivo pare avere la medesima funzione segnalata con riferimento a *credatur*. La costituzione pare confliggere con un'altra conservatasi solo nel *Codex Iustinianus*: si tratta di C. 4.6.1 (su cui cfr. *supra* anche la nt. 150), in cui si stabilisce la restituzione dei beni dotali tramite *condictio* e non con *actio rei uxoriae* qualora si scopra un *impedimentum* all'unione. Tuttavia, anche rispetto alla regola esposta in Pap. 32 *quaest.* D. 23.2.61, nella costituzione di Caracalla pare che la scoperta dell'*impedimentum* a contrarre *iustae nuptiae* dipenda o dai coniugi o che questa avvenga in sede di accertamento giudiziale, e non invece – come negli altri due passi – a seguito di condanna. Ciò può essere dedotto sia dalla mancata ricezione di C. 4.6.1 nel Teodosiano, sia dal titolo in cui la costituzione è stata recepita, ossia il '*De condictione ob causam datorum*'. In quest'ottica, parrebbe che la costituzione si integri con i due passi di Pap. 11 *quaest.* D. 12.7.5 pr.-1, presenti nel titolo '*De condictione sine causa*'. In altre parole, parrebbe che la *condictio* ammessa in C. 4.6.1, se confrontata anche con quella di Pap. D. 12.7.5 pr.-1 nonché con l'affermazione della caducità della dote in Pap. D. 23.2.61, dipendesse dal ravvedimento operoso dei coniugi una volta contratte le nozze oppure dalla rinuncia all'unione dopo la scoperta dell'*impedimentum*: in entrambi i casi, la dote sarebbe stata validamente costituita e si sarebbe eventualmente verificato il trasferimento patrimoniale. Sul punto v. anche R. ORESTANO, *La dote*, cit., 765.

[153] Il riferimento a un *ius antiquum*, non esplicitamente definito, potrebbe alludere al periodo del principato, e in particolare a una disciplina quale quella introdotta dalla *lex Iulia de adulteriis*. In ogni caso, la definizione di *antiquus* riportata da H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*[10], cit., 34, secondo cui il termine indica «alt, und zwar vom Rechtsbestimmungen gesagt, in früherer, in alter Zeit geltend, z.b. ius antiquum in Gegensaz zu neueren Rechtsbestimmungen», suggerisce un'idea di discontinuità normativa. Ciò potrebbe rafforzare l'ipotesi che, a un certo punto, l'assetto originario sia stato modificato, e che i due imperatori intendano ora ripristinarlo.

La confisca prevista come sanzione, unita alla mancata menzione della nullità dell'atto costitutivo la dote, confermerebbero, dunque, che il matrimonio incestuoso non fosse considerato come nullo. Nemmeno la dote sarebbe stata nulla, ma, pur validamente costituita, non poteva più assolvere alla propria funzione, in quanto l'unione stessa – e quindi la *causa* della dote – era stata contratta *contra legum praecepta*[154].

7. *Conclusioni*

Sembra dunque evincersi che le *incestae nuptiae* fossero disciplinate secondo lo schema dell'inefficacia-sanzione, come mostra in modo emblematico il destino della dote. Sebbene la norma sembri operare *ipso iure*, l'applicazione della sanzione – in particolare la confisca della dote a favore del fisco – potrebbe aver richiesto un accertamento formale dell'incesto, pur senza la necessità di una sentenza specifica in materia[155]. La ricezione

[154] Quanto affermato pare emergere, *e contrario*, da Ulp. 63 *ad ed.* D. 23.3.3, da cui si desume che, quando il matrimonio non fosse valido secondo il *ius civile* e nemmeno secondo il *ius gentium*, la dote dovesse ritenersi nulla, come confermato anche da altri frammenti. In CTh. 3.12.3, tuttavia, il riferimento a una dote validamente costituita implica che la regola esposta da Ulpiano non trovi applicazione in quel contesto. Se, infatti, il legislatore avesse voluto dichiarare la nullità della dote, l'atto costitutivo sarebbe stato inefficace sin dall'origine, e quindi inidoneo a produrre effetti, siano essi obbligatori o reali. Dal testo, però, emerge che tali effetti fossero inizialmente riconosciuti e solo successivamente neutralizzati tramite confisca: il matrimonio, dunque, sarebbe stato concepito come produttivo di determinati effetti, tra cui la costituzione della dote.

