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

DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI

# *Incestae nuptiae* e dote in D. 23.2.52

**Numero XIX – Anno 2026**
*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

# *Incestae nuptiae* e dote in D. 23.2.52

**SOMMARIO**: 1. Oggetto dell'indagine e scopo della ricerca – 2. Il problema della costituzione della dote nelle *incestae nuptiae* in età classica – 3. L'*incestum per illicitum matrimonium contractum* in D. 48.5.39(38) – 4. Conclusioni.

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

In un precedente studio[1] si sono analizzate le conseguenze giuridiche delle nozze incestuose nella prospettiva classica (così come riflessa in Gai 1.64[2]) e in quella giustinianea (riferita in I. 1.10.12[3]). In particolare, è emerso che in età classica l'assenza del

---

[1] V. D. BRESOLIN ZOPPELLI, *Riflessioni preliminari sull'efficacia giuridica delle incestae nuptiae*, in *TSDP*, 18, 2025, 29 ss.

[2] 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*> sunt quales sunt 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. Il passo è stato così trascritto dall'edizione di P. KRÜGER, W. STUDEMUND, *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum in usum scholarum Paulus Krueger et Guilelmus Studemund. Inest epistula critica Theodori Mommsen*[7], Berolini, 1923, 16 s.

[3] 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 etiam incertus est: unde solent filii spurii appellari, vel a Graeca voce quasi* σποράδην *vel quasi sine patre filii. sequitur ergo, ut*

*conubium* non comportava la nullità delle *nuptiae*, ma solo la non ricaduta dei nati sotto la *patria potestas* del padre. L'impostazione di Gaio risulta confermata fino al IV secolo d.C., come attestato in: Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14(13).1, 4; Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3.1 (entrambi frammenti non immuni da interpolazioni, seppur solo formali), Tit. Ulp. 5.6-7, Coll. 6.4, Paul. Sent. 2.19.3[4]. Da questi testi, infatti, pare desumersi che tali unioni fossero qualificabili come *matrimonia*, ai quali andavano riconosciuti così circoscritti effetti. Nelle Istituzioni giustinianee, invece, il tema delle *prohibitae nuptiae* (fra cui anche quelle incestuose) è affrontato da una diversa angolatura. Il venir meno del *conubium* quale elemento positivo di validità di un rapporto coniugale, infatti, determinava la nullità di tutte queste unioni, non qualificabili né come *nuptiae* né come *matrimonium*.

Nello studio fin qui condotto è emersa un'incongruenza tra le posizioni espresse nelle fonti. Mentre alcuni frammenti, come Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.14(13).1, 4, e Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3.1 sembrano restituire una visione classica articolata, altri passi riflettono la prospettiva giustinianea, ancorata all'idea di una nullità radicale dell'unione. Tale discrepanza autorizza a ipotizzare che i testi originali siano stati modificati o dai commissari giustinianei o in un'epoca precedente allo scopo di armonizzare i *responsa* dei giuristi classici con la disciplina del VI secolo d.C.

Queste pagine intendono verificare se e in quale misura sia rimasta traccia di tali interpolazioni, concentrandosi in particolare sulla questione se le *incestae nuptiae*, pur improduttive di effetti

*et dissoluto tali coitu nec dotis exactioni locus sit. qui autem prohibitas nuptias coeunt, et alias poenas patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur.*

[4] V. D. BRESOLIN ZOPPELLI, *Riflessioni*, cit., 41 ss. (Tit. Ulp. 5.6-7), 44 ss. (Ulp. D. 48.5.14[13].1, 4), 50 ss. (Ulp. D. 24.1.3.1), 55 ss. (Paul. Sent. 2.19.3), 61 ss. (Coll. 6.4).

giuridici per il *ius civile*, avessero una rilevanza sul piano del *ius gentium*.

In particolare, si indagherà la possibilità di costituire una dote in regime di *incestae nuptiae*[5]: obiettivo finale del contributo sarà quello di isolare i rimaneggiamenti compilatori per tentare di ricostruire l'originale dettato del seguente passo tratto dal commentario a Sabino di Paolo e inserito dai commissari giustinianei nel titolo '*De ritu nuptiarum*'[6].

Paul. 6 *ad Sab.* D. 23.2.52: *Incestae nuptiae neque dotem habent et ideo omne quod perceptum est licet fructuum nomine auferetur.*

Nella redazione giustinianea il testo affermava che nelle *incestae nuptiae* non si aveva costituzione di dote e che pertanto (*et ideo*) sarebbe stato sottratto (*auferetur*) al marito tutto quanto fosse stato percepito, anche a titolo di frutto.

Questa affermazione è stata letta spesso come riflesso di una concezione secondo la quale i matrimoni incestuosi sarebbero stati ritenuti sempre nulli o inesistenti[7], sicché la costituzione della dote non sarebbe mai stata efficace.

---

[5] Sul rapporto fra dote e *incestae nuptiae* si è già soffermata l'attenzione nel precedente studio su una costituzione di Arcadio in CTh. 3.12.3 (a. 396), che si legge anche in forma massimata in C. 5.5.6. Il testo (riferito *infra*) prevede infatti la confisca della dote precedentemente costituita, sia in forma reale sia obbligatoria (secondo i modi stabiliti dal diritto, come pare suggerire l'avverbio *solenniter*) poiché a monte vi è un rapporto illecito. Dalla fonte parrebbe però che l'illiceità del rapporto non inficiasse il perfezionamento formale della dote, ma ne colpisse invece la causa: poiché l'unione è stata contratta *contra legum praecepta*, la sua causa è illecita e dunque si giustifica l'incameramento dei beni dotali a titolo sanzionatorio a favore del fisco. Nulla è detto, invece, circa la rilevanza formale e strutturale dell'atto costitutivo la dote.

[6] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 1270, n. 1742.

[7] Per approfondimenti su entrambe le posizioni in storiografia, mi permetto di rimandare a D. BRESOLIN ZOPPELLI, *Riflessioni*, cit., 3, nt. 3.

Nelle parole '*et ideo*' tramandate in D. 23.2.52 Beseler ha scorto un indizio per ipotizzare che l'intero tratto sia in realtà una glossa infiltratasi nel testo paolino in età postclassica[8]. Un ulteriore elemento sul quale riflettere è rappresentato dall'impiego della particella *neque*. Sebbene infatti questa congiunzione appaia con valore di semplice negazione, in questo testo la sua presenza risulta sospetta sotto il profilo della sintassi. Essa, dunque, sembra postulare una correlazione mancante, aprendo la via all'ipotesi che il testo originale di Paolo avesse una struttura differente, in seguito alterata.

