

ABSTRACT

La forma patriarcale della famiglia impone la formazione di nuclei familiari che si reggono sul matrimonio monogamico, sul dogma dell'obbligo della fedeltà che, sebbene gravi in egual misura su entrambi i coniugi, sotto il profilo della relativa tutela si costituisce in modo asimmetrico a seconda che questo obbligo riguardi la donna o l'uomo.

Nel mondo romano, l'infrazione della fedeltà coniugale assunse rilevanza giuridica solo se imputabile alla donna, mentre l'adulterio del marito è ignorato dal diritto. Il termine *adulterium* indica, propriamente, il commercio sessuale di una donna *nupta* con persona diversa dal marito. La ventata moralistica che soffierà sulla civiltà romana con Augusto porterà all'introduzione di repressioni legislative dell'adulterio, grazie alla *lex Julia de adulteriis coercendis*, che resterà, sicuramente, la legge fondamentale in ordine ai reati sessuali fino all'ultima epoca del diritto romano. Mentre nell'epoca precedente, l'adulterio della donna, veniva perseguito e represso nell'ambito della famiglia, con la *lex Julia de adulteriis* lo Stato avoca i poteri prima tenuti dal *paterfamilias* e trasforma il reato di adulterio in un reato pubblico; l'adulterio della donna *nupta* sarà configurato e punito come *crimen publicum* da un tribunale competente in materia di reati sessuali. Dunque, con la *lex Julia* è la struttura stessa dell'illecito che subisce una profonda revisione, facendo assumere all'adulterio i contorni di un vero e proprio reato, dato che, anche l'uomo con il quale la donna sposata commette adulterio viene direttamente coinvolto e assume la veste di reo.

Nel procedimento penale per adulterio, dopo l'emanazione della *lex Julia*, troviamo stabilite due specie di *accusationes* distinte fra loro, l'*accusatio iure mariti vel patris* e l'*accusatio publica* o *iure extranei*, la cui esistenza, spiega bene il concetto della riforma di Augusto, sia per quanto concerne il sistema di repressione dell'*adulterium* e dello *stuprum* ed in particolare modo il funzionamento dell'azione pubblica, sia per quanto riguarda il riconoscimento da parte del legislatore dei diritti del padre e del marito sulla donna. Il padre ed il marito della donna infedele, gli unici che possano uccidere in occasione dell'adulterio, sono anche titolari esclusivi della legittimazione all'accusa di adulterio. Il fondamento di tale legittimazione di cui entrambi sono titolari e che non compete ad estranei, risiede nel particolare rapporto che li lega alla donna e che fa sì che il suo *adulterium* sia valutato quale "*iniuria*" nei loro confronti. L'*accusatio publica* o *iure extranei* si configura invece in un potere di supplenza che si costituisce ed è esercitabile quando il *pater* o il *maritus* risultino inerti alla scadenza di un termine stabilito. Ciò costituisce un ulteriore tassello per la configurazione dell'adulterio come un vero e proprio reato di diritto pubblico, alla cui repressione è interessato l'intero ordinamento; il che è comprensibile se si tiene conto della centralità del *matrimonium* monogamico nella struttura sociale ed economica coeva.



MARIA MORELLO*

ASPETTI DELL'ACCUSATIO IURE MARITI VEL PATRIS
IN MATERIA DI ADULTERIO

SOMMARIO

1. *Premessa*. 2. *L'accusatio iure mariti vel patris e l'accusatio publica o iure extranei*. 3. *Uccisione degli adulteri e requisiti di legittimità*. 4. *Il diverso fondamento dell'impunità paterna e dell'impunità maritale*. 5. *La legislazione successiva fino a Giustiniano*. 6. *Considerazioni conclusive*.

1. Premessa

L'adulterio entra, per la prima volta, nell'orbita del diritto penale pubblico con la *lex Julia de adulteriis coercendis*, emanata da Augusto nel 18 a. C., che resterà, senza ombra di dubbio, la legge fondamentale in ordine ai reati sessuali fino all'ultima epoca del diritto romano.

Prima di questa disciplina, nel mondo romano, l'infrazione della fedeltà coniugale assunse rilevanza giuridica solo se imputabile alla donna, mentre l'adulterio del marito è ignorato dal diritto: ciò si rispecchia mirabilmente nel profilo terminologico. *Adulterium* indica, infatti, propriamente il commercio sessuale di una donna *nupta* con persona diversa dal marito¹. Sotto il profilo istituzionale, inoltre, anche nell'esperienza giuridica romana la "*familia*" assume una rilevanza decisiva, almeno fino all'età augustea. La ventata moralistica che soffiava sulla civiltà romana con Ottaviano Augusto porterà all'introduzione di repressioni legislative dell'adulterio; infatti, nell'epoca anteriore, l'adulterio della donna, sempre riprovato sia dalle norme morali che dal costume, veniva efficacemente perseguito e represso entro l'ambito della famiglia²: chi fosse titolare della *manus* sulla donna colpevole poteva

* Assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino.

¹ D.50.16.101.pr.: "*Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*".

² La persecuzione del fatto erotico extraconiugale, strumentale alla conservazione dell'identità biologica e giuridica della cellula domestica, ricadeva con piena consequenzialità nell'orbita di quella competenza punitiva gestita dal gruppo parentale per la tutela di interessi privati, interni al gruppo stesso. Cfr. GIUNTI P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, p. 5.

esercitare il diritto della vendetta privata o convocare il tribunale domestico (*iudicium domesticum*), perché pronunciasse l'adeguata condanna.

La disciplina augustea si trova distribuita nel *Corpus Iuris* in due titoli del Digesto e del Codice che portano rispettivamente le Rubriche *ad legem Juliam de adulteriis coercendis* (D.48.5.) e *ad legem Juliam de adulteriis et de stupro* (C.9.9.). Con essa lo Stato avoca i poteri politici prima tenuti dal *paterfamilias* e trasforma il reato di adulterio in un reato pubblico per eccellenza; da questo momento, l'adulterio della donna *nupta* è configurato e punito come *crimen (publicum)* da un tribunale stabile e competente in materia di reati sessuali.

Ispirata da un generale rifiuto della sessualità extramatrimoniale, la normativa augustea doveva perseguire le fattispecie di *stuprum* – giusta la denominazione *lex Julia de adulteriis et de stupro* di cui al tit. 9 lib. IX del *Codex Iustinianus* – concretantesi nel rapporto sessuale con donne non sposate, *virgines* o *viduae*, ed avrebbe inoltre criminalizzato, sotto la rubrica *lenocinium*, la tolleranza dell'adulterio muliebre ed il suo sfruttamento economico.

La *lex Julia de adulteriis coercendis* che mirava a ripristinare la castità dei costumi, configurava come *crimen* e colpiva con pubblica pena non soltanto l'adulterio propriamente detto, ma anche qualsiasi relazione sessuale con donne nubili o vedove di elevata condizione sociale (*stuprum*).

Vi sono però alcune categorie di donne *in quas stuprum non committitur*, vale a dire con cui è lecito avere relazioni sessuali senza incorrere in nessuna sanzione e con le quali, secondo le disposizioni della *lex Julia de maritandis ordinibus*, non si può contrarre matrimonio. Solo più tardi l'unione stabile con esse viene riconosciuta per taluni effetti sotto il nome di concubinato³.

L'adulterio della moglie, il solo contemplato dalla *lex Julia*, era punibile solo se commesso da soggetto che fosse *sciens dolo malo*; naturalmente non concerneva le unioni tra schiavi, per così dire coniugati solo per *contubernium*.

La sanzione che la *lex Julia* comminava contro l'adulterio era du-

³ Secondo la dimostrazione datane da CASTELLI G., *Il concubinato e la legislazione augustea*, in BIDR, Milano 1917, l'istituto del concubinato sarebbe una conseguenza della *lex Julia de adulteriis*, la quale enumerava le persone con le quali era lecito avere senza pena rapporti sessuali, e dalla *lex Julia de maritandis ordinibus* che negava di poter stringere *iustae nuptiae* con determinate persone.

plice: civile e penale. La sanzione civile consisteva nella confisca, per la donna, di una metà della dote e di un terzo dei beni, per il complice di una metà dei beni⁴; nell'incapacità per la donna di contrarre matrimonio con un ingenuo, nell'incapacità di prestare testimonianza in giudizio⁵, come conseguenza dell'infamia derivante dalla condanna; ed infine nel divorzio, di cui l'adulterio era una delle cause.

Anche uno sguardo superficiale alla struttura della sanzione rivela che con la *lex Julia de adulteriis* non si realizza soltanto uno spostamento di competenze, da quella tradizionale che affida all'ordinamento familiare la vigilanza sull'integrità dell'istituto matrimoniale a quella generale, pubblica dello Stato. È la stessa struttura dell'illecito che subisce una profonda revisione, che fa assumere all'adulterio i contorni di un vero e proprio reato, dato che, anche l'uomo, con il quale la donna maritata commette adulterio, viene direttamente coinvolto e anzi assume la veste di reo, come vedremo tra poco.

Si è molto discusso se la perdita da parte della donna della capacità di contrarre matrimonio con un libero, ossia del *coniugium*, sia da considerare come una sanzione capitale. A sostegno della tesi affermativa sono stati allegati i seguenti passi: Inst.4.18.4.⁶ e C.9.9.9.⁷, mentre per la soluzione negativa sembra militare D.48.5.30.1.⁸, che vieta di sposare o riprendere la donna adultera, la stessa *lex Julia* che condanna con la deportazione l'adulterio qualificato dall'incesto⁹, la pena inflitta per lenocinio, parificato all'adulterio, se commesso con la qualità personale aggravante di militare, ed altri argomenti, che inducono a ritenere che almeno in origine la suddetta legge non comminasse una

⁴ Paolo, Sent., Lib. II, t. 27.

⁵ D.22.5.18.: "Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere".

⁶ Inst.4.18.4.: "Item lex Julia de adulteriis coercentis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit [...]".