[155] In tal senso, pare propendere l'articolazione interna del frammento: l'inciso '*manente* […] *punitî*', infatti, si riferisce alle situazioni già giudicate (e dunque a casi oggetto di *sententia*), mentre il tempo verbale al futuro si riferisce ai casi futuri, con riferimento ai quali l'uso di congiuntivi indicherebbe una sanzione applicabile automaticamente, *ipso iure*, anche senza pronuncia giudiziale, bensì tramite un semplice accertamento incidentale.

giustinianea di solo questa costituzione – modificata in funzione della nuova impostazione imperiale – e non delle altre contenute nel medesimo titolo del *Codex Theodosianus* (ma anche di Coll. 6.4), sarebbe stata facilitata dalla duttilità delle formulazioni originarie, compatibili con la concezione giustinianea del matrimonio incestuoso come nullo *ab origine*, con effetti automatici anche sulla dote[156].

Le fonti anteriori paiono invece delineare un diverso quadro teorico, in cui le *incestae nuptiae* risultano prive di effetti rispetto al solo *ius civile*, ma non nulle o inesistenti. Ciò emergerebbe non solo dalla comparazione tra Gai 1.64 e I. 1.10.12 e dall'analisi delle espressioni impiegate in queste e nelle altre fonti per descrivere la disciplina e gli effetti conseguenti alla formazione di *incestae nuptiae*, ma anche dalla testimonianza di Ulpiano sulla possibilità di accusare *iure extranei* una *uxor iniusta* (come si evince da D. 48.5.14[13].1, 4), oppure di compiere una valida donazione tra coniugi poiché la relazione non è '*omnino matrimonium*' (come si asserisce in D. 24.1.3.1). Da questi elementi, pertanto, si potrebbe prospettare anche l'ipotesi che i *prudentes* riconoscessero a tali unioni altri effetti giuridici estranei al *ius civile*, tra cui la valida

[156] Per la mancata ricezione delle altre costituzioni del Teodosiano, cfr. *supra* la nt. 140. Un'impostazione tendente a quella giustinianea sembra tuttavia emergere già in epoca pregiustinianea. C. 5.5.8 dichiara non sembrare contratte le nozze con la moglie del fratello defunto (*nuptias non videri contractas*), affermando che non si considerano mai *firmatae*, richiamando così il concetto di nullità. C. 5.5.9 pare ribadire la nullità delle *incestae nuptiae*, opponendosi alla legislazione dei precedenti tiranni (*viribus carere decernimus*). Sul rapporto tra i due testi e la loro datazione, cfr. R. BONINI, *Considerazioni*, cit., 498 ss.; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 184 ss. Un ulteriore elemento si ricava da C. 5.4.23.7, in cui pare escludersi la validità delle *nuptiae* in presenza di sospetto di incesto, anche qualora corredate da *instrumenta dotalia*: ne deriverebbe altresì l'invalidità della dote, in quanto il vincolo matrimoniale stesso risulta giuridicamente nullo.

costituzione di una dote, come già parrebbe suggerire lo stesso CTh. 3.12.3.

La fondatezza di tale ipotesi richiederà comunque un'analisi puntuale di alcuni *responsa*, la quale sarà oggetto di una futura pubblicazione, con l'obiettivo di dimostrare non solo l'ipotetica interpolazione dei frammenti contenuti nel Digesto, ma soprattutto la veridicità di quanto si è fino a qui cercato di sostenere.

ABSTRACT

Il contributo esamina l'efficacia giuridica delle *incestae nuptiae* nel diritto romano, mettendo a confronto la prospettiva classica con la formulazione presente nella compilazione giustinianea. Sebbene la storiografia abbia spesso dato per assodato che tali unioni fossero automaticamente nulle o giuridicamente inesistenti, le fonti suggeriscono un quadro più sfumato. A partire dall'analisi tra le Istituzioni di Gaio (Gai 1.58-64) e quelle di Giustiniano (I. 1.10.1-12) sul tema, la ricerca si estende a considerare altre fonti giuridiche utili a colmare la distanza tra i due contesti, restituendo così un quadro più completo della disciplina. Attraverso questa linea di indagine, emerge che in età classica le nozze incestuose non erano produttive di effetti rispetto al solo ius civile. È solo con la compilazione giustinianea che tali unioni sono concepite come nulle ab origine.

This paper examines the legal effectiveness of *incestae nuptiae* in Roman law, tracing the treatment from the classical jurists to the Justinianic compilation. While scholarship has often assumed that incestuous unions were automatically void or without legal effect, the sources suggest a more nuanced picture. By analysing Gaius'

Institutiones alongside Justinian's the study also considers other legal sources that help bridge the gap between the two contexts and provide a more complete picture of the relevant rules. The research shows that, in the classical period, incestuous marriages could not produce legal effects only under ius civile. Only in the Justinianic compilation are such unions conceived as null ab origine.

PAROLE CHIAVE

incestae nuptiae – conubium – matrimonio romano – Gai 1.58-64 – I. 1.10.1-12

incestae nuptiae – conubium – roman marriage – Gai 1.58-64 – I. 1.10.1-12

DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI
davide.bresolinzoppelli@unipa.it

Pubblicato il 30 dicembre 2025