Malgrado i sospetti di Beseler, la maggior parte degli studiosi ha difeso però la classicità del principio, pur senza risolvere le aporie sintattiche del testo[9]. Si è sostenuto, infatti, che la dote sarebbe stata

[8] V. G. BESELER, *Bindung und Lösung. Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque*, *idcircoque*, in *ZSS*, 45, 1925, 456 (in cui si espone la regola filologica applicata per sostenere l'interpolazione del passo) e 469. Secondo l'autore, si deve considerare *et ideo* 'non sospetto' quando non può essere sostituito con *itaque*, poiché in tal caso *et* non introduce una conseguenza logica (come farebbe *itaque*), ma si limita a collegare due enunciati, in cui il primo rappresenta la causa reale del secondo. In altre parole, se l'uso di *et ideo* in una frase non può essere cambiato con *itaque* senza alterarne il senso, allora quel *et ideo* è probabilmente autentico. Nel caso del frammento oggetto di indagine, la locuzione è sostituibile con *itaque* senza che il senso della frase ne risulti alterato, il che rende sospetta la sua autenticità. Lo studioso crede che si tratterebbe verosimilmente di una «Randsumme», ma allo stesso tempo afferma che il principio era di età classica.

[9] Cfr. J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, in *RIDA*, 3, 1950, ora in *Études de droit romain*, III, Napoli, 1980, 122, nt. 63, da cui si cita, che pur non condividendo l'ipotesi di Beseler, conviene comunque sull'origine classica della regola; J. MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht*, in *ZSS*, 81, 1964, 65, nt. 44, che nega qualsiasi effetto all'unione incestuosa, compresa la valida costituzione di una dote; A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in *ZSS*, 63, 1943, ora in *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, 215, nt. 182, da cui si cita, secondo cui anche al passo in questione (erroneamente citato con D. 28.2.52) si applica il principio secondo cui il matrimonio incestuoso non è matrimonio; P. MOREAU, *Incestus e prohibitae nuptiae. L'inceste à Rome*, Paris, 2002,

confiscata dal *fiscus*, come previsto anche dal provvedimento di Arcadio riferito in:

CTh. 3.12.3: ARCAD. ET HONOR. AA. EUTYCHIANO PP. […] *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.

Sembra emergere, allora, una divergenza tra la costituzione imperiale e il responso giurisprudenziale. Se in entrambi i passi si afferma che la dote è sottratta a fini sanzionatori, nella fonte di Arcadio si fa esplicito riferimento al perfezionamento dell'atto costitutivo (*solenniter aut data aut dicta aut promissa*), presupponendone l'esistenza strutturale per giustificarne a valle l'incameramento fiscale. Al contrario, solo nel frammento paolino si giunge a negare in radice che le nozze incestuose possano avere una dote (*neque dotem habent*). Poiché le Istituzioni di Giustiniano insegnano che nelle *incestae nuptiae* non si ha valida costituzione del matrimonio e della dote (I. 1.10.12), si potrebbe ipotizzare un intervento dei compilatori nel testo di Paolo per adeguarne il contenuto classico alla mutata concezione giustinianea.

2. *Il problema della costituzione della dote nelle* incestae nuptiae *in età classica*

Per verificare se i compilatori siano intervenuti sul testo classico per adattarlo all'età di Giustiniano, è necessario accertare in via

363, che riprende Gaudemet e quindi l'idea di una conformità della regola al diritto classico; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, 153, nt. 399, il quale collega il passo al principio espresso in Ulp. 63 *ad ed.* D. 23.3.3, ritenendo nulla la costituzione della dote; R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*[2], Padova, 2014, 287, che parla di confisca; S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano, 2001, 128, che sostiene l'ipotesi di un'*ereptio* di quanto percepito dal coniuge.

preliminare se fosse possibile costituire una dote per un matrimonio incestuoso. In quest'ordine di idee, si possono prendere le mosse da un frammento di Ulpiano (certamente genuino), riferito dai compilatori giustinianei nel titolo '*De iure dotium*'.

Ulp. 63 *ad ed.* D. 23.3.3: *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

In questo passo Ulpiano, nel commentare il titolo edittale *De privilegiis creditoris*[10], affermava l'impossibilità di costituire una dote in assenza di un'unione qualificabile come *matrimonium*: se manca il *nomen matrimonii*, non vi può essere la dote. Di conseguenza, qualora il matrimonio non sia valido, la costituzione della dote è nulla, come confermato da altri passi della compilazione[11].

---

[10] Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, 793, n. 1433.

[11] V., per esempio, Ner. 2 *membr.* D. 12.4.8; Ulp. 33 *ad ed.* D. 23.3.39.1; Ulp 31 *ad Sab.* D. 41.9.1.3-4; Ulp. 63 *ad ed.* D. 42.5.17.1; C. 5.3.20.3; I. 1.10.12. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione*, cit., 153 e nt. 399, cui si rimanda per ulteriori fonti e approfondimenti, segnala anche Paul. D. 23.2.52 e Pap. 32 *quaest.* D. 23.2.61. In generale, quando la costituzione della dote avveniva *ante nuptias* mediante *datio* o *acceptilatio dotis constituendae causa*, la restituzione di quanto dato al futuro marito non avveniva con *actio rei uxoriae*, ma con *condictio*, come affermato in C. 4.6.1. V. sempre ID., *Studi sulla restituzione*, cit., 153, ntt. 400 e 401. Per questa ragione, come è testimoniato da alcuni papiri egiziani, si ricorreva a strumenti alternativi per far ottenere al marito una somma funzionalmente equivalente alla dote. Sul punto v. C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, 374. Tuttavia, le fonti stesse parrebbero confermare che nella prassi processuale tali attribuzioni, poiché collegate al rapporto illecito, erano soggette alle sanzioni previste. In tal senso v. Pap. D. 23.2.61; CTh. 3.12.3; C. 5.5.6, oltre alla costituzione di Gordiano III ai *rationales* del 239 (*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*

Questa lettura è in armonia con quanto si legge in I. 1.10.12 sulle *prohibitae nuptiae*, le quali non sono né un valido matrimonio (*nec matrimonium… intellegitur*) né la dote costituita in queste è valida (*nec dos*).

