

L'INFLUENZA DELLA PATRISTICA SULLA POLITICA LEGISLATIVA  
*DE NUPTIIS* DEGLI IMPERATORI ROMANI DEI SECOLI IV E V\*

1. *Premessa.*

L'influenza della Patristica sulla legislazione romana del Tardoantico e, d'altro lato, la presenza di nozioni e figure del diritto romano nei testi patristici sono dati ampiamente noti ed acquisiti<sup>1</sup>. Pertanto

---

\* Il presente lavoro rappresenta l'intervento tenuto in occasione del convegno, organizzato dall'*Institutum Patristicum Augustinianum*, dedicato alle relazioni tra Patristica e legislazione romana in materia di matrimonio (Roma 2008). Lo dedico al ricordo di Lorenzo Mallocci, fine latinista, recentemente scomparso.

<sup>1</sup> Circa l'influenza del cristianesimo e della Patristica sul diritto romano del periodo tardo antico, argomento per il quale esiste una ampia produzione degli studiosi, mi sembra opportuno ricordare per un orientamento, anche bibliografico, in generale : i classici scritti di R.Th. Troplong, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Bruxelles 1844; B. Biondi, *Diritto romano cristiano*, voll. 1-3, Milano 1952-1954; J. Gaudemet, *Le droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du III au V siècle*, [Ius Romanum Medii Aevi], Milano 1978. Per un'esposizione più specifica sul rapporto della legislazione imperiale con l'ambiente ecclesiastico possono essere consultati J. Gaudemet, *Politique ecclésiastique et législation religieuse après l'édit de Théodose I de 380*, Napoli 1992, pp. 175ss.; G.L. Falchi, *Legislazione e politica ecclesiastica nell'impero romano dal 380 al Codice Teodosiano*, in *Atti Accademia Romanistica Costantiniana* 6(1986), pp. 179ss.; Id., *La tradizione giustiniana del materiale teodosiano (C.Th. XVI)*, in *SDHI* 57 (1991), pp. 33 ss.; ed ancora J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles*, Paris 1979; Id., *Les sources du droit de l'Eglise en Occident du II au VII siècle*, Paris 1985; Id. *Les sources du droit canonique, VIII-XX siècles*, Paris 1993; G.L. Falchi-B.E. Ferme, *Introduzione alle fonti dell'Utrumque Ius*, Roma 2006. Bibliografia ulteriore in J. Gaudemet, *Roman Law*, in *New catholic Encyclopedia*, v.XII, c. 583; G.L. Falchi, *Fragmenta iuris romani canonici*, Roma 1998, pp. 30ss. Sul rapporto tra diritto romano e cristianesimo circa il matrimonio, specifici sono: J. Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, Torino 1989, pp. 17-66; Id., *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire*, Milano 1953, pp. 189ss.; G.D'Ercole, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio*

potrebbe apparire pleonastico trattare ulteriormente l'argomento della influenza del pensiero della Patristica sulla politica legislativa imperiale dei secoli IV e V, sia pure in un ambito settoriale (quello relativo al matrimonio ed alla filiazione).

Questa tuttavia è una preoccupazione destinata in certa misura a cadere, una volta precisato che nella presente esposizione si tenta, in primo luogo, di stabilire se possa essere identificata una politica legislativa organica e coerente in materia matrimoniale, perseguita dagli imperatori romani dei detti secoli e segnatamente da Costantino, e, in secondo luogo, di chiarire se la stessa possa considerarsi finalizzata alla consapevole introduzione in seno alla società romana di una figura di matrimonio, rispondente in qualche misura al pensiero cristiano, come espresso dalla Patristica.

Infatti sino ad oggi si è proceduto, nell'analisi della materia, ora seguendo un'impostazione sistematica per singoli argomenti, che ha precisato dalla ricomposizione del complesso legislativo costantiniano sul tema, ora approfondendo specifici aspetti di essa.

Inoltre non si è ancora effettuata una adeguata valutazione comparativa tra l'evoluzione nel tempo della riflessione della Patristica e – d'altro lato – della successione, sempre nel tempo, delle *leges* imperiali.

La prospettiva prescelta comporta dunque una collocazione cronologica ed un esame comparato dei singoli temi via via affrontati sia in ambiente cristiano, sia nella politica legislativa imperiale, considerati in un quadro unitario ricomposto.

Sotto questo secondo profilo, allo stato degli studi, posso anticipare che ben sono individuati due momenti di particolare impegno legislativo, da parte di Costantino e rispettivamente di Giustiniano, i quali indicano il perseguimento di una precisa ed organica politica sulla materia del matrimonio e del diritto di famiglia. A noi interessa, dato il tema della presente esposizione ed i limiti temporali prefissati al lavoro, quella realizzata da Costantino.

Si può dire, sempre in via preliminare, che le leggi matrimoniali di questo periodo sono coerenti con la politica legislativa complessiva

---

nel diritto romano e nei Padri della Chiesa, in *SDHI* 4(1939), pp. 18ss.; G.L. Falchi, *Fragmenta iuris romani...*, pp. 163-168.

di Costantino in materia religiosa, che rispondeva ad un chiaro disegno<sup>2</sup> volto a:

**a.** riformare il diritto pubblico allo scopo di creare uno spazio nella società civile anche per la Chiesa, conformemente a quanto era già previsto per le altre religioni allora presenti entro l'Impero (principalmente la religione pagana e quella ebraica);

**b.** modificare, nei limiti in cui ciò era consentito da una società sino ad allora ed ancora parzialmente pagana, gli istituti del diritto privato e pubblico applicando principi nati in ambiente cristiano o adattandoli agli stessi.

Tra questi era evidentemente fondamentale il matrimonio, il *seminarium rei publicae*.

Per tale istituto l'imperatore ritiene di imporre legislativamente una nuova figura, ideologicamente orientata attraverso la recezione parziale dell'insegnamento della Patristica e delle direttive dei canoni conciliari sui temi sino ad allora da quelle sviluppati. Essa appare finalizzata al conseguimento di una particolare stabilità del consorzio matrimoniale e di una adeguata protezione normativa di quella cellula fondamentale per lo Stato.

Ciò comportò il superamento della concezione classica del matrimonio romano giustificato dalla persistenza della  *affectio maritalis*, introdotta a suo tempo con la applicazione della *Lex Julia de adulteriis coercendis* di Augusto, e la sostituzione al posto di essa della diversa idea del matrimonio (*connubium*) quale negozio giuridico (*phoedus*) costitutivo di una situazione giuridica tendenzialmente stabile<sup>3</sup>.

## 2. Costantino e la libertà religiosa.

Per *tabulas* possiamo stabilire che Costantino fu un attento seguace dell'insegnamento patristico già nella posizione della

---

<sup>2</sup> Sulla politica di Costantino in materia religiosa mi sembra sia un riferimento essenziale G. Lombardi, *L'Editto di Milano del 313 e la laicità dello Stato*, in *SDHI* 50(1984), pp. 83ss; Id., *Dall'Editto di Milano del 313 alla "Dignitatis Humanae" del Vaticano II*, in *SDHI* 52(1986), pp. 1ss.; Id. *Persecuzioni, laicità, libertà religiosa. Dall'Editto di Milano alla "Dignitatis Humanae"*, Roma 1991, pp. 119ss.

<sup>3</sup> Per una sintesi esauriente della storia della disciplina romana del matrimonio cf. R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, v.I, Roma 1951–Milano 1983; J. Gaudemet, *Il matrimonio...*, pp. 18ss.

norma fondamentale del suo ordinamento in materia religiosa, cioè quella circa il generale principio di tolleranza garantito entro l'Impero<sup>4</sup>. Ciò appare ben chiaro da un confronto, anche sommario, tra i principi ideologici espressi nell'*Editto di Tolleranza* del 313 ed il pensiero fondamentale che, tra i primi, aveva già espresso in merito Tertulliano. Proprio attraverso la lettura dell'opera di Tertulliano ci possiamo rendere conto di quale sia stata l'origine del fondamento ideologico della politica legislativa imperiale in materia di tolleranza religiosa.

2.1 Tertulliano affrontava nell'Apologetico l'argomento della libertà religiosa e della tolleranza, formulando al riguardo le seguenti osservazioni.

« Videte enim, ne et hoc ad irreligiositatis elogium concurrat, adimere libertatem religionis et interdicare optione divinitatis, ut non liceat mihi colere quem velim sed cogar colere quem nolim. Nemo se ab invito coli volet, ne homo quidem; atque adeo et Aegyptiis permissa est tam vanae superstitionis potestas, avibus et bestiis consecrandis, et capite damnandis qui aliquem huiusmodi deum occiderint ».<sup>5</sup>

L'argomento del capitolo 24 era il seguente: è falsa la contestazione del crimine di irreligiosità nei confronti dei Cristiani. Esso si può riferire invece, data la loro condotta verso i Cristiani, piuttosto ai Romani. Infatti lo Stato<sup>6</sup> deve favorire la religiosità, e cioè che ciascuno adori liberamente una propria divinità; infatti nessuno, neppure un uomo, desidera essere onorato da una persona che vi è costretta; e perciò deve essere lasciato ai Cristiani ed ai pagani di rendere il culto agli dei in cui credono, possibilità che non venne negata neppure agli egizi, adoratori di uccelli e bestie. La irreligiosità o avversione alla religione – questo è il pensiero di Tertulliano – infatti discende dalla coazione con la forza alla adesione ad una religione non scelta liberamente.

---

<sup>4</sup> Circa la applicazione del principio di tolleranza religiosa da parte di Costantino cf. G. Lombardi, *L'Editto di Milano del 313...*, pp. 83ss.

<sup>5</sup> Tert., *apol.* 24 (PL 1, c. 475).

<sup>6</sup> Con l'espressione Stato, utilizzata nel testo evidentemente in senso non tecnico, si fa qui riferimento all'ordinamento pubblicistico dell'Impero romano.

Detto orientamento è meglio precisato, sempre da Tertulliano, nel brano seguente.

« Nos unum Deum colimus, quem omnes naturaliter nostis, ad cuius fulgura et tonitrua contremiscitis, ad cuius beneficia gaudetis. Caeteros et ipsi putatis deos esse, quos nos daemonas scimus. Tamen humani iuris et naturalis potestatis est unicuique quod putaverit colere, nec alii obest aut prodest alterius religio. Sed nec religionis est cogere religionem, quae sponte suscipi debeat, non vi: cum et hostiae ab animo libenti expostulentur, ita etsi nos compuleritis ad sacrificandum, nihil praestabitis diis vestris: ab invitis enim sacrificia non desiderabunt; nisi si contentiosi sunt, contentiosus autem deus non est. Denique qui est verus, omnia sua ex aequo et profanis et suis praestat. Ideoque et iudicium constituit aeternum de gratis et ingratis ». <sup>7</sup>

Tertulliano contrappone il culto reso dai Cristiani al vero Dio a quello reso dai pagani ai diversi dei (da lui considerati *daemonas*). Tuttavia egli afferma il principio fondamentale, secondo il quale si deve rispettare sia per diritto positivo (*ius humanum*) sia per diritto naturale la possibilità di ciascuno di spontaneamente e liberamente scegliere il culto desiderato. Infatti la scelta della religione deve essere libera ed è contraddittorio che una religione costringa forzatamente alla adesione. Gli stessi sacrifici non resi liberamente sarebbero di per sè inefficaci ed inutili. Importante è poi – come vedremo esaminando l'*Editto di Costantino* – il riferimento di Tertulliano alla magnanimità della divinità, la quale – egli dice – dispensa la propria benevolenza a tutti gli uomini indistintamente (*et profanis et suis praestat*). La conseguenza è che il culto reso liberamente alla vera divinità giova non solo ai fedeli di essa, ma a tutti gli uomini. Prosegue poi Tertulliano traendo le conseguenze di questa posizione con riferimento al rapporto tra i Cristiani ed il potere imperiale:

« Christianus nullius est hostis, nedum imperatoris: quem sciens a Deo suo constitui, necesse est ut et ipsum diligat, et revereatur et honoret, et salvum velit, cum toto romano imperio, quousque speculum stabit. ...Itaque et sacrificamus pro salute imperatoris, sed Deo nostro et ipsius: sed quomodo praecepit Deus, pura prece ».

---

<sup>7</sup> Tert., *Scap.* 2 (PL 1, c. 777).

In queste parole è già concentrato il principio di sana laicità dello Stato: il Cristiano deve onorare sia Dio sia l'imperatore, ciascuno nel suo ordine. Dal pensiero di Tertulliano, che riduttivamente si è estratto dai brani riportati, per noi particolarmente significativi, si possono ricavare i seguenti principi:

a. di separazione tra la sfera della religione e quella dello Stato; se infatti la adesione ad una determinata religione è libera, l'Impero non può imporre un culto o vietarne un altro, ma tutti devono essere garantiti nelle proprie scelte religiose; ne consegue che non vi può essere un culto prevalente in modo assoluto sugli altri;

b. ciò comporta la possibilità di coesistenza e la possibilità di espressione libera di diverse religioni entro lo stesso Stato;

c. inoltre ne discende la libertà e spontaneità della scelta individuale del culto e della divinità cui prestarlo;

d. e nel contempo si deve anche constatare la importanza per lo Stato che si renda il culto alla divinità, quale che sia la scelta dell'individuo. Infatti si avranno per tutta la comunità i benefici che la vera divinità dispenserà se onorata dal culto dei propri fedeli. Essa infatti opera il bene sia per i propri fedeli sia per gli estranei.

2.2 Nel medesimo ordine di idee di Tertulliano si esprime Costantino nell'*Editto di Tolleranza* dell'anno 313<sup>8</sup>, nel quale egli espressamente richiama i principi sinora esaminati. E probabilmente non fu neppure casuale l'influenza delle riflessioni di Tertulliano sinora considerate. Certamente l'Imperatore aveva conoscenza del Montanismo – è bene ricordarlo –, tanto che l'unica sua costituzione conservata nel *Cod. Theod.* 16,5, titolo dedicato alle leggi emesse contro le eresie o in materia di sette eretiche, riguarda appunto la benigna legge con cui si disponeva la restituzione a favore dei Montanisti dei loro luoghi di culto (cf. *Cod. Theod.* 16,5,2).

---

<sup>8</sup> Sull'*Editto di Tolleranza* del 313 cf. per tutti G.Lombardi, *L'Editto di Milano del 313...*, pp. 83ss. Circa le leggi applicative dei principi affermati nell'*Editto* cf. ampiamente G.L. Falchi, *La tradizione giustiniana del materiale teodosiano (CTh. XVI)*, in *SDHI* 57(1991), pp. 33ss; G.L. Falchi–B.E. Ferme, *Introduzione alle fonti...*, pp. 171ss.

Dalla lettura delle notizie pervenuteci circa il contenuto dell'*Editto* possiamo ricavare i seguenti dati<sup>9</sup>:

a. con esso si pone un principio giuridico generale per tutti i sudditi dell'impero (si tratta di una *lex generalis* applicabile in Occidente ed in Oriente perché congiuntamente adottata a Milano sia da Costantino sia dal suo collega per l'Oriente Licinio );

b. viene introdotta nell'ordinamento pubblico dell'Impero una modifica costituzionale fondamentale: la neutralità religiosa dello Stato rispetto alle scelte dei *cives* (ciascuno è libero di scegliere di rendere il culto alla divinità che vuole);

c. nel contempo si riafferma l'antico e tradizionale principio della rilevanza pubblica del fattore religioso e la *ratio* di questa posizione consiste nell'idea – ricordata espressamente da Costantino – che il culto reso alla divinità ridonda in beneficio per l'intera comunità, sia per chi rende il culto, sia per chi non lo offende; in effetti si passava dall'idea pagana precedente di un Pantheon di Stato, ufficiale e chiuso che veniva allargato via via alle divinità dei popoli nel tempo associati all'Impero ( il cui culto era considerato confessione di Stato), all'idea della coesistenza di una pluralità di culti tutti tollerati, nel senso che ciascun suddito era libero di rendere il proprio culto alla divinità che avesse desiderato;

d. vengono infine abolite le disposizioni contrarie a tale principio presenti nella legislazione dell'Impero;

e. viene anche emanata una serie di disposizioni per rendere effettiva la detta modifica costituzionale. In particolare per garantire a tutti, e in primo luogo ai Cristiani che in precedenza ne erano stati esclusi, la libertà di riunione, di proselitismo, di celebrazione dei riti, di mobilità entro l'impero etc.; tutte queste leggi che troviamo raccolte già nel libro 16 del Codice Teodosiano furono l'*initium libertatum* della nostra civiltà giuridica occidentale<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Per le caratteristiche formali dell'*Editto* in relazione a quelle delle costituzioni imperiali del periodo cf. G.L. Falchi, *L'Editto di Costantino e la libertà religiosa*, in *Civitas et Iustitia* 2 (2004), pp. 34ss.

