

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
Cattedra di Istituzioni di Diritto Romano**

**Matrimonio e Concubinato**

**RELATORE  
Chiar.mo Prof.  
Antonio Masi**

**CANDIDATA  
Antonella Pitzalis  
Matr. 103153**

**CORRELATORE  
Chiar.mo Prof.  
Michele Tamponi**

**ANNO ACCADEMICO 2015-2016**

## INDICE

### INTRODUZIONE

### CAPITOLO I

#### **Matrimonio e conventium in manum**.....1

§ 1.1. *La conventio in manum* .....3

§ 1.2. *Il rituale della confarreatio*.....5

§ 1.3. *L'usus* .....9

§ 1.4. *La coemptio* ..... 10

### CAPITOLO II

#### **Matrimonio e rapporto coniugale: presupposti e rilevanza sociale**

..... 11

§ 2.1. *Premesse* ..... 11

§ 2.2. *Presupposti e dissoluzione del matrimonio* ..... 13

§ 2.2.1. *segue: requisiti di validità del matrimonio* ..... 14

§ 2.2.2. *segue: scioglimento del matrimonio* ..... 21

§ 2.3. <i>Ruolo dell' affectio maritalis</i> .....	26
§ 2.3.1 <i>Segue: Deductio in domum mariti ed honor matrimonii</i> .....	28
§ 2.4. <i>Matrimonio tra persone lontane. Concetto di "abesentia"</i> .....	30

## **INTRODUZIONE**

Nell'evoluzione storica, il matrimonio è stato oggetto di diverse considerazioni relative alla sua natura e alle varie forme di costituzione, profondamente diverse da quelle del matrimonio moderno, disciplinato dal diritto civile quale negozio giuridico posto in essere dalla volontà delle parti e quella dello Stato. Il diritto canonico considera il matrimonio un sacramento ed un contratto al tempo stesso, mentre il diritto romano lo concepisce come uno stato di fatto (*res facti*), anche se produttivo di importantissime conseguenze giuridiche.<sup>1</sup>

Il matrimonio nel diritto romano è un atto giuridico “in forza del quale una donna, *sui* od *alieni iuris*, esce dalla famiglia d'origine ed entra in una famiglia nuova, in condizione di sottoposta e con la particolare funzione di procreare al capocasa o ad un suo sottoposto libero una discendenza legittima”<sup>2</sup>.

Un diverso tipo di unione è rappresentato dal concubinatio.

---

<sup>1</sup> Cfr. Sanfilippo C., “Istituzioni di diritto romano”, Catania, 1964 p. 145

<sup>2</sup> Cfr. Arangio – Ruiz V., “Istituzioni di Diritto Romano”, XIV, Napoli, 1989, p. 434

Il vocabolo *concupina* in latino ha due significati: “amante” o “compagna, che non è una moglie, ma con la quale si ha una relazione stabile”; il diritto romano riconobbe il concubinato a seguito delle leggi matrimoniali augustee<sup>3</sup>.

così come nel successivo diritto giustiniano continuò a sussistere come unione volontaria di un uomo e di una donna decidendo di escludere la *affectio maritalis* e *l'honor matrimonii*, requisiti fondamentali del *matrimonium*.

---

<sup>3</sup> Più precisamente alle disposizioni della *lex Iulia de adulteriis* e della *lex Iulia et Papia Poppaea*

## CAPITOLO I

### **Matrimonio e conventium in manum**

*Sommario: § 1.1 La conventio in manum; § 1.2. Il rituale della confarreatio; § 1.3 L'usus; § 1.4. La coemptio.*

#### **§ 1.1 La conventio in manum**

Non si può dubitare del fatto che i giuristi classici considerassero il matrimonio un istituto diverso e distinto dalla *conventium in manum*, per effetto della quale la donna sposata veniva a trovarsi nella famiglia del marito in qualità di figlia se il marito fosse *sui iuris* ovvero di nipote se, a sua volta, il marito fosse sotto la potestà del proprio *pater familias*.

La diversità e la distinzione dei due istituti risulta, infatti, evidente sia nelle Istituzioni di Gaio (I, 108-113) che nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (9,1), in un periodo nel quale la *manus*, come potere del marito sulla donna sposata, era, come si vedrà, in crisi.

Su questa base il Volterra, in una serie di scritti, ha sempre sostenuto che i Romani non avrebbero mai fatto riferimento a due tipi

di matrimonio (rispettivamente, *cum manu* e *sine manu*) ed avrebbero sempre concepito un solo tipo di matrimonio fondato esclusivamente sulla volontà reciproca dell'uomo e della donna di essere uniti in un rapporto coniugale, mentre la *confarreatio*, la *coemptio* e l'*usus* non sarebbero state forme di matrimonio, ma, esclusivamente, modi di costituzione della *manus*.

Tuttavia, lo stesso Volterra, rendendosi conto della particolare coesione e dell'importanza del gruppo familiare nel periodo più antico, ha dovuto prendere atto della diffusione, nel periodo anzidetto, del costume che la donna sposata attraverso la *conventio in manum* entrasse a far parte della famiglia del marito e, quindi, in origine il matrimonio fosse generalmente accompagnato dalla *conventio in manum*.

Ma, a suo avviso, la contemporaneità dei due atti non avrebbe inciso sulla distinzione e diversità dei due istituti e dei rispettivi effetti, cosicché la struttura giuridica del matrimonio non avrebbe subito alcuna modifica per il fatto di essere, o meno, compiuto unitamente alla *conventio in manum*.

### ***1.2 Il rituale della confarreatio.***

Una significativa presa di posizione nei confronti delle conclusioni del Volterra è stata rappresentata, nel 1963, dalla ricerca di Eva Cantarella<sup>4</sup> sui rapporti tra matrimonio e *conventio in manum*, nella quale si sostiene, in particolare, che il rituale della *confarreatio* “ non potesse essere che quello di una cerimonia nuziale”.

Innanzitutto la struttura paritaria di questa cerimonia religiosa risulta funzionale all'unione in matrimonio di due persone piuttosto che alla sottomissione dell'una al potere dell'altra (e tantomeno a quella di una terza persona, come avveniva nel caso in cui il marito non fosse *sui iuris*).