Tuttavia, se si abbandona la prospettiva giustinianea e si assume il punto di vista di Ulpiano – in particolare quello risultante dal confronto tra Ulp. D. 24.1.3.1[12] e Ulp. D. 48.5.14(13).1 e 4[13] – si delinea un quadro sensibilmente diverso. In questi passi il giurista prende in esame unioni non configurabili come *iustae nuptiae* per il *ius civile*. Eppure, poiché tra gli sposi esiste l'*animus* di considerarsi reciprocamente marito e moglie, allora l'unione di fatto acquisisce una dimensione giuridica sanzionatoria. Pertanto, come ricordato in Ulp. D. 48.5.14(13).1 e 4, si permette al marito di accusare *iure*

*commisso vitio potuit mederi*), pubblicata per la prima volta da Cujacio (su cui v. principalmente R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni 'contra mandata'*, in *Studi di storia e diritto in memoria di G. Bonolis*, I, Milano, 1942, ora in *Scritti*, II, Napoli, 1998, 741 ss. e nt. 32, da cui si cita). Inoltre, poiché la validità del negozio costitutivo era sottoposta alla *tacita condicio futuri matrimonii*, come rilevato in Ulp. 35 *ad Sab.* D. 23.3.21, la *condictio* era esperibile anche se la *datio* o l'*acceptilatio dotis constituendae causa* fossero state effettuate *ante nuptias*, ossia per una *causa futura*, ma senza che si contraessero le *nuptiae* (ma v. comunque *infra*, nt. 20).

[12] Ulp. 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.*

[13] Ulp. D. 48.5.14(13).1 e 4: 1. *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, atridae uxores suas amant.* 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 haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse.*

*extranei* la moglie che commetta adulterio. In questa prospettiva, il *nomen matrimonii* di Ulp. D. 23.3.3 non andrebbe riferito esclusivamente alla perfezione formale dell'unione *ex iure civili*. Anzi, potrebbe riflettere una concezione che tiene conto dell'influenza del *ius gentium* nella riflessione dei giuristi romani; in tale senso sono qualificabili come *matrimonia* anche quelle unioni che si sorreggono solo sull'*affectio maritalis*. Ciò spiegherebbe perché Ulpiano neghi al marito che abbia contratto un'unione incestuosa il potere di accusare la moglie adultera *iure mariti*, ma gli riconosca comunque la legittimazione ad agire *iure extranei*.

Questa prospettiva parrebbe richiamata anche in merito al divieto di donazione tra coniugi riferito in Ulp. D. 24.1.3.1. Nel testo, l'espressione '*ne sit omnino matrimonium*' potrebbe essere letta non come un indizio di inesistenza ontologica dell'unione, ma come una precisazione volta a escludere la configurabilità di un *matrimonium iustum* secondo i criteri del *ius civile*. Nel contesto del passo, infatti, l'avverbio *omnino* pare suggerire che il giurista, pur operando testualmente una negazione radicale del vincolo, stia svolgendo una delimitazione tecnica. La formula impiegata da Ulpiano non dovrebbe essere letta come la negazione assoluta dell'unione, volta a sancirne l'irrilevanza giuridica (ossia una nullità radicale, come avviene nella visione giustinianea), bensì come l'esclusione della sua configurabilità quale *matrimonium iustum* per il *ius civile*. Tale esclusione non precluderebbe, però, una valutazione di tipo sostanziale, volta a considerare *matrimonium* ogni unione caratterizzata dall'*affectio maritalis*. Ciò pare altresì dedursi dal rescritto di Settimio Severo, nel quale la validità della donazione è preservata solo degradando il rapporto a concubinato, ossia escludendo che la donna stesse presso il senatore in qualità di moglie ([*affectione*] <*loco*> *uxoris habita*), elemento che avrebbe altrimenti comportato l'applicazione del divieto all'unione.

Pertanto, la negazione rafforzata '*ne-omnino*', che pare posta in antitesi rispetto alla clausola '*moribus legibusque nostris constat*',

potrebbe indicare che l'invalidità dell'unione colpisce esclusivamente la perfezione formale del vincolo civilistico, senza però precludere il riconoscimento di una sottostante realtà matrimoniale dotata di rilievo sanzionatorio. In tale ordine di idee, la formulazione '*ne sit omnino matrimonium*' non parrebbe sanzionare un'inesistenza assoluta, ma potrebbe essere interpetrata come una spia linguistica da cui ricavare che l'unione non è 'pienamente' (o 'sotto ogni profilo') un *matrimonium* secondo i parametri del *ius civile*. Infine, data la presenza nel frammento del sostantivo *impedimentum* quale criterio ostativo alla formazione di un *matrimonium iustum* (o dal punto di vista dei *mores* o delle *leges*), il ragionamento giuridico riportato da Ulpiano potrebbe essere esteso anche al fenomeno delle *incestae nuptiae*, nelle quali la relazione di parentela è considerata come un *impedimentum* alla formazione di *iustae nuptiae*[14].

Dunque, in base a questi elementi parrebbe che le *incestae nuptiae* non fossero irrilevanti sul piano giuridico[15]: esse rappresentavano

[14] V. infatti Gai 1.61, trascritto da P. KRÜGER, W. STUDEMUND, *Gai Institutiones*[7], cit., 16: […] *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*. A ben vedere, il principio qui riportato da Gaio presenta una struttura argomentativa analoga a quella del *matrimonium contra mandata* riferita in Paul. 7 *resp.* D. 23.2.65.1: *Idem eodem. respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.* In entrambi i casi, infatti, il venir meno dell'*impedimentum* rende possibile la sussistenza di *iustae nuptiae* tra soggetti che, durante la permanenza dell'*impedimentum* stesso, non potevano essere considerati coniugati *iure civili*. Tuttavia, mentre nel testo paolino è espressamente affermata la prosecuzione del rapporto matrimoniale in regime di *iustae nuptiae* in forza della persistente *voluntas* dei coniugi, Gaio si limita a prospettare la possibilità di contrarre *iustae nuptiae* una volta dissolta l'adozione. Sul frammento di Paolo v. anche le riflessioni di R. ORESTANO, *La dote*, cit., 733 e nt. 12.

[15] Si consideri che in varie fonti l'unione incestuosa è denominata *matrimonium*. Oltre a Tit. Ulp. 5.7(= Coll. 6.2.4) e Coll. 6.4.3, v. Paul. *l.s. ad sc. Turpill.* D. 23.2.68

una realtà che giustificava un trasferimento patrimoniale a titolo di dote. Tuttavia, a causa del vizio originario del legame, tale dote era esposta in età classica alla sanzione della caducità, come dimostrerebbe il seguente passo, pur discusso per possibili interpolazioni in alcuni punti[16]:

(su cui v. soprattutto la nt. 33) e Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39.3, 6 e 7. A riprova di questa concezione presso i giuristi pare propendere anche la sostanziale identità di vedute tra le riflessioni condotte da Ulpiano nel commentario *ad Sabinum* e quelle contenute nei libri *de adulteriis*. Se si presta fede alla datazione delle due opere ipotizzata da O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 931, nt. 2 e 1019, nt. 3, la prima sarebbe stata composta sotto Caracalla, mentre la seconda in epoca successiva. Pertanto, ciò pare confermare la stabilità della categoria delle unioni coniugali non valide per *ius civile* (tra cui è compresa la fattispecie delle *incestae nuptiae*) come unioni di fatto qualificabili come *matrimonium* sul piano sanzionatorio. Sulla datazione delle due opere v. anche le ipotesi di T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 153, 158, 186.