<sup>10</sup> Ben configura l'*Editto di Costantino* come l'*initium libertatum* della civiltà del diritto in Europa G. Lombardi, *Persecuzioni, laicità...*, pp. 117ss.; il tema è sviluppato evidenziando la portata dei principi affermati nell'*Editto* costantiniano in G.L. Falchi, *Introduzione ai fondamenti del diritto europeo*, Roma 2008, capitolo primo sez. I e II.

La statuizione del principio della laicità dello Stato è ben evidente nella tradizione dell'*incipit* dell'*Editto* fornitaci da Eusebio:

« Nella considerazione che la libertà religiosa non deve essere negata, ma che invece alla discrezione ed alla volontà di ciascuno deve essere permesso di trattare le cose religiose secondo le proprie preferenze, già ordinammo da tempo che anche i Cristiani conservassero la fede della loro setta e del loro culto ». <sup>11</sup>

Viceversa dalla tradizione di Lattanzio possiamo evincere quello che sembra il contenuto sostanziale dell'*Editto*. <sup>12</sup>

In particolare il contenuto di esso era il seguente:

a. l'occasione fornita dall'incontro a Milano dei due Augusti per definire gli affari di Stato più importanti: tra questi vi fu quello di stabilire in qual modo si debba onorare la divinità;

b. la statuizione di accordare ai Cristiani ed a tutti gli altri la libertà di seguire la religione che ognuno crede;

c. con un fine pubblico rappresentato dall'acquistare il favore e la benevolenza della divinità così invocata;

d. la abolizione delle disposizioni restrittive contro i Cristiani;

e. l'estensione di tale diritto di libertà religiosa, riconosciuto a favore dei Cristiani, anche agli altri cittadini: i quali avranno la libertà di scegliere e di seguire quel culto che essi vorranno affinché non si leda l'onore o la religione di alcuno.

La coerenza di Costantino con tali principi si può ben rilevare – come si è appena detto – nella sua legislazione degli anni successivi al 313, finalizzata a rendere effettiva la libertà religiosa.

2.3 In tale contesto di neutralità dello Stato e di generale tolleranza religiosa, Costantino attraverso una rinnovata disciplina dell'istituto del matrimonio tentò di garantire anche ai cristiani la possibilità di una organizzazione della propria vita coniugale conforme al Credo di appartenenza e nel contempo di modificare la disciplina giuridica del matrimonio, per quanto possibile nell'ambito di uno Stato neutrale in materia di religione, anche alla luce dei principi del cristianesimo.

---

<sup>11</sup> Il testo di Eusebio riprodotto nel testo è stato tradotto da G. Del Ton, *Storia Ecclesiastica e martiri della Palestina*, [Scrinium Patristicum Lateranense 1], Roma 1964.

<sup>12</sup> Cf. Lact., *mort. pers.* 48,2 – 12: 2.

Ciò spiega il passaggio alla concezione negoziale del matrimonio, ma anche la conservazione del divorzio.

*3. Indissolubilità del matrimonio – divorzio – ripudio – posizione della adultera e del di lei coniuge.*

Prima di analizzare la politica di Costantino in materia matrimoniale è necessario esaminare quanto era nella società, all'epoca sua, riferibile al pensiero cristiano.

Possiamo dire che esso si sviluppò sia nella riflessione dei primi Autori cristiani, sia nei concili. I temi di riflessione in materia di matrimonio, in ambito cristiano, se distribuiti schematicamente nel tempo sono stati: I. divorzio – ripudio – posizione della adultera e del di lei coniuge; II. possibilità di matrimoni misti; III. forma del matrimonio; IV. necessità del consenso dei genitori (padre e madre); V. concubinato e figli naturali; VI. la condizione servile e le altre limitazioni alla capacità matrimoniale naturale.

Esamineremo ora analiticamente questi diversi argomenti, attraverso la valutazione dell'apporto, dato sia da parte degli Autori che da parte dei concili, alla formazione dei principi sottesi alla legislazione imperiale per le diverse materie, seguendo possibilmente lo sviluppo cronologico. Immediatamente dopo riporteremo ed analizzeremo la legislazione imperiale che ha tradotto in termini normativi i principi presenti in detto apporto. Seguirà poi la ricomposizione della complessiva politica legislativa imperiale, segnatamente di quella di Costantino.

3.1 L'indissolubilità del matrimonio, come è noto, viene fondata innanzitutto su *Gen.* 2,18.22-24, da cui esso viene configurato come un istituto di origine divina finalizzato alla realizzazione dell'unione monogamica di due persone che saranno una sola carne. Tuttavia in *Dt.* 24,1-4 si tratta del ripudio dell'adultera, che fornisce argomento di discussione sulla assolutezza del principio di indissolubilità del vincolo coniugale.

Così *Mt.* 5,32; 19,9; *Mc.* 10,11-12; *Lc.* 16,18 ricordano il ripudio della donna adultera e la possibilità di nuove nozze: Marco esamina il caso del ripudio dell'adultera da parte del marito e di nuove nozze della donna ripudiata; mentre Matteo e Luca quello del matrimonio con una donna ripudiata e, Matteo, della donna ripudiata esposta all'adulterio. Gli scritti paolini sono per l'indissolubilità assoluta.

Nel *Pastore di Erma* (II sec.) nei confronti della donna adultera sussiste per il marito l'obbligo di ripudio, ma è anche prevista la possibilità di perdono da parte del marito, il quale comunque scelga non si può risposare una seconda volta. Questa posizione sarà fatta propria – come vedremo – anche nella legislazione costantiniana in materia di obbligo al ripudio dell'adultera. Di fatto Basilio di Cesarea e di regola i Padri orientali prevedevano una penitenza di 7 anni per chi uomo ripudiasse la moglie adultera e successivamente si fosse risposato.<sup>13</sup>

3.2 Circa l'argomento della indissolubilità del matrimonio è estremamente significativa la prospettazione che si può ricavare partendo dalla lettura delle opere di Tertulliano.

Essa mostra sia la originarietà del principio cristiano della assoluta indissolubilità (anche in caso di adulterio della moglie) del vincolo coniugale; inoltre consente di comprenderne le ragioni.

Certamente Tertulliano ammetteva la possibilità di ripudiare la moglie adultera, come si evince dal brano seguente:

« divortium prohibet dominus, nisi stupri causa ».<sup>14</sup>

O anche

« Praeter ex causa adulterii nec Creator disiungit quod ipse coniunxit ».<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Si rinvia per un approfondimento a J. Gaudemet, *Il matrimonio...*, pp. 33ss.; 53ss. Per le diverse posizioni assunte in dottrina in tema di influenza cristiana sulla legislazione matrimoniale di Costantino, specificamente circa il divorzio, si rinvia alla bibliografia ibidem p. 372, nn. 114.115.117.

<sup>14</sup> Tert., *uxor*. 2,2 (PL 1, c. 1403). Per una panoramica circa la materia è utile vedere D'Ercole, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, in *SDHI* 5(1939), pp. 42ss. Più specifici sono i seguenti studi relativi al pensiero in tema di matrimonio dei principali Padri della Chiesa: G. Violardo, *Appunti sul diritto matrimoniale in Sant'Ambrogio*, in *S. Ambrogio nel XVI centenario della nascita*, Milano 1940, pp. 485-512; Id., *Il pensiero giuridico di S. Girolamo*, Milano 1937; E. Schmitt, *Le mariage chrétien dans l'oeuvre de Saint Augustin*, Paris 1983; J.P. Broudehoux, *Mariage et famille chez Clément d'Alexandrie*, [Teologie historique 11], Paris 1970; J. Gaudemet, *Saint Augustin et le manquement au voeu de verginité*, in *Ann. De la Fac. d'Aix-en-Provence* (1950), pp. 5-15.

<sup>15</sup> Tert., *adv. Marc.* 4,34 (PL 2, c. 472).

Tuttavia, ciò posto, egli fermamente escludeva che il marito ripudiante potesse celebrare nuove nozze. Salva quindi la possibilità di allontanare la moglie, egli trovava comunque preclusa la via di un secondo matrimonio: ciò veniva giustificato nel modo seguente.

3.2.1 Occorre partire dalla concezione tertulliana della natura del matrimonio, concepito come istituto finalizzato alla procreazione e continuazione della specie umana ed a spegnere lo stimolo della concupiscenza. Da ciò esso viene configurato come strutturalmente casto e unico.

Così si esprime Tertulliano evidenziando l'unicità assoluta della unione coniugale:

« Non quidem abnuimus coniunctionem viri ac feminae benedictam a Domino, ut sciremus, generi humano et replendo orbi et istruendo saeculo excogitatum, atque exinde permissa; unam tamen. Nam et Adam unus Evae maritus, et Eva una uxor illius, una mulier, una costa ... ».<sup>16</sup>

E se presso gli antichi – egli aggiunge – era stata tollerata la poligamia dal lato femminile, ciò era dipeso da un costume umano, ammesso a causa della fragilità degli uomini, ma che venne superato successivamente, così che dette usanze vennero abrogate certamente dal cristianesimo e ciò fu coerente con l'insegnamento degli Apostoli. Continua infatti Tertulliano :

« Sane apud veteres nostros ipsosque patriarchas non modo nubere, sed etiam plurifariam matrimoniis uti fas fuit, erant et concubinae: sed lucet figuratum in sinagogam et Ecclesiam cesserit, ut tamen simpliciter interpretemur, necessarium fuit instituire, quae postea aut amputari aut temperari mererentur ... » (*uxor.* 1,2).

E – dice Tertulliano – il motivo è da ricercare proprio nella natura del matrimonio, il quale rappresenta, rispetto alla scelta della castità, una condizione di minor valore e per tale motivo da usare in modo riduttivo. Detta prospettiva esclude la poligamia e conferma la necessità della monogamia assoluta nelle unioni coniugali:

« ... quid tamen bono isto melius sit accipimus ab Apostolo, permittente quidem nubere, sed abstinenciam praefereute: illus propter insidias tentationum, hoc propter angustias temporum:

<sup>16</sup> Tert., *uxor.* 1,2 (PL 1, c. 1389).

qua ratione utriusque pronuntiationis inspecta facile dinoscitur, necessitate nobis concessam esse nubendi potestatem; quod autem necessitas praestat, deprecat ipsa. Quod autem scriptum est “ melius est nubere quam uri ” ( *I Cor.* 7,9), quale hoc bonum est, oro te, quod mali comparatio commendat? Ut ideo melius sit nubere, quia detersi est uri. Etenim quanto melius est neque nubere neque uri! » ( *uxor.* 1,3).

3.2.2 In un altro brano Tertulliano sembrerebbe adombrare dapprima la possibilità teorica di un secondo matrimonio dell'uomo in caso di ripudio rituale dell'adultera, per giungere tuttavia poi ad escludere tale possibilità: il brano è *Adversus Marcionem* 4,24 nel quale egli ricorda ancora la impossibilità di contrarre un nuovo matrimonio se il precedente non è stato sciolto:

« ...ex eadem utique causa, qua non licet dimitti, ut alia ducatur: illicite enim dimissam pro indimissa ducens, adulter est. Manet enim matrimonium quod non rite direptum est ».<sup>17</sup>

Di qui il dubbio che vi possa essere uno scioglimento rituale del matrimonio, come avveniva all'epoca di Mosè e come parrebbe adombrato nel famoso brano del Vangelo di Matteo, anche citato espressamente da Tertulliano

« ... qui dimiserit uxorem suam praeter causam adulterii, facit eam adulterari; atque ita adulter censetur et ille, qui dimissam a viro duxerit ».

Ma contro la possibile soluzione del problema a favore della dissolubilità Tertulliano cita in contrasto Malachia per giungere alla conclusione opposta:

« ...Quod si ex violentia coactum matrimonium stabit, quanto magis ex convenientia voluntarium? Sicut et prophetiae auctoritate (*Mal.* 2,15) “ Uxorem iuventutis tuae non dimitte ”. Habes Christum ultro vestigia ubique Creatoris ineuntem, tam in permettendo repudio, quam prohibendo. Habes etiam nuptiarum quoquo velis prospectorem, quas nec separari vult, prohibendo repudium; nec cum macula haberi, tunc permettendo divortium ».

Dunque anche il brano ora analizzato riferisce l'opinione di assoluta indissolubilità del matrimonio, praticata da Tertulliano, pur

<sup>17</sup> Tert., *adv. Marc.* 4,24 (PL 2, c. 448).

lasciando salvo l'allontanamento della moglie adultera col ricorso al ripudio.

3.2.3. In verità, secondo Tertulliano, la monogamia del matrimonio – e quindi l'impossibilità di celebrare un secondo matrimonio, essendo in vita la prima moglie, benché ripudiata – trova la propria giustificazione direttamente nel diritto naturale e la propria fonte nella Sacra Scrittura. Come egli ha modo di ben esplicitare nel *De monogamia* 4:

« ... Hoc ipsum demonstratur a nobis, neque novam, neque estranea esse monogamiae disciplinam, imo et antiquam, et propriam christianorum ... Quod pertineat ad antiquitatem, quae potest antiquior forma proferri, quam ipse sensus generis humani? Unam feminam masculo Deus finxit, una costa eius decerpta, et utique ex pluribus. Sedet in praefatione ipsius operis: Non est, inquit, bonum hominis solum eum esse; faciamus adiutorium illi. Adiutores enim dixisset, si plurius cum uxoribus destinasset ... Siquidem propheticè dictum est: Et erunt duo in carnem unam (*Gen. 2,18.24*) non tres neque plures. Caeterum, jam non duo, si plures stetit Lex. ... etiam in ipsis animalibus monogamia recognoscitur, ne vel bestiae de moechia nascerentur. Ex omnis, inquit, bestiis, ex omni carne, duo induces in arcam, ut vivant tecum masculus et femina. .... duo ex omnibus introibunt ad te masculus et femina. ... Immundis quoque alitibus cum binis feminis introire non licuit ». <sup>18</sup>

La chiarezza del discorso tertulliano non ha necessità di commenti: in tutta la storia della creazione l'unione dei due generi, maschile e femminile, viene prevista sia a scopo procreativo sia a scopo di aiuto unicamente e solamente tra due unità, il che esclude la possibilità di una pluralità di relazioni una volta che se ne è costituita una.

Da ciò per Tertulliano consegue che:

« ... Sicut in questione repudii, dicens illud propter durtiam ipsorum a Moyse esse permissum, ab initio autem non ita fuisse, sine dubio ad initium revocat matrimonii individualitatem ... » (*monog.* 5).

Invertendo l'apparente ordine storico, che avrebbe visto un'antica possibilità di poligamia e successivamente la affermazione della

<sup>18</sup> Tert., *monog.* 4 (PL 2, c. 983).

legge della monogamia, Tertulliano riporta sin dall'origine la monogamia alla legge naturale e presenta la possibilità di divorzio come una parentesi cronologicamente ad essa successiva, riferita alla situazione storica dell'epoca mosaica.

3.2.4 Da tutto ciò discende in conclusione per Tertulliano l'impossibilità di celebrare un secondo matrimonio come è chiaramente scritto in *De exhortatione castitatis*:

« ... Si penitus sensus eius interpretemur, non aliud dicendum erit secundum matrimonium, quam species stupri ... ecquid videtur tibi stupri affine esse secundum matrimonium, quoniam ea in illo deprehendo quae stupro competunt? Ipse Dominus “ qui viderit – inquit – mulierem ad concupiscendum, iam stupravit eam in corde suo ” (*Mt.* 5,28). Qui autem eam ad ducendum viderit, minus an plus fecit? ... ».<sup>19</sup>

Tertulliano insiste nel resto del brano sulla finalità del matrimonio pertinente il rimedio della concupiscenza e così argomenta: se esso è stato concesso all'uomo anche a tale scopo in considerazione della sua debolezza, abusarne da parte sua con un secondo matrimonio – dopo averne celebrato e costituito uno precedente – rappresenta una immodestia verso Dio:

« Et cum haec etiam de primis et unis nuptiis praetendi ad causam continentiae possint, quanto magis secundo matrimonio recusando praeiudicabunt!...Caeterum abuteris indulgentia cum sine modestia uteris. Modestia a modo intelligitur ».