⁷ C.9.9.9.: "Castitati temporum meorum convenit lege Julia de pudicitia damnatam in poenis legitimis perseverare; qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo poenam capitalem evaserit, sciens duxit uxorem vel reduxit, eadem lege ex causa lenocinii punietur".

⁸ D.48.5.30.1.: "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".

⁹ D.48.18.5.: "Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruerit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit; denique hoc casu servi in personam domini torquentur".

pena capitale ma la relegazione, congiunta poi alla nota d'infamia, che, come è noto, per la donna importava pure dei segni esteriori nell'abbigliamento. Occorre però sottolineare che anche di fronte a questa interpretazione, sostenuta da autori quali il Matthei¹⁰, e il Cremani¹¹, altri assumono invece che la punizione della moglie adultera non fosse altro che il divorzio e l'onta pubblica.

La *lex Julia*, come si è sopra accennato, colpisce non solo la moglie adultera ma anche il suo complice: entrambi sono considerati rei principali; inoltre, la legge contempla quali ulteriori complici coloro che abbiano favorito l'adulterio prestando il loro aiuto e la loro assistenza; infatti, il lenocinio è punito con la stessa pena dell'adulterio.

2. *L'accusatio iure mariti vel patris e l'accusatio publica o iure extranei*

Nel procedimento penale per adulterio, dopo l'emanazione della *lex Julia*, troviamo stabilite due specie di *accusationes* distinte fra loro, l'*accusatio iure mariti vel patris* e l'*accusatio publica o iure extranei*. Questa differenza ha un notevole interesse, da un lato per chiarire la terminologia usata dai Romani per i delitti contro il buon costume, e risolvere così alcune questioni che si presentano in tema di diritto di famiglia sulla configurazione che assumono determinati rapporti extracongiugali, dall'altro per porre in luce la specificità del regime del *crimen adulterii* introdotto dalla *lex Julia* e i principi a cui si ispira. L'esistenza, infatti, in diritto romano della speciale *accusatio iure mariti vel patris*, spiega bene il concetto della riforma di Augusto, sia per quanto riguarda il sistema di repressione dell'*adulterium* e dello *stuprum* ed in particolar modo il funzionamento dell'azione pubblica, sia per quanto riguarda il riconoscimento da parte del legislatore dei di-

¹⁰ MATTHAEI A., De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarius, t. I, tit. III, ad legem Juliam de adulteriis, ed. Neapoli 1772, pp. 283-353.

¹¹ "Hactenus de iis, qui tanquam adulteri conveniri possunt; nunc eorum poena sequitur. Ante legem Juliam de adulteriis impudicarum mulierum coercitio ad maritum, cognatos, propinquos, ac necessarios pertinuisse videtur. Sed ex laudata lege poena esse coepit relegatio in insulam, quod tam certum est, ut mirum sit quosdam extitisse, qui severiorem vindictam eidem legi tribuerint. Ei tamen poenae adjungebatur publicatio dimidiae partis bonorum, et privatio testimonii. Gravior poena, hoc est deportatio speciatim statuta erat in milites, severiori nempe disciplina indigentes, si quis eorum cum adultero uxoris suae pactus esset. [...]" Cfr. CREMANI A., De iure criminali, lib. II, cap. VI, art. 3, ed. Florentiae 1848, pp. 433-434, §. 7.

ritti del padre e del marito sulla donna¹². Il padre ed il marito della donna infedele, gli unici che possano uccidere in occasione dell'adulterio, sono anche titolari esclusivi della legittimazione all'accusa di adulterio. Il fondamento di tale legittimazione, di cui entrambi sono titolari e che non compete ad estranei, risiede certamente nel particolare rapporto che li lega alla donna e che fa sì che il suo *adulterium* sia valutato quale "*iniuria*" nei loro confronti.

L'*accusatio publica* o *iure extranei* si configura, come tra poco vedremo, in un potere di supplenza che si costituisce ed è esercitabile quando il *pater* o il *maritus* risultino inerti alla scadenza di un termine precisato. Ciò costituisce un ulteriore tassello per la configurazione dell'adulterio come un vero e proprio reato di diritto pubblico, alla cui repressione non è interessato soltanto il soggetto o i soggetti lesi, ma l'intero ordinamento, il che è comprensibile se si tiene conto della centralità del *matrimonium* monogamico nella struttura sociale ed economica coeva.

Le differenze tra le due specie di *accusationes* sono assai notevoli. Anzitutto riguardo all'oggetto, l'accusa speciale *iure mariti vel patris* si può intentare solo per *adulterium* in senso tecnico, mentre l'*accusatio publica* o *iure extranei* si rivolge tanto contro l'*adulterium*, quanto contro lo *stuprum*.

Per poter intentare l'*accusatio iure mariti vel patris* è necessaria l'esistenza del presupposto delle nozze legittime, che si abbia cioè il *conubium* propriamente detto; l'accusa appare esperibile, dunque, soltanto nell'ipotesi di rapporto extraconiugale della *nupta*¹³. Il *pater*, cioè, non è legittimato ad essa qualora desideri reprimere la condotta colpevole della figlia non sposata.

Il processo è attivato da un'accusa che rimane riservata, entro sessanta giorni dalla data del divorzio, al padre ed al marito di colei cui viene addebitato l'*adulterium*: in questo lasso di tempo a nessun estraneo è concesso promuovere il giudizio; decorso inutilmente il tempo

¹² VOLTERRA E., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi economici-giuridici della R. Università di Cagliari*, 1929, p. 3.

¹³ Il privilegio in ordine al diritto di esperire l'*accusatio adulterii* "*constante matrimonio*", non fu mai accordato alla donna. Come è noto, questa, fu sempre esclusa dall'*accusatio adulterii* conformemente alle disposizioni della *lex Julia de adulteriis* riferiteci da un rescritto di C.9.9.1.: "*Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Julia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit*".

stabilito dal provvedimento, l'accusa diventa accessibile a tutti, ma deve essere esperita nel termine di quattro mesi¹⁴, per cui chiunque, in quanto membro della comunità interessata a difendersi dalle conseguenze dei comportamenti sessuali giuridicamente riprovati, è ammesso ad accusare. Dopo sei mesi dal divorzio, nei cinque anni che decorrono dal *dies commissi criminis*, è possibile agire soltanto contro il complice¹⁵.

In un solo caso gli estranei sono ammessi all'accusa prima dei sessanta giorni: quando il padre o il marito facciano espressa dichiarazione di non voler muovere l'accusa. Secondo Pomponio, infatti, se il padre e il marito negano, prima dei sessanta giorni, di voler promuovere l'accusa loro riservata, gli estranei sono subito ammessi ad accusare, evidentemente per un periodo che non superi i quattro mesi, che cumulandosi al tempo già trascorso, può anche risultare di poco superiore ai centoventi giorni dal divorzio¹⁶. Se non vi sia stato divorzio, l'estraneo non può agire, se prima non abbia esperito l'accusa di *lenocinium* contro il marito. Che un estraneo possa accusare la donna mentre perdura il matrimonio in cui si assume che sia stato commesso adulterio è escluso anche da D. 48.5.27.pr.¹⁷, in cui Ulpiano motiva tale divieto con la necessità che l'unione coniugale non venga turbata dall'esterno, se sia tranquilla ed il marito ritenga affidabile la moglie.

La donna e il suo complice non sono perseguibili contemporaneamente, ma occorre osservare un determinato ordine nell'accusarli:

¹⁴ D.48.5.4.1.: "*Extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles*"; C.9.9.6.pr.: "*Iure mariti adulterii accusare volenti sexaginta dies utiles computantur, quibus in publico eius facultas fuerit, apud quem reus vel rea postulari potest, et cum praeterierint dies isti utiles, maritus quoque iure extranei agere potest*"; D.48.5.16.5.: "*Si negaverint se pater et maritus accusaturos intra diem sexagensimum, an statim incipiant tempora extraneo cedere? Et primus Pomponius putat admitti ad accusationem extraneum posse statim atque isti negaverint; cui adsentendum puto: fortius enim dicitur eum, qui se negaverit acturum, postea non audiendum*".

¹⁵ D.48.5.12.4.: "*Adulterii reum intra quinque annos continuos a die criminis admissi defuncta quoque muliere postulari posse palam est*".

¹⁶ RIZZELLI G., *Alcuni aspetti dell'accusa privilegiata in materia di adulterio*, in BIDR, XXVIII, Milano 1986, p. 422.

¹⁷ D.48.5.27.pr.: "*Constante matrimonio ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur, accusari mulier adulterii non potest: probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit*".

C.9.9.8.: *Reos adulterii duos simul marem et feminam ex eadem causa fieri lex Julia de pudicitia vetat: sed ordine peragi utrosque licet.*

D.48.5.16.9.: *Si quis et adulterum et adulteram simul detulit, nihil agit poteritque, quasi neutrum detulerit, rursus a quo velit initium facere, quia nihil agit prima delatione.*

D.48.5.18.6.: *Quaeritur, an alius adulteram, alius adulterum postulare possit, ut, quamvis ab eodem ambo simul postulari non possint, a diversis tamen singuli possint. Sed non ab re est hoc probare diversos accusatores admitti posse, dum, si ante denuntiationem nupserit, prior mulier accusari non possit. Expectabit igitur mulier sententiam de adultero latam: si absolutus fuerit, mulier per eum vincet nec ultra accusari potest: si condemnatus fuerit, mulier non est condemnata, sed aget causam suam, fortassis et optinere vel gratia vel iustitia vel legis auxilio possit. Quid enim, si adulter inimicitiis oppressus est vel falsis argumentis testibusque subornatis apud praesidem gravatus, qui aut noluit aut non potuit provocare, mulier vero iudicem religiosum sortita pudicitiam suam defendet?*

Minore protezione sembra essere assegnata alla donna ripudiata e a quella che si trovi nella condizione di *vidua*: in questi casi si potrà scegliere se accusare prima questa oppure l'uomo. Invece, se l'adultera, successivamente al divorzio si sia risposata, colui che agisce sarà costretto a rivolgersi contro il complice, per essere poi legittimato, se del caso, a perseguire la donna, perché ai sensi di D.48.5.20.3.: [...] *neque enim aliam lex tuetur quam eam, quae nupta est, quamdiu nupta erit.*

Il presupposto obiettivo dell'esercizio di entrambe le azioni è, dunque, l'avvenuto divorzio: "*Maritus neque uxorem, neque adulterum constante matrimonio accusare potest, sed uxorem ante dimittere debet, quam vel hanc, vel illum accuset*"¹⁸.