16 V. l'*Index interpolationum, ad h. l.* Sulla sostituzione dell'*actio rei uxoriae* con un'*actio ex stipulatu* detta *actio de dote* o *actio dotis* dopo la riforma del 530 d.C. (su cui v. C. 5.13.2; I. 4.6.29), cfr. P. COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'ouvre de Justinien*, Paris, 1947, 91; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Milano, rist. 1963, 478; C. A. CANNATA, voce *Dote (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 7 e soprattutto le fonti indicate alla nt. 37; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione*, cit., 15 s., ntt. 2-3, a cui si rimanda per ulteriore letteratura. H. KRÜGER, *Eine neue Auslegung von Papyrus Cattavi R., Col. I, v. 12 und 13*, in *ZSS*, 28, 1907, 395 collega il passo di Papiniano alla costituzione di Gordiano III ai *rationales*, mentre F. SCHULZ, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt. Die Bedeutung der Rechtsregel im klassischen und justinianischen Recht*, in *ZSS*, 34, 1913, 91 s., propone di espungere l'inciso '*exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent*', ritenendolo interpolato: tale formulazione introdurrebbe infatti un automatismo (*ipso iure*) estraneo alla struttura dell'*actio rei uxoriae*. Secondo Schulz, espungere dal testo le parole sospette farebbe riemergere la soluzione classica, in cui al marito era riconosciuta una *retentio* per le spese necessarie e utili, esercitabile attraverso un *Ersatzanspruch* da far valere in giudizio, forse contro il fisco. La tesi si inserisce nella più ampia ricostruzione dogmatica dello studioso (pp. 57 ss.), secondo cui il principio '*impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*' sarebbe una riformulazione postclassica del concetto stesso di *retentiones*. La ricostruzione di Schulz è stata criticata da S.

Pap. 32 *quaest.* D. 23.2.61: *Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio* [*de dote*] <*rei uxoriae*> *redditurus esset maritus solvere debet.*

Il frammento descrive le sorti della dote in un *matrimonium illicitum*, locuzione questa che richiama le unioni vietate dalla legislazione augustea[17]: in tal caso, la dote diviene *caduca*. Tuttavia, al marito è riconosciuto il diritto di considerare detratte a titolo di *impensae necessariae* le spese da lui sostenute per la conservazione dei beni dotali, le quali riducono *ipso iure* la dote quale *universitas*, come avviene anche nel caso in cui la dote sia oggetto di restituzione mediante *actio rei uxoriae*[18].

---

RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*, 3-4, 1917, 370 ss., nt. 4, a cui si rinvia. La posizione di Riccobono è stata seguita, tra gli altri, da B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in *AUPA*, 6, 1918, 189 s.; P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., 495; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei bonae fidei iudicia*, in *RISG*, 3, 1928, ora in *Scritti storico giuridici*, III. *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino 2001, 158, nt. 2 (da cui si cita); J.-PH. LEVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, Paris, 1937, 211. Sulla base del confronto tra il testo di Papiniano e quello riferito in Ulp. D. 23.3.3, R. ORESTANO, *La dote*, cit., 767 ss., ritiene che nel passo di Papiniano si parli impropriamente di dote, poiché a monte non vi era un matrimonio. Infine, per G. PFEIFER, *Depositum als funktionale Mitgift*, in *ZSS*, 123, 2006, 312, nt. 17, la disciplina riportata da Papiniano si estenderebbe anche ai casi di matrimonio illecito contratto da militari.

[17] Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 878, n. 367, secondo cui il frammento andrebbe inserito nel titolo *Ad legem Iuliam et Papiam I* dell'intera opera. Sulla genuinità del passo v. R. ORESTANO, *La dote*, cit., 740, nt. 27.

[18] Per una definizione di *impensae necessariae* nei testi giuridici v. Tit. Ulp. 6.15; Ulp. 36 *ad Sab.* D. 25.1.1.1; Ulp. 5 *reg.* D. 25.1.14 pr.; Paul. 6 *ad Plaut.* D. 50.16.79 pr. Il principio secondo cui le spese necessarie avrebbero diminuito la dote *ipso iure* è affermato più volte nelle fonti: v. Paul. 6 *ad Plaut.* D. 23.3.56.3; Paul. 7 *ad Sab.* D. 23.4.5.2; Ulp. 36 *ad Sab.* D. 25.1.5 pr.; Ulp. 5 *disp.* D. 33.4.2 pr.; Marcian. 3 *reg.* D. 33.4.5; I. 4.6.37. Sulla classicità dell'espressione '*ipso iure*' si rinvia alla

Il principio espresso da Papiniano in tema di dote si distinguerebbe allora tanto dallo schema giustinianeo della nullità[19], quanto dal regime dell'inefficacia prevista come sanzione in CTh. 3.12.3. A differenza del primo, la caducità non dipende dalla nullità originaria del matrimonio, che avrebbe impedito *ex tunc* l'efficace costituzione della dote, bensì da una sanzione penale successiva[20]. Il participio perfetto *facta*, nell'ambito dell'espressione *caduca facta*, è coerente con l'idea che la costituzione della dote, inizialmente avvenuta, sia divenuta inefficace in un momento successivo. Rispetto a CTh. 3.12.3, invece, si evince un regime più attenuato: solo in epoca tardoantica si sarebbe arrivati a prevedere la confisca integrale della dote, mentre in età classica il marito avrebbe dovuto restituire l'importo della dote al netto delle spese necessarie[21].

letteratura citata alla nt. precedente. Sulla possibilità di considerare la dote come una *universitas* v. Ulp. 19 *ad Sab.* D. 33.4.1.4.

[19] I. 1.10.12: *Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur* […].

[20] *Contra* S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 92 ss., che dal confronto tra Pap. 11 *quaest.* D. 12.7.5 pr.-1 e il frammento riferito in Pap. D. 23.2.61 ricava la regola secondo cui la dote fosse esclusa nei casi di incesto, poiché costituita per una *causa* turpe. Tuttavia, il confronto con altre fonti (v. l'elenco riportato in M. VARVARO, *Studi sulla restituzione*, cit., 153 s., nt. 401, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti) evidenzia che il principio espresso in Pap. D. 12.7.5 pr.-1 riguardi la casistica della *condictio* concessa per una *datio dotis* o per una *acceptilatio dotis constituendae causae* avvenuta *ante nuptias*, ossia in vista di una *causa futura* poi non realizzatasi. Papiniano ammette dunque la *condictio* non in ragione della turpitudine della *causa*, ma per il suo mancato perfezionamento. La clausola finale del *principium* (*sed recte* [...] *non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse*) parrebbe inoltre suggerire che, qualora le *incestae nuptiae* fossero state effettivamente contratte, la dote sarebbe stata considerata costituita. In tale ipotesi, si sarebbe negata la *condictio* al costituente proprio perché il trasferimento patrimoniale era avvenuto *matrimonii gratia*; la dote, semmai, sarebbe divenuta successivamente *caduca* quale sanzione legata all'illiceità dell'unione.