Tertulliano dunque escludeva comunque un secondo matrimonio. Pertanto invitava i cristiani a non farlo, ma nulla diceva contro la legge secolare che ammetteva il divorzio. In effetti egli compone il dissidio apparente tra la legge mosaica e quella cristiana richiamandosi a *Mt.* 19,8:

« ... Sed Christus divortium prohibet dicens: “ qui dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, aequae adulter est ”. Ut si quoque prohibeat divortium, illicitae facit repudiatæ matrimonium. Moyses vero permittit repudium in Deuteronomio (24,1) ... »

e per il caso dell'adulterio

---

<sup>19</sup> Tert., *ex. cast.* 9 (PL 2, c. 973).

« ... Vides diversitatem legis et Evangelii, Moysi et Christi? ... Moyses propter duritiam cordis vestri praecepit libellum repudii dari; a primordio autem non fuit sic, quia scilicet qui marem et feminam fecerat. Erunt duo, dixerat, in carne una; quod Deus itaque iunxit, homo disiunxerit? ».

Possiamo in definitiva sintetizzare il pensiero di Tertulliano per ciò che assumerà rilevanza per la legislazione imperiale romana nel modo seguente:

- a. la monogamicità del matrimonio viene giustificata con il ricorso al diritto naturale ed alla Sacra Scrittura;
- b. ne consegue che essa non può essere derogata; neppure dal Legislatore ecclesiastico o secolare;
- c. l'originario e antico precetto venne solamente temporaneamente disatteso dalla legge mosaica a causa della durezza del cuore degli uomini, ma ciò non toglie che debba essere comunque applicata;
- d. ne consegue che, vivente la moglie, il marito non può celebrare un secondo matrimonio e ciò anche in caso di ripudio per adulterio;
- e. infatti il ripudio della moglie adultera è finalizzato non a consentire detto secondo matrimonio, ma ad eliminare il marcio dalla vita coniugale.

Questo ordine di idee, presentato sotto una prospettiva di genere maschile (oltre vedremo l'affermarsi in Occidente di una prospettiva paritaria di genere), verrà confermato dai Padri successivi a Tertulliano e troverà così rilevanza essenziale anche il carattere della reciproca fedeltà dei coniugi.

3.3 Le successive fonti Patristiche occidentali sul matrimonio innanzitutto confermano quanto sinora esposto. È necessario limitare, agli effetti della economia della presente esposizione, l'analisi ad alcuni passi significativi di S. Agostino e di S. Ambrogio.

3.3.1 In particolare si ricorda che S. Agostino elabora, come è noto, una teologia del matrimonio, considerato la cellula fondamentale della società.

Prima societas viri et uxoris. Quoniam unusquisque homo humani generis pars est, et sociale quiddam est humana natura, magnumque habet et naturale bonum, vim quoque amicitiae; ob hoc ex uno Deus voluit omnes nomine condere, ut in sua societate non sola similitudine generis sed etiam cognationis vinculo tenerentur. Prima itaque naturalis humanae societatis copula vir et uxor est

... Consequens est connexio societatis in filiis, qui unus honestus fructus est, non coniunctionis maris et feminae, sed concubitus ... ».<sup>20</sup>

Il pensiero di S. Agostino sposta la attenzione, nell'ambito della società civile, dall'idea di matrimonio – come era concepito nel diritto romano classico – quale società tra due coniugi alimentata da una continua *affectio maritalis* a quella di matrimonio quale situazione giuridica stabile, che fu tipica del matrimonio civile del periodo Tardoantico e formalizzata legislativamente dagli imperatori cristiani a partire da Costantino, quantomeno come modello culturale (nelle *leges*, come è noto, la indissolubilità non è assoluta, ma la dissolubilità è comunque sottoposta al controllo dello Stato).

Proprio questa nuova prospettiva gli consente di identificare *tria bona*, o caratteri, del matrimonio: indissolubilità del vincolo matrimoniale, procreazione della prole, infine la carità o mutuo sostegno tra coniugi.

« ... cur sit bonum merito quaeritur. Quod mihi non videtur propter solam filiorum procreationem, sed propter ipsam etiam naturalem in diverso sexu societatem. Alioquin non iam diceretur coniugium in senibus, praesertim si amisissent filios, vel minime genuissent. Nunc vero in bono licet annoso coniugio, etsi emarcuit ardor aetatis inter masculum et feminam, viget tamen ordo charitatis inter maritum et uxorem: ... ».<sup>21</sup>

Proseguendo egli identifica poi nel paragrafo 4 un quarto *bonum*, la *fides*, contro il divorzio, nel paragrafo 5 i caratteri del matrimonio, né manca l'ammonizione che non si devono escludere i *bona* di esso; infine nel paragrafo 7 si riafferma il divieto:

« ... uxorem superducere vetitum more Romano ».<sup>22</sup>

e quindi la necessità della monogamicità, propria del diritto romano; nel paragrafo 8 egli compie un esame comparato del diritto di ripudio presso i gentili e presso i giudei, nel paragrafo 11 si afferma che il matrimonio deve essere aperto alla procreazione e a ciò deve essere finalizzato e comunque utile l'atto sessuale. Nel paragrafo 14 egli condanna l'uso di unioni concubinarie al solo fine

<sup>20</sup> Aug., *b. coniug.* 1,1 (PL 40, c. 472). Cf. anche PL 40, c. 373.

<sup>21</sup> Aug., *b. coniug.* 3 (PL 40, c. 375).

<sup>22</sup> Aug., *b. coniug.* 7 (PL 40, c. 379). Cf. anche J. Gaudemet, *Le droit romain...*, pp. 157-158.160-161.

di avere figli. Nel paragrafo 15 egli vieta il ripudio per sterilità e nel paragrafo 17 vieta la poligamia (e il concubinato). I paragrafi 21-23 contengono un elogio della continenza e della rilevanza di essa nelle unioni coniugali. Per concludere nel paragrafo 24:

« ... Haec omnia bona sunt, propter quae nuptiae bonae sunt, proles, fides, sacramentum ... ».<sup>23</sup>

La trattazione di S. Agostino è dunque esplicitativa della dottrina della Chiesa in materia di matrimonio, cosicché il matrimonio vissuto entro la comunità cristiana non poteva non applicarla.

Per conseguenza la legislazione imperiale non poteva prescindere per adattare la disciplina giuridica matrimoniale a tali principi, ovviamente nel contesto del più vasto e generale ordinamento imperiale. Del quale, come abbiamo visto, si occupa nella sua esposizione anche S. Agostino con i riferimenti all'ordinamento romano, dei pagani e degli ebrei. Di particolare rilevanza è il richiamo al principio della monogamicità difeso appunto dal diritto romano di ogni epoca.

3.3.2 Anche S. Ambrogio aveva difeso rigorosamente la monogamicità del matrimonio e la conseguente indissolubilità di esso senza eccezione alcuna, come stabilita dal diritto naturale.

« Lex multa secundum naturam statuit; ut naturalibus indulgentior desiderii ad iustitiae studium nos vocaret ».<sup>24</sup>

Questo è il fondamento giusnaturalistico del nostro istituto, come del resto egli giustifica riferendosi a Matteo:

« Prius dicendum arbitror de lege coniugii, ut postea de proibendo divortio disputemus. Quidam enim putant omne coniugium a Deo esse, maxime quia scriptum est “ Quae Deus coniunxit, homo non separet ” (Mt. 19,6) » (in *Luc.* 8,2).

« Dimittis ergo uxorem quasi iure, sine crimine; et putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet; sed divinam prohibet. Qui hominibus obsequeris, Deum verere. Audi legem Domini, cui obsequuntur etiam qui leges ferunt ... » (in *Luc.* 8,5).

Da ciò deriva la condanna di S. Ambrogio (cf. *Abr.* 1,2,7-8) contro la infedeltà coniugale e il cedimento alla libidine ed alla lussuria.

<sup>23</sup> Aug., *b. coniug.* 24 (PL 40, c. 394).

<sup>24</sup> Ambr., in *Luc.* 8,1 (PL 15, c. 1855).

3.3.3 In generale prima di Costantino, così come successivamente in modo sempre più autorevole dopo Teodosio il Grande, troviamo nella Patristica il fermo divieto di nuove nozze per il marito ripudiante.

È da tenere presente che il problema non si poneva allora per l'adultera ripudiata anche perché la normativa civile (*Digesta* 48.5.30.1) inibiva, nel diritto secolare, ben conosciuto sia da Ambrogio che da Agostino, il matrimonio alla ripudiata e puniva chi la sposasse:

« Quod ait Lex, adulterii damnatam si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, an et ad stuprum referatur, videamus: quod magis est. Certe si ob aliam causam ea lege sit condemnata, impune uxor ducetur. Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit: nec interest, utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet; quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, poena erit plectendus. Ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet. Qui quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, plectitur: nec enim mediocriter deliquit, qui lenocinium in uxore exercuit ... » *Digesta* 48.5.30.1 (Ulpianus, *De adulteriis* 4).

Seguitava il frammento con un'ampia esposizione delle varie ipotesi, tutte represses, nelle quali si sarebbe potuta trovare l'adultera, il marito e il nuovo (e/o vecchio) amante.

Solo con Costantino si statuirà legislativamente la possibilità del perdono della adultera.

Il divieto derivava dalla stessa natura rigidamente monogamica del matrimonio riportata nella sua origine al diritto naturale, inderogabile per l'uomo. La separazione dei coniugi a seguito del ripudio non comportava quindi il loro stato libero. Dalla prospettiva "maschilista" però già all'epoca di Costantino si passò ad altra, per evidente influenza cristiana, fondata sulla parità di genere maschile e femminile in ordine al dovere di fedeltà.

3.4 Infatti si può notare – già a partire da Lattanzio, che – come è noto – fu precettore di Crispo, figlio di Costantino – un trattamento paritario tra uomo e donna quanto alla obbligazione alla fedeltà coniugale.

3.4.1 Lattanzio afferma nelle *Divinae institutiones*:

« (de tactus voluptate et libidine, atque e matrimonio et continentia) ... Cum excogitasset Deus duorum sexuum ratione, attribuit iis, ut se invicem appeterent, et coniunctione gauderent. Itaque ardentissimam cupiditatem cunctorum animantium

corporibus admiscuit, ut in hos affectus avidissime ruerent, eaque ratione propagari et multiplicari genera possent ... ».<sup>25</sup>

Lattanzio identifica quindi la ragione della esistenza dei due generi, maschile e femminile, e, probabilmente a causa della parità della azione degli stessi nell'azione riproduttiva, formula un principio di parità nel dovere di fedeltà tra i coniugi:

« Oportet ergo sibi quemque proponere, duorum sexuum coniunctionem generandi causa datam esse viventibus, eamque legem his affectibus positam, ut successionem parent ... ut cum quis habeat uxorem, neque servam, neque liberam habere insuper velit, sed matrimonio fides servet. Non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est, quae habet alium, maritus autem, etiam si plures habeat, a crimine adulteri solutus est. Sed divina lex ita duos in matrimonium, quod est in corpus unum, pari iure coniungit, ut adulter habeatur, quisquis compagem corporis in diversa distraxerit ».

L'azione riproduttiva è affidata a entrambi i coniugi, considerati a tale effetto dalla legge naturale *corpus unum*, e quindi non vi può essere prevalenza dell'uno sull'altro ma una paritaria cooperazione con pari ed equivalente dignità di ruolo di entrambi i coniugi. Da ciò il paritario dovere di reciproca fedeltà tra i coniugi:

« Ideo autem pudicitia in homine laudatur, quia non naturalis est, sed voluntaria. Servanda igitur fides ab utroque est alteri... Iniquum est enim ut id exigas quod prestare ipse non possis. Quae iniquitas facit profeto ut essent adulteria, foeminis aegae ferentibus prestare se fidem non exhibentibus mutuam caritatem ».

3.4.2 Parimenti anche S. Gerolamo pone una uguaglianza tra marito e moglie per la punizione e le conseguenze dell'adulterio.

« Apud illos in viris pudicitiae frena laxantur, et solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillas libido permittitur: quasi culpam dignitas faciat, non voluptas. Apud nos, quod non licet feminis aequae non licet viris; et eadem servitus pari conditione censetur ».<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Lact., *inst.* 6,23 (PL 6, c. 716).

<sup>26</sup> Hier., *ep.* 77 (PL 7, c. 662).

Così la moglie può abbandonare il marito depravato, come il marito l'adultera. Ovviamente, in entrambi i casi, senza passare a seconde nozze.

3.4.3 Anche S. Agostino, con riferimento ristretto alla fedeltà, afferma:

« Quasi alia praecepta viris Deus dederit, alia feminis? ... Nec attendunt quod viri et feminae aequaliter sint Christi redempti ... non est apud deum disceptio masculi et feminae ».<sup>27</sup>

e in *De adulterinis coniugiis* :

« Legant quid imperator Antonius, non utique christianus, de hac re constituerit ubi maritus uxorem de adulterii crimine accusare non sinitur, cui moribus suis non praebuit castitatis exemplum, ita ut ambo damnentur si ambo pariter impudicos conflictus ille convicerit. Nam supra dicti imperatoris verba sunt, quae apud gregorianum leguntur: “ Sane, inquit, meae litterae nulla parte causae praeciudicabunt. Neque enim si penes te culpa fuit, ut matrimonium solveretur, et, secundum legem iuliam, Eupasia uxor tua nuberet, propter hoc rescriptum meum adulterii damnata erit nisi constet esse commissum. Habebunt enim ante oculos hoc inquirere, an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuisti. Periniquum enim mihi videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat quam ipse non exhibet: quae res potest et virum damnare, non ob compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel causam facti tollere ” ».<sup>28</sup>

Agostino riporta un rescritto, conservato anche nel Codice Gregoriano, nel quale già l'imperatore pagano censurava il marito, depravato, che avesse mosso pari accusa di depravazione e adulterio verso la moglie: nel caso certamente erano da condannare entrambi. È di tutta evidenza anche in questa circostanza la conoscenza, da parte di S. Agostino, del diritto romano, cui spesso egli fa riferimento per confermare il proprio pensiero.

Dai passi riportati si trae il principio, affermatosi nel tempo sempre più rigorosamente, della parificazione dei coniugi circa il dovere di fedeltà. Ciò spiega perché, già nella disciplina costantiniana di regolazione del divorzio, venivano considerati paritariamente i due generi ai fini della identificazione delle cause legittimatrici del

<sup>27</sup> Aug., s. 288 (PL 39, c. 2290).

<sup>28</sup> Aug., *adult. coniug.* 2,8,7 (PL 40, c. 475).

divorzio stesso. Inoltre la possibilità del divorzio *bona gratia*, introdotto e definitivamente disciplinato da Giustiniano anche a favore della donna nell'ipotesi di incapacità a generare dell'uomo (prima esclusa), ammettendosi in precedenza solo il caso inverso per incapacità o sterilità della donna.

3.4.4 Venendo ai canoni conciliari mi pare significativo il can. 8 del concilio di Elvira (300),<sup>29</sup> che commina la scomunica alla donna, che avesse ripudiato, anche per tradimento, il marito e la riammette in comunione solo dopo la morte di costui. Ciò discendeva probabilmente dalla circostanza che le Scritture prevedevano unicamente il ripudio del marito e non anche quello della moglie contro il marito. Il canone dimostra che all'inizio del IV secolo non era possibile nelle comunità cristiane il ripudio da parte della moglie neppure per tradimento.

È parimenti significativo anche il can. 10 del concilio di Arles (314), che si esprime sulla non possibilità di risposarsi per l'uomo dopo il ripudio della propria moglie per adulterio almeno sino alla morte del proprio coniuge:

« de his qui coniuges suas in adulterio deprehendunt et iidem sunt adolescentes fideles, et prohibentur nubere, placuit inquantum possit consilium eis detur, ne viventibus uxoribus suis, licet adulteris, alias accipiant ».<sup>30</sup>

Dal canone si evince chiaramente che era inibito un secondo matrimonio al marito che avesse ripudiato la moglie adultera.

#### 4. *La politica legislativa di Costantino in materia di matrimonio e divorzio.*

Se analizziamo la complessiva legislazione di Costantino in materia di matrimonio e di diritto di famiglia possiamo scorgere un disegno unitario. Esso corrisponde in buona misura con il pensiero patristico, che si è esposto, con due limiti: quello della necessaria e dovuta adattabilità della sua legislazione ad una società religiosamente

---

<sup>29</sup> Il concilio di Elvira (romana Illiberis in Spagna) si svolse nel 300 e disciplinò diversi aspetti del matrimonio, tra i quali, probabilmente per la prima volta, anche il celibato ecclesiastico.