Soltanto se l'uomo ha divorziato iniziano a decorrere i due mesi riservati all'accusa speciale.

Esiste una stretta connessione fra lo *ius accusandi* del marito e quello del *pater*, nel senso che si esplicano entrambi nelle medesime

¹⁸ Cfr. MATTHAEI A., De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarius, t. I, tit. III, cap. IV: de accusatione adulterii, de effectu sententiae, cit., p. 319, nu. 4; D. 48.5.12.10.: "*Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quae post commissum adulterium in eodem matrimonio perseveraverit, contradictum est. Quaero, an iuste responsum sit. Respondit: ignorare non debuisti durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri: sed nec adulterum interim accusari posse*"; C.9.9.11.: "*Crimen adulterii maritum retenta in matrimonio uxore inferre non posse nemini dubium est*".

circostanze e che, in generale, sono regolati allo stesso modo. Appare, tuttavia, nelle fonti, una sorta di priorità del marito in confronto al *pater* nell'esercitare questo diritto, come viene stabilito in D.48.5.2.8.: [...] *nam et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, [...]*.

Ciò si evince e dalla forma e dalla sostanza di alcuni testi. Spesso, quando si tratta dell'accusa privilegiata, viene nominato prima il marito; così ad esempio in D.48.5.15.2.: "*Marito primum, vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas exspectatur*".

L'*accusatio iure patris* non appare affatto un complemento di quella del marito, tanto è vero che nasce contemporaneamente all'altra e per agire con essa non è necessario che venga meno il privilegio maritale. In definitiva, l'*accusatio iure patris* è esperibile se sia esperibile l'*accusatio iure mariti*; il marito è legittimato, dunque, all'accusa privilegiata quando lo sia anche il padre della donna. È stabilita soltanto una precedenza a favore dell'*accusatio iure mariti*, quando entrambi accusano nel medesimo tempo, ma tale precedenza non prova per nulla l'accessorietà dell'azione del padre, giacché il diritto di questo rimane intatto ed il tempo *in quo accusare non potest*, non viene computato nei sessanta giorni¹⁹. Anzi in taluni casi la precedenza può anche essere inversa; si ammette, infatti che in alcune circostanze il padre possa accusare prima del marito. A tal proposito le fonti ci riportano due esempi. In primo luogo quando il marito è magistrato:

D.48.5.16.pr.: "*Si maritus sit in magistratu, potest praeveniri a patre: atquin non oportet. Et putat Pomponius debere dici, quoad maritus magistratum gerit, patris quoque accusationem impediendam, ne praeripiatur marito ius, quod cum eo aequale habet: igitur non cedent sexaginta dies patri, cum accusare non potest*".

L'altro frammento, anch'esso di Ulpiano, concede la priorità al padre qualora dimostri che il marito è colpito da infamia, oppure che quest'ultimo voglia intentare il giudizio d'accordo con la donna colpevole allo scopo di eludere la legge, ed evitare ad essa la condanna per adulterio e a sé quella di lenocinio.

D.48.5.3. "*Nisi igitur pater maritum infamem aut arguat aut doceat*

¹⁹ VOLTERRA E., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., p. 43.

colludere magis cum uxore quam ex animo accusare, postponetur marito".

Il provvedimento legittimo tuttavia, in maniera diversa, anche l'iniziativa stragiudiziale del padre e del marito dell'adultera, prevedendo, nei capitoli secondo e terzo, che tali persone possano mettere a morte l'amante di quest'ultima.

3. Uccisione degli adulteri e requisiti di legittimità

Il diritto di uccidere si configura diversamente a seconda che si tratti del *pater* o del marito della colpevole. Quanto alla facoltà del padre della colpevole di uccidere gli adulteri, occorre in via preliminare che essa si configuri come *ius adulterum cum filia occidendi*, nel senso che l'uccisione della donna costituisce in pratica solo una "causa di legittimazione" per l'uccisione del correo²⁰; essa infatti non era vista tanto come un diritto, quanto piuttosto come un dovere del padre. La legge, pertanto, toglie al padre il potere di perdonare la figlia, ordinandogli di uccidere anche lei, qualora avesse ucciso il suo complice²¹. La *lex Julia*, dunque, scriminava l'atto del padre che, rispettando precise modalità fissate dalla stessa norma augustea, uccidesse figlia e correo colti in flagrante reato; fatto illecito altrimenti punibile²².

La norma augustea introdusse una vera e propria serie di regole nuove, che non concessero certamente l'impunità per fatti che fino a quel momento erano stati puniti, ma che piuttosto limitarono in modo sensibile la sfera di impunità concessa, sia al *pater* che al *maritus*.

Affinché il *pater* che si avvalga dello *ius occidendi*, possa uccidere legittimamente sono necessarie queste inderogabili condizioni:

1) che sia *paterfamilias* e abbia la figlia *in potestate* al momento dell'uccisione, o che sia stato in precedenza *auctor* della sua *conventio in manum*²³;

²⁰ RIZZELLI G., *Lex Julia de adulteriis*, *Studi sulla disciplina di adulterium*, lenocinium, stuprum, Lecce 1997, p. 18.

²¹ RABELLO M. A., *Il "ius occidendi iure patris" della "Lex Iulia de adulteriis coercendis" e la "vitae necisque potestas" del "paterfamilias"*, in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale*, Perugia 1972, p. 235.

²² Cfr. GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, p. 92 e ss., il quale sembra assimilare tale figura alla legittima difesa, con riferimento all'interesse della famiglia.

²³ Occorre, dunque, l'esistenza di una potestà attuale oppure trascorsa, ma, in tal caso, solo in quanto trasmessa al genero in collegamento con le nozze.

- 2) che sorprenda gli adulteri in flagrante²⁴;
- 3) che l'adulterio sia commesso in casa sua o del genero²⁵;
- 4) che la reazione sia immediata e continua;
- 5) che uccida sia il correo che la figlia.

In carenza anche di uno solo di questi requisiti, l'uccisione è illegittima e l'autore ne risponde.

A questo punto possiamo senz'altro proporci il problema relativo alla portata del termine *pater* così come ci viene formulato dalla legge augustea. Il *pater* cui si riferiva il secondo capitolo della *lex Julia* era da intendere con particolare limitazione; non poteva essere un padre solo in senso naturalistico – *parens* –, poiché una siffatta accezione è esclusa dagli accenni legislativi alla *potestas* attuale o passata; in sostanza doveva trattarsi di un *paterfamilias* in senso tecnico, e cioè un maschio *sui iuris*, titolare o possibile titolare di *patria potestas*²⁶. Rilevanti ai nostri fini sono D. 48.5.21. e D. 48.5.22. perché in essi si esclude che la *lex Julia de adulteriis coercendis* potesse riferirsi anche ad un *pater alieni iuris, filiusfamilias*²⁷.

D. 48.5.21.: *Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filiusfamilias pater.*

D. 48.5.22.: (*sic eveniet, ut nec pater nec avus possint occidere*) *nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis.*

È vero che la *lex Julia de adulteriis coercendis* concede facoltà di uccidere anche ad un *pater* privo di *potestas* sulla figlia adultera, ma è

²⁴ "In ipsis rebus Veneris", come specifica efficacemente Pomponio; cfr. D.48.5.24.pr.: "Quod ait lex "in filia adulterum deprehenderit", non otiosum videtur: voluit enim ita demum banc potestatem patri competere, si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat. Labeo quoque ita probat, et Pomponius scripsit in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi: [...]".

²⁵ La disposizione di Augusto – precisando il luogo nel quale doveva realizzarsi la sorpresa in flagrante degli adulteri, da parte del *pater* della donna, perché questi potesse uccidere *sine fraude* l'adultero – parlava della *domus* dello stesso *pater* e della *domus generi*. In quest'ultimo caso, occorre però che il marito della donna lo abbia espressamente invitato allo scopo di fargli esercitare la repressione. Ciò accadrà, è logico ritenere, quando l'adultero sia qualcuno che al marito non è consentito uccidere o qualora quest'ultimo desideri che venga soppressa anche la donna.

²⁶ Cfr. ALBANESE B., *Vitae necisque potestas paterna e Lex Julia de adulteriis coercendis*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, vol. XLIII, Palermo 1980, p. 9.

²⁷ Se il padre era *filiusfamilias* – quindi – lo *ius occidendi* non spettava né a lui, né a colui sotto la cui potestà egli si trovava.

pur vero che il *pater* di cui parla la legge è solo il *pater sui iuris*, dato che la legge stessa accenna al suo esser stato *auctor* della *conventio in manum* della figlia.

Quale sia la *ratio* che ha indotto il legislatore augusteo ad ispirarsi a questo particolare concetto di paternità non è difficile da comprendere. L'adulterio, infatti, come è noto, è uno di quei reati che colpisce soprattutto l'onore e la rispettabilità della famiglia²⁸. Ed è da questo punto di vista che l'ordinamento nel riconoscere al padre il diritto-dovere di salvaguardare l'onore familiare leso, ha tenuto conto tuttavia non tanto del *paterfamilias* attuale – che poteva essere anche il marito o l'avo –²⁹, quanto del *paterfamilias* cui andava fatta risalire la responsabilità, sia pure indiretta, dell'accaduto, e cioè di colui che aveva generato e allevato l'adultera, ne aveva impostato l'educazione e disposto, eventualmente, una diversa sistemazione familiare e sociale: con ciò stesso rendendosi garante del comportamento della donna.