Inoltre, il relativo cerimoniale, chiaramente simbolico, sta a significare l'unione di due persone in un rapporto duraturo.

Da Gaio (1,112) sappiamo, infatti, che la *confarreatio* è, sostanzialmente, un sacrificio a Giove Farreo, di una focaccia di farro, il cereale particolarmente diffuso nel mondo latino; che questo sacrificio era accompagnato da parole solenni (che non ci sono pervenute) e che il rito si svolgeva alla presenza di dieci testimoni:

---

<sup>4</sup> Cfr. CANTARELLA E., *Sui rapporti tra matrimonio e "conventio in manum" in "Rivista italiana per le Scienze Giuridiche"*, X, 1963.



*farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura paeterea huius ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt.*

Da altri riferimenti a questa cerimonia, che si trovano in fonti letterarie e in alcuni autori cristiani sappiamo che il capo della donna veniva ricoperto da un velo rosso/arancio (*flammeum*) e che il rito iniziava col sacrificio di una pecora, la cui pelle veniva distesa su due sedili, sui quali sedevano l'uomo e la donna. Il rito, celebrato alla presenza del *pontifex maximus* e del *flamen dialis* (il sacerdote di Giove), comprendeva la *dexterarum iunctio* (l'unione della mano destra degli sposi) ed il compimento di tre giri rituali intorno all'altare andando verso destra (*dexteratio*).

Inoltre, il momento fondamentale della cerimonia, da cui la stessa prendeva il nome, era, comunque, la spartizione del pane di farro consacrato a Giove.

Ulteriori testimonianze si trovano in fonti letterarie evidenziate dalla Cantarella, fra le quali particolarmente significativa è quella di Apuleio, *Met.*, 5, 26, il quale, nel narrare la favola di Amore e Psiche,

fa dire ad Amore risvegliato da una goccia d'olio caldo caduta dalla lampada alla cui luce Psiche voleva finalmente vederlo, queste parole:

*ego vero sororem tuam ... iam mihi confarreatis nuptiis coniugabo.*

Probabilmente erano collegati alla *confarreatio* anche altri riti, quali il gesto del marito di acconciare simbolicamente i capelli della sposa con la *caelibaris hasta*, per rendere chiaro che la sposa era sottoposta al suo potere, poiché l'asta è la massima espressione delle armi e del comando (*nuptiali iure imperio subicitur nubens, quia hasta summa armorum et imperii est*).

Infine, sembra debba essere ricollegata alla *confarreatio* anche la pronunzia, da parte della sposa, della frase *Ubi tu Gaius ego Gaia* [“Dove sei tu, Gaio, sono io Gaia”], che si ritiene esprimesse il passaggio della moglie nella famiglia del marito.

Da Gaio (1,112) risulta che la *confarreatio* era nel tempo in uso soltanto per i *flamines maiores* (sacerdoti ai quali competeva il culto, rispettivamente di Giove, Marte, Quirino) e per i *reges sacrorum*, che potevano ricoprire tali sacerdozi solo se fossero nati da genitori sposati

fra i quali fosse stata compiuta la *conventio in manum* mediante la *confarreatio* e che, in occasione del loro matrimonio l'avessero essi stessi compiuta.

Si era perciò dovuto, con un senatoconsulto dell'11 a.C., che conosciamo attraverso Tacito, Ann., 4,16, limitare ai soli aspetti del culto (*quod sacra tantum*) le conseguenze della *conventio in manum* per ovviare al fatto che agli inizi del principato non vi era più chi potesse rivestire i sacerdozi anzidetti.

### **§ 1.3 *L'usus***

Il declino della *conventio in manum* non toglie che in origine la connessione fra matrimonio e *conventio in manum* che si realizzava nella *confarreatio* fosse così radicata da far ritenere che la donna sposata, la quale avesse perseverato per un anno senza interruzioni nella convivenza con il marito, convenisse *in manum* attraverso l'*usus*,

venendo a trovarsi nella famiglia di lui in qualità di figlia (o di nipote rispetto al *pater familias* del marito che non fosse *sui iuris*).

L'*usus* è un istituto analogo al possesso e ai fini dell'acquisto della *manus* deve protrarsi per un anno. La legge delle XII tavole stabiliva che chi avesse avuto per due anni il possesso di un immobile, ne acquistava la proprietà, mentre la proprietà di una cosa mobile, si acquistava con il possesso di essa per la durata di un anno.

Per evitare la conseguenza dell'acquisto della *manus* sulla donna sposata la legge delle XII tavole aveva stabilito che la donna sposata che non volesse venire a trovarsi sotto la *manus* del marito dovesse, ogni anno, allontanarsi dal domicilio coniugale per un periodo di tempo comprensivo di tre notti, interrompendo in tal modo l'*usus* di ogni anno.

Gaio (1, 111) fa, tuttavia, presente che questi principi erano stati in parte abrogati da leggi, in parte obliterati dalla desuetudine (*sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est*).

**§ 1.4 La Coemptio**

Anche l'ulteriore modo di acquisto della *manus* sulla donna, la *coemptio*, metterebbe in evidenza, secondo la Cantarella la concezione arcaica del rapporto con la donna sposata. Con la *coemptio matrimonii causa* (Gaio, 1, 113-114) il marito acquistava la *manus* sulla donna mediante una *mancipatio*, nella quale la dichiarazione dell'acquirente deve essere stata adattata alle finalità che si intendevano realizzare.

Per cui, alle origini, la *coemptio* si caratterizzava per essere una vera e propria compera, come del resto scrive Gaio nel II secolo d.C., quando, nel descrivere il relativo rituale, dice che il marito “*emit mulierem*” e cioè “compra la donna” (Gaio, I, 113).