<sup>30</sup> Mansi *vol.* II, p. 472. Anche il concilio di Arles (sviluppatasi dalla colonia romana di Arelate in Provenza) prevedeva diverse disposizioni disciplinari, anche relative al matrimonio.

pluralista (quale discendeva dall'*Editto di Tolleranza*) e quello della configurazione degli istituti del diritto romano secondo la tradizione di esso.

4.1 Il mutamento della concezione del matrimonio, ora con Costantino considerato come situazione stabile nata da un patto iniziale tra le parti, emerge dalla nuova disciplina del divorzio.

Si ricorda che il divorzio – introdotto a Roma a seguito della *Lex Iulia de adulteriis coercendis* – era assolutamente libero e poteva essere promosso, anche senza motivo, indifferentemente ad iniziativa di una o di entrambe le parti; un divorzio così inteso aveva essenzialmente un valore dichiarativo dell'essere venuta meno la *affectio maritalis*, cioè la continuativa volontà dei due coniugi, sulla quale il matrimonio del periodo classico si fondava e che ne assicurava la persistenza.

Ora viceversa il divorzio può intervenire solo in certi casi ed è sottoposto ad una specifica disciplina legislativa: in ultima analisi la stabilità delle unioni coniugali viene sottoposta a controllo pubblico e l'istituto del divorzio assume un valore non più dichiarativo come in precedenza, ma costitutivo. Tanto che con una costituzione del 439 si richiese – allo scopo di giungere al divorzio – un formale libello di ripudio (*Nou. Theod.* 12).

Ciò era appunto una diretta conseguenza della nuova configurazione costantiniana del matrimonio come volontà negoziale istantanea dei due coniugi, che avrebbe costituito quale effetto permanente la situazione matrimoniale stabile; con una prima conseguenza: il divorzio è pure esso un atto istantaneo produttivo dell'effetto dissolutorio; con una seconda conseguenza: a differenza della disciplina antecedente, ove sostanzialmente esso era considerato una situazione di fatto rilevante per il diritto, ora invece il matrimonio diviene un istituto giuridico saldamente incardinato – come ora vedremo – in un preciso diritto di famiglia.

Notissima è la costituzione ad Ablavio, prefetto del pretorio del 331, con la quale Costantino limita i casi nei quali si può legittimamente richiedere il divorzio, rispettivamente, da parte del marito e della moglie:

« Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere, exquisita causa, velut ebrioso, aut aleatori, aut mulierculario; nec vero maritis per quascunque occasiones uxores suas dimittere. Sed in repudio mittendo a foemina haec sola crimina

inquiri, si omicida, vel medicamentarium, vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat: nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculi etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham, vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerit: nam si ab his criminibus liberam eicerit, omnem dotem restituere debet, et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur eius domum invadere, et omnem dotem posterioris uxoris ad semetipsam transferre pro iniuria sibi inlata » (*Cod. Theod.* 2,16,1).

La costituzione è del 331. Ma ad essa fecero seguito altre *leges*, sempre ispirate al medesimo principio (la più importante fu *Cod. Theod.* 3,16,2 di Onorio e Teodosio II del 421). Costantino introduceva il divieto di divorzio unilaterale salvo 3 *causae*:

a. per la donna: se il marito fosse un omicida, un avvelenatore o un violatore di sepolcri.

b. per l'uomo: se la moglie fosse un'adultera, un'avvelenatrice o una mezzana.

Le sanzioni della violazione del divieto erano assai gravi: per la donna era prevista la perdita della dote e la deportazione nonché il divieto di celebrare un secondo matrimonio; per l'uomo la restituzione della dote ed il diritto di appropriazione a favore della donna ripudiata, se il marito ripudiante avesse celebrato un secondo matrimonio, della dote della seconda moglie.

Come si può facilmente notare l'Imperatore esclude (per la donna colpevole) o limita gravemente (per l'uomo colpevole) la possibilità di celebrare un secondo matrimonio; stabilisce inoltre che la presenza delle cause legittimanti il divorzio stesso siano state dimostrate sotto il controllo pubblico (come avviene ancora oggi). È di tutta evidenza la radicale portata della riforma di Costantino e la ispirazione patristica di essa (in quanto si limitano le possibilità di un secondo matrimonio dopo il divorzio).

E tale ispirazione consegue una ulteriore conferma dalla circostanza che nella legislazione imperiale i coniugi vengono invitati a superare i motivi anche futili (le *pravae cupiditates* delle mogli e le *quaecunque occasiones* dei mariti) che in precedenza portavano ad un diffuso e irresponsabile divorzio e invogliati alla reciproca comprensione. Pertanto devono essere sopportati da parte di entrambi i c.d. *morum*

*vitia* : vale a dire per l'uomo il debole per il vino, il gioco o le donne, mentre per le donne non si specifica.

Quest'orientamento è stabilizzato all'epoca dell'Impero confessionale (dopo il 380). *Cod. Theod.* 3,16,1 viene ripresa da *Cod. Theod.* 3,16,2 del 421, che appunto distingue tra *magna crimina* e *mediocres causae* o *morum vitia*. Solo in caso di *magna crimina* è ammesso il divorzio *bona gratia* per il coniuge non colpevole; in caso di *mediocres causae* è prevista la perdita della dote e della *donatio propter nuptias*; infine in caso di divorzio *sine causa* è prevista la deportazione. Questo per la donna.

L'uomo, in caso di *mediocres causae*, rende la dote e per 2 anni deve rimanere in attesa prima di celebrare nuove nozze. Se il ripudio è *sine causa*, egli perde dote e la *donatio propter nuptias* e deve rispettare il celibato *in perpetuo*.

Una Novella di Maioriano (del 17 aprile 459), indirizzata al Consolare della Tuscia suburbicaria, parrebbe addirittura prevedere la deportazione anche per il marito adultero:

« Agitandam legibus adulterii quaestionem imminente nostrae quoque perennitatis oraculo te exercuisse commemoras atque, ut relatione testaris, convictum confessumque Ambrosium in nefario crimine relegatione dignum temporaria censuisti » (*Nou. Maior* 9).

Come si vede si giunge ad un parallelismo – nell'Impero confessionale – tra le conseguenze secolari e quelle canoniche, nel senso che la richiesta del divorzio senza legittima causa comporta un impedimento (assoluto o, per l'uomo, talvolta temporaneo) alla celebrazione di un secondo matrimonio.

Viceversa il divorzio consensuale è ancora ammesso; era infatti estremamente difficoltoso abolirlo o limitarlo: esso infatti rientrava nella radicata tradizione della società pagana.

Solo Giustiniano lo escluderà con *Nouella* 117,10. Poi però la *Nouella* venne immediatamente abrogata sempre per detti motivi (non condivisione nella società di detta rigorosa disciplina) da *Nouella* 140 di Giustino II. La sistemazione finale della materia sarà rappresentata quindi nel *Corpus Giustiniano* (*Cod. Iust.* 5,17,10-11; *Nouella* 134). La relativa disciplina affonda le proprie radici nella nuova ideologia applicata da Costantino al matrimonio.

Possiamo concludere che i principi affermati dalla Patristica circa la natura del matrimonio ed in materia di indissolubilità di

esso vennero recepiti, nei limiti del possibile, nella legislazione imperiale sin da Costantino.

In particolare emerge la consensualità del *phoedus* matrimoniale, inteso ora come negozio giuridico o patto di costituzione della situazione matrimoniale tendenzialmente stabile; inoltre la monogamicità del matrimonio romano e la tendenziale stabilità di esso dopo la introduzione delle *legitimae causae* e il controllo giudiziario sulla esistenza di esse. Ciò è assai evidente nella costituzione *Nouella* 117,10 (del 542), appena citata, abolitiva del divorzio consensuale (abolita poi da Giustino con la *Nouella* 140 del 566).

4.2 Strettamente connessa con questi nuovi principi in materia di matrimonio e divorzio e, addirittura, con la precisa posizione dei Padri della Chiesa è la riforma costantiniana della repressione dell'adulterio. L'imperatore infatti prevede l'introduzione della facoltà di perdono dell'adultera e la conseguente eliminazione dell'obbligatorietà dell'*actio ex lege Iulia* e la modifica del regime di legittimazione ad essa in senso limitativo al marito e agli *adgnati* della moglie.

Il quadro finale di questi nuovi assetti sarà il seguente:

a. viene lasciata al marito la facoltà di perdonare la moglie adultera, il che esclude la assoluta obbligatorietà di accusa, in passato già prevista dalla *Lex Iulia*;

b. tuttavia, ove il marito non volesse esercitare detta facoltà di perdono, è prevista ancora e sempre una repressione rigorosa del crimine di adulterio (con pena capitale), rimanendo tuttavia limitata la legittimazione all'esercizio della relativa azione alla cerchia dei parenti stretti (padre e fratelli, zii paterni della adultera) e in primo luogo al marito.

4.2.1 La novità della legislazione costantiniana fu dunque l'abolizione dell'obbligo di accusa *ex Lege Iulia de adulteriis* (fondato sulla considerazione del marito non denunciante alla stregua di un lenone), come si rileva in:

*Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen ne voluntibus temere liceat foedare connubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copia accusandi, hoc est patri fratri necnon patruo et avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed his personis legem imponimus, ut crimen abolitione, si voluerint, compescant.*

In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione ream coniugem facere licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se detinere non prohibetur; nec inscriptionis vinculo contineri, cum iure mariti accusaret, veteres retro principes adnuerunt.

Extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus; nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis abstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant. Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet». (*Cod. Inst.* 9,9,29 [*ad Evagrium*, del 326]; *Cod. Theod.* 11,36,4).

Il meccanismo repressivo dell'adulterio è praticamente adattato alla possibilità di perdono dell'adultera da parte del marito. Come si è visto sopra, questa era una possibilità lasciata al marito in ambito cristiano sin dal II secolo.

Costantino quindi, per rendere possibile il perdono, deve riformare il regime della legittimazione alla azione repressiva: limitandola al marito ed ai parenti prossimi ed escludendo l'iniziativa pubblica o di qualsivoglia altro soggetto. In tal modo – essendo il primo legittimato il marito – il perdono di costui estingueva l'azione precludendola agli altri legittimati; ma se nessuno dei legittimati (abbiamo visto che essi erano il marito, il padre, il fratello e lo zio paterno dell'adultera) avesse proposto l'azione, l'accusa sarebbe comunque caduta e la donna non perseguita penalmente. In questa seconda ipotesi si trattava di una sorta di perdono tacito senza tuttavia la ricostituzione dell'unione dei coniugi.

4.2.2 L'introduzione della possibilità di perdono non escluse tuttavia il mantenimento della repressione dell'adulterio. Ovviamente per il caso in cui il perdono (espresso o tacito) non intervenisse. Tant'è che Arnobio poteva ancora affermare:

« homines ... adulteria legibus vindicant et capitalibus afficiunt eos ».<sup>31</sup>

L'autore riferisce forse di un inasprimento delle pene? In effetti nel brano si tratta di pena capitale invece della deportazione che era prevista dal diritto classico ed è così ricordata ancora da

« Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri: adulteris vero

<sup>31</sup> Arn., *adv. Nat.* 4,23 (PL 5, c. 1044).

viris pari in insulam relegatione, dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegentur » (*Pauli Sententiae* 2,26,14).

Si evidenzia che certamente la sopra riportata *Cod. Iust.* 9,9,29, in fine, prevede la pena di morte con *gladio*. Tutto ciò lascia supporre che, in caso di mancato perdono da parte del marito, la pena dell'adulterio sia stata inasprita in epoca cristiana. La costituzione di Costantino tuttavia, a fronte di tanta severità, escludeva gli estranei dalla legittimazione alla accusa di adulterio riservandola in primo luogo al marito e poi agli stretti parenti della donna, onde facilitarne il perdono tacito per inattività giudiziaria.

Nello stesso senso di *Cod. Iust.* 9,9,29 troviamo anche la « severamque sententiam ... in adulteriis vel homicidiis vel maleficiis crimen », prevista in *Cod. Theod.* 9,40,1 (del 314), ed ancora Costanzo (del 339):

« sacrilegos nuptiarum tamquam manifestos parricidas insuere culleo vivos vel exurere iudicantem oporteat » (*Cod. Theod.* 11,36,4).

Tutte queste fonti fanno pensare che probabilmente Costantino e poi i suoi successori abbiano introdotto una repressione più severa dell'adulterio non perdonato. Ciò peraltro risultava – per il profilo della gravità dell'illecito – anche conforme alla punizione ecclesiastica di detta condotta illecita, considerata gravissima nell'ordinamento canonico coevo.

Che proprio Costantino sia intervenuto per tale inasprimento può essere ben ricavato anche dalla circostanza che lo stesso Giustiniano a quell'imperatore si riferisce nella *Nouella* 134,10:

« ... si quando vero crimen adulteriis probetur, iubemus illas poenas peccantibus inferri, quas Constantinus divinae memoriae disposuit ».

Infine la stessa *Cod. Theod.* 11,36,4 (appena riportata), che richiamava ad una repressione rigorosa dell'adulterio, se certamente dimostrato, tanto da escluderne la *provocatio*, nella parte conclusiva (« cum pari similique ratione sacrilegos nuptiarum tamquam manifestos parricidas insuere culleo vivos vel exurere iudicantem oporteat »), viene richiamata nella *Cod. Iust.* 9,9,29, la quale modifica la modalità di esecuzione della pena di morte originaria. La norma giustiniana riproduce la frase finale con l'espressione: « sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet ».

Tutto ciò poteva indurre il marito tradito al perdono. Che peraltro era stato già consigliato – come abbiamo visto sopra – già

dal *Pastore d'Erma* (II sec.). A favorire questa facoltà rispondeva la legge di Costantino che aveva abolito per il marito l'obbligo dell'azione repressiva dell'adulterio.

Nella materia dunque la legislazione imperiale privilegiava la stabilità dell'unione secondo i seguenti principi:

- a. Parità di uomo e donna.
- b. Limitazione dei casi di ripudio.
- c. Esclusione del passaggio a nuove nozze per la donna responsabile del divorzio e per l'uomo esclusione o limitazione temporanea di nuove nozze e comunque gravi penalità di natura patrimoniale.
- d. Riduzione con la minaccia di pene gravissime dell'adulterio e nel contempo possibilità di perdono dell'adultera.
- e. Privilegiare solo l'interesse alla punizione del marito e dei parenti stretti della adultera.

La disciplina costantiniana viene recepita nel tempo dai successivi imperatori e definitivamente fissata da Giustiniano in *Nouella* 84,10, che la trasmetterà ai secoli successivi nella forma seguente:

« Si quando vero adulterii crimen probetur, iubemus illas poenas peccantibus inferri, quas Constantinus divae memoriae disposuit; et illis similibus subiiciendis poenis, qui medii (aut) ministri huiusmodi impio crimini facti sunt. De substantia vero adulteri, si habeat uxorem, dotem et propter nuptias donationem ei salvari ... residuam vero eius substantiam, si quidem sint ascendentes au descendentes usque ad tertium gradum, accipiant hi secundum ordines et gradus, si vero non sint huiusmodi aliqui, fisco applicari haec iubemus.

1. Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterio mitti. Et si quidem intra biennium recipere eam vir suus voluerit, potestatem ei damus hoc facere et copulari ei, nullum periculum ex hoc metuens, nullatenus propter ea quae in medio tempore facta sunt nuptias laedi. Si vero praedictum tempus transierit, aut vir prius quam recipiat mulierem moriatur, tondi eam et monachicum habitum accipere et habitare in ipso monasterio in omni propriae vitae tempore ».

La moglie adultera non verrà più giustiziata, ma rinchiusa in un monastero, dal quale entro due anni potrà essere ripresa dal marito in caso di perdono; viceversa – e così anche in caso di morte del marito durante la pendenza del biennio – trascorrerà il resto della vita in monastero come monaca.

Tutte dette disposizioni sono evidentemente finalizzate alla tutela del vincolo matrimoniale impedendo sostanzialmente che possa costituirsi un secondo matrimonio dopo il ripudio o il divorzio.

##### 5. *Matrimoni misti.*

In ambito cristiano, sia in Oriente che in Occidente, vennero sin dal III secolo inibiti i matrimoni misti tra fedeli e non fedeli, ebrei o pagani. Tuttavia mentre appaiono chiare e rigorose le sanzioni per chi avesse violato il divieto, non appare parimenti espressamente prevista la conseguenza della invalidità di dette unioni.

Viceversa il principio del diritto romano, che collegava unicamente alla specifica capacità relativa matrimoniale (*connubium*) l'accesso al matrimonio dello *ius civile*, faceva sì che sino al secolo IV non sussistesse un divieto di matrimoni misti per motivi di religione o di razza. Solo a partire dall'imperatore Costanzo (nel 339 con *Cod. Theod.* 16,8,6) troviamo norme forse limitative delle unioni matrimoniali per motivi di religione e di appartenenza all'Impero.