[21] Sebbene ecceda i limiti del presente studio, resta aperta la questione se la caducità comportasse l'acquisto automatico da parte del fisco o se fosse

3. *L'*incestum per illicitum matrimonium contractum *in D. 48.5.39(38).*

Occorre verificare adesso se il regime ricostruito per l'età classica valesse anche per le *incestae nuptiae*. Come si è visto, Papiniano non indica espressamente nel passo precedentemente analizzato le unioni incestuose come *illicita matrimonia*. Tale collegamento, tuttavia, sembra desumersi da alcuni paragrafi di un frammento tratto dal trentaseiesimo libro delle *Quaestiones*[22] di Papiniano e riferito in

ammessa una *vindicatio* in favore di colui che avesse costituito la dote, sul modello della *caducorum vindicatio* per i *caduca* ereditari. Solo CTh. 3.12.3, infatti, menziona espressamente la devoluzione al fisco. Neppure la costituzione di Gordiano III ai *rationales* del 239 – in cui la caducità sembra investire l'intera dote – pare richiamare un acquisto immediato da parte del fisco. Il problema riguarderebbe soprattutto la *dos adventicia* o *recepticia* costituita da un *extraneus*, il quale si troverebbe in una posizione iniqua qualora dimostrasse di essere ignaro del vincolo di parentela tra gli sposi, e quindi dell'illiceità della *causa*; allo stesso modo, vi sarebbe iniquità anche nel caso di *dos profecticia* e *adventicia* costituita dalla donna, sempre che le 'scriminanti' previste dall'ordinamento a favore della donna (per cui v. *infra* § 3) impedissero che anche la dote cadesse nel regime della caducità. Sulla questione secondo cui a divenire *caduca* fosse solo la *dos data* e non anche quella *promissa* o *dicta*, si vedano principalmente le osservazioni di R. ORESTANO, *La dote*, cit., 769 s.; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*[2], cit., 287 s., ove ulteriori riferimenti.

[22] I frammenti di Pap. D. 48.5.39(38), collocati da O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 879 s., n. 378 nel titolo *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, sono ritenuti in gran parte interpolati (v. *Index interpolationum*, *ad h. l.*). Secondo l'opinione prevalente, le alterazioni sarebbero state di carattere per lo più formale, e non avrebbero intaccato la sostanza dei passi. Senza scendere nel dettaglio, il testo, generalmente suddiviso in due sezioni principali e chiuso da un frammento che pare avere funzione riepilogativa, affronta i seguenti argomenti: i limiti della punibilità della donna in caso di *incestum* in concorso con adulterio o stupro (pr.-§ 2); la responsabilità dell'uomo e le possibili cause di esenzione della pena, in particolare nel caso di *matrimonium illicitum* (§§ 3-6); l'elenco delle 'scusanti' applicabili nel caso di *incestum per matrimonium illicitum contractum* (§ 7). Una diversa proposta di suddivisione, fondata sulla distinzione tra *incestum* come atto sessuale

Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39(38).1: *Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. occurrit, quod hic duplex admissum est,* [*quia multum interest*], *errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant.* […] 3: *Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.* […] 7: *Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit.*

---

e come matrimonio illecito, è stata avanzata, ma non accolta in storiografia, da A. GUARESCHI, *Le note di Marciano ai «de adulteriis libri duo» di Papiniano*, in *Index*, 21, 1993, 463. Per l'analisi testuale e le implicazioni esegetiche, qui non affrontate, si rinvia a E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR*, 38, 1930, ora in *Scritti giuridici*, VII. *Diritto penale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, a cura di M. Talamanca, Napoli, 1999, 91 ss., da cui si cita; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris» nel diritto penale romano*, in *SDHI*, 3, 1937, 403 ss., 413; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, 198 ss.; A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., 206 ss., 231 s., e in part. 241 ss.; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, Milano, 1946, 8 ss.; A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, in *AUFE*, n.s., sez. 5.1, 1987, 20 ss.; A. GUARESCHI, *Le note di Marciano*, cit., 460 ss., il quale ritiene che la nota di Marciano in Marcian. *not. ad Pap. 2 adult.* D. 23.2.57a si possa inserire nell'*excursus* qui tracciato da Papiniano; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 102 ss. A favore della genuinità testuale propende PH. LOTMAR, *Lex Julia de adulteriis und incestum*, in *Mélanges P.F. Girard*, II, Paris, 1912, 128 ss. Sostengono, invece, un'interpolazione in età giustinianea E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 91 ss.; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 403, 407 ss.; P. VOCI, *L'errore*, cit., 198 ss. (soprattutto sull'attribuzione del § 7 alla mano di Papiniano); A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., 241 ss., e in part. 256 (che ipotizza interpolazioni pregiustinianee); G. LOMBARDI, *Ricerche*, cit., 8 ss.; A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., 21; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 102 ss., e in particolare la nt. 65 in cui ulteriore letteratura.

Dopo essersi occupato dell'*incestum cum adulterio*[23], il giurista si interroga se, quando un uomo commetta *stuprum* nei confronti della figlia della sorella, la pena prevista per l'adulterio potesse considerarsi sufficiente, o se sussistesse una disparità sanzionatoria tra uomo e donna (§ 1)[24]. Secondo Papiniano, l'illecito è *duplex admissum* poiché poteva configurarsi in due differenti ipotesi[25]: in

[23] Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39 pr.: *Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur:* [*id enim remoto etiam adulterio eveniret*]. Sul passo v. E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 88, che giudica l'inciso finale illogico e lo ritiene interpolato per estendere la punibilità della donna a titolo di incesto; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 403, attribuisce ai compilatori l'intera frase '*mulier-eveniret*', mentre considera '*ut-puta-noverca*' un'aggiunta esplicativa postclassica (*contra* S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 104, nt. 66, per cui le ipotesi sarebbero classiche). Sempre secondo De Martino, il '*similiter*' rifletterebbe l'intento nel Tardoantico di omologare le pene per entrambi i sessi. V. inoltre A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., 206 ss., che collega il *similiter* alla espunzione del riferimento alla pena stabilita dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis* nonché, da ultimo, S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 104 ss., soprattutto la nt. 68.