## **CAPITOLO 2**

### **Matrimonio e rapporto coniugale: presupposti e rilevanza sociale**

*Sommario: §2.1 Premesse; §2.2 Presupposti e dissoluzione del matrimonio; §2.2.1. segue: requisiti di validità del matrimonio; §2.2.2. segue: scioglimento del matrimonio; §2.3. Ruolo dell'affectio maritalis; §2.3.1 Segue: Deductio in domum mariti ed honor matrimonii; 2.4. Matrimonio tra persone lontane. Concetto di "abesentia".*

#### **§ 2.1 Premesse.**

Secondo i romani il matrimonio era l'unione dell'uomo e della donna allo scopo di costituire una stabile ed intima comunanza di vita. Le fonti ne danno due definizioni.

Secondo quella ripresa dalle Istituzioni giustinianee in un passo (1, 9, 1) che, secondo il Ferrini, sarebbe riferibile ad Ulpiano:

*nuptiae ... sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*

[le nozze o matrimonio sono l'unione dell'uomo e della donna che implica una inseparabile intimità di vita].

L'altra è contenuta in D. 23, 2, 1 di Modestino:

*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*

[Il matrimonio è l'unione di un uomo e di una donna e la società di tutti gli aspetti della vita, il render comuni ai coniugi il diritto umano e quello divino].

Queste definizioni evidenziano, come è stato posto in risalto, aspetti a carattere etico-religioso degli istituti: soprattutto quella di Modestino è stata ritenuta così elevata da potersi attingere anche alla concezione cristiana, ed è stato, perciò, ingiustificatamente, ritenuta interpolata dai compilatori giustiniani. Tuttavia esse non possono ritenersi immediatamente rilevanti ai fini della ricostruzione della struttura e della disciplina giuridica del matrimonio romano.

Preliminarmente si deve perciò rilevare, che il matrimonio romano non si costituiva mediante una volontà iniziale manifestata in forma solenne, né perdurava malgrado il mutamento di tale volere.

Era un rapporto che in tanto si formava e in tanto persisteva, in quanto coesistevano la convivenza e la reciproca intenzione di essere marito e moglie.

## **§ 2.2 *Presupposti e dissoluzione del matrimonio***

Come pone in risalto il Volterra, i giuristi romani hanno accolto il concetto sociale del matrimonio trasformandolo in rapporto giuridico. Essi, infatti, considerano che il matrimonio, con le conseguenze giuridiche ad esso connesse, si costituisce quando un uomo e una donna liberi, aventi fra di loro il *conubium* (cioè la capacità riconosciuta dal diritto di costituire fra loro una unione coniugale) e non sussisteva alcun impedimento legale, stabiliscano un rapporto coniugale con la volontà effettiva, continua di essere uniti durevolmente in matrimonio. L'esistenza del matrimonio dipende dalla persistenza di questa reciproca volontà dei coniugi. Il matrimonio esiste in quanto e finché sussista tale reciproca volontà: non appena questa



viene a cessare, il matrimonio è sciolto. Basta che uno dei due coniugi non abbia più la volontà (e la cessazione di essa può risultare da un qualsiasi comportamento univoco) di essere unito in matrimonio perché questo sia considerato senz'altro sciolto.

**§2.2.1. segue: *Requisiti di validità ed effetti del matrimonio***

Gli anonimi compilatori dei *Tituli ex corpore Ulpiani* elencano in termini quasi scolastici alcuni requisiti necessari per attribuire ad un rapporto coniugale la qualifica *di iustum matrimonium*:

*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubim sit, et tam masculus pubes, qua femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt (Ulp. 5,2)*

[Un matrimonio si considera iustum se tra i due soggetti che contraggono matrimonio esiste il conubium e se l'uomo è in età adulta e la donna in età fertile ed entrambi esprimono il loro consenso, qualora

abbiano piena capacità giuridica o lo esprimano anche i loro genitori, qualora siano sotto la loro autorità]

Preliminarmente è bene intendere l'importanza che nel mondo antico riveste l'istituto del *conubium* che, in una prospettiva assai concreta e in relazione alla persona dell'altro *nubente*, è inteso come attitudine a concludere nozze legittime disconoscendo il principio dell'uguaglianza tra gli uomini e discriminandoli in modo radicale relativamente alla capacità giuridica, finendo perciò per inquadrarli entro categorie diverse in funzione dello status sociale cui appartengono: liberi, cives Romani, *patres familiarum*<sup>5</sup>.

Così l'unione tra schiavi e tra liberi e schiavi ha natura di mero *contubernium*<sup>6</sup> per mancanza del *conubium* (*cum servis nullum est conubium*: Ulp. 5,5); allo stesso modo non costituisce matrimonio legittimo per l'ordinamento giuridico romano l'unione tra stranieri o tra cittadini e stranieri, salve le ipotesi in cui il coniuge peregrino goda del

---

<sup>5</sup> Sanfilippo C., *"Istituzioni di diritto romano"*, op. cit. p. 146: i patrizi non potevano sposare i plebei prima della *lex Canuleia* (a. 445 a.C.); gli appartenenti al rango senatorio non potevano sposare una liberta o una *mulier famosa* (di facili costumi) a seguito della *lex Julia de maritandis*; il magistrato provinciale non poteva sposare una donna della provincia; un militare una donna della guarnigione; il tutore la sua pupilla; nel diritto dell'età cristiana il cattolico non poteva sposare un' ebrea.

<sup>6</sup> In antichità il *contubernium* era l'unità militare più piccola dell'esercito romano. Successivamente, in epoca classica, questo indicava anche il rapporto permanente tra servi o il rapporto tra il dominus e la serva e consisteva nella mera coabitazione, dl momento che ai servi era preclusa la possibilità del *matrimonium*.

*conubium* in virtù di un riconoscimento individuale o per l'appartenenza ad una comunità alla quale Roma lo abbia concesso<sup>7</sup> (Ulp. 5,4). Sono invece considerate *iustae nuptiae* quelle di un *filius familias*, purché libero e cittadino, a condizione che il pater presti il proprio consenso. Da ciò si ricava dunque uno dei presupposti indefettibili del matrimonio: lo *status libertatis*<sup>8</sup>.