Successivamente, in Oriente, la normativa canonica viene recepita e organizzata in norme imperiali da Teodosio I e dai suoi successori bizantini. Viceversa, nell'ambito dei regni germanici che nell'Altomedioevo vennero stabiliti nella *Pars Occidentis* dell'Impero, gli stessi divieti saranno riconfermati nei canoni conciliari, soprattutto francesi e spagnoli, e nelle false decretali.<sup>32</sup>

5.1 I matrimoni misti (tra un cristiano o cristiana ed un non cristiano o una non cristiana; quindi ove una parte fosse pagana, ebrea o barbara) sono inibiti presso le comunità cristiane dei primi secoli: essi sono sconsigliati innanzitutto da S. Paolo (*1 Cor.* 7,12-16). Tertulliano considera adulterio il matrimonio con un infedele:

---

<sup>32</sup> Sulla formazione del sistema dell'*utrumque ius* (diritto secolare romano e dei regni germanici e, d'altro lato, diritto canonico coordinati dalla unica legittimazione rappresentata dallo *ius divinum*) e sulle modalità e limiti della precedente recezione del diritto romano nel diritto canonico dell'Altomedioevo e, in particolare, sulla tradizione dei canoni conciliari già recepiti in costituzioni imperiali cf. G.L. Falchi-B.E. Ferme, *Introduzione alle fonti...*

« Haec cum ita sint, fideles gentilium matrimonia subeuntes stupri reos esse constatet arcendos ab omni communicatione fraternitatis, ex litteris Apostolis (*1 Cor.* 5,11)... »<sup>33</sup>

Così dice anche S. Gerolamo:

« ... iunguntur gentilibus et templa Christi idolis prostituunt ».<sup>34</sup>

Ugualmente Cipriano considera una tale unione affetta da colpa grave:

« ... jungere cum infidelibus vinculum matrimonii, prostituere gentilibus membra Christi ».<sup>35</sup>

Si noti che il passo venne poi ripreso e citato da S. Agostino.<sup>36</sup> Lo stesso Agostino ribadisce la sua contrarietà ai matrimoni misti in una lettera:

« Augustinus ad Benenatum, de eadem puella in matrimonium non tradenda nisi viro catholico ... Et quot iam audivi quod de negotio illo transigere cogitas, si verum est (quod miror, si verum est), nostri quemadmodum debeas episcopali paternitate catholicae Ecclesiae providere; ut non cum quolibet id agas, si tamen, ut dixi, verum est quod audivi, sed potius cum domo catholica, cuius non solum nullam adversitatem, verum etiam fidele adiutorium habere possit ecclesia ».<sup>37</sup>

L'esortazione è ripetuta anche nella lettera a Rustico:

« Si enim tu, cum certissime noveris, etiamsi nostrae absolutae potestatis quamlibet puellam in coniugium tradere, tradi a nobis christianam nisi cristiano non posse; nihil tamen mihi tale de filio tuo quem adhuc paganum audio, promittere voluisti: quanto magis ego, propter illa quae in epistola memorati fratris mei legere poteris, quidquam de illius puellae connubio spondere non debeo, etiamsi quod dixi de filio tuo non tantum promissum tenere, sed iam etiam factum esse gauderem ? ».<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Tert., *uxor.* 2,3 (PL 1, c. 1405).

<sup>34</sup> Hier., *adv. Iovin.* 1,10 (PL 23, c. 234).

<sup>35</sup> Cyr., *laps.* 6 (PL 4, c. 483).

<sup>36</sup> Aug., *adult. coniug.* 1,21 (PL 40, c. 465).

<sup>37</sup> Aug., *ep.* 253 (PL 33, c. 1069).

<sup>38</sup> Aug., *ep.* 255 (PL 33, c. 1070).

La posizione di S. Agostino è contraria ai matrimoni misti ed anzi si evince dalle epistole citate che fosse compito pastorale del vescovo impedirli e viceversa favorire solo matrimoni celebrati entro la comunità cristiana. Infatti dai matrimoni all'interno della stessa comunità cristiana avrebbe tratto vantaggio e vigore la Chiesa. Questa era una posizione radicata e la unione mista era considerata quasi una profanazione.

Meno rigide ma più realistiche, rispetto a questa posizione estrema, appaiono comunque da alcune affermazioni di S. Ambrogio, S. Gerolamo e S. Agostino, i quali, pur contrari ai matrimoni misti, li considerano frequenti in una società, diremmo oggi, multiculturale. Ciò potrebbe essere indicativo di un progressivo alleggerimento della assoluta iniziale contrarietà; occorre infatti considerare che la antica ostilità probabilmente era dovuta anche alla circostanza che la comunità cristiana viveva nell'ambito di una società pagana ostile, diversa per cultura e visione del mondo nonché verso di essa intollerante; successivamente la comunità cristiana viene collocata al centro dell'Impero, di cui costituirà la religione ufficiale.

In particolare S. Ambrogio afferma:

« Nam cum ipsum coniugium velamine sacerdotali et benedictione sanctificari oporteat, quomodo potest coniugium dici, ubi non est fidei concordia? Cum oratio communis esse debeat, quomodo inter dispaes devotio potest esse coniugii communis charitas? Saepe plerique capti amore feminarum fidem suam prodiderunt » (*ep.* 19,7).

Dunque la ragione ostativa alle unioni miste era principalmente rappresentata dall'impossibilità di costituzione di una vita coniugale, caratterizzata dalla comunione anche morale e religiosa che deve essere specifica della relazione fondativa di una famiglia cristiana.

Tale idea viene applicata nel 385 da Ambrogio appunto nell'*ep.* 19 ora citata e che era indirizzata a Vigilio neovescovo di Trento, il quale veniva richiamato sull'argomento dei matrimoni misti tra *Romani* e *alienigenae*, che egli intendeva quali appartenenti a diverso gruppo etnico e diversa comunità religiosa. Anzi detto termine poteva nel contesto essere inteso anche come equivalente di eretica, non cattoica. Continuava Ambrogio:

« sed prope nihil gravius quam copulari alienigenae, ubi libidinis et discordiae incentiva et sacrilegii flagitia conflantur ».<sup>39</sup>

Si è discusso sull'estensione del significato del termine *alienigena*: cioè se si trattasse di una donna non Romana, pagana, ebrea, eretica. Comunque è lo stesso S. Ambrogio a precisarne un significato specifico nel senso di eretica, da accomunarsi a quello di donna comunque non cristiana:

« cave, christiane ... gentilem, aut Iudaeam atque alienigenam, hoc est haereticam, et omnem alienam a fide tua arcessas tibi ».<sup>40</sup>

Nel contesto l'esempio biblico classico portato ed esposto poi diffusamente da S. Ambrogio è quello di Sansone e Dalila.

Non diversamente dalla tradizione Patristica la disciplina canonica coeva precludeva ai cristiani i matrimoni misti, ivi compresi espressamente anche quelli con gli ebrei.

Così il Concilio di Elvira (303) al can. 16 stabiliva:<sup>41</sup>

« De puellis fidelibus ne infidelibus coniungantur. Haeretici si se transferre noluerint ad ecclesiam catholicam, ne ipsis catholicas dandas esse puellas; sed neque iudaeis neque haereticis dare placuit,

<sup>39</sup> Ambr., *ep.* 19,7 (PL 16, c. 984).

<sup>40</sup> Ambr., *Abr.* 1,9,84 (PL 14, c. 451). Diverso era il pensiero riferibile all'*Ambrosiaster*, che rimarcava la superiorità dell'uomo sulla donna per due motivi principali: a. *quia femina ex viro est*; b. *et quia per ipsam intravit peccatum*. L'*Ambrosiaster* quindi nota che la donna non poteva avere, nella materia, un trattamento pari rispetto all'uomo: *Ante Iuliani edictum mulieres viros suos dimittere nequibant. Accepta autem potestate coeperunt facere quod prius facere non poterant; coeperunt enim cottidie licenter viros suos dimettere, ubi latuit fatum tantis temporibus? ... hic enim in urbe Roma et finibus eius ... licet mulieribus viros suos dimittere ... : Quaest. 115,12.16 (Ambrosiaster, Contre les Pâiens et Sur le Destin, ed. M.-P. Bussi eres, [SC 512], Paris 2007, pp. 164-168). Ove si  e dubitato se si faccia riferimento all'*Editto di Salvio Giuliano* (Heggelbacker), ad una disposizione di Giuliano l'Apostata o, infine, ad una deformazione di *lex iulia (de adulteriis coercendis)*. Riterrei quest'ultima la lettura pi  accettabile. Cf. sulla problematica J. Gaudemet, *Le droit romain...*, pp. 108-110; sul pensiero di S. Agostino circa l'organizzazione familiare: *ibidem*, p. 154.*

<sup>41</sup> Per un approfondimento cf. P. Lombardia, *Los matrimonios mixtos en el Concilio de Elvira, Notas para la historia del matrimonio canonico*, in *AHDE* 24(1954), p. 556. J. Gaudemet, *Il matrimonio...*, p. 49.

eo quod nulla possit esse societas fideli cum infideli. Si contra interdictum fecerint parentes, abstineri per quinquennium placet ».

Il canone è interessante perché dalla lettura di esso si possono ricavare diversi principi relativi al matrimonio canonico: a. erano precluse le nozze tra donne cristiane e, d'altro lato, ebrei ed eretici; b. era però concesso un tale matrimonio se l'eretico si fosse convertito; c. del matrimonio delle figlie erano responsabili i genitori: evidentemente essi non avrebbero dovuto prestare la autorizzazione alle nozze.

I Concili di Elvira (del 303) can. 15 e 17 e di Arles (del 314) can. 11 vietano le nozze con i pagani<sup>42</sup> e condannano chi celebri tali matrimoni e scomunicano *ad tempus* i colpevoli; successivamente quello di Laodicea (sec. IV) can. 31<sup>43</sup> sconsiglia ai genitori di consentire nozze miste e, infine, quello di Calcedonia<sup>44</sup> al can. 14 richiede la conversione del non cattolico.

Non solo, ma viene in evidenza anche il concubinato tra un cristiano sposato ed una concubina non cristiana: anche tale relazione è assolutamente vietata. Ciò era stabilito già nel Concilio di Elvira al can. 78:

« de fidelibus coniugatis si cum iudaea vel gentili moechaverint. Si quis fidelis habens uxorem cum iudaea vel gentili fuerit moechatus, a comunione arceatur. Quod si alius eum detexerit, post quinquennium acta legitima poenitentia poterit dominicae sociari comunioni ».

---

<sup>42</sup> Questi concili riflettono l'irrigidimento della comunità cristiana in materia. Il passaggio si può ricondurre alla posizione espressa da Tertulliano (per il quale il matrimonio con un pagano sarebbe stato considerato alla stregua di adulterio). Da evidenziare che però i concili non dicono invalidi i matrimoni in questione. Il che suggerisce che alla originaria posizione di S. Paolo (*1 Cor.* 7,12-16), il quale si era limitato a sconsigliare detti matrimoni, si sovrappose un aggravamento in una vera e propria proibizione sanzionata: probabilmente si voleva perseguire il bene rappresentato da una piena partecipazione delle famiglie alla vita della comunità cristiana.

<sup>43</sup> Il concilio di Laodicea (antica città dell'Asia Minore presso l'odierna Denizli) si svolse nel IV sec.

<sup>44</sup> Il concilio di Calcedonia (antica città della Bitinia presso l'odierna Kadikoy di Istanbul) si svolse nel 451 e fu ecumenico.

In pratica è la medesima pena canonica prevista dal can. 69, sempre del concilio di Elvira, per l'adulterio tra cristiani: sempre 5 anni di scomunica. Evidentemente il concubinato era equiparato all'unione coniugale agli effetti della tutela del carattere della monogamicità matrimoniale.

La lettura del concilio di Arles can. 11 (« de puellis fidelibus quae gentilibus iunguntur placuit ut aliquanto tempore a communione separentur ») suggerirebbe un divieto espresso per le sole donne coniugatesi con un pagano. Il che potrebbe indurre a pensare che il divieto si ispirasse – in considerazione della situazione di soggezione giuridica della moglie al marito – anche a motivi di tutela della libertà religiosa (per evitare quindi una conversione forzata della moglie al paganesimo) e di tutela della educazione cristiana della prole. Del resto abbiamo già visto esponendo il pensiero patristico che uno dei principali motivi ostativi era l'impossibilità di una vita familiare comunitaria alla luce della fede.

Possiamo concludere che all'epoca di Costantino i matrimoni misti fossero comunque riprovati dalle comunità cristiane, sanzionati e certamente non agevolati. Nella tradizione conciliare successiva dell'Alto Medioevo in Occidente, e segnatamente in Francia e Spagna, l'antico divieto verrà sempre ribadito (vedi i significativi concili francesi di Orléans II del 533 can. 19 e III del 538 can. 14, di Clermont del 535 can. 6, di Meaux e Parigi del 845-846 can. 73, e spagnoli di Toledo III del 589 can. 14, 4 del 633 can. 63).

5.2 I matrimoni misti sono presi in considerazione dagli imperatori romani solo a partire da Costanzo. La politica legislativa in materia di legittimazione al matrimonio misto tra cristiani e, d'altro lato, ebrei, pagani e barbari trova tre statuizioni significative, rispettivamente, sotto Costanzo (*Cod. Theod.* 16,8,6), sotto Valentiniano (*Cod. Theod.* 3,14,1) e sotto Teodosio il Grande (*Cod. Theod.* 3,7,2).

Viceversa Costantino si astenne dall'intervenire in materia. Ma ciò non deve stupire perché in fondo era conforme alla laicità dello Stato proclamata con l'*Editto di Tolleranza*.

5.2.1 È dunque di Costanzo la costituzione *Cod. Theod.* 16,8,6 (dell'anno 339), con la quale – secondo una diffusa esegesi del testo – viene vietato il matrimonio tra una donna cristiana e un uomo ebreo (ma evidentemente era però possibile il contrario). Proprio questa formulazione della legge parrebbe ricondurre la stessa

nell'ambito della tutela della libertà di religione a garanzia della donna cristiana e della prole nata dall'unione.

« Imp. Constantius ad Evagrium. Post alia: quod ad mulieres pertinet, quas Iudaei in turpitudinis suae duxere consortium in gineceo nostro ante versatas, placet easdem restitui gynaeceo idque in reliquum observari, ne Christianas mulieres suis iungant flagitiis vel, si hoc fecerint, capitali periculo subiungentur ».

Gli studiosi, per la verità pochi, i quali hanno analizzato la costituzione, concludono per una portata generale della legge; così alcuni giungono a sostenere che essa avrebbe rappresentato la prima norma inibitrice di matrimoni misti per motivi religiosi.<sup>45</sup> Anche l'Albanese interpreta la norma sempre in prospettiva generalizzata, come divieto di intrattenere rapporti sessuali tra ebrei e cristiane; si tratterebbe in fondo di una norma razzista.<sup>46</sup>

Mi pare però più accettabile – per procedere ad una adeguata esegesi della legge – la prudente posizione espressa dal Pharr, il quale, nella sua traduzione in lingua inglese, non tratta minimamente di matrimonio nel caso, in ciò attenendosi alla lettera del testo.<sup>47</sup>

Il Gotofredo, che tra i primi ne fece una esegesi, vi legge un divieto matrimoniale, la cui *ratio* consisterebbe nel sottrarre la donna cristiana alla negativa influenza del marito ebreo allo scopo di preservarne la libertà religiosa.

« Et hac lege eadem capitali poena proposita nuptias contrahere Iudaeum cum cristiana interdicat. Iudaeum, inquam, cum christiana. At non exprimit virum et Christiano Iudaeam ducere liceat. Et vero si Constantii mentem bene capio, id haud aeque prohibuisse videtur, hac puto ratione, quod hic seductionis metus cessare videatur, qui utique iustus est, Christiana Iudaeo nubente, et sic

---

<sup>45</sup> *El impedimento comenzó por motivo religioso cristiano con una constitución del Emperador Constancio; y se dió en ese momento entre judío y cristiana, no, viceversa* : O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970, p. 212; cf. anche J. Gaudemet, *L'Eglise dans l'Empire Romain*, Paris 1958, p. 629, n. 7.

<sup>46</sup> Cf. B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 424.