L'ammissione del *pater* all'esercizio del diritto di uccidere gli adulteri risiede, pertanto, secondo Ulpiano, nel fatto che il legislatore ha reputato un'*iniuria* meritevole della morte il comportamento di colei che abbia osato far entrare l'amante nella casa del padre o del marito.

Per quanto riguarda l'ultimo punto, occorre dire che, se questa è la chiara previsione legislativa, le fattispecie concrete, nella loro variegata casistica, possono talora rendere più difficile al *pater* un corretto esercizio della vendetta. Può capitare innanzitutto che, mentre il padre è impegnato nell'uccisione del correo, la figlia adultera si dia alla fuga, nel tentativo di evitare una fine identica. Al padre che, ucciso il correo, vede la figlia fuggire è concessa un'unica possibilità: mettersi subito al suo inseguimento e non interromperlo finché non l'ha raggiunta, e quando l'avrà raggiunta, ucciderla. Egli non può smettere di inseguirla, perché questo significherebbe risparmiare la figlia; ma non può neppure differire in maniera programmatica la *persecutio*, perché gli è stato vietato anche questo diseguale trattamento dei due colpevo-

²⁸ In tal senso, di grande rilievo sono le osservazioni di CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. I, Milano 1972, p. 248 e ss.

²⁹ Persone, cioè, che pur avendo l'adultera in potestà, non avevano direttamente partecipato però alla formazione della sua educazione e non potevano dunque essere considerate responsabili della condotta immorale della donna, né da questa particolarmente offese. Cfr. RUGGERI RUSSO C., *Qualche osservazione in tema di 'Ius occidendi ex lege Julia de adulteriis coercendis'*, in *BIDR*, XXXI-XXXII, Milano 1989-1990, p. 108.

li. Morto il correo, finché la figlia vive ed è inseguita dal *pater*, la liceità dell'omicidio già consumato è come "in sospeso", e dipende da un misto di volontà umana e di *casus* che rende quanto mai critica la posizione del genitore vindice³⁰. Una volta che il genitore ha ucciso anche la figlia, l'intervallo cronologico intercorso fra i due omicidi, anche se apprezzabile, non torna a suo sfavore. Affinché l'uomo venga ucciso *sine fraude*, la figlia deve andare incontro, senza indugio, alla medesima sorte, sempre per mano del *pater*; la stessa legge impone, infatti, di uccidere la colpevole *in continenti*³¹: D.48.5.24.4.: "Quod ait lex 'in continenti filiam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra: debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, aequali ira adversus utrumque sumpta. Quod si non affectavit, sed, dum adulterum occidit, profugit filia et interpositis horis adprehensa est a patre qui persequabatur, in continenti videbitur occidisse".

Le parole *vel contra* alludono sinteticamente, anzitutto all'illiceità, per il *pater*, che abbia ucciso la figlia colta in flagrante adulterio, dell'uccisione dell'adultero in un tempo successivo; D.48.5.24.pr. aveva affermato la necessità, perché si avesse atto *sine fraude*, dell'uccisione dell'adultero al momento della scoperta dell'adulterio, sicché tale principio rafforza l'attendibilità del *vel contra* di D.48.5.24.4. Dal *vel contra*, d'altra parte, deve desumersi pure che era considerata illecita anche l'uccisione immediata della *filia*, da parte del *pater*, se essa non era stata seguita subito da quella dell'adultero ucciso, invece, *post dies*, o *a fortiori*, oppure non ucciso affatto. Va aggiunto, a questo punto, che la frase che, in D.48.5.24.4. precede il *vel contra* contiene, già di per sé, un giudizio di illiceità per l'uccisione della *filia*, realizzata *post dies*. In sostanza, dunque, D.48.5.24.4. dichiara illecita, non solo l'uccisione dell'adultero flagrante non seguita o preceduta subito dall'uccisione della *filia*, ma anche l'uccisione della *filia* adultera flagrante non seguita o preceduta immediatamente dall'uccisione dell'adultero³².

³⁰ Cfr. LAMBERTINI R., *Dum Utrumque Occidat, Lex Julia e uccisione in continenti degli adulteri iure patris*, Bologna 1992, p. 21.

³¹ La *lex Julia*, imponendo l'uccisione *in continenti* di entrambi gli adulteri, non limita lo *ius vitae necisque* che il *pater* abbia sulla figlia in virtù della *patria potestas*, conformandolo alla disciplina dello *ius occidendi*. Cfr. al riguardo, RIZZELLI G., *Lex Julia de adulteriis, Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum cit.*, p. 22.

³² Cfr. ALBANESE B., *Vitae necisque potestas paterna e Lex Julia de adulteriis coercendis cit.*, p. 33.

In altri termini, il trascorrere di uno spazio di tempo fra l'uccisione dell'adultero e l'uccisione della figlia di regola faceva sì, che l'uccisione dell'adultero non fosse considerata legittima, ma venisse punita come omicidio³³; a meno che, appunto, pur essendo trascorso fra le due uccisioni un intervallo di tempo, vi fosse tra di esse una *continuuatio animi*, vale a dire una continuità nell'intento e nell'azione repressiva del *pater* il quale, in forza di questa circostanza, restava impunito per l'uccisione dell'adultero, che si riteneva fatta *auctoritate legis*, come quando aveva luogo contemporaneamente all'uccisione della figlia³⁴.

Un rescritto di Marco Aurelio e Commodo, dando rilevanza all'elemento intenzionale, stabilì che il padre che aveva inferito alla figlia gravi ferite con l'intenzione di ucciderla, non fosse punito, qualora questa riuscisse a sopravvivere, sempre che le ferite fossero di tale gravità da far ritenere che fosse sopravvissuta per puro caso, del tutto in contrasto con la volontà del padre³⁵.

Come si è già detto, la *lex Julia* concedeva anche al marito tradito di uccidere impunemente: ma a condizioni assai diverse da quelle alle quali poteva farlo il padre³⁶. Al padre, dice Papiniano, si poteva concedere un'impunità più estesa di quella concessa al marito, nella speranza che non sempre ne avrebbe approfittato: per salvare la figlia, infatti, poteva accadere che egli risparmiasse il suo correo. Ma il marito, in preda allo sdegno per l'offesa fattagli dalla moglie, più difficilmente poteva essere trattenuto da questa considerazione, e quindi i limiti della sua impunità dovevano necessariamente essere più ristretti.

³³ Se il padre, ucciso il correo, risparmia la figlia, è responsabile di omicidio doloso e, come tale passibile della sanzione della *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* (81 a. C.), a cui la norma augustea, cronologicamente posteriore, si limita a demandare in tal caso la punizione.

³⁴ Cfr. CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 247.

³⁵ D. 48.5.33.pr.: "*Nilil interest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat: nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit. Quod si altero occiso alter vulneratus fuerit, verbis quidem legis non liberatur: sed divus Marcus et Commodus rescripserunt impunitatem ei concedi, quia, licet interempto adultero mulier supervixerit post tam gravia vulnera, quae ei pater infixerat, magis fato quam voluntate eius servata est: quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit et severitatem requirit*".

³⁶ D.48.5.23.4.: "*Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus*".

Sempre in forza della legge augustea, il marito era titolare, proprio in quanto *vir*, di un *ius occidendi* nei confronti del correo di rango non elevato. In primo luogo, il marito poteva uccidere solo il correo della moglie: se uccideva anche questa si rendeva colpevole di omicidio; inoltre, non poteva uccidere qualunque correo della donna, ma solo quello che apparteneva ad un ben determinato novero di persone, poco qualificato dal punto di vista sociale e precisamente: a) schiavi; b) infami, gladiatori e bestiarii, “*iudicio publico damnati*”, commedianti ballerini e cantanti, lenoni e prostituti; c) liberti, o più specificamente liberti del marito, della moglie, del padre, della madre, del figlio o della figlia di entrambi.

Si veda in particolare D.48.5.25.pr.: “*Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam saltandi cantandive causa prodierit iudiciove publico damnatus neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti uxorisve, patris matris, filii filiae utrius eorum fuerit (nec interest, proprius cuius eorum an cum alio communis fuerit) quive servus erit*”.

Diverse erano anche le condizioni di luogo richieste perché il marito potesse rimanere impunito. Diversamente dal padre, infatti, egli poteva uccidere impunemente solo se li sorprende nella casa coniugale³⁷. In base a quanto sancito nel V capitolo della *lex Julia*, se l'adultero veniva sorpreso fuori casa, così come se era di ceto sociale elevato, non poteva essere ucciso impunemente. Il marito che non desiderasse o non potesse esercitare la vendetta privata, aveva facoltà di trattenere il colpevole, per non più di venti ore e senza interruzione, al fine di procurarsi i testimoni, che provassero la verità della sua accusa in vista del processo: D.48.5.26.pr.: “*Capite quinto legis Juliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat*”.

Se il marito, nel frattempo, lasciava andar libero l'amante della moglie per lucro, egli era incriminato per lenocinio.

³⁷ Può essere interessante osservare, al riguardo, che la flagranza era ritenuta già in diritto attico un presupposto necessario, perché il marito potesse uccidere l'adultero scoperto nella propria casa. Cfr. su questo punto, PAOLI U. E., *Il reato di adulterio (Moicheia) in diritto attico*, in SDHI, 16, 1950, p. 272 e ss.

L'accusa *iure mariti* appare, inoltre, più agevole da esperire, essendo proponibile in un *dies feriatu*s e, *de plano*, come si evince da D.48.5.12.6.: "*Sexaginta dies, qui marito accusanti utiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem praesidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod privilegium si amisit, non prohibetur intra alios quattuor menses querellam suam apud iudicem deferre*".