Costituiscono ulteriori requisiti necessari per l'esistenza di un matrimonio valido, il possesso di una adeguata capacità fisiologica, che si presume acquisita con il raggiungimento della *pubertas*<sup>9</sup> e l'assenza di vincoli di parentela, naturale (*cognatio*) e civile (*adgnatio*): in linea retta all'infinito, in linea collaterale dapprima entro il settimo

---

<sup>7</sup> AA.VV. , “*Digesto delle discipline privatistiche*”, Matrimonio nel diritto romano, requisiti di validità ed effetti del matrimonio, pp. 321 e ss, UTET, 1994.

<sup>8</sup> In relazione allo (—) si distinguevano le *personae* in *liberae* e *servi*. Per essere soggetti giuridici, quindi, occorre appartenere alla categoria degli uomini liberi, occorre cioè non essere schiavi.

Fatti costitutivi della libertà erano:

1. la nascita da madre libera;
2. la *manumissio*, cioè l'affrancazione dalla schiavitù.
3. Essere nati liberi (*ingenui*) oppure essere affrancati (*libertini*)

Fatti estintivi della libertà erano:

1. la *captivitas*, cioè la prigionia di guerra presso popoli stranieri;
2. condanne penali o provvedimenti normativi che riducevano in schiavitù un cittadino resosi responsabile di gravi illeciti;
3. la vendita da parte del *pater familias*, diffusa in epoca arcaica, ma caduta ben presto in disuso.

<sup>9</sup> Il diritto classico presume che la donna abbia raggiunto la pubertà con il compimento dei dodici anni. L'opinione dei Proculeriani, favorevoli alla fissazione, anche per l'uomo di un limite legale, coincidente con il quattordicesimo anno, prevale del diritto giustiniano, mentre la giurisprudenza più antica appare orientata, sulla scorta del pensiero sabiniano, nel senso di accertare caso per caso il raggiungimento dell'età pubere attraverso un'*inspectio corporis*

grado, più tardi entro il terzo o, eccezionalmente, entro il quarto o il quinto<sup>10</sup>.

Infine, di fondamentale importanza risulta essere il presupposto del consenso dei coniugi:

*Nuptias non concubitus sed consensus facit* (Ulp., D. 35.1.15)

[Le nozze non si realizzano con la consumazione, ma con il consenso.]

Se, invece, gli sposi sono *alieni iuris* occorre anche il consenso del *pater familias* (non della madre, che non esercita potestà); per il *filius familias*, dato che i suoi eventuali discendenti cadranno anche essi *in potestate*, è necessario il consenso non solo dell'ascendente maschio che in quel momento è titolare della *potestas* (ad esempio, l'avo paterno), ma anche degli altri ascendenti intermedi (ad esempio, il padre), poiché in futuro i nascituri da quelle nozze potrebbero divenirne

---

<sup>10</sup> Un celebre senatoconsulto del 49 d.C. ammette la validità delle nozze tra zio paterno e nipote per consentire il matrimonio tra l'imperatore Claudio e la nipote Agrippina. Abolita nel periodo postclassico, questa disposizione di carattere eccezionale non risulta comunque mai estesa agli altri collaterali in terzo grado.

eredi. Non è così per la figlia, i cui discendenti apparterranno alla famiglia del marito: per lei basta dunque il consenso del pater familia<sup>11</sup>

Conseguentemente, in ossequio al principio monogamico<sup>12</sup>, è previsto che nessuno dei *nubendi* sia legato da un precedente matrimonio, mentre non impediscono la conclusione di nuove nozze la vedovanza e il divorzio<sup>13</sup>.

Nuovi divieti risultano poi introdotti da successive leggi imperiali (in particolare a partire dall'età augustea) sulla scorta di considerazioni di ordine etico, sociale, economico, politico e religioso. Non è permesso, ad esempio, il matrimonio tra senatori, liberte e donne di infima estrazione, tra liberto e patrona, tra adultera e complice, tra rapitore e rapita, tra funzionari provinciali e donne che risiedono nella provincia, tra cristiani ed ebrei, tra padrino e figlioccia (*spiritualis cognatio*). E' pure indicativo delle mutate condizioni politiche il divieto di contrarre matrimonio con un barbaro, che si afferma nella tarda legislazione dell'Impero d'Occidente.

---

<sup>11</sup>Cfr. Sanfilippo C., Istituzioni di diritto romano, Catania, 1964, p.162

<sup>12</sup> in nessuna epoca del diritto romano, nemmeno in quella influenzata dalle contaminazioni orientali fu consentito ad un uomo avere due o più mogli legittime, anzi la bigamia era colpita da *infamia*.

<sup>13</sup> Giustificato dalla necessità di evitare la *turbatio sanguinis*, il *tempus lugendi* per la vedova è inizialmente di dieci mesi. Il termine viene poi elevato ad un anno e nel diritto postclassico risulta esteso anche al divorzio.

In definitiva, dunque, possiamo vedere come dai testi postclassici, affiori una massa cospicua di impedimenti, ma si deve tener presente come il termine *conubium*, che in alcune costituzioni di Diocleziano, di Costantino e di Giustiniano viene usato al plurale (*conubia*) come sinonimo di matrimonio, tende a scomparire.

Secondo i giuristi classici, dal momento che il matrimonio viene considerato legittimo proprio in virtù della sussistenza dello *ius conubii*, di conseguenza il quadro generale degli effetti rimane immutato: perciò si deve ritenere che i figli concepiti – o che si presumono concepiti<sup>14</sup> - in costanza di nozze legittime seguono lo status del padre e, se egli è cittadino romano, risultano sottoposti alla *patria potestas*; sorge tra ciascun coniuge ed i cognati dall' altro un rapporto di *adfinitas*<sup>15</sup>; si instaurano infine tra gli sposi, con carattere di reciprocità, diritti successori e relazioni di natura patrimoniale, culminanti nel regime della dote<sup>16</sup> e nel divieto di donazioni.

---

<sup>14</sup> Si presume concepito in costanza di matrimonio il figlio nato centottantadue giorni dopo l'inizio della convivenza coniugale e non oltre i trecento giorni dallo scioglimento delle nozze.