<sup>47</sup> C. Pharr, *Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitution*, Princeton 1957, p. 467. Per un approfondimento sulla interpretazione di *Cod. Theod.* 16,8,6 cf. G.L. Falchi, *La legislazione imperiale circa i matrimoni misti fra cristiani ed ebrei nel IV secolo*, in *Atti Acc. Romanistica Costantiniana* 7 (1988), pp. 203ss.

maritali vi facile cessura, haud aliter atque servum Christianum potestati dominicae cessurum vetus est. At non tam facile est, ut uxorius ambitus virilem subigat vigorem ».<sup>48</sup>

Questa prospettiva della tutela della libertà religiosa della donna cristiana, oltre che essere diffusa nella considerazione dei canoni conciliari (che abbiamo riportato sopra), è anche coerente con la politica legislativa di Costantino (che Costanzo conferma) volta appunto a garantire la libertà delle scelte religiose in concreto e nella quotidianità delle relazioni sociali.

Già Gotofredo riconduceva peraltro *Cod. Theod.* 16,8,6 ad un frazionamento dalla coeva *Cod. Theod.* 16,9,2 (divieto di possedere schiavi cristiani per gli ebrei: il semplice acquisto e possesso di un « mancipium sectae alterius seu nationis », diverse dall'ebraica, venivano puniti con la confisca del servo; la conversione di uno di essi alla religione ebraica con la pena di morte).

Probabilmente la ricomposizione del comando consente di concludere che nel caso Costanzo intendesse difendere la libertà religiosa di schiavi e donne gineciarie disponendone la liberazione ove fossero in possesso o nella sfera di ebrei.

Le donne in questione – come si legge in *Cod. Theod.* 16,8,6 – erano infatti gineciarie, cioè addette agli opifici tessili dell'imperatore. Esse potevano essere sia libere sia schiave ed erano ascritte alla corporazione dei gineciarii senza alcuna possibilità di sottrarsi (e secondo le rigide regole introdotte da Diocleziano vi erano a vita ascritte con obbligo di celebrare le proprie nozze entro la corporazione stessa). Sappiamo che l'imperatore Licinio, quando governava in Oriente, fece ascrivere punitivamente e forzatamente un gran numero di donne libere cristiane ai detti opifici. Probabilmente con *Cod. Theod.* 16,8,6 Costanzo ordinava agli ebrei di restituirle agli opifici.

Del resto il fenomeno di occultazione e appropriazione di schiavi e schiave gineciarii doveva essere diffuso, come dimostra la emanazione di *Cod. Theod.* 10,20,2 (del 357), la disposizione sempre da parte di Costanzo della restituzione dei gineciarii agli opifici.

---

<sup>48</sup> J. Gothofredus, *Commentarium in Codex Theodosianus*, Lipsiae 1743, Meidmanni, vol. VI, p. 244.

In conclusione le donne cristiane, sottratte al gineceo e convertite all'ebraismo e forse anche sposate ad ebrei, avrebbero dovuto essere restituite, al pari degli schiavi cristiani, agli opifici imperiali.

Per entrambi la *ratio* della norma è la tutela della libertà di scelta religiosa (oltre che il tornaconto evidente dell'imperatore a mantenere la consistenza della manovalanza nei propri opifici tessili, anche attraverso il controllo della capacità matrimoniale di gineciarii e gineciarie limitata ai soli membri della corporazione).

5.2.2 Diverso è il fondamento ideologico della costituzione emanata da Teodosio I, ispirata al confessionalismo di Stato. Così, essenzialmente con riferimento ai matrimoni misti, Teodosio vieta quelli con ebrei (uomini o donne) per motivi religiosi e probabilmente su suggestione di S. Ambrogio, come già notava Gotofredo,<sup>49</sup> con *Cod. Theod.* 3,7,2 (del 388) riferita a Valentiniano, Teodosio e Arcadio, indirizzata a Cinegio prefetto del pretorio e data a Tessalonica. La legge venne conservata anche nel *Breviarium Alaricianum* e munita di *Interpretatio* da parte dei Visigoti:

« Ne quis christianam mulierem in matrimonio Iudaeus accipiat, neque Iudaeae Christianus coniugium sortiatur. Nan si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata. Interpretatio Wisigothica.

Legis huius severi tate prohibetur, ut nec Iudaeus Christianae matrimonio utatur, nec Christianus homo Iudaeam uxorem accipiat. Quod si aliqui contra vetitum se tali coniunctione miscuerint, noverint se ea poena, qua adulteri damnantur, persequendos, et accusationem huius criminis non solum propinquis, sed etiam ad persequendum omnibus esse permissum ».

La costituzione è geminata con *Cod. Theod.* 9,7,5 (che riproduce il testo in modo identico nella *sedes materiae* della repressione dell'adulterio, da cui del resto è imitata la sanzione della pena capitale), che è accompagnata tuttavia da una *interpretatio Wisigothica* in forma diversa e più sintetica:

« Nec Iudaeus Christianam nec Christianus Iudeam ducat uxorem. Quod si fecerit, cuiuslibet accusatione velut in adulteros vindicetur ».

<sup>49</sup> Cf. J. Gothofredus, *Commentarium...*, vol. I, p. 320.

La legge venne recepita oltre che nella *Lex Romana Wisigothorum* anche nella *Lex Romana Burgundionum* e nella *Lex Raetica Curiensis* (3,7,2) e infine nel *Cod. Iust.* 1,9,6.

Gotofredo riporta in questo caso la inibizione dei matrimoni misti alla impossibilità (come abbiamo visto sopra, denunciata anche da S. Ambrogio) di costituire una vita in comune ispirata ad una condivisione della medesima cultura religiosa:

« Cum autem huius prohibitionis planes sint rationes, ea hic proposita fuit Imperatori, periculum seductionis: qua ipsa ratione Iudaeus Christiani educationem habere non potest ... Item nec Christianum mancipium Iudaeus habere poterit ».<sup>50</sup>

Del resto sempre Teodosio, con una costituzione (conservata in *Cod. Iust.* 1,9,7) del 393 e indirizzata al *Comes Orientis* reprimeva le consuetudini matrimoniali ebraiche, ritenute non conformi alla cultura del matrimonio romana e canonica (si colpiva in particolare il levirato ebraico considerato contrario al principio di monogamicità):

« Nemo Iudaeorum morem suum in coniunctionibus retinebit nec iuxta legem suam nuptias sortiatur nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat ».

5.2.3 In precedenza, ma probabilmente non per la affermazione di principi di fede, erano stati vietati i matrimoni misti con barbari (allora di regola pagani)<sup>51</sup> a seguito della emanazione di *Cod. Theod.* 3,14,1 di Valentiniano e Valente (dell'anno 370):

« Nulli provincialium, cuiuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore coniugium, nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quod si quae inter provinciales atque gentiles adfinitates ex huiusmodi nubtiis extiterint, quod in his suspectum vel noxium detegitur, capitaliter expietur ».

La costituzione è del 370 (come ritiene Gotofredo) o al massimo del 373. Viene emanata da Valentiniano e Valente (il cui comune

<sup>50</sup> J. Gothofredus, *Commentarium...*, vol. I, p. 320.

<sup>51</sup> Sulla problematica dei matrimoni tra Romani e barbari nel Tardo antico cf. in generale: R. Soraci, *Ricerche sui connubia tra Romani e Germani nei secoli IV-VI*, Catania 1974; É. Demougeot, *Le connubium et la citoyenneté conférée aux soldats barbares du Bas-Empire*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, Napoli 1984, pp. 1633-1643; M.G. Bianchini, *Ancora in tema di unioni tra Barbari e Romani*, in *ARC* 7(1988), pp. 225ss.

consolato consente la datazione) e viene inviata a Teodosio *magister equitum*, il padre di Teodosio il Grande. Gotofredo, nel suo *Commentario*, escluse che il divieto fosse da ricondurre a motivazioni religiose (« Gentiles ... non dicuntur respectu fidei, seu religionis, seu non sunt pagani, vel infideles, quod plerique credunt, ... verum respectu Romanorum, Barbari, quomodo et h.l. vocantur ... »).

Nel caso si trattava probabilmente di limitare i matrimoni con non cittadini e forse in particolare con le popolazioni che venivano ospitate entro i confini dell'impero. Ovvero, si è ritenuto, anche con i militari barbari che prestavano servizio a favore dell'impero: un indizio in tal senso potrebbe essere ricavato dalla circostanza che il destinatario della legge sia appunto un comandante militare, il *magister equitum* Teodosio.

È inoltre significativo al riguardo che nella *Lex Romana Wisigothorum* non si parli più di *provinciales* ma di *Romani*. Probabilmente per i Visigoti la contrapposizione poteva correre tra Romani e non Romani, quali erano le popolazioni germaniche occupanti.

A favore di questa interpretazione potrebbe militare la circostanza storica, che il re Visigoto Leovigildo, alla fine del VI sec. appena prima del concilio di Toledo del 589 (che segnò la conversione dei Visigoti al cattolicesimo), abrogò la nostra legge, che era stata conservata nella *Lex Romana Wisigothorum*, con queste parole:

« Ut tam Goto Romanam, quam Romano Gotam matrimonio liceat sociari » (*Lex Romana Wisigothorum* 3,1,1).

Queste considerazioni conducono ad aderire alla osservazione di Gotofredo, secondo la quale nel caso era assente nel Legislatore un intento di origine religiosa. Del resto la adozione del cristianesimo come culto dell'Impero ad opera di Teodosio I interverrà solo un decennio dopo la nostra legge. Si può semmai osservare una convergenza degli interessi disciplinari della Chiesa e dell'Impero.

Si può dunque concludere che il divieto canonico di matrimoni misti venne pienamente recepito e sanzionato dagli imperatori, ma solo a partire dal 388, successivamente alla affermazione del confessionalismo di Stato: dopo tale data la legittimazione a contrarre matrimonio correva solo tra soggetti giuridici liberi e cristiani (quali erano tenuti ad essere i cittadini dell'Impero).

Prima di allora non sussisteva tale principio nell'ordinamento secolare, che era viceversa ispirato al principio di scelta e di libera

adesione alla religione. Una limitazione ingiustificata della legittimazione a celebrare il matrimonio per motivi di fede avrebbe chiaramente violato tale principio: tant'è che alla tutela della libertà religiosa della donna è finalizzata la costituzione di Costanzo sopra esaminata (*Cod. Theod.* 16,8,6) che è appunto frazionata da *Cod. Theod.* 16,9,2. finalizzata anche essa a difendere la libertà religiosa degli schiavi cristiani in dominio di ebrei. La situazione mutò radicalmente dopo la proclamazione da parte di Teodosio I della confessionalità dell'Impero.

#### 6. *Forma.*

Certamente l'essenza del matrimonio cristiano, come del resto di quello romano, è rappresentata dalla consensualità, dal consenso cioè prestato liberamente da due persone di genere sessuale diverso e giuridicamente capaci. Il solo consenso è sufficiente a costituire il matrimonio e la redazione degli strumenti dotali, di regola, non viene mai richiesta *ad essentiam*.

6.1 Viceversa l'adozione di una forma, richiesta ad es. già dal Concilio di Laodicea can. 1,<sup>52</sup> si deve collegare più che con la costruzione teorica del modo di perfezionamento del patto matrimoniale, col divieto e la prevenzione di matrimoni clandestini, che da sempre avevano presentato una preoccupazione per la Chiesa. Tanto più che la solennità nuziale valeva a rendere certa la condizione delle parti.

Questa esigenza fu particolarmente sentita ad es. da S. Leone (che per aversi matrimonio richiedeva la presenza di una donna libera, della attribuzione della dote e la celebrazione appunto di nozze pubbliche). Questa posizione corrisponde all'orientamento consolidatosi nel tempo, di Tertulliano, Arnobio, Ambrogio, Agostino. Quest'ultimo spesso citava, riferendosi al rito nuziale, le tavolette contenenti, secondo l'uso romano, gli strumenti dotali.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Cf. per un approfondimento: L. Anné, *La conclusion du mariage dans la tradition et le droit de l'Eglise latine jusqu'au VI siècle*, in *ETHL* 12(1935), pp. 513-550; A.L. Ballini, *il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all'età giustiniana*, Milano 1939.

<sup>53</sup> Sulla rilevanza della redazione degli strumenti dotali (*tabulae*) in ambito cristiano cf. J. Gaudemet, *Il matrimonio...*, pp. 45s.; esse hanno rappresentato essenzialmente degli strumenti *ad probationem*. La Chiesa

Se quindi era consigliata una celebrazione pubblica, essa tuttavia non venne però mai considerata, nell'ambito della Chiesa, un elemento essenziale per la costituzione del matrimonio. Mai in ambito cristiano venne reputato invalido un matrimonio perché privo dell'elemento formale. Sotto tale profilo quindi il principio giuridico canonico era perfettamente corrispondente con quello imperiale coevo. Si tenga presente che all'epoca i modelli matrimoniali (e le relative modalità costitutive) entro l'impero erano essenzialmente due. Di esse una, basata su un sostanziale acquisto della donna, era minoritaria e trovava applicazione di regola nell'Oriente Mediterraneo. L'altra era quella greco-romana basata sulla consensualità.

Esse sono ambedue ancora attestate nel *Libro Siro-Romano* di diritto (probabilmente del sec. V),<sup>54</sup> ove vengono descritte le due forme, quella basata sugli strumenti dotali (che adombra una forma di acquisto del potere sulla donna da parte del marito) e quella basata sul nudo consenso dei due sposi accompagnato dalla *fides* (in pratica la pubblicità creata dalla pompa della festa nuziale).

Vi vengono anche descritti i diversi usi dei popoli occidentali (probabilmente i greci e i cittadini delle πόλεις dell'Oriente Mediterraneo, che vivono secondo il diritto imperiale) ed orientali (probabilmente i popoli delle regioni mediorientali, gli abitanti della χώρα, che seguivano usi propri).

Gli Occidentali imposero la consensualità romana con una reiterata serie di leggi; la necessità di tale reiterazione indica il grado di resistenza dei popoli mediorientali. Comunque per il pensiero cristiano, alieno dall'idea dell'acquisto della donna e della necessità della copula per il perfezionamento delle nozze, la legislazione imperiale fu un elemento di difesa e diffusione della concezione puramente consensuale del matrimonio, conforme all'insegnamento della Chiesa.

---

comunque tentava di imporre concretamente una qualsivoglia forma di pubblicità col limite del rifiuto di pratiche pagane. Per il diritto romano si veda C. Castello, *Lo strumento dotale come prova del matrimonio*, *SDHI* 4(1938), pp. 208ss.

<sup>54</sup> Per una sintesi circa la tradizione del *Libro Siro-Romano* cf. G.L. Falchi *Sull'origine delle due classi di manoscritti del Libro Siro-Romano di diritto*, in *SDHI* 58(1992), pp. 143ss.

Pertanto la pompa nuziale era indicata sia nel diritto canonico che in quello secolare quale segno della celebrazione del matrimonio, ma *non ad essentialiam* se non in casi determinati (quali ad es. quelli che comportavano un mutamento di situazione giuridica del rapporto: era necessario in tal caso – come ad es. per il passaggio dal concubinato al matrimonio – costituire dote e strumenti dotali per il passaggio dal concubinato alla situazione di matrimonio).

Dei due tipi di matrimonio si tratta nel seguente paragrafo del *Libro Siro-Romano*:<sup>55</sup>

« Quod ad matrimonium vero hominum, *fernén* et *doreàn* quam scribunt uxor et vir inter se, sunt populi complures quibus non est mos ut utantur scriptura instrumentorum inter uxorem et virum quae vocantur *fernài*. Sed sufficit eis hoc tantum, ut cum *parrésia* spondeant mulieres et coronent eas corona gloriosa virginitatis, ut pace et gaudio ducant mulieres e domo parentum earum in domus suas ... » (L93 [P41b]).