In un'ulteriore fase, la *lex Julia* prescriveva al marito altri due adempimenti, che consistevano in primo luogo nel ripudiare la moglie, e in secondo luogo nel dare notizia entro tre giorni al magistrato, competente per territorio, dell'uccisione dell'adultero e del luogo in cui essa era avvenuta³⁸. La notifica al magistrato era assolutamente indispensabile per controllare che nella fattispecie esistessero effettivamente le condizioni di luogo e di persona alle quali la legge subordinava la concessione dell'impunità: ed era quindi onere del marito provare l'esistenza delle cause di non punibilità quale omicida.

Ulteriore condizione per l'impunità, sancita in D.48.5.30.pr., era che il marito dovesse ripudiare la moglie, cosa che, anche qualora non avesse ucciso il correo, doveva in ogni caso fare se voleva evitare l'accusa di lenocinio³⁹: "*Mariti lenocinium lex coarctat, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. Tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim lex ita locuta est "adulterum in domo deprehensum dimiserit", quod voluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere*".

Questa condizione si spiega, secondo l'interpretazione della Cantarella, con la considerazione che il ripudio della moglie era considerato una prova della buona fede del marito, il quale doveva dimostrare di avere ucciso l'adultero veramente e solamente perché aveva scoperto il tradimento della moglie, e non per altri motivi, e magari con la complicità di questa. In altri termini, attraverso il ripudio si otteneva la prova della buona fede del marito esattamente come, attraverso la *pro-*

³⁸ Il ripudio deve avvenire "*statim*", deve cioè seguire la morte dell'uomo senza soluzione di continuità.

³⁹ Sul punto cfr. BANDINI V., *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano 1934, p. 499 e ss., che mette in luce come questa regola sia una conseguenza della nuova concezione dell'adulterio come *crimen*, introdotta appunto dalla *lex Julia*.

fessio si otteneva la prova dell'esistenza delle condizioni obiettive di tempo e di persona richieste perché l'uccisione non fosse punita⁴⁰.

4. Il diverso fondamento dell'impunità paterna e dell'impunità maritale

Da quel che si è venuto dicendo sin qui, risulta abbastanza chiaro come il fondamento dell'impunità paterna e dell'impunità maritale fosse profondamente diverso. Del resto, questa diversità sarà sottolineata alcuni secoli dopo da Anton Matthaei, nella sua analisi del reato d'adulterio: [...] *Diversi iuris ratio est, quoniam pietas paterni nominis consilium plerunque pro liberis capit; mariti autem calor et impetus facile decernentis refranandus fuit [...]. Olim quidem, ex lege Romuli, maritus et uxorem occidere potuit, [...]*⁴¹.

L'uccisione dell'adultera e del suo correo ad opera del padre era considerata come l'esercizio di un diritto, e pertanto il padre dell'adultera che uccideva la figlia e il suo correo non commetteva un reato, il suo atto, non era un omicidio. Ma il discorso non ha lo stesso valore se facciamo riferimento all'uccisione del correo della moglie ad opera del marito: l'impunità di questi, infatti, ha sempre avuto, nel diritto romano, un fondamento diverso; più specificamente la considerazione da un lato dell'offesa subita, e dall'altro, del particolare stato d'animo in cui il marito si veniva a trovare in conseguenza di ciò.

Il diverso fondamento su cui poggiavano, già prima della *lex Julia*, l'impunità paterna e quella maritale risulta, in primo luogo, dall'esame della terminologia usata dalle fonti, che mentre, a proposito del padre, parlano sempre ed esclusivamente di esercizio del "*ius occidendi*", e di uccisione fatta "*iure*"⁴² o "*legis auctoritate*", a proposito del marito, invece, e solo a proposito di questi, dicono, a volte, che egli uccide "*impune*"⁴³.

⁴⁰ Cfr. CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 252.

⁴¹ Cfr. MATTHAEI A., *De Criminibus*, t. I, tit. III, cap. III, cit., pp. 315-316, nu. 13.

⁴² Cfr. D.48.5.21.

⁴³ D. 48.5.39.9.: "*Liberto patroni famam lacessere non facile conceditur: sed si iure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo si atrocem iniuriam passus esset. Certe si patronum, qui sit ex eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere. Quod durum nobis esse videtur: nam cuius famae, multo magis vitae parcendum est*".

Nel caso del *pater*, dunque, si tratta di un vero e proprio potere che probabilmente s'inscrive nella struttura della *patria potestas*; nel caso del marito si tratta di condizioni di non punibilità di un atto in sé non lecito.

Come abbiamo visto, infatti, i limiti del potere paterno erano più estesi di quelli della impunità maritale, ma ciò nonostante, l'esercizio del potere paterno era subordinato ad una condizione cui non era subordinata l'impunità del marito. Il padre poteva procedere all'uccisione degli adulteri solo se era *sui iuris* e se aveva la figlia *in potestate*. E la ragione è evidente: dal momento che il fondamento della sua impunità stava nella considerazione che uccidendo gli adulteri esercitava un potere familiare, egli doveva, evidentemente, esserne titolare. Ma al marito, invece, l'impunità era concessa in considerazione del particolare stato d'animo in cui si trovava in seguito alla scoperta dell'offesa subita. Quindi si può senz'altro affermare che nel diritto romano a fondamento di quella che ai nostri occhi sembra doversi configurare come un'impunità, sia nei confronti del *pater* sia di quelli del marito, stavano due situazioni totalmente diverse: per quanto concerne il padre, la considerazione che, uccidendo, egli esercitava un suo diritto; per quanto riguarda il marito, la considerazione che, nel momento in cui agiva, egli si trovava in un particolare stato emotivo, era dominato da un *iustus dolor*, provocato dalla scoperta dell'offesa che gli era stata arrecata. Il *iustus dolor* del marito tradito consisteva in quel particolare stato emotivo che era determinato dall'offesa a un valore che la coscienza sociale condivideva e voleva difendere in quanto tale, esso agiva come causa di esclusione della pena⁴⁴. Il *dolor* del marito omicida, infatti, era uno degli elementi in considerazione dei quali egli godeva dell'impunità, ma da solo non bastava, era necessario anche che la coscienza sociale valutasse positivamente il movente che lo spingeva a reagire all'offesa subita: il *dolor* doveva essere *iustus*⁴⁵.

La considerazione del valore sociale della vittima, sicuramente andava ad incidere sulla valutazione del motivo che aveva spinto il marito che era stato tradito, a reagire; e questa valutazione era diversa a

⁴⁴ Cfr. CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 267; RIZZELLI G., *Lex Julia de adulteriis, Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum* cit., p. 17.

⁴⁵ Sulla nozione di *iustus dolor*, cfr. CANTARELLA E., cit., p. 269 e ss., che sottolinea come questo sia o meno *iustus* in virtù di quanto la società possa valutare il movente che determina l'uomo ad uccidere.

seconda del valore sociale dell'ucciso. Valutazione positiva nel caso in cui questo era basso, ma il giudizio era totalmente diverso se non fosse stato di questo tipo. Infatti, in quest'ultimo caso, nonostante il marito tradito avesse agito in un particolare stato emotivo, doveva essere punito. La posizione sociale agiva, di conseguenza, da limite alla possibilità che lo stato emotivo dell'agente venisse considerato quale causa di esclusione della punibilità.

Secondo quanto attestano chiaramente le fonti, la concessione dell'impunità all'uccisore degli adulteri non fu un'innovazione della *lex Julia*, ma fu piuttosto una revisione e una limitazione delle regole che, sino a quel momento, avevano concesso sia al padre che al marito un'impunità avente un'estensione assai maggiore. In primo luogo, lo *ius occidendi* paterno, prima della *lex Julia*, non era sottoposto alla limitazione dovuta alla necessità di uccidere anche la figlia: l'uccisione di questa era, infatti, un diritto che il padre poteva, ma non era affatto costretto ad esercitare. La legittimità dell'uccisione, inoltre, non era subordinata ad alcuna delle condizioni di tempo e di luogo che abbiamo già esaminato, vale a dire la scoperta dell'adulterio all'interno delle mura domestiche e l'uccisione degli adulteri *in continentis*: bastava semplicemente che gli adulteri fossero sorpresi in flagrante. Quanto all'impunità concessa al marito, poi, essa subì ad opera della *lex Julia* limitazioni di ampiezza ancor maggiore, poiché in precedenza la posizione del marito e quella del padre erano identiche.

Abbiamo già visto che l'*accusatio iure mariti vel patris*, come quella *iure extranei*, presuppone l'avvenuto divorzio. Gli adulteri non possono cioè essere in generale perseguiti, con l'accusa *iure mariti vel patris* o da parte dei terzi, se la donna si trovi ancora unita in *iustae nuptiae* con l'uomo al quale è stata infedele.

La donna non può essere accusata di adulterio in costanza di matrimonio da una persona diversa dal proprio marito; si è già detto sopra che al terzo viene tuttavia concesso di proporre l'accusa di *adulterium* qualora abbia in precedenza promosso un processo avente ad oggetto il *lenocinium* del coniuge e l'illecito sia stato accertato.

Per intentare l'accusa di adulterio contro la sospetta adultera, qualora il marito non divorzi, occorre, dunque, preliminarmente ottenere la condanna di questo per *lenocinium*. Il *lenocinium* è, così, inteso dal legislatore augusteo essenzialmente come attività che favorisce la commissione dell'adulterio o che trae da essa vantaggio, o anche come acquiescenza alla manifesta infedeltà della moglie sorpresa in flagranza di reato. Le condotte che danno luogo al *crimen lenocinii* si sostanzia-

no, in generale, nel conseguire un profitto dalle unioni sessuali vietate dalla *lex Julia de adulteriis* oppure nella riabilitazione della donna che abbia commesso adulterio.

Da un'attenta analisi di due paragrafi di D.48.5.14, risulta evidente la ragione per cui non viene concessa l'*accusatio iure mariti*, nel caso specifico in cui la fidanzata si sia unita in matrimonio con un altro.