<sup>15</sup> L'*adfinitas* esiste solo in costanza di matrimonio, ma la giurisprudenza classica, in casi eccezionali, ammette che il vincolo sia operante anche dopo lo scioglimento delle nozze per impedire un nuovo matrimonio tra il coniuge superstite e i parenti prossimi dell'altro.

<sup>16</sup> La dote consiste in ogni apporto patrimoniale (mobili, immobili, crediti e altri diritti) che la moglie stessa o il suo *pater familias* o un terzo fanno al marito a sostenimento degli oneri matrimoniali.

La dote si costituiva mediante:

· *promissio dotis*, ossia la *stipulatio* con la quale il costituente si obbligava a trasferire i beni della dote al marito in un momento successivo;

Per quanto riguarda le relazioni personali tra coniugi, queste sono generalmente regolate dal costume e possiedono, tuttavia, scarsa rilevanza giuridica.

Anche con il venir meno della *conventio in manum*, la donna è comunque sottomessa al potere disciplinare del marito, dal momento che la accoglie nel proprio domicilio e la rende partecipe del proprio rango sociale.

I coniugi sono tenuti, inoltre, ad un vicendevole obbligo di *reverentia*<sup>17</sup> e ad un dovere di fedeltà, ma solo l'adulterio della moglie è represso con una pena pubblica, secondo regole piuttosto articolate che risalgono alla legislazione di Augusto<sup>18</sup>.

---

· *dictio dotis*, posto in essere attraverso un contratto verbale fatto solo dalla moglie, dal pater familias o dal debitore di lei;

· *datio dotis*, consistente nell'immediato trasferimento al marito dei beni dotali. Il principio basilare della dote era quello di sostenere gli oneri del matrimonio ma, dato che in principio il marito ne era il proprietario assoluto e ne poteva disporre come voleva, spesso se ne faceva un uso improprio, pertanto con la *lex Iulia de adulteriis* fu vietato che il marito alienasse i fondi italici della dote o che costituisse ipoteca sugli stessi, Giustiniano successivamente proibì l'alienazione di tutti i beni immobili, anche in presenza del consenso della moglie. Per i beni mobili il marito ne era responsabile se ci fosse stata la restituzione della dote, in caso di scioglimento di matrimonio, a seguito di stima dei beni stessi (Cfr. Sanfilippo C., "Istituzioni ecc", op. cit. p. 152).

<sup>17</sup> Sotto questo concetto si riassumono diversi divieti; ad esempio, i coniugi non potevano intentare l'uno contro l'altro azioni penali e infamanti; non potevano l'un l'altro citarsi in giudizio senza permesso del magistrato; non potevano farsi donazioni; erano dispensati dal far testimonianza l'uno contro l'altro; se delinquevano l'uno contro l'altro, la qualità di coniuge poteva valere come aggravante del reato; il patrono che sposava la libertà non poteva più esigere le opere da lei, etc. Su questo argomento e sulle relative fonti cfr. P.P. Zanzucchi, il divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi in diritto romano, in RISG. 42 (1906), p. 1 ss.; C. Fadda, diritto delle persone cit. p.298 ss.

<sup>18</sup> L'obbligo di fedeltà, sanzionato fin da epoca risalente con disposizioni di natura consuetudinaria che permettono al marito anche di uccidere la moglie, è ribadito dalla *Lex*

**§2.2.2. segue: Lo scioglimento del matrimonio.**

La trattazione di questo tema si può introdurre prendendo in considerazione la causa di scioglimento del matrimonio statisticamente più diffusa, cioè la morte. Ad essa viene equiparata la riduzione in schiavitù, che tronca in radice il vincolo matrimoniale<sup>19</sup>.

Diversamente, lo scioglimento del matrimonio poteva discendere anche dalla perdita del *ius conubii*, venendo meno, nella specie, la capacità di tener in vita un *iustum matrimonium*. La perdita del *ius conubii* poteva dipendere dal fatto che in capo ad almeno uno dei coniugi venisse meno lo *status libertatis* e/o lo *status civitatis* (in quest'ultimo caso, si escludevano tra l'altro i figli dalla soggezione alla *patria potestas*<sup>20</sup>). Con la riacquisizione dell'originario status conseguiva automaticamente il ripristino del matrimonio: a tale evento, data la dipendenza del rapporto matrimoniale dal semplice consenso

---

*Iulia de adulteriis*, che configura un *crimen*, perseguibile con un'apposita quaestio. L'infedeltà del marito ha modestissima rilevanza giuridica: solo in qualche ipotesi è considerata esimente o attenuante dell'adulterio della moglie.

<sup>19</sup> La prigionia di guerra (*captivitas*) di uno dei due coniugi scioglie ipso iure il matrimonio, che all'eventuale ritorno in patria del *captivus* non rivive per effetto del *postliminium*, ma deve essere costituito ex novo con il consenso di entrambe le parti. L'istituto del *postliminium*, che reintegra il cittadino romano negli omnia *pristina iura* come se la riduzione in schiavitù non fosse mai intervenuta, appare infatti inapplicabile ad un rapporto che riposa sulla *maritalis affectio* e deve perdurare nel tempo.

<sup>20</sup> Rileva, entro certi limiti, anche il mutamento dello *status familiae*: così l'adozione del genero o della nuora da parte del suocero scioglie il matrimonio, creando un impedimento di parentela tra i coniugi (*incestum superveniens*), che diventano *fili* dello stesso pater.



dell'uomo e della donna, purchè accompagnato da segni tali da renderlo evidente all'esterno, doveva seguire una nuova manifestazione di consenso, con i segni che lo rendevano evidente. Solo in questo caso si sarebbe determinata la riattivazione del rapporto coniugale<sup>21</sup>

Le ulteriori ipotesi di scioglimento del matrimonio sono per il resto riconducibili alla cessazione della *maritalis affectio*.