[24] Nonostante in Bas. 60.37.39 sia menzionata la punibilità dell'uomo, TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti. Recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Krugero*, II, Berolini, 1870, 814 e ntt. 4 e 6, si domanda se anche la donna fosse punibile o potesse invocare l'errore di diritto. Come è stato sostenuto più di recente anche da S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 106 s. e nt. 71, il problema non riguarderebbe tanto la qualificazione della pena (da *relegatio* a *deportatio*) o il concorso fra lo *stuprum* e l'*incestum*, quanto piuttosto «la perseguibilità o meno della donna e l'entità della sanzione da infliggerle in paragone all'uomo», come avverrebbe nel caso di *incestum cum adulterio*.

[25] L'espressione *duplex admissum* ha suscitato interpretazioni contrastanti. A oggi, si tende a escludere che la formula indichi il concorso tra *stuprum* e *incestum*, come sostenuto, tra i più, da PH. LOTMAR, *Lex Julia*, cit., 129 ss.; E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 108 s.; F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 407; P. VOCI, *L'errore*, cit., 201. Più coerente appare la lettura che vede uno *stuprum* 'qualificato' dal vincolo di sangue: v. A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., 208 ss., in cui ulteriori riferimenti bibliografici e segnalazione delle varianti sul testo proposte dagli studiosi; S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 107 (ma v. comunque la diversa proposta in ID., *D. 48.5.39 (36 'quaest'.) e la problematica dell'incesto nell'elaborazione dottrinale di Papiniano*, in *Studi Parmensi*, 43, 1997, 186, nt. 56). G. LOMBARDI,

seguito a un matrimonio illecitamente contratto per errore (*errore matrimonium illicite contrahatur*), oppure per inosservanza del diritto accompagnata dall'offesa ai vincoli di sangue[26].

Qualora si prescinda dalle possibili stratificazioni testuali e si isoli la fattispecie dell'*incestum per matrimonium*, il passo parrebbe confermare che, nella prospettiva papinianea, l'unione incestuosa fosse considerata anch'essa un *matrimonium*. Nell'ottica del diritto classico, nel frammento pare sfumare la distinzione fra il momento genetico della contrazione e la sussistenza sostanziale del rapporto. Parlando di un matrimonio contratto *illicite*, il giurista pare riconoscerne implicitamente l'esistenza come fatto sociale e causale; allo stesso tempo, però, ne riconosce l'inefficacia sul piano del *ius civile*. Per tale motivo, l'unione sessuale, pur qualificata come *stuprum* ai fini della sanzione, è comunque collegata a una dimensione matrimoniale (seppur illecita) da cui discende una disciplina peculiare e a tratti più favorevole rispetto allo *stuprum* comune, come pare essere dimostrato dalla rilevanza delle c.d. scriminanti soggettive. Dal confronto tra i §§ 3 e 7, infatti, emerge che l'*incestum per matrimonium* è trattato con maggiore senso di

*Ricerche*, cit., 13 ss., propone una lettura alternativa: la fattispecie riportata da Papiniano non sarebbe un concorso tra due illeciti sessuali, ma tra due componenti del *crimen* (la *contumacia iuris* e la *sanguinis contumelia*), ossia tra la consapevole trasgressione della norma e la violazione del vincolo di sangue (in tal senso v. anche A.D. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., 21).

[26] TH. MOMMSEN, *Digesta*, II, cit., 814, nt. 5, propone di sostituire '*contaminatio*' con '*contumelia*'.

umanità (*humanius*)[27] per entrambi i coniugi[28], sia in caso di errore[29] sia quando i soggetti intendono porre fine spontaneamente alla relazione illecita[30]. Ulteriori scriminanti avrebbero avuto rilevanza

[27] Per E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 109 s., e P. VOCI, *L'errore*, cit., 202 il riferimento a *humanius* sarebbe genuino, anche se Voci espunge la clausola '*et in maribus*'. Ne sostengono invece l'interpolazione F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 408 e A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., 243. Sull'impiego del concetto di *humanitas* già nella giurisprudenza classica come criterio argomentativo v. da ultimo L. GAROFALO, *L'"humanitas" nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 1 ss.; A. BURDESE, *Recensione a* L. GAROFALO, *Fondamenti*, cit., in *SDHI*, 72, 2006, 532 ss.; M. FRARE, *L'humanitas romana. Un criterio politico normativo*, Napoli, 2019, ove ulteriore bibliografia.

[28] Al confronto tra Pap. D. 48.5.(38)39.3 e Pap. D. 48.5.39(38).7, *adde* Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.(38)39.2, in cui Papiniano affermerebbe che per la donna la pena dipendeva dalla natura dell'incesto: se vietato *iure gentium*, anche la donna era punita; se vietato solo *iure civili* (come nel caso dello zio con la nipote *ex sorore*), ella ne era esente. Il confronto permette di chiarire i criteri di punibilità applicabili ai casi esaminati nel *pr.* (testo *supra*, nt. 23) e nel § 1. V., da ultimo, S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 102 ss., ove ulteriore letteratura.

[29] Ossia l'*error iuris*, che sarebbe dunque rilevante per escludere la responsabilità in caso di unione illecita incestuosa, ma non di adulterio. Così S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 113, 116. *Contra* G. LOMBARDI, *Ricerche*, cit., 16, 20 s., secondo cui l'errore sarebbe stato valutato come scriminante in ogni ipotesi. Tuttavia, Papiniano sembra ricomprendere fra le scriminanti anche l'*error facti*, ossia l'ignoranza del vincolo di parentela; anche tale tipo di errore potrebbe configurarsi come esimente per i coniugi, purché vi sia stato un ravvedimento, su cui v. la nt. successiva.

[30] Per esempio divorziando. Una situazione analoga si troverebbe in Coll. 6.6.1, in cui si narra il caso di un uomo che aveva sposato per errore la figlia della sorella e, accortosi del vincolo di parentela, aveva divorziato prima della *delatio*. Sul punto, v. le osservazioni di S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 100 ss.

nella repressione del *crimen*, quali il sesso o l'età[31], oppure il caso più favorevole in cui nessuno abbia presentato un'accusa[32].