D.48.5.14.pr.: "*Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit*".

D.48.5.14.6.: "*Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. Quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit*".

È evidente che la ragione è sempre la stessa: poiché al momento in cui il delitto è stato commesso, mancano i requisiti richiesti per l'esistenza delle *iustae nuptiae*, non si ha un vero e proprio *adulterium*, ma uno *stuprum*. Naturalmente è ammesso in modo implicito che il marito può sempre intentare l'*accusatio iure extranei*. Riguardo alla procedura speciale, il delitto di *adulterium* va sempre inteso nel suo significato più ristretto e rigoroso, diversamente dall'*accusatio iure extranei* per la quale, sotto la denominazione di *adulterium* si comprendono anche i casi di *stuprum*. L'azione privilegiata è quindi concessa, soltanto a colui che al momento del delitto è propriamente *maritus* della colpevole, mentre il fidanzato dal suo rapporto di sponsali con la colpevole non ne viene a derivare nessun diritto speciale, giacché egli non ha se non la facoltà di esperire, come qualsiasi altro, l'accusa pubblica.

5. La legislazione successiva fino a Giustiniano

L'istituto dell'*accusatio iure mariti vel patris* mantenutosi vivo nei primi tre secoli dell'Impero, perde vigore rapidamente nella legislazione posteriore. La sua scomparsa, come ha notato il Volterra, è strettamente collegata alle profonde modificazioni portate sul regime classico del *crimen adulterii* dal nuovo spirito cristiano⁴⁶. La *lex Julia de adul-*

⁴⁶ Cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., p. 4.

terius subì, infatti, frequenti e varie modificazioni, con senatoconsulti o rescritti imperiali, per opera degli Imperatori che succedettero ad Augusto, spesso in corrispondenza alle loro vedute ed ai loro costumi individuali e familiari, e successivamente anche per l'influsso della fede cristiana da essi abbracciata.

Nel diritto romano pregiustiniano un decreto degli imperatori Severo e Antonino, *ad legem Juliam de adulteriis*, stabilì la sanzione dell'adulterio anche contro la fidanzata infedele, disponendo che colei che fosse vincolata da sponsali dovesse essere punita in caso di rapporti carnali con persona diversa dallo sposo⁴⁷.

L'imperatore Costantino, con zelo ispirato dalla nuova religione, promulgò varie leggi contro l'adulterio⁴⁸: la pena viene esacerbata fino alla comminativa della pena capitale⁴⁹.

Ma per quale motivo il primo principe cristiano avrebbe ristabilito la pena di morte? Gotofredo invoca l'ispirazione religiosa: *et certe christianae religioni, qua is imperatorum primus imbutus est, id omnino congruit*⁵⁰. Ma è proprio singolare che il primo insegnamento che un principe cattolico ricavi dal Vangelo sia quello di comminare pene più severe ai rei. Inoltre, ci si può chiedere: come mai dall'episodio evangelico dell'adultera perdonata da Gesù il legislatore tragga motivo per inasprire la *poena adulterii*? Seguendo la teoria dell'Esmein⁵¹ si potrebbe fare un richiamo alla legge mosaica e precisamente a Deuteronomio 22, 23, e Levitico 20, 10, tuttavia questo richiamo, come ci riferisce il Biondi, è fuori posto, giacché questo è proprio uno dei punti in cui la dottrina di Cristo rappresenta il superamento della legge mosaica: Gesù, infatti, perdona la peccatrice che ha avuto amore e fede in lui⁵², e l'adultera sorpresa in flagrante che non è stata accusata

⁴⁷ D. 48.5.13.3.: *Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium quaecumque nec spem matrimonii violare permittitur.*; cfr. anche GIOFFREDI R., voce: *Adulterio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, Torino 1937, p. 220.

⁴⁸ C. Th. 9.40.1.; LA MANTIA V., voce: *Adulterio*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, part. II, Milano 1910, p. 307.

⁴⁹ Secondo l'opinione tradizionale, la pena di morte sarebbe stata introdotta da Costantino. Secondo altri, tra i quali il Biondi vi sarebbe invece stata con Costantino non l'introduzione della pena di morte, ma la trasformazione dell'antica uccisione *iure mariti vel patris* in pena giudiziaria.

⁵⁰ BIONDI B., *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano*, in *Scritti Giuridici*, II, Milano 1965, p. 61.

⁵¹ Cfr. BIONDI B., *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano* cit., p. 61.

⁵² Luca, 7, 48-50.

da nessuno, nonostante scribi e farisei avessero invocato la legge mosaica⁵³.

Se partiamo dal presupposto che la Chiesa, seguendo l'insegnamento del Maestro, non ammette in via di principio alcuna *effusio sanguinis*, non si capisce come si possa supporre che la pena di morte abbia ispirazione religiosa. I Santi Padri di questo periodo qualificano l'adulterio come *crimen mortale*, ma rinnegano l'uccisione degli adulteri, nonché la liceità del ripudio; invocano l'equiparazione dell'uomo alla donna, ma non alcun aggravamento della pena; anzi intendono sostituire all'antica vendetta il sistema della pena spirituale, ed è precisamente sotto l'aspetto spirituale che qualificano l'adulterio come *crimen mortale*⁵⁴.

La religione cristiana ha influito in questa materia non nel senso di un maggior rigore fino alla *effusio sanguinis*, incompatibile con quello spirito di mitezza e misericordia che scaturisce da tutto il Vangelo, ma in quanto ha determinato la decadenza di quella pena privata che si concretava nell'uccisione *iure patris vel mariti*. In questa situazione si può spiegare come lo Stato, senza rinnegare la particolare gravità dell'adulterio, sia secondo la tradizione sia secondo la religione cristiana, abbia avvocato a sé quella punizione *gladio*, che un tempo era devoluta all'arbitrio insindacabile del marito o del *pater*⁵⁵.

Il sistema della repressione dell'adulterio, stabilito dalla *lex Julia*, viene così rovesciato e scosso nelle sue basi, assumendo un aspetto completamente nuovo. Questa innovazione si ripercuote naturalmente anche sull'*accusatio iure mariti vel patris*⁵⁶; infatti, la costituzione circoscrive l'esperibilità dell'*accusatio adulterii* contro la donna al marito e a taluni congiunti, i quali restano in tal modo, gli unici legittimati a promuovere l'accusa *iure extranei* che la *lex Julia* aveva previsto in rapporto a questo particolare illecito, affiancandola, in via sussidiaria,

⁵³ Giovanni, 8, 3-11.

⁵⁴ BIONDI B., *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano*, cit., p. 61.

⁵⁵ BIONDI B., *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano*, cit., p. 69.

⁵⁶ Da questa legge di Costantino sorgono due problemi per la storia dell'adulterio: innanzi tutto, quello di determinare se essa limita l'accusa soltanto contro la donna unita in matrimonio, riducendo quindi l'estensione dell'*accusatio iure extranei* nel solo caso di *adulterium* in senso tecnico, e lasciando invece immutato il regime dell'azione pubblica contro lo *stuprum*; e in secondo luogo, se dopo la riforma costantiniana, il marito che non accusa venga sottoposto o no al *crimen lenocinii*. Su questo punto cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., p. 54.

a quella *iure mariti vel patris*⁵⁷. Tale istituto, dunque, subisce il primo colpo con la costituzione di Costantino, la quale viene praticamente ad abolire, mantenendone però il nome, l'*accusatio publica* libera a tutti, restringendo il novero di coloro che sono legittimati ad accusare, concedendola soltanto a determinate persone *quos verus dolor ad accusationem impellit*.

Consideriamo il testo di C. Th. 9.7.2.: "*Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur, tamen, ne volentibus temere liceat foedare connubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patri vel consobrino et consanguineo maxime fratri, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed et his personis legem imponimus, ut crimen abolitione compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspitione etiam ream coniugem facere, nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri, veteres retro principes annuerunt. Extraneos autem procul arceri ab hac accusatione censemus. Nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant*".

Con Costantino, dunque, il *crimen adulterii* cessa di essere di diritto pubblico, quindi cessa la pubblica accusa, rimane soltanto l'azione maritale. Nel sistema di Augusto essa rispondeva ad una necessità reale ed adempiva, di fronte all'azione pubblica, una funzione propria; infatti, come si è già sostenuto, non solo veniva a dare delle facilitazioni al padre e al marito, ma concedeva loro un tempo determinato entro il quale potevano scegliere se perseguire essi stessi il delitto e vendicare il proprio onore, oppure lasciare libero corso all'accusa pubblica, che si presentava quindi come un surrogato della prima. Nella legislazione di Costantino, che si ispira al principio che nessuno deve *temere* [...] *foedare connubia*, i soli parenti più prossimi possono, trascorsi i sessanta giorni riservati al padre e al marito, giudicare se sia o no opportuno muovere il *crimen* contro la donna: l'azione, quindi, per adulterio è concessa soltanto nell'ambito della famiglia.

Si comprende come oramai l'*accusatio* speciale *iure mariti vel patris*, trovandosi unicamente di fronte a quella degli altri congiunti, diminuisce fortemente il suo valore e di conseguenza la distinzione fra

⁵⁷ Cfr. VENTURINI C., "Accusatio adulterii" e politica costantiniana (per un riesame di CTH 9, 7, 2), in SDHI, 54, 1988, p. 67.

accusatio iure mariti e *accusatio iure extranei* viene praticamente a perdere sempre più importanza⁵⁸. Inoltre, occorre aggiungere che mentre prima con *extranei* si intendevano tutti, esclusi il padre ed il marito, ora sotto questa espressione si comprendono soltanto le persone elencate dalla legge.

L'azione pubblica fu quindi abolita da Costantino, sebbene però sembri che ancor prima di lui, pur ristabilita la giurisdizione obbligatoria del pretore, l'accusa di adulterio, almeno durante il matrimonio, spettasse soltanto al marito, e solo eccezionalmente ai prossimi congiunti.