Nell'ottica di valorizzazione dell'elemento consensualistico, inteso come consenso continuato che accompagna e condiziona il persistere del rapporto, i giuristi classici prevedono che il venire meno, a qualsiasi titolo, della *maritalis affectio* possa dare luogo a divorzio (*divortium*) o a ripudio (*repudium*): si rende necessaria una distinzione tra le due locuzioni. Il termine *divortium* era usato solo per indicare lo scioglimento del matrimonio in atto, mentre il termine *repudium* si utilizzava con riferimento agli *sponsalia*<sup>22</sup>, in quanto poteva riferirsi al rifiuto di future nozze; lo afferma Paolo (Paul. D. 50,16,191) e lo ripete Modestino (D. 50, 16, 101,1):

*Divortium inter virum et uxorem fieri discitur, repudium vero sponsae remitti videtur, quod et in uxoris persona non absurde cadit.*

---

<sup>21</sup> Cfr. Mannino V., *Introduzione alla storia del diritto privato dei romani*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p.190.

<sup>22</sup> cerimonia solenne con la quale si compiva la promessa di matrimonio.

[ Il divorzio dicesi avvenire tra marito e moglie, il ripudio invero sembra inviarsi alla fidanzata, il che non inopportunamente avviene anche nella persona della moglie]

Tuttavia, risalenti situazioni di diritto prevedevano un'assimilazione dei due termini. Non a caso, si riferiscono a casi del tutto particolari, in cui il venir meno del matrimonio potrebbe essere dipeso dalla volontà unilaterale del marito: il che introduce, piuttosto, l'ipotesi di un ripudio, al quale il marito risulta legittimato fin da una disposizione risalente all'epoca regia, la quale collegava il ripudio ad un'ipotesi di avvelenamento della prole, che altro non era se non un'ipotesi di aborto, nonché il caso di sottrazione delle chiavi per accedere alla cantina dove si conservava il vino, il cui uso era vietato alle donne, e di adulterio<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Serrao F., *“Diritto privato ecc...”*, op. cit. p. 195 e ss. : *“nell'età più antica l'esercizio della libertà di divorziare da parte della donna era fortemente limitato e quasi cancellato.....Plutarco attribuisce nientemeno alla leggendaria normazione di Romolo la proibizione di divorzio per la moglie e la statuizione di tre precise cause di ripudio in favore del marito: procurato aborto con farmaci, sottrazione delle chiavi della cantina, adulterio”*. Secondo Plutarco se il marito avesse ripudiato la moglie per cause diverse dalle tre indicate, sarebbe stato punito con la perdita dei beni, attribuiti in parte alla moglie ed in parte a Cerere; se il marito avesse addirittura venduto la moglie sarebbe stato immolato agli dei inferi.

Gli stessi giuristi però non giunsero mai all'estrema conseguenza di attribuire efficacia estintiva *ipso iure* a fenomeni sopravvenuti di natura patologica che alterino la capacità intellettuale di un coniuge<sup>24</sup>.

L'origine etimologica del termine divorzio è riconducibile al verbo *divertere*, inteso come l'allontanarsi degli sposi per vie diverse dopo aver percorso insieme un tratto della vita (*"in diversas partes eunt"* D. 24,2,9). il *divortium* non richiede l'adozione di formalità specifiche e non è subordinato a particolari presupposti di carattere sostanziale: solo il costume finisce per riprovare i divorzi ingiustificati e sembra favorire, anche a salvaguardia dello status dei figli, il ricorso ad alcune forme, in grado di attestare la sopraggiunte inesistenza del *consensus*<sup>25</sup>.

La legislazione di Augusto recepisce in minima parte questi orientamenti, comminando solo qualche svantaggio a carico del coniuge che non abbia inviato alla controparte, in caso di *repudium*, un libello con il sigillo di sette testimoni.

---

<sup>24</sup> La pazzia raggiunta di un coniuge, pure escludendo la persistenza di un valido consenso, non pregiudica la continuazione delle nozze.

<sup>25</sup> Formalità rigorose si impongono per lo scioglimento del matrimonio *cum manu*: la cessazione delle nozze confarreate esige il ricorso alla cerimonia religiosa della *diffareatio*, mentre nel caso in cui la *manus* sia stata acquisita attraverso la *coemptio* occorre la rinuncia del marito, che emancipa la sposa o la *remancia* al *pater familias* originario.

L'uso della forma scritta tende più tardi a generalizzarsi e nel diritto giustiniano si trasforma in una vera e propria condizione di validità prevista per ogni tipo di divorzio.

Ma vediamo come, a partire dal periodo di Costantino, gli imperatori cristiani, in sintonia con il principio che ravvisa nel matrimonio un vincolo indissolubile, iniziano a dettare una serie di misure, piuttosto gravi (anche di natura penale), per comprimere sempre di più l'originaria libertà di scioglimento delle nozze.

A tal proposito, una disciplina severa colpisce le ipotesi di divorzio unilaterale attraverso la previsione di *iustae causae* in mancanza delle quali il ripudio è sanzionato, ma resta efficace sul piano privatistico<sup>26</sup>.

Ma tuttavia, l'influenza, più o meno accentuata, delle nuove ideologie non cancella il convincimento, radicato nei giuristi classici, che il rapporto coniugale sia dissolubile per il venir meno della *maritalis affectio*: così le costituzioni tardo antiche mostrano una linea ondeggiante spesso contraddittoria, carica di tensioni e di incoerenze.

---

<sup>26</sup> Sono, ad esempio, giuste cause di divorzio: la congiura contro l'imperatore, l'attentato alla vita del coniuge, la condanna della moglie per adulterio e il tentativo di prostituirla posto in essere dal marito. Vengono pure disciplinati i divorzi *ex bona gratia*, disposti per ragioni, moralmente non imputabile ad alcuno degli sposi, che non permettano di realizzare le finalità del matrimonio: ad esempio il voto di castità, l'impotenza e la presunzione di morte nel caso in cui il prigioniero di guerra non abbia dato notizie di sé per almeno un quinquennio.

Pure il regime introdotto da Giustiniano, dapprima ispirato ad una certa liberalità, risulta inasprito dallo stesso imperatore nel volgere di pochi anni: la Novella 134, molto discussa, sancirebbe, a giudizio di una parte della dottrina, la nullità del ripudio nei casi non consentiti dalla legge, mentre lo stesso divorzio consensuale verrebbe praticamente vietato nelle ipotesi in cui non ricorra una *iusta causa*, ravvisabile nella colpa grave dell'altro coniuge<sup>27</sup>.