Per Papiniano, dunque, tra i casi di *matrimonium illicitum* rientrerebbero anche le *incestae nuptiae*, in ordine alle quali, come precisato in Pap. D. 23.2.61, la dote diverrebbe caduca per effetto della condanna subita nella *quaestio publica* istituita con la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, permettendo al marito di restituire la dote al

[31] Per una ricostruzione del sistema classico delle scusanti, specie quelle *sexu vel aetate* (in cui la prima esimeva la donna nel caso di *incestum iure civili*, ma non *iure gentium*, mentre la seconda solo previa dissoluzione del legame incestuoso) esclusivamente riservate alle donne e ai minori, si rinvia a E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 95 s. (anche se alla p. 94 ricorda che al § 4 del frammento la remissione *propter aetatem* è a favore di un certo Claudio). Lo studioso ritiene altresì di difficile spiegazione alla luce del diritto classico l'espressione '*puniendi correctio*', definendola dal sapore bizantino e priva di base logica in un'ottica di efficacia esimente nei confronti del colpevole. Anche per F. DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris»*, cit., 409, il significato del frammento presenta aspetti incomprensibili, soprattutto con riferimento alla locuzione '*puniendi correctio*'. V. da ultimo S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 116, nt. 92, a cui si rimanda anche per la critica alla tesi di P. VOCI, *L'errore*, cit., 206, in tema di scusanti a favore della donna.

[32] Sui nessi individuabili tra il § 7 e quelli precedenti, v. S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 116, nt. 91.

Contro la tesi qui sostenuta si potrebbe obiettare che il riferimento in Pap. 36 *quaest.* D. 48.5.39.1 al *matrimonium illicite contractum* riguardi esclusivamente il momento genetico delle *nuptiae*, senza implicare il riconoscimento di un rapporto come *matrimonium*. Tuttavia, tale distinzione pare smentita dalla struttura stessa del responso. Il giurista riconosce infatti scriminanti che implicitamente presuppongono la persistenza di un'unione vissuta come matrimoniale: se Papiniano avesse voluto limitare la sua analisi al solo rito iniziale, non avrebbe avuto motivo di valutare una scriminante come il ravvedimento operoso. Inoltre, la possibile esistenza di una dote, seppur *caduca* (Pap. D. 23.2.61) o devoluta interamente al fisco (CTh. 3.12.3), confermerebbe che l'atto delle *nuptiae* incestuose potesse essere considerato l'innesco di una fattispecie che l'ordinamento considerava all'interno della categoria del *matrimonium*, seppur condizionato da illiceità.

netto delle *impensae necessariae*. Se ne deduce che tali unioni, pur vietate, erano considerate non solo esistenti, ma anche capaci di produrre effetti giuridici circoscritti (esclusi quelli collegati al *ius civile*), come la costituzione della dote.

Questa interpretazione confliggerebbe tuttavia con quanto si legge in Paul. D. 23.2.52, secondo cui la dote non si costituisce e pertanto tutto quanto è stato percepito dal marito, anche a titolo di frutti, non può essere trattenuto. Tale contraddizione permane anche in età giustinianea: non solo perché entrambe le fonti vengono accolte nel Digesto, ma anche perché il passo di Papiniano non rispecchia pienamente la disciplina imperiale sulle *prohibitae nuptiae* riportata in I. 1.10.12.

Se si segue la nota teoria di Bluhme sulle masse del Digesto, tale incoerenza potrebbe derivare dalla diversa origine dei due *responsa*, provenienti rispettivamente dalla massa sabiniana e da quella papinianea, con una conseguente mancata armonizzazione da parte dei compilatori[33]. La difficoltà interpretativa era avvertita probabilmente anche nella prassi applicativa, aggravata dall'inclusione nel *Codex* di Giustiniano (C. 5.5.6) del testo massimato di CTh. 3.12.3, uniformato nella interpretazione allo schema della nullità. In caso contrario, infatti, risulterebbe inspiegabile il motivo per cui in una successiva Novella, emanata un anno dopo il *Codex* e due anni dopo il Digesto, Giustiniano debba ritornare sulla questione della dote[34].

[33] Il rilievo è avvalorato dalla circostanza che Paul. D. 23.2.68 – frammento inserito nella massa papinianea – fa riferimento a un '*matrimonium quod ex latere non bene contrahitur*', espressione che tuttavia pare frutto di un'alterazione testuale (cfr. *Index interpolationum, ad h. l.*). Sulla collocazione del passo nella compagine dei *Digesta*, v. P. KRÜGER, *Ordo librorum iuris veteris in compilandis digestis observatus*, in Digesta, II, cit., 50, 55, 57.

[34] Si tratta di Nov. 12, in cui Giustiniano afferma di non voler sanzionare i figli nati da unioni incestuose e abroga la pena della confisca dei beni paterni per tutelare eventuali figli legittimi nati da altri matrimoni. In tema di dote, il I *caput*

4. *Conclusioni*

Dall'analisi complessiva delle fonti pare emergere dunque la possibilità che in età classica le *incestae nuptiae* fossero qualificabili come *matrimonium*, per quanto *non iustum*, e che in esse fosse possibile costituire una dote, suscettibile di sanzione. Con riferimento al testo riferito in Paul. D. 23.2.52, si sottolinea nuovamente che la congiunzione '*neque*' manca di correlazione, cioè non è preceduta né seguita da un'altra negazione che, se presente, avrebbe logicamente riguardato l'inesistenza delle *nuptiae* stesse[35]: proprio tale assenza non pare giustificata, in quanto i commissari giustinianei non avrebbero espunto un simile riferimento.

Sulla base di queste premesse, il passo potrebbe essere così emendato:

stabilisce che chi ha contratto solo nozze incestuose non otterrà nulla di quanto ricevuto a titolo di dote, poiché questa andrà al fisco. Il III *caput* introduce però delle eccezioni: se i coniugi divorziano entro due anni dall'emanazione della legge e l'uomo contrae un matrimonio legittimo, la dote deve essere restituita alla precedente moglie. Ciò induce a ritenere che Giustiniano non abbia inteso riaffermare un regime di nullità per le unioni incestuose, bensì reintrodurre quello dell'inefficacia-sanzione. A favore di questa interpretazione depone anche l'uso dei termini ἀθέμιτος e παράνομος per descrivere tali unioni. Ritengono che in Nov. Iust. 12 non si affermi né la nullità né l'inesistenza dell'unione incestuosa J. GAUDEMET, *Justum matrimonium*, cit., 156; E. FRANCIOSI, *Il regime delle nozze incestuose nelle Novelle giustinianee*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988, 735. *Contra* S. PULIATTI, *Incesti crimina*, cit., 208. A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., 256, nt. 422, pur non prendendo posizione, osserva che l'imperatore sembra ritornare ai principi classici, superando la rigida logica della nullità per ripristinare un sistema di sanzioni più articolato, seppur inserito in un quadro di generale rigore punitivo.

35 In tal senso basti vedere la traduzione del passo proposta in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, IV, a cura di S. Schipani, Milano, 2011, 174, in cui tra parentesi uncinate è inserito un riferimento alla nullità del matrimonio incestuoso.