Lo stesso imperatore sancì due importanti e nuove disposizioni: che il marito potesse formulare il suo libello anche in base ad un semplice sospetto; che egli però non potesse ripudiare la moglie prima che essa fosse condannata per adulterio.

Il movimento di riforma, iniziato da Costantino contro il sistema della *lex Julia*, viene ripreso con vigore da Giustiniano che nella Nov. 134 al c. 10 conserva le pene *quas Constantinus disposuit velle* contro gli adulteri⁵⁹. Confermata, per quello che concerne le pene pubbliche per il reato di adulterio, la costituzione dell'imperatore Costantino che stabilisce la *poena gladii*, per quanto si riferisce al patrimonio dell'a-

⁵⁸ Cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., p. 54.

⁵⁹ Nov. 134,10.: "*Si quando vero adulterii crimen probetur, iubemus illas poenas peccantibus inferri, quas Constantinus divinae memoriae disposuit; et illis similibus subiciendis poenis, qui medii < aut > ministri huiusmodi impio crimini facti sunt. De substantia vero adulteri, si habeat uxorem, dotem et propter nuptias donationem ei salvari, aut partem a nostra lege datam si dotalia instrumenta non subsecuta sunt; residuum vero eius substantiam, si quidem sint ascendentes aut descendentes usque ad tertium gradum, accipiant hi secundum ordines et gradus, si vero non sint huiusmodi aliqui, fisco applicari haec iubemus. 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. Et si quidem habeat descendentes, duas partes accipere eos substantiae secundum legum divisas ordinem, reliquam vero tertiam partem monasterio in quo mittitur dari. Si vero descendentes non fuerint, sed ascendentes inveniantur non consentientes huiusmodi iniquitati, quattuor uncias eos secundum leges divisas accipere, octo vero uncias dari monasterio in quo includitur huiusmodi mulier. Si vero neque descendentes neque ascendentes habeat, aut ascendentes consenserint huiusmodi iniquitati, omnem eius substantiam accipere monasterium illi conservandam, ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur*".

dultera si ripetono con qualche complemento le disposizioni della Nov. 117 c. VIII.

La Novella 134, infatti, dispone che l'adultero sia sottoposto alle pene stabilite da Costantino, ma non dice quali; però da quanto sancirà in seguito possiamo desumere che non si trattava sicuramente della pena di morte. La pena di morte è, difatti, incompatibile con talune disposizioni della stessa *lex Julia*, che presuppongono la sopravvivenza del condannato per adulterio: così la legge vieta esplicitamente il matrimonio con la donna *adulterii damnatam*, proibisce al reo di adulterio di prestare testimonianza⁶⁰. Giustiniano, ricordate le pene patrimoniali, che in sostanza si rifanno alla *lex Julia*, aggiunge che l'adultera, assoggettata alle competenti pene, sia battuta e reclusa in un monastero, distinta nell'abito dalle altre monache e costretta a vivere in isolamento⁶¹. Si darà, però, nello stesso tempo, facoltà al marito di riprendere la moglie entro lo spazio di due anni, senza pericolo di incorrere nella pena comminata dalla *lex Julia* a colui che richiama la donna condannata per adulterio. Qualora il marito, e solo lui, entro questo lasso di tempo non la riprenda con sé, le siano tagliati i capelli e rimanga per tutta la vita in convento, assumendo l'abito e la condizione religiosa. È chiaro, dunque, che l'adultera non viene condannata a morte; ciò sta a significare che le pene a cui si deve assoggettare l'adultera, precisamente quelle stabilite da Costantino, che Giustiniano dispone di applicare, non comprendono la pena di morte.

Nel diritto delle Novelle può, dunque, dirsi caduta la pena capitale, sostituita da pene patrimoniali, a danno degli adulteri ed a favore del coniuge innocente e dei figli⁶².

⁶⁰ Cfr. D. 22.5.18.

⁶¹ Giustiniano, dietro consiglio del vescovo romano Pelagio, fece costruire all'uopo una specie di monastero penale. Cfr. BANDINI V., *Appunti in tema di reato di adulterio* cit., p. 505.

⁶² Nov. 117.8.2.: "*Si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem aut etiam adulterum, et si huiusmodi accusatio verax ostenditur, tunc repudio misso habere virum super ante nuptias donationem etiam dotem, et ad haec, si filios non habet, tantum accipere ex alia uxoris substantia quantum dotis tertia pars esse cognoscitur, ut eius proprietati et dos et a nobis definita poena applicetur. Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, iubemus et dotem secundum de hoc leges aliamque mulieris substantiam filiis conservari, et ita adulterum legitime convictum una cum uxore puniri. Et si quidem habeat uxorem adulter, accipere eam et dotem propriam et propter nuptias donationem, ut si filios habent, solo usu mulier fruatur donationis proprietate secundum leges filiis servanda; aliam vero mariti substantiam eius filiis ex nostra largitate donamus. Filiis autem non existentibus antenuptialis quidem do-*

La suddetta Novella del 543 parla di accusa e di punizione degli adulteri; ma la pena per questi è sempre patrimoniale: determina vantaggi a favore del coniuge innocente e dei figli, e svantaggi a danno del reo, relativamente alla dote, alla *donatio ante nuptias*, ed al resto delle sostanze. Vi si stabiliva, inoltre, che l'adultera perdesse a vantaggio del marito l'intera dote più una parte dei beni parafernali pari a un terzo di quella, se non c'erano figli; in presenza di questi, invece, sia la dote sia l'intera sostanza materna dovevano venire loro attribuite. La donna rischiava così di vedersi completamente privata dei propri beni, senza poter godere su di essi nemmeno l'usufrutto⁶³.

Giustiniano mantenne pure il diritto d'accusa per il solo sospetto, ma lo circondò con la formalità di una previa triplice ammonizione scritta e testificata da tre fededegni. L'Imperatore, con la Novella 117, restringe nuovamente l'ambito di questa impunità, escludendo che la moglie possa essere uccisa e prescrivendo che, per avere facoltà di procedere all'uccisione del correo, il marito debba sorprenderlo insieme alla donna in luoghi espressamente indicati dalla costituzione, dopo avergli inviato tre diffide scritte, corredate dalle testimonianze di altrettante persone fededegne.

Inoltre, la suddetta Novella prevedeva che il marito restasse impunito per la sola uccisione del correo, e non anche per quella della moglie. Ma non solo. Anche con riferimento all'uccisione di questi, mentre da un canto prescindeva totalmente dalla considerazione della sua posizione sociale, stabiliva, dall'altro che, perché il marito potesse restare impunito, dovessero sussistere alcune condizioni che non erano state richieste neppure dalla legislazione augustea. Era necessario infatti, che venuto a conoscenza della relazione della moglie, il marito inviasse al suo correo tre diffide scritte, firmate da testimoni fededegni: e che, dopo di ciò, lo sorprendesse in casa propria, in casa della moglie, in una taverna o in una casa nei sobborghi. Come risulta chiaramente alla lettura del testo della Novella, l'invio delle tre diffide scrit-

nationis proprietatem mulieri competere sancimus, aliam vero mariti omnem substantiam fisco secundum antiquas applicamus leges".

⁶³ Cfr. GORIA F., *La Nov. 134,10,12 di Giustiniano e l'assunzione coattiva dell'abito monastico*, in *Studi Grosso*, VI, Torino 1974, p. 75. Sulla *poena adulterii* vedi anche: Paolo, Sent. 2.26.14.: "*Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri; adulteris vero viris pari in insulam relegatione dimidia bonorum partem auferri; dummodo in diversas insulas relegentur*".

te al presunto colpevole era una condizione necessaria ma non sufficiente perché il marito restasse impunito, richiedendosi, oltre questa formalità, anche la necessità della ulteriore sorpresa in flagrante.

Risorge così in parte e circondata di cautele quell'uccisione *iure mariti*, che è forse la nota dominante di tutta la legislazione romana intorno all'adulterio da Augusto alle Novelle⁶⁴. Infatti, è evidente che Giustiniano, con la Novella 117, lungi dall'allargarlo, restrinse di molto il campo della impunità maritale. Attraverso l'innovazione costituita dall'introduzione della necessità delle tre diffide scritte, egli esclude anche che restasse impunito il marito che uccideva l'amante occasionale della moglie, limitando la concessione della impunità a chi uccideva l'uomo che intratteneva con la moglie quella che oggi chiamiamo "relazione adulterina"⁶⁵. E con questo, introdusse una regola del tutto nuova in materia, che, tra l'altro, resterà in vigore anche nel diritto intermedio, come prova, ad esempio, quanto afferma l'Aretino nel suo trattato *De maleficiis*, al §. "Che hai adulterato la mia donna"⁶⁶:

"Hoc tamen est verum, nisi maritus illi quem habet suspectum *ter inscriptis denunciaverit, et in presentia trium testium fide dignorum, quod permittat vivere in pace suam uxorem, et cum ea aliquid commune non habeat*".

Per quanto riguarda la legislazione giustiniana sull'*accusatio iure mariti*, abbiamo accennato all'abolizione di vari privilegi che contraddistinguevano l'azione speciale; Giustiniano, proseguendo nel suo intento rivolto a rendere per quanto possibile stabili i matrimoni e ad impedirne lo scioglimento, introduce vari cambiamenti nel campo dei delitti di adulterio. Secondo il diritto classico il marito per intentare l'accusa, deve ripudiare la donna: in talune circostanze anzi l'*accusatio* è considerata come un ripudio ed *ipso iure* scioglie le nozze. In ogni caso durante il procedimento penale non si può assolutamente né mantenere in vita il matrimonio, né condurre in moglie l'accusata. Le norme della costituzione di Costantino, emanata nel 326, non portano nessuna variazione su questo punto e sembrano perfettamente conformi al diritto classico: il marito per intentare l'accusa, anche *ex suspi-*

⁶⁴ BIONDI B., *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano* cit., p. 73.

⁶⁵ CANTARELLA E., *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano* cit., p. 263.