Sono per altro misure di breve respiro: interpretate dai giuristi bizantini con notevole larghezza, le disposizioni sanzionatorie previste per il divorzio *communi consensu* vengono disattese da Giustino II solo dieci anni più tardi<sup>28</sup>

### **§2.3. Ruolo dell' *affectio maritalis***

La reciproca volontà dei coniugi, denominata *affectio maritalis*, *consensus*, *mens coeuntium*, ecc., alla quale i giuristi attribuiscono l'effetto di costituire il vincolo coniugale, deve essere diretta a

---

<sup>27</sup> Le sanzioni consistono nella perdita della dote, della donazione obnuziale o di un quarto del patrimonio e nel ritiro forzato in convento. Non mancano sanzioni di natura criminale ove sia ravvisabile il reato di adulterio.

<sup>28</sup> AA.VV. , *“Digesto delle discipline privatistiche”*, Matrimonio nel diritto romano, Lo scioglimento del matrimonio, pp. 322 e ss, UTET, 1994.

costituire un'unione monogamica per la durata della loro esistenza, avente come scopo la formazione della famiglia, cioè di una società domestica fondata su rapporti reciproci di protezione e di assistenza, che importa una comunanza di vita dell'uomo e della donna ed è diretta alla procreazione e all'educazione dei figli nati da questa unione.

Non bisogna confondere l'*oggetto* di questa volontà con la *durata* di essa. Dire che la volontà dei coniugi deve essere diretta a costituire un'unione per tutta la durata dell'esistenza non vuole significare che l'unione matrimoniale debba essere perpetua e indissolubile o che non sia ammesso il divorzio, il quale consiste nella cessazione della volontà dei coniugi di essere uniti in matrimonio. Significa che, questa volontà, perché le venga riconosciuto l'effetto giuridico di costituire il matrimonio, deve avere come oggetto l'esistenza di un'unione duratura, non sottoposta a termine o a condizione.

Se entrambi i coniugi vogliono essere reciprocamente uniti (o anche se uno di essi vuole essere unito all'altro) solo per un determinato periodo di tempo, questa volontà non potrà giuridicamente costituire il matrimonio. L'unione sarà considerata, secondo le circostanze, un concubinato.

Sempre secondo il Volterra<sup>29</sup>, questa volontà reciproca, avente l'effetto giuridico di costituire il matrimonio tra l'uomo e la donna, può manifestarsi in qualunque modo e può essere stabilita ed accertata con qualsivoglia mezzo, soprattutto deducendola dal modo di vivere e di comportarsi dei coniugi nei loro reciproci confronti.

### **§2.3.1 Segue: *Deductio in domum mariti e honor matrimonii***

In particolare, la cerimonia della *deductio* della donna *in domum mariti* e *l'honor matrimonii*, cioè la partecipazione della donna al rango e alla dignità dell'uomo non sarebbero “forme di matrimonio”, né forme attraverso le quali debba esprimersi la volontà dei coniugi, né “elementi giuridici necessari all'esistenza del matrimonio”.

Sarebbero semplicemente dei fatti che servirebbero a dimostrare l'esistenza e la perseveranza della volontà reciproca e duratura dei coniugi di essere uniti in matrimonio e che sono presi in considerazione dai giuristi per dedurre tale esistenza e persistenza onde stabilire che una data unione fra persone, aventi fra loro il *conubium* e fra le quali

non esistono impedimenti, è dal punto di vista giuridico un matrimonio legittimo (*iustum matrimonium* o *iustae nuptiae*).

L'affermazione conclusiva sopra riferita sembrerebbe intesa a ribadire la relativa rilevanza degli elementi in questione fuori dalla costituzione del matrimonio, ma lascia, in concreto, aperto il problema di una loro diversa e, in definitiva, sostanziale incidenza.

Questa difficoltà ed incertezza è stata posta in risalto dal Talamanca (p.134), facendo rilevare che, da una parte, “I giuristi riaffermano nettamente -ma in modo generico- la sufficienza del consenso per l'esistenza del matrimonio, dall'altra si riferiscono talora agli atti che accompagnano nella prassi la celebrazione delle nozze e soprattutto il solenne ingresso della sposa nella casa del marito (*la deductio in domum mariti*) come momento iniziale del rapporto di coniugio”.

Mancherebbe, però, nelle fonti, sempre secondo il Talamanca, “l'attestazione che essi si ponessero il problema del rapporto fra questi atti e l'effettiva esistenza del consenso matrimoniale”.

Come si vedrà, le riflessioni del Volterra e del Talamanca alle quali si è fatto riferimento inducono a formulare diversamente il problema in questione.



Gli atti anzidetti attengono, infatti, ad una manifestazione del rapporto nell'ambiente sociale del marito che è considerata presupposto imprescindibile della sua rilevanza come matrimonio.

***§2.4 Matrimonio fra persone lontane. Il concetto di absentia.***

Come si è accennato l'ingresso della donna nella casa del marito costituiva il momento più importante per la solennità collegata alla celebrazione del matrimonio anche se il Volterra ha sempre escluso che si trattasse di uno degli "elementi giuridici necessari all'esistenza del matrimonio", in quanto, a suo avviso, la costituzione del matrimonio si sarebbe basata esclusivamente sulla reciproca volontà dei coniugi.

A sostegno del suo convincimento egli ha sempre escluso l'esigenza di correggere il testo del responso di Cinna in tema di matrimonio di persone lontane fra loro, responso riferito da Ulpiano (l. 35 *ad Sab.*) in D, 23, 2, 6:

*Denique Cinna scribit: eum, qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum responsum est.*

[Infine Cinna scrive che era stato risolto da un responso nel senso che dovesse rispettare il lutto vedovile in quanto sposata la donna presa in moglie trovandosi lontana dal domicilio abituale dell'uomo che, ritornando dal banchetto nuziale (da Cerveteri), era morto in prossimità del Tevere]

La testimonianza risultante dal passo in questione, la cui formulazione risulta sin dalla *littera Florentina* che dalla *littera Bononiensis*, è contraddetta da tutte le altre fonti.