Il passo riferisce dell'uso di molti popoli che celebrano le nozze con il semplice scambio del consenso tra gli sposi accompagnato da

---

<sup>55</sup> G.L. Falchi, *Matrimonio "cum scriptis" e "sine scriptis" nel Libro Siro-Romano di diritto*, in *SDHI* 61(1995), p. 884. Sulla problematica relativa alla persistenza dei principi romanistici di consensualità presso le comunità cristiane sotto l'Islam nell'Altomedioevo cf. G.L. Falchi, *Il diritto romano canonico nell'esperienza giuridica delle comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo*, in *Atti del IX Colloquio Internazionale Romanistica-Canonistica (Roma 1994)*, pp. 23-46. Sulla versione araba cf. C.A. Nallino, *παρησία e nozze senza scrittura nel Libro Siro-Romano di diritto*, in *Rivista degli Studi Orientali* 10(1923), pp. 58ss. Circa i due tipi di nozze cf. G. Lucchetti, *il matrimonio 'cum scriptis' e 'sine scriptis' nelle fonti giuridiche giustiniane*, *BIDR* 89/90(1992/3), pp. 325ss.; M. Sargenti, *La forma del matrimonio nella legislazione tardo imperiale romana*, in *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, Milano 1978, vol. I, pp. 551ss. Infine circa la rilevanza degli aspetti patrimoniali nei due tipi di matrimonio cf. G. Vismara, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, Milano 1934, pp. 26ss. Di tale matrimonio *sine scriptis* trattano anche gli autori cristiani mediorientali del sec. XIII. Cf. Bar Hebraeus, *Ethicon* 8,4,1.6, ed. P. Bedjan, Paris-Leipzig 1898, pp. 135.138. Circa il matrimonio per acquisto della donna diffuso sin dall'epoca più antica nell'Oriente mediterraneo è utile il cf. di P. Koschaker, *Eheschliessung und Kauf nach alten Rechten*, in *Archiv Orientalní* 18(1950), pp. 210-296.

un ridotto, ma significativo cerimoniale (che in un'epoca successiva verrà formalizzato legislativamente nel diritto bizantino e in quell'ordinamento richiesto come elemento essenziale).

È bene ricordare anche la versione in arabo del medesimo brano (del XII secolo) così resa in italiano dal Nallino:

« Poiché molte persone contraggono matrimonio senza dote né dono nuziale e ciò divenne legge in alcuni paesi, e quelle persone non hanno consuetudine di scrivere gli strumenti nuziali, ma si limitano alla conoscenza di ciò da parte delle donne le quali fanno la domanda di matrimonio ed alla testimonianza reciproca della parentela, e poi la donna viene condotta con pompa e corona e divertimenti dalla casa di suo padre alla dimora di suo marito, noi ordiniamo che il Kadi permetta questa forma di matrimonio anche se essa non è diffusa, a quel modo che egli permette il matrimonio con scrittura » (Ar. 52).

Di tutta evidenza risulta, dalla lettura del testo, che questa forma di matrimonio *consensuale* è divenuta nel XII secolo, dopo un plurisecolare dominio islamico, una forma di matrimonio di *molte persone* e non più di *molti popoli* (come era nella versione dal greco al siriano, che è del sec.VIII). Il paragrafo del *Libro Siro-Romano* recepisce diritto imperiale romano. Ciò è confermato da *Cod. Theod.* 3,7,3, di Teodosio e Valentiniano, indirizzata a Hierio e data a Costantinopoli:

« Si donationum ante nuptias vel dotis in strumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipso rum consensu atque amicorum fide firmatur. Et cetera ... ».

Nel passo si legge esattamente (nella parte finale) quanto riportato nel *Libro Siro-Romano*. E tale orientamento valse sino a Giustiniano che ne riafferma la validità facendo riferimento appunto alla vetusta tradizione:

« Quia enim et antiquis promulgatum est legibus et a nobis ipsis sunt haec eadem constituta, ut nuptiae et extra dotalia documenta ex solo affectu valeant et ratae sint ... » (*Nouella* 74,4).

Fu pertanto una disposizione eccezionale in Occidente una *Nouella* di Maioriano (la 6 del 459) nella quale egli richiede gli

strumenti dotali per la validità del matrimonio. Essa venne immediatamente abrogata dal suo successore.

Solo con Giustiniano si inizia ad introdurre la forma quale elemento *ad essentiam* soprattutto in ragione della disparità di condizione sociale dei nubendi o a causa della posizione occupata nella società dagli sposi. E questo si consoliderà in via generale nelle codificazioni bizantine del sec. IX.

Ma in Occidente continuerà la tradizione teodosiana, della nuda consensualità, che verrà avvallata dalla Chiesa sino al Concilio di Trento. Prima di allora in Occidente diritto romano e canonico affrontarono la problematica con principi comuni.

#### 7. *Consenso dei genitori (del padre e della madre).*

In ambiente cristiano, come abbiamo appena visto, vi fu la accettazione in via generale della concezione romana del matrimonio consensuale, che risulta ben conosciuta in ambito Patristico, nella quale elemento costitutivo, oltre il reciproco consenso delle parti, era richiesta anche la *auctoritas* del *paterfamilias*.

Peraltro abbiamo visto sopra che, nei concili dei primi secoli, si consideravano responsabili i genitori per la celebrazione dei matrimoni dei figli e segnatamente delle figlie.

Questa necessità viene ammessa da Tertulliano, che richiama appunto quanto avviene nel diritto secolare:

« Nam nec in terris filii sine consensu patrum rite et iure nubunt ».<sup>56</sup>

Tuttavia – a differenza del diritto secolare, che dava rilevanza esclusiva alla volontà integratrice del solo *paterfamilias* al cui potere giuridico i membri della *familia* erano sottomessi – troviamo successivamente in ambito cristiano e specificamente in S. Agostino un rilievo per entrambi i genitori agli effetti del consenso.

Questa evidentemente è una ulteriore considerazione paritaria tra i coniugi (oltre quella relativa alla fedeltà, che abbiamo già esaminato) riguardo appunto la prole. Peraltro il ruolo materno nell'occasione della determinazione matrimoniale dei figli è ricordato chiaramente da Agostino:

« Fortassis enim quae nunc non apparet, apparebit et mater cuius voluntatem in tradendo filia omnibus, ut arbitror, natura praeponit,

<sup>56</sup> Tert., *uxor.* 2,8 (PL 1, c. 1409).

nisi eadem puella in ea iam aetate fuerit, ut iure licentiore, sibi eliget ipsa quod velit ... ».<sup>57</sup>

Si veda anche il rilievo per entrambi i genitori (padre e madre):

« Filium autem vestrum, quondam de legitimis enim et honestis nuptiis suscepisti, magis in patris quam in tua matris protestate quis nesciat? ».<sup>58</sup>

Evidentemente l'orientamento di S. Agostino marca il passaggio alla preminente rilevanza attribuita, per influenza cristiana, alla famiglia naturale (fondata sulla comunione del sangue) ed alla prevalenza di essa su quella prettamente giuridica e, quindi, al ruolo dei genitori affidato alla comunanza di vincoli di sangue più che alla soggezione giuridica al potere del *paterfamilias*, unico sovrano della *familia*, come avveniva in precedenza.

Nei concili si presuppone l'autorizzazione dei genitori, specie per le figlie (per le quali veniva considerato essere una doverosa protezione). Esso diviene così un assenso di valenza spiccatamente morale.

Tuttavia – atteso il diritto di famiglia imperiale ed il rango della donna – nessuna modifica poteva essere apportata, nell'ambito dell'ordinamento voluto da Costantino, al tratizio requisito dell'*auctoritas* del *paterfamilias*.

#### 8. *Concubinatio*.

La limitazione della presenza del concubinatio, allora assai diffuso nella società romana, fu un'altra linea di indirizzo della politica di Costantino in materia di famiglia, ove evidentemente veniva recepita l'esperienza della comunità cristiana e, soprattutto la applicazione del principio di monogamicità. Contro tale principio si poneva una relazione concubinaria in presenza di un legittimo matrimonio. Ciò era inibito dalla Chiesa. Lo fu anche da Costantino.

Si intendeva, nel mondo romano, per concubinatio l'unione stabile di un uomo e di una donna che non avessero la volontà continua ed effettiva di essere marito e moglie. Quest'idea – pittorescamente significata dall'espressione secondo la quale il matrimonio si regge

<sup>57</sup> Aug., *ep.* 254 (PL 33, c. 1070).

<sup>58</sup> Aug., *ep.* 262,11 (PL 33, c. 1082).

sull' *affectio*  mentre il concubinato sul  *dilectus*  – è ben rappresentata nel  *Digesto*  di Giustiniano ( *Dig. Inst.*  25,7,4;  *Dig. Inst.*  24,1,3,1).

Era possibile per l'uomo libero avere una o più concubine, le quali potevano essere sia donne, pure esse, libere sia schiave.

8.1 I nati da unioni con serve (da libero e schiava), i quali avrebbero seguito la condizione materna, costituiscono appunto fonte di preoccupazione in ambiente cristiano per Minucio Felice (il quale scrive circa nel 240 e Cipriano ne utilizza l'opera per l' *ad Donatum*  del 246), il quale in  *Octavius* <sup>59</sup> li considera figli predestinati a divenire schiavi perché nati da tali unioni.

L'argomento viene ripreso da S. Agostino in un  *sermo* , ove nuovamente compaiono le osservazioni di Minucio Felice e la considerazione in via generale di ogni concubinato (sia che preceda sia che sia successivo alle nozze) quale adulterio:

« Plures sunt qui sibi concubinas adhibent antequam uxores accipiant: et quia grandis multitudo est excommunicare omnes non potest episcopus ... quod sive ante uxorem, sive post uxorem, quicumque sibi concubinam adhibuerit, adulterium committit ... Denique etiam ex hoc agnoscimus non leve esse peccatum, ut quoscumque ipsae conceperint, non liberi sed servi nascantur. Unde etiam post acceptam libertatem, haereditate patris nulla lege et nullo ordine accipere permittuntur » (Aug., s. 288,5 [PL 39, cc. 2290-2291]).

Nel brano evidentemente si fa riferimento anche alla politica legislativa imperiale (da Costantino in poi, che esamineremo tra poco) che – allo scopo di preservare l'istituto della famiglia fondata sul matrimonio legittimo – escludeva che i figli generati da rapporti concubinari potessero avere il medesimo trattamento giuridico previsto dalla legge per i figli legittimi (esempio di legislazione destinata a durare in tutta Europa, tranne una breve parentesi nella Francia della Rivoluzione, sino agli anni Settanta dello scorso secolo).

8.2.1 Costantino escluse la possibilità per un uomo sposato di avere contemporaneamente alla moglie delle concubine. Evidente è l'influenza cristiana: infatti sarebbe stato lesa il principio di monogamicità dell'unione coniugale.

---

<sup>59</sup> Cf. Min. Fel.,  *Octavius*  28 ( *M. Minucii Felicis Octavius* , ed. C. Halm, [CSEL 2], Vienna 1867, pp. 40-42).

« Imp. Constantinus ad populum: Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinas penes se habere » (*Cod. Iust.* 5,26,1).

Tuttavia l'imperatore escludeva nel contempo (le due costituzioni qui considerate sono entrambe del 326) determinate categorie di donne (diremmo oggi, di facili costumi), frequentando le quali per proprio diletto non si sarebbe creata una situazione di concubinato vietata per gli uomini sposati:

« Imp. Constantinus A. Africano: Quae adulterium commisit, utrum domina cauponae an ministra fuerit, requiri debet. Et ita obsequio famulata servili, ut plerumque ipsa intemperantiae vina praebuerit: ut, si domina tabernae fuerit, non sit a vinculis iuris excepta, si vero potantibus ministerium praebuit, pro vilitate eius quae in reatum deducitur accusatione exclusa liberi qui accusantur abscedant, cum ab his feminis pudicitiae ratio requiratur, quae iuris nexibus detinentur et matris familiae nomen obtinent, hae autem immunes ab iudiciaria severitate praestentur, quas vilitas vitae dignas legum observatione non credit » (*Cod. Iust.* 9,9,28).

In pratica, secondo gli usi mondani di allora (ma nella stessa ottica funzionavano le moderne case di tolleranza in presenza di una legislazione favorevole alla famiglia legittima e repressiva dell'adulterio), accompagnarsi con una donna di simile vile condizione non avrebbe infranto il divieto costantiniano a meno che non si trattasse di donna che favorisse la prostituzione di altre donne (forse la mezzana contemplata da Costantino come giusta causa di divorzio rispetto alla moglie?).

La repressione costantiniana venne contemporaneamente accompagnata anche da una politica premiale incentrata su alcuni elementi chiave:

- a. disciplina di favore per i nati da unioni legittime;
- b. trattamento peggiore per i figli nati da rapporti concubinari;
- c. possibilità (in via eccezionale) di dare lo *status* di figlio legittimo a questi ultimi attraverso le nozze dei genitori successive al concubinato (una sorta di *condono matrimoniale*, al quale le coppie concubinarie venivano invogliate attraverso il miglioramento della condizione dei figli nati dalla loro unione).

8.2.2 L'evoluzione della legislazione in materia si svolse in un quadro generale nel modo seguente.

Costantino con *Cod. Theod.* 4,3,1 (che è norma eccezionale *una tantum* e che purtroppo non è stata conservata sino a noi, che la

conosciamo per la testimonianza di Zenone e Giustiniano) mirava, da un lato, a conseguire la trasformazione delle situazioni di concubinato in matrimonio (*Cod. Iust.* 5,27,5 di Zenone la ricorda e riapplica sempre *una tantum*) e, d'altro lato, l'imperatore statuiva ancora una posizione deteriore per i figli delle concubine con la legge *Cod. Iust.* 5,27,1.

La manovra, derivante dal combinato disposto delle due leggi, è volta a influire sul sentimento di amore filiale dei genitori concubini verso i figli naturali, nati dalla loro unione, allo scopo di renderli legittimi attraverso un giusto matrimonio successivo. Pena la permanenza di essi in una situazione di giuridica inferiorità. Appunto la possibilità di sanatoria, in caso di rapporto concubinario con donna libera, attraverso il matrimonio e la conseguente legittimazione *a posteriori* della prole poteva comportare, nell'ottica costantiniana, tale risultato.

Questo processo di recepimento della richiesta moralizzatrice dei cristiani verrà poi conseguita, anche per i figli delle schiave concubine (condizione di cui trattano, come abbiamo visto, anche Minucio felice e S. Agostino) solo con *Cod. Iust.* 5,27,10-12; *Nouella* 12,4; *Nouella* 18,11; *Nouella* 19; *Nouella* 78,4; *Nouella* 89. Ma siamo all'epoca di Giustiniano ed in Oriente.

Con tale legislazione Giustiniano disponeva, non più in via eccezionale come avevano stabilito i suoi predecessori, ma in via stabile e ordinaria (e tale disciplina dura ancora oggi in Italia ed Europa attraverso la vigenza dell'istituto della legittimazione della prole per successivo matrimonio), che il concubinato si trasformasse in legittimo matrimonio attraverso la redazione degli strumenti dotali (atto che avrebbe palesato il mutamento di volontà dei concubini successivamente coniugi) con conseguente attribuzione ai figli naturali dello *status* di legittimi. Era appunto la nascita come istituto stabile della legittimazione dei figli naturali per susseguente matrimonio tra i genitori. Tale regime viene esteso, sempre da Giustiniano, anche ai figli nati dall'unione del padrone con la schiava, manomessa e sposata sempre attraverso la redazione degli strumenti dotali. Anche in tal caso si sarebbe verificata la legittimazione della prole prenatala. Le preoccupazioni di S. Agostino con simili disposizioni sarebbero venute meno.

La retroattività dell'acquisto dei diritti connessi allo *status* di figlio legittimo (che fu posta in discussione da funzionari locali)

viene confermata nella *Nouella* 19 (*de liberis ante dotalia instrumenta natis*). Vengono appunto in essa stabiliti gli effetti nel tempo antecedente e sui rapporti anteatti della successiva legittimazione attraverso la redazione degli strumenti dotali.

Viceversa con la disciplina prevista in *Nouella* 78,4 il padre fa conseguire ai figli nati precedentemente dalla propria schiava, sposata con la redazione degli strumenti dotali dopo la manomissione, sia la libertà senza necessità di espressa manomissione per loro sia lo stato di figli legittimi. È il compimento della disciplina in modo esaustivo.

Alla luce di queste osservazioni forse si può formulare una ulteriore ipotesi circa la problematica, tuttora insoluta, che gli studiosi collegano a due paragrafi del *Libro Siro-Romano* (L35 e L36), che descrivono il caso della successione al padre da parte di figli di primo letto (generati da un'unione senza scritti dotali) e di secondo letto (generati da un'unione con strumenti dotali).<sup>60</sup> Dice il *Libro Siro-Romano*:

« ... se nascono figli da un'unione senza scritti, questi possono essere eredi testamentari a condizione che nel testamento vengano nominati (a scelta del padre: o come figli eredi legittimi o come eredi estranei testamentari); però se sussistono anche figli, nati da un'unione con scritti, questi soli sono gli eredi; i figli di primo letto possono succedere solo a condizione che il padre li nomini nel proprio testamento come eredi estranei e non come figli eredi legittimi ».

Ci si è chiesto in qual modo, se i primi figli sono nati da un matrimonio senza scritti, che era riconosciuto valido anche agli effetti successori dal paragrafo L93 (che abbiamo riportato sopra), essi possano essere esclusi da quelli di secondo letto e non concorrano con questi ultimi nella successione.