Paul. D. 23.2.52: *Incestae nuptiae* [*ne*]<*quo*>*que dotem habent* [*et ideo*] <*itaque*> *omne quod perceptum est licet fructuum nomine auferetur.*

Si propone la sostituzione di '*neque*' con '*quoque*', così da uniformare il frammento con l'impostazione emersa non solo in questa sede, ma anche nel precedente studio al quale si è accennato nel § 1[36].

Nonostante la costituzione della dote, si è visto come quest'ultima potesse divenire '*caduca propter illicitum matrimonium*', secondo l'ipotesi a cui si allude in Pap. D. 23.2.61. Per tale motivo, si preferisce mantenere la variante interpretativa proposta da Beseler[37], che meglio si concilia, in una prospettiva di carattere

[36] A ulteriore sostegno di questa ipotesi può richiamarsi anche il dato cronologico: i *libri ad Sabinum* sarebbero stati scritti durante il regno di Settimio Severo, come suggerito da Lenel sulla scia di Krüger. Ciò renderebbe plausibile che la versione originale del frammento riflettesse una visione severiana del matrimonio incestuoso (simile, dunque, a quella riflessa in D. 23.2.61 [Pap. 32 *quaest.*]), coerente con la possibilità di attribuire all'unione determinati effetti giuridici, tra cui la costituzione della dote. Cfr. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 207; O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 1251, nt. 2. Ancora, la sostituzione qui proposta sembra riprendere l'interpretazione del passo di Paolo riferita in Bas. 28.4.22 (Heimbach, III, p. 178): Παυλ. Ἐπί τῶν ἀθεμίτων γάμων οὔτε προὶξ εἶναι τὰ ἐπιδοθέντα δοκεῖ, καὶ διὰ τοῦυο πᾶν, ὅπερ ἐκ τῶν ἐπιδοθέντων λόγῳ προικὸς ἔλαβεν ὁ δῆθεν ἀνήρ, ἀφαιρεῖται παρ'αὐτοῦ, κἂν τὰ μάλιστα καρποὺς ἔτυκεν εἰληφώς [trad. Heimbach: *In incestis nuptiis quae data sunt, nec dos esse videntur, et ideo omne, quod ex datis dotis nomine percepit maritus, ei aufertur, licet fructus perceperit*]. L'interpretazione del redattore pare difficilmente conciliabile con una concezione di radicale inesistenza delle *incestae nuptiae*.

[37] E*t ideo* richiamerebbe infatti lo stile 'chiarificatore' tipico dei compilatori giustinianei. Sostituirlo con *itaque* senza modificare *neque* creerebbe un problema di coerenza perché la dote non potrebbe essere restituita se la sua costituzione è nulla: infatti, la proprietà sui beni dotali non sarebbe trasferita al marito (e lo stesso potrebbe dirsi anche nei casi di *promissio* o *dictio dotis*, su cui v. *supra*, nt. 21). Pertanto, inserire *quoque* al posto di *neque* troverebbe riscontro con quanto è emerso dall'analisi delle fonti ed eviterebbe, inoltre, la contraddizione interna

deduttivo, con l'idea di una relazione causale tra il riconoscimento del matrimonio incestuoso (e la costituzione della dote) e la successiva sottrazione della dote.

Secondo la lettura proposta, il frammento sarebbe maggiormente conforme alla concezione del matrimonio incestuoso nel periodo classico e permetterebbe altresì di suffragare l'idea che un'eventuale interpolazione del testo potesse forse dipendere dalla diversa prospettiva giustinianea che, come si è cercato di dimostrare, affermava la nullità delle *incestae nuptiae*.

## ABSTRACT

Il contributo propone una rilettura critica di D. 23.2.52 (Paul. 6 *ad Sab.*), al fine di valutare la possibilità di un'eventuale interpolazione del frammento per adeguarlo alla concezione giustinianea sulle *incestae nuptiae*, centrata sulla nullità.

Alla luce dell'analisi di altre fonti di tradizione manoscritta, parrebbe che in età classica i giuristi riconoscessero una limitata efficacia giuridica delle *incestae nuptiae* (seppur non estesa al *ius civile*), tra cui una efficace costituzione della dote.

Infatti, il confronto con alcuni frammenti tratti dai libri 32 e 36 delle *Quaestiones* di Papiniano pare restituire un quadro più

che deriverebbe dall'accoglimento della sola soluzione di Beseler. Inoltre, l'emendazione proposta permetterebbe di meglio evidenziare il motivo per cui la dote è sottratta dal fisco quando il matrimonio è dichiarato incestuoso, accertamento che si presuppone necessario per la confisca stessa, come può inferirsi anche dalla parte finale di Pap. D. 48.5.39(38).7. Coglie nel segno, infatti, Papiniano quando afferma che il matrimonio incestuoso trova più facilmente giustificazione qualora nessuno abbia promosso un'accusa contro il reo; un ragionamento, quest'ultimo, che pare ricomprendere anche il destino della dote in queste unioni.

complesso, in cui la dote era da ritenersi efficacemente costituita ma soggetta a caducità, in quanto a monte vi era un *matrimonium* definito *illicitum*.

Tenuto conto dei risultati esegetici, la proposta di emendazione del testo paolino consentirebbe di superare l'isolata aporia del passo, armonizzandolo con la più articolata realtà che pare emergere dalle fonti.

This paper proposes a critical rereading of *D.* 23.2.52 (*Paul. 6 ad Sab.*) to evaluate the possibility of a textual interpolation aimed at aligning the fragment with the Justinianic conception of *incestae nuptiae*, which was centered on radical nullity.

Based on the analysis of other surviving sources, classical jurists appear to have recognized a limited legal efficacy for *incestae nuptiae* (albeit not extending to the *ius civile*), which included the effective constitution of a dowry.

Indeed, a comparison with fragments from books 32 and 36 of Papinian's *Quaestiones* reveals a more complex framework wherein the dowry was considered effectively constituted but subject to caducity, as it stemmed from a *matrimonium* defined as *illicitum*.

In light of these exegetical findings, the proposed emendation of the Pauline text could overcome the fragment's isolated aporia, harmonizing it with the more nuanced reality that appears to emerge from the sources.

**PAROLE CHIAVE**

*incestae nuptiae*; dote; *matrimonium illicitum contractum*;
D. 23.2.52 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 23.2.61 (Pap. 32 *quaest.*)

*incestae nuptiae*; dowry; *matrimonium illicitum contractum*;

D. 23.2.52 (Paul. 6 *ad Sab.*); D. 23.2.61 (Pap. 32 *quaest.*)

DAVIDE BRESOLIN ZOPPELLI
davide.bresolinzoppelli@unipa.it

(*online dal* 05/11/2026)