Come ha rilevato l'Orestano (La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto Giustiniano, I, Milano 1951, p153), “ ... la nozione di *absentia*, quale viene impiegata in questi testi, ha un contenuto diverso da quello usuale, non essendo riferita né al rapporto fra due persone che si trovano in luoghi diversi, né al domicilio abituale di ciascuna di esse. La *absentia*, sia per l'uomo che per la donna, appare rilevata soltanto riguardo al domicilio abituale

dell'uomo, al luogo ove egli normalmente dimora e ove alla casa, in cui possa entrare la donna al momento iniziale del matrimonio”.

Si direbbe che in base al responso un cittadino romano poteva sposare una donna, quando questa era assente (*qui absentem accepit uxorem*), cioè lontana dal domicilio abituale di colui che la sposava, senonché la testimonianza che risulterebbe da questo passo sarebbe in contrasto con tutte le altre fonti.

In primo luogo con D.23, 2, 5 di Pomponio (l. 14 *ad Sab.*):

*Mulierem absentem per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii<sup>30</sup>.*

[Si ritenne che una donna possa sposare un uomo che si trovi lontano dal suo domicilio coniugale con riferimento ad una sua lettera o ad un suo *nuntius*, purché la donna sia introdotta nella casa del marito che si considera domicilio del matrimonio. È, infatti, necessario la deduzione della donna nella casa del marito non in quella della moglie].

Nello stesso senso si esprimono le *Sententiae* di Paolo 2, 19, 8

*Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest.*

[l'uomo può sposarsi anche se si trovi lontano dal suo domicilio coniugale, la donna non può sposarsi se si trovi lontano dal domicilio coniugale del marito].

Inoltre, risulta particolarmente significativo e va preso in considerazione anche il brano della *Interpretatio* alle *Pauli Sententiae* relativo al paragrafo di queste ultime sopra richiamato:

*Si vir in peregrinis aliqua fuerit occupatione detentus, absente eo constituto die possunt nuptiae celebrari, ut ab amicis vel parentibus eius puella suscepta ad domum mariti ducatur, nam sicut viro absente hoc ordine possunt nuptiae celebrari, ita femina absente non possunt.*

[se un uomo sia trattenuto in un paese straniero da una qualche occupazione, trovandosi lui lontano dal suo domicilio coniugale nel

giorno stabilito si può celebrare il matrimonio in quanto la donna può essere presa dagli amici del marito o dai suoi genitori e condotta nella sua casa. Si può celebrare il matrimonio in questo modo se è lontano dal suo domicilio coniugale il marito, ma non se la donna sia lontana dal domicilio coniugale del marito].

Per un ulteriore accenno alla lontananza del marito dal suo domicilio si può richiamare anche D. 23, 3, 69, 3 di Papiniano (l. 4 *resp*):

*In domum absentis uxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viri sumptibus factis ad exhibitionem uxoris promissas usuras reversus vir improbe petit.*

[essendo condotta la moglie nella casa del marito assente e non essendo stata fatta, nel frattempo con i beni del marito alcuna spesa per lei, ingiustificatamente il marito ritornato pretenderebbe gli interessi promessi purché servissero al mantenimento della moglie].

Appunto perciò gli studiosi, a partire dal *Cuiacius* e da *Petrus Faber*<sup>31</sup> hanno proposto di correggere in *absens* l'*absentem* di D. 23, 2, 6.

Ma, il Volterra<sup>32</sup>, ha insistito nella difesa della lesione risultante dalla *littera Florentina*, facendo presente che il marito era morto *iuxta Tiberim*, mentre ritornava *a cena*, che il domicilio del marito doveva essere a Roma e che al momento del matrimonio il marito si trovava nelle vicinanze di Roma.

Si è già accennato alla verosimiglianza della correzione delle parole *a cena* in quelle *a Caere*.

Ma, soprattutto, si deve tener presente che Antonio Masi ha individuato in un scolio ai Basilici (D. 29, 1, 65) un argomento decisivo a sostegno della correzione proposta, in quanto da esso risulta che l'autore dello scolio faceva riferimento ad un manoscritto del Digesto diverso da quello, per noi fondamentale, conosciuto come la *littera florentina* nel quale, nel testo del responso di Cinna, era contenuto il nominativo *absens* invece dell'accusativo *absentem*

---

<sup>31</sup> CUIACIUS, *Recitationes solemnes ad Tit. 1 lib. XXIII Dig. De Sponsalibus*, ad l. 4 (Opera, VII, Prati 1839); PETRUS FABER, *Semestrium liber II*, c. XXIII, Lugduni 1952, p.310.

**BIBLIOGRAFIA**

SANFILIPPO C., *“Istituzioni di diritto romano”*, Catania, 1964

ARANGIO-RUIZ V., *“Istituzioni di Diritto Romano”*, XIV, Napoli, 1989

CANTARELLA E., *Sui rapporti tra matrimonio e "conventio in manum" in "Rivista italiana per le Scienze Giuridiche"*, X, 1963.

AA.VV. , *“Digesto delle discipline privatistiche”*, Matrimonio nel diritto romano, requisiti di validità ed effetti del matrimonio, pp. 321 e ss, UTET, 1994.

AA.VV. , *“Digesto delle discipline privatistiche”*, Matrimonio nel diritto romano, lo scioglimento del matrimonio, pp. 322 e ss, UTET, 1994.

ZANZUCCHI P.P., *il divieto delle azioni famose e la reverenda tra coniugi in diritto romano*, in RISG. 42 (1906), p. 1 ss

FADDA C., *diritto delle persone cit. p.298 ss.*

MANNINO V., *Introduzione alla storia del diritto privato dei romani*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p.190.

SERRAO F., *“Diritto privato ecc...”*, *op. cit. p. 195 e ss*

CUIACIUS, Recitationes solemnes ad Tit. 1 lib. XXIII Dig. De Sponsalibus, ad l. 4 (Opera, VII, Prati 1839)

PETRUS FABER, Semestrium liber II, c. XXIII, Lugduni 1952, p.310.