La soluzione bizantina era appunto quest'ultima e per il concorso di tutti i figli (di primo e secondo letto), come si legge in *Nouella* 117,3):

« Sancimus, ut si quis sine instrumentis maritali affectione uxorem duxerit, et filios ex ea procreaverit, soluto autem matrimonio cum ea contracto contigerit, ut ipse aliam duceret uxorem cum dotalibus instrumentis, et ex ea similiter liberos procreaverit, circa hereditatem

<sup>60</sup> G.L. Falchi, *Matrimonio "cum scriptis"...*, pp. 884s.

paternam nullum filiis ex uxore indotata progenitis praeiudicium generetur, sed ut cum ceteris filiis ex secunda uxore cum dotalibus instrumentis ducta progenitis illi quoque ad paternam hereditatem vocentur, quippe cum matrimonium sola affectione consistere possit ».

Comunque – se la soluzione conforme al diritto imperiale bizantino, ispirata dalla consensualità del matrimonio, non può che essere quella della equiparazione dei figli nati dalle due successive unioni – il contenuto dei paragrafi del LSR indicano invece significativamente la fondamentale importanza degli strumenti dotali.

Il che potrebbe suggerire l'idea che nel caso forse si trattava di figli concubinari (nati dall'unione *sine scriptis*) e che il testamento, nel quale il padre avrebbe dovuto comunque menzionare i figli, al pari delle tavole dotali, può valere a riconoscere l'unione come matrimonio e la conseguente legittimità dei figli stessi: si tratterebbe in concreto di una sorta di primo esempio di legittimazione per testamento o negozio del padre naturale, come la conosciamo oggi nel nostro codice civile italiano.

Tuttavia ciò non sarebbe stato possibile in concorso con figli legittimi (nati dall'unione *cum scriptis*). In tal caso il *matrimonio cum scriptis* prevale su quello *sine scriptis* e preclude il riconoscimento dei figli di primo letto. In tal caso questi ultimi potranno essere chiamati a succedere ma solo quali eredi estranei nel testamento paterno.

È significativo che la *Cod. Iust.* 5,27,1 di Costantino, la quale reprime la possibilità per senatori e alti dignitari dell'impero di disporre per testamento o per donazione a favore dei loro figli nati da unioni con donne di basso o vile rango trattandoli alla stregua di figli legittimi (con la sanzione della assoluta nullità di detti negozi e la attribuzione agli eredi *ex lege* o la confisca dei beni in questione), sia espressamente rivolta ai detti funzionari della *Phoenisarchia* e della *Syriarchia*, cioè delle regioni dove potremmo ambientare la questione discussa nel *Libro Siro-Romano*.

8.2.3 Ma torniamo alla politica costantiniana. Della legge di Costantino (che avrebbe dovuto essere collocata nel *Cod. Theod.* al titolo 4,6 come prima) relativa alla trasformazione del concubinato in matrimonio con conseguente legittimazione dei figli nati da tali unioni concubinarie e dell'origine costantiniana di tale politica legislativa abbiamo notizia dalla legge *Cod. Iust.* 5,27,5 (di Zenone

dell'anno 477), nella quale proprio in apertura si ricorda l'ispirazione cristiana della norma costituita da Costantino:

« Divi Constantini qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimi habendis, sacratissimam constitutionem (quae desideratur in *Cod. Theod.* initio tit. 6,1) renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum, nuptiis minime intercedentibus, electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et eum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam ... ».

Anche l'imperatore Zenone statuisce la possibilità di sanare la situazione dei figli naturali nati da rapporto concubinario, a condizione che non vi siano state nozze legittime precedenti dalle quali siano nati figli *ab origine* legittimi.

In tal caso vengono estese tutte le altre legittime aspettative in materia successoria e patrimoniale, anche circa la dote.

La necessità della mancanza di figli legittimi nati da precedenti nozze probabilmente, come abbiamo appena visto, è alla base della *vxata questio* ricordata nel *Libro Siro-Romano* relativa alla successione ereditaria di figli nati da matrimonio *sine scriptis* e matrimonio *cum scriptis*; perché parrebbe che solo questi ultimi avrebbero avuto pieni diritti successori.

Tuttavia anche tale disposizione di Zenone, come quella analoga di Costantino, era eccezionale e mirata a sanare le situazioni del passato e non si applicava né stabilmente né ai casi futuri. Questo perché l'imperatore, come già aveva fatto Costantino, non voleva incoraggiare colla previsione di successivi *condoni matrimoniali* il concubinato con la prospettiva della successiva possibile sanatoria, come si evince dalla chiusura della medesima legge:

« Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt,

minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimi liberis aut uxoribus ac legitimo filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare ».

8.2.4 Ma il principio secondo il quale le nozze legittime operano a tutti gli effetti la trasformazione del concubinato in matrimonio venne introdotto stabilmente nell'ordinamento da Giustiniano con *Cod. Iust.* 5,27,10 (del 529 al pp Demostene):

« Cum quis a muliere libera et cuius matrimonium non est legibus interdictum cuiusque consuetudine gaudebat aliquos liberos habuerit, minime dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem adfectione etiam ad nuptialia pervenerit instrumenta et alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreaverit, ne posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant quasi iusti et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes, huiusmodi iniquitatem non esse ferendam censemus ...

3. Quapropter sancimus in huiusmodi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sunt sive postea, una eademque lance trutinari et omnes suos et in potestate suis existere genitoribus, ut nec prior nec iunior ullo habeatur discrimine, sedi i, qui ex isdem maioribus procreati sunt, et simili perfruantur fortuna ».

Il principio affermato per garantire un equo trattamento di figli nati dagli stessi genitori in via stabile diviene il principio generale (ancora oggi applicato negli ordinamenti contemporanei) secondo cui il susseguente matrimonio legittima la prole nata prima delle nozze, nella interpretazione che dà alla legge appena esaminata Giustiniano di fronte a dei dubbi interpretativi sollevati da alcuni, in *Cod. Iust.* 5,27,11 (del 530 indirizzata al PP. Giuliano):

« Nuper legem conscripsimus, per quam iussimus, si quis mulierem in suo contubernio collocaverit non ab initio adfectione maritali, ea tamen, cum qua poterat habere connubium, et ex ea filios sustulerit, otea vero adfectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit, non solum secondo liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt ... 2. Quorum supervacuum subtilitatem penitus inhibendam censemus. Sufficiat etenim talem adfectionem

habuisse, ut post liberorum editionem, et dotalia efficient instrumenta et spem tollendae subolis habeant ... ».

Il legame tra la politica di repressione dell'adulterio e la situazione di concubinato è evidenziata dalla *Nouella* 89 di Giustiniano, che contiene la messa a punto *de naturalibus liberis*, ma che al cap. 10 conferma le pene previste da Costantino per gli adulteri. La donna viene chiusa in monastero e il marito la può prendere con sé entro due anni.

Come dimostrano anche le *Sententiae* di Paolo (*Pauli Sententiae* 2,20,1), comunque la politica imperiale del periodo tardo antico fu quella di costringere il passaggio dal concubinato al regolare matrimonio. L'ideatore di essa fu appunto Costantino.

8.2.4 In conclusione questi – per invogliare alla costituzione di una famiglia fondata su legittimo matrimonio – privilegiò il trattamento per i figli nati nel matrimonio. Così faranno anche i suoi successori (i quali emanarono con questo intento le prime 5 leggi di *Cod. Theod.* 3, e sono ben 5 su 8 di quel titolo): in primo luogo è previsto che la *donatio ante nuptias* o *sponsalicia largitas* sia finalizzata al mantenimento dei figli; infatti, se muore il padre e la madre passa a nuove nozze la nuda proprietà di essa spetta ai figli di primo letto (*Cod. Iust.* 5,9,5 di Teodosio II). Viene poi prevista la costituzione di un coacervo, sempre destinato al sostegno degli orfani, tra dote e *donatio propter nuptias* (*Nouella* 35,9, di Valentiniano; *Nouella* 6,9, di Maioriano).

Nel contempo viene istituito un trattamento peggiore per i figli nati dalle unioni concubinarie attraverso una serie di rigorose e vincolanti limitazioni nelle attribuzioni patrimoniali (anche per testamento) tra genitori e figli naturali. Tale situazione di inferiorità, come abbiamo visto, poteva essere superata solo con la possibilità di sanatoria in caso di rapporto concubinario con donna libera e legittimazione della prole.

#### 9. *Condizione servile e altri impedimenti.*

Anche circa la rilevanza della parentela naturale e dell'affinità nonché della condizione servile sulla validità del matrimonio troviamo recepiti degli orientamenti patristici: sui primi due aspetti le fonti conciliari non contengono disposizioni generali e chiare, tali da indicare un consolidato orientamento, mentre affrontano l'argomento S. Ambrogio e S. Agostino.

Lo stato di schiavitù (che per diritto naturale non preclude la capacità matrimoniale e quindi almeno teoricamente per la Chiesa non esclude la possibilità di un valido matrimonio) viceversa per essi impedisce un legittimo matrimonio qualora non vi sia la consapevolezza nell'uomo dello stato giuridico del proprio partner. È il fondamento antico dell'*error in qualitate personae*.

Sempre in tale ottica, ed anche in applicazione dello sfavore con cui in ambiente cristiano si guardava a tali unioni, Costantino con *Cod. Iust.* 9,11,1 (sempre del 326, come le altre leggi tendenti alla limitazione del concubinato) provvede alla persecuzione della unione della padrona con lo schiavo. L'accusa in tal caso era pubblica e sarebbe stata premiata la delazione del servo in questione. I figli nati dall'unione sarebbero stati liberi, ma esclusi dai rapporti patrimoniali e di successione con la madre.

« Imp. Constantinus A. ad populum: Si qua cum servo suo occulte rem habere detegitur, capitali sententia subiugetur, tradendo ignibus verberone...filii etiam, quos ex hac coniunctione habuit, exuti omnibus dignitatis insignibus in nuda maneat libertate neque per se neque per interpositam personam quolibet titulo voluntatis accepturi aliquid ex facultatibus muliebri ... » (*Cod. Iust.* 9,11,1).

Si noti che anche questa legge, come quella repressiva del concubinato (che assai sovente correva tra il padrone e la propria schiava) in costanza di matrimonio, è dell'anno 326. L'anno successivo al concilio di Nicea.

#### 10. *Quadro di sintesi.*

10.1 Abbiamo ricostruito il formarsi nel tempo e il consolidamento dei principi originati in ambiente cristiano nell'ambito della società civile attraverso l'analisi degli Autori Patristici nella loro successione:

Tertulliano (\*160), Cipriano (+258), Arnobio, Lattanzio (\* metà sec. III - + *post* 326 precettore di Crispo figlio di Costantino), Ambrogio (\* 339), Gerolamo (345-420), Agostino (354-430).

All'epoca di Costantino avevano acquistato particolare rilevanza la idea della monogamicità ed indissolubilità del matrimonio, la parità dei coniugi quanto alla fedeltà, il disvalore e divieto delle unioni concubinarie anche sotto il profilo della doppia unione e delle negative conseguenze per i figli, considerate anche le unioni con schiave e schiavi.

La natura del matrimonio come patto, e quindi come fonte di una situazione giuridica stabile fondata sulla volontà delle due parti, che è di evidente derivazione cristiana, viene fatta propria da Costantino e la consensualità del matrimonio verrà imposta dagli imperatori successivi con numerose e reiterate costituzioni destinate di regola all'Oriente Mediterraneo. Tale consensualità non richiedeva forme *ad essentiam*. Divenne il principio dell'Occidente sino al Concilio di Trento.

10.2 L'evoluzione generale della legislazione di Costantino conferma la presenza di numerosi e significativi riferimenti patristici. Soprattutto essa appare espressione di un disegno organico, volto a concretizzare nella società i valori appena esposti della consensualità, monogamicità, tendenziale stabilità del matrimonio: ciò veniva realizzato contemporaneamente negli stessi anni (significativamente appena successivi al 325, anno del 1° Concilio Ecumenico di Nicea ed alla unificazione dell'Impero) sia con una politica legislativa repressiva, sia con una politica legislativa premiale.

Sotto il primo profilo troviamo: il divieto dell'adulterio e l'aggravamento delle pene previste per la repressione di esso; il divieto delle unioni concubinarie in costanza di legittimo matrimonio; l'introduzione del controllo dello Stato sul divorzio attraverso la previsione delle *causae* che lo consentivano e le sanzioni (che tendevano ad impedire o limitare il passaggio a nuove nozze) in caso di mancanza di esse; con Costanzo il divieto di matrimoni tra ebrei e donne cristiane e con Valentiniano e poi Teodosio quello tra cittadini romani e – d'altro lato – pagani, ebrei, apostati ed eretici; la repressione aggravata delle unioni tra padrone e schiavi; il regime deteriore e per legge insuperabile, riservato ai figli nati da relazioni concubinarie; tutte queste disposizioni erano finalizzate a tutelare l'istituto del matrimonio, come istituto giuridico fondamentale, fondato sui valori della consensualità, monogamicità, stabilità, fedeltà, che certamente erano rafforzati e condivisi nella Patristica.

Sotto il secondo profilo troviamo: la istituzionalizzazione del matrimonio fondato sul patto iniziale; il particolare regime di tutela e favore accordato ai figli legittimi – e solo ad essi riservato – nei rapporti patrimoniali con i genitori; la legislazione volta a far leva su tali disposizioni e finalizzata a convertire le unioni concubinarie in

matrimonio; la introduzione della possibilità di perdono nelle ipotesi in cui poteva aversi il divorzio e la riforma della repressione dell'adulterio; il nuovo regime di solidarietà familiare del coacervo patrimoniale, rappresentato dalla sommatoria tra dote e *donatio propter nuptias*, destinato alle esigenze della vedova e degli orfani.

Chiara era dunque l'azione dell'imperatore e quale sia stata la ispirazione di essa (probabilmente mediata anche da Lattanzio).

La politica legislativa di Costantino fu – in conclusione – organica e consapevolmente finalizzata alla esigenza di costruire nella società romana una figura di matrimonio e di famiglia, per quanto allora possibile (il cristianesimo era religione tollerata), adeguata alla riflessione svoltasi in ambiente cristiano.

Il suo intervento fu tuttavia determinante per mutare un costume inveterato ed affermare una nuova etica matrimoniale secondo un coerente indirizzo ideologico. Valse sicuramente a superare l'idea di matrimonio del periodo classico, inteso come semplice situazione di fatto (basata sulla continuità nel tempo della *affectio maritalis*) rilevante per il diritto. Ad essa sostituì la concezione (ancora oggi valida) del matrimonio quale istituto giuridico fondato su una volontà pattizia iniziale (*matrimonium in fieri*) fonte di una situazione giuridica permanente (*matrimonium in facto*).

Proprio in dipendenza di ciò si rese necessario il controllo statale sulla dissoluzione del matrimonio e il divorzio divenne atto costitutivo di essa, verificato dalla giurisdizione.

Peraltro Costantino non vietò i matrimoni misti, con pagani ed ebrei. Ciò rientrava evidentemente nella sua politica basata sulla tolleranza, come aveva indicato nel suo *Editto di Milano*. Tantomeno, coerentemente all'idea di una generale capacità matrimoniale derivante dal diritto naturale, impose forma alcuna per la celebrazione del *phoedus* coniugale. Nella stessa ottica rientra il divieto di una unione concubinaria (anche con schiava) in costanza di legittimo matrimonio.

Si trattava in definitiva, da un lato, di una politica legislativa di cristianizzazione della società romana, come induce a credere la portata generale delle leggi di Costantino (vincolanti per cristiani e pagani) e, d'altro lato, del riconoscimento a favore dei cristiani della possibilità di vivere la loro unione coniugale secondo gli insegnamenti della Chiesa; tanto più che essi avrebbero potuto ricorrere anche per la definizione giurisdizionale delle relative

controversie alla *episcopalis audientia* (introdotta dall'imperatore probabilmente sin dal 318).

GIAN LUIGI FALCHI  
via Gozzoli 82  
00142 Roma  
ITALIA  
gianluigifalchi@libero.it

#### ABSTRACT

This study aims at ascertaining the existence of an organic legal policy in marriage matters, one which was followed by Roman Emperors in the IV and V centuries, in particular by Constantine. It is also aimed at showing that this policy corresponded to Christian ideas as expressed by various Church Fathers. This research was carried out in a careful way with attention to the chronology of the writings examined, and with a comparative analysis of every single essay that was subsequently treated.