⁶⁶ ANGELUS ARETINUS [DE GAMBILIONIBUS], *De Maleficiis tractatus*, ed. Venetiis 1598, f. 118va, nu. 2.

cione, deve sciogliere il matrimonio⁶⁷. Nel diritto giustiniano il principio muta profondamente. Infatti, nel diritto delle Novelle viene definitivamente fissato il principio che durante il giudizio di adulterio il matrimonio non si scioglie, giacché il marito ha il diritto di inviare il ripudio soltanto dopo la condanna della donna. Non solo l'accusa non ha più l'effetto di sciogliere il matrimonio, ma il marito deve sottomettersi alle medesime formalità degli altri e non è più esente dalle pene della calunnia.

Difatti, Giustiniano innova il sistema classico stabilendo nelle sue Novelle che il marito il quale non riesca nell'accusa di adulterio, sia costretto a subire le medesime pene a cui sarebbe stata sottoposta la donna nel caso di condanna. Seguendo il principio allora in vigore, la Nov. 117 al cap. 9, §. 4, ordina che:

Si vir de adulterio inscripserit uxorem et adulterium non probaverit, licere mulieri volenti etiam pro hac causa repudium destinare viro, et recipere quidem propriam dotem; lucrari autem et antenuptialem donationem, et pro huiusmodi calumnia, si filios non habuerit ex eodem matrimonio, tantum secundum proprietatem accipere mulierem ex alia viri substantia quantum antenuptialis donationis tertia pars esse cognoscitur. Si autem filios habuerit, iubemus omnem viri substantiam filiis conservari, firmis manentibus quae de antenuptiali donatione aliis legibus continentur; ita tamen ut etiam propter illatam adulterii accusationem et non probatam illis quoque maritus subdatur supplicis, quae esset passura mulier, si huiusmodi fuisset accusatio comprabata.

Questa applicazione del principio del taglione alla repressione del reato di calunnia, viene, pur non dichiarandolo in forma esplicita, ad abrogare definitivamente il privilegio del marito di non essere sottoposto all'*actio calumniae*⁶⁸. Nel caso poi di semplice sospetto viene fissata una procedura assai complicata per quanto riguarda le prove.

Si comprendono i motivi che hanno portato a queste innovazioni: da una parte lo spirito del tempo, contrario allo scioglimento del matrimonio, dall'altra la necessità di togliere il contrasto che si era formato fra le norme classiche sull'adulterio e il regime del divorzio introdotto dalle costituzioni imperiali⁶⁹.

⁶⁷ VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., p. 56.

⁶⁸ Cfr. VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., p. 16.

⁶⁹ VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* cit., pp. 57-58.

Il principio che la donna colpevole di adulterio non potesse unirsi al proprio complice in valide nozze una volta sciolto il vincolo precedente, non si affermò, come tale, molto presto nel diritto romano. Anzi, in detti termini esso fu sancito proprio nella fase estrema della sua evoluzione, in quel c. 12 della Novella 134 che puniva sia il matrimonio tra i due complici dell'adulterio sia la semplice relazione tra colui che "*accusatus in adulterio per prodicionem iudicum aut alio quolibet modo a legibus poenas effugerit*" e che "*post haec inveniatur mulieri de qua accusatus est turpiter conversatus*"⁷⁰.

A fondamento della repressione penale dell'adulterio non era un'idea o una concezione religiosa, per la quale in seguito all'adulterio, si sarebbe verificata l'intrusione di un soggetto estraneo alla famiglia con conseguenze rilevanti per ciò che atteneva ai rapporti religiosi, ma l'idea politica di rafforzare lo Stato mediante la tutela e il conseguente rafforzamento della famiglia. La repressione penale dell'*adulterium* e dello *stuprum*, cioè della unione sessuale rispettivamente con donna coniugata e con donna *ingenua* non coniugata⁷¹, rappresentava uno degli aspetti di quella politica demografica, che voleva, tra l'altro rendere migliore il matrimonio, impedendone l'accesso a chi non ne fosse degno: di qui l'impossibilità, come si è visto, di ulteriori nozze per la *adulterii damnata*, prima, e anche per la donna semplicemente *deprehensa*, poi. Ma detta proibizione di sposare l'adultera trovava la sua sanzione non già, come è stato sostenuto, nella nullità dei matrimoni contratti in violazione di quei divieti, ma nelle pene di lenocinio. Perciò, l'uomo che avesse sposato un'adultera non conoscendola come tale, doveva una volta che fosse intervenuta la condanna della donna, ripudiarla, onde evitare di soggiacere alle pene di lenocinio⁷²: il che era conforme agli intenti della legislazione augustea, la quale aveva creato appunto un meccanismo da cui derivava l'impossibilità per la *adulterii damnata* di vivere in *iustae nuptiae*⁷³. Ma tuttavia la condanna

⁷⁰ VITALI E. G., *Premesse romanistiche a uno studio sull' "impedimentum criminis" (adulterio e divieti matrimoniali)*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. I, Milano 1972, p. 275.

⁷¹ Cfr. A. MATTHAEUS, *De Criminibus* cit, p. 239 e ss; GLÜCK F., *Commento alle Pandette*, Milano 1888-1907, p. 351; VITALI E. G., *Premesse romanistiche* cit., p. 282.

⁷² D. 48.5.12.13.: "*Ream adulterii uxorem duxi: eam damnatam mox repudiavi. Quaero, an causam discidii praestitisse videor. Respondit: cum per legem Julianam huiusmodi uxorem retinere prohibearis, non videri causam te discidii praestitisse palam est. Quare ita ius tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio*".

⁷³ VITALI E. G., *Premesse romanistiche* cit., p. 283.

per adulterio non scioglieva *ipso iure* il matrimonio: occorreva il divorzio.

La Nov. 134 al c. 12 stabilisce che il matrimonio dell'adultera con il complice è punito con la morte dell'uomo e con la reclusione in convento della donna, e che, comunque, "*neque matrimonium valere*". Anche per quanto riguarda le pene, il distacco dal diritto anteriore è rilevante: mentre in precedenza era prevista la pena di morte per entrambi i coniugi, ora interviene nei confronti della donna quel particolare temperamento delle pene, quella particolare considerazione della *infirmitas sexus*, che è propria del diritto giustiniano. Ma quanto al matrimonio, la costituzione stabiliva, sempre al c. 12: *neque valere iubemus*.

6. Considerazioni conclusive

La posizione del diritto giustiniano dopo la Nov. 134 può quindi così riassumersi: impedimento assoluto per l'adultera condannata, ma liceità di una sua unione fino alla sentenza di colpevolezza, tranne che con il complice, nei confronti del quale l'impedimento permaneva anche in ipotesi di sentenza assolutoria.

Il fatto che l'assunzione obbligatoria dell'abito monastico sia documentata con certezza, nella legislazione giustiniana, soltanto per le adultere, la constatazione che essa era preceduta da *convenientes poenae* non meglio specificate ma presupposte come note, e la considerazione che poteva essere evitata se il marito acconsentiva, entro due anni dalla condanna, a riprendere con sé la moglie, inducono a pensare che la disposizione rispondesse al desiderio di imporre alle adultere, definitivamente respinte dal marito, uno stato di castità perfetta. Vi sono anche circostanze sociali ed economiche che possono spiegare l'adozione, a questo scopo, della monacazione forzata, anziché di semplici divieti legislativi: infatti, la donna, secondo le idee dominanti, doveva occuparsi soltanto della casa e non aveva d'altra parte molte possibilità per rendersi autonoma sul piano economico mediante il proprio lavoro; se veniva privata totale o in gran parte dei beni familiari e per di più le era proibito di risposarsi, come capitava all'adultera, le uniche vie di sussistenza sarebbero state il concubinato o la prostituzione.

Da quanto sin qui detto si evince come l'istituto dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris*, affermatosi nel sistema del diritto classi-

co, viene a perdere vigore in un'epoca in cui le antiche concezioni, su cui si basava l'ordinamento del matrimonio romano, sono scomparse, modificate dai nuovi principi religiosi e sociali che hanno ispirato la società cristiana. I cambiamenti portati al sistema della *lex Julia*, ci hanno rivelato come, rispetto alle istituzioni familiari, la legislazione di Augusto e quella di Costantino hanno perseguito scopi diversi e sono state mosse da intenti differenti. Mentre Augusto, che intendeva colpire per quanto possibile i delitti di stupro e di adulterio senza permettere che alcuno sfuggisse alla pena, aveva concesso a tutti l'azione contro i colpevoli, aveva obbligato il marito a divorziare dalla moglie adultera se non voleva incorrere nel *crimen lenocinii*, gli forniva insieme al *pater* una serie di facilitazioni per vendicare il proprio onore e aveva impedito alla condannata per adulterio di poter stringere nuove nozze, Costantino, invece, mirava ad impedire lo scioglimento del matrimonio ed a mantenere, nonostante l'adulterio, il vincolo coniugale.

Sotto l'imperatore Giustiniano, l'opera di Costantino viene continuata fino alle più gravi conseguenze, giungendosi così alla distruzione dell'antico regime del *crimen adulterii*. Gli scopi da realizzare sono chiari: colpire l'adulterio e impedire il divorzio. Così, mentre precedentemente alla donna condannata in giudizio per adulterio veniva assolutamente vietato di riprendere marito e veniva posta nella categoria di coloro *in quas stuprum non committitur*, con la nuova legislazione non solo si aggravano le pene contro l'adulterio, ma si cerca nello stesso tempo di far rimanere in piedi il matrimonio. Da una parte si statuisce la morte e la prigionia perpetua agli adulteri, dall'altra non si permette al marito di divorziare per adulterio se non dopo la condanna della donna, e s'introducono varie norme per poter permettere di ricostituire il vincolo coniugale con la colpevole⁷⁴.

In questo nuovo regime l'istituto dell'*accusatio iure mariti vel patris*, non solo era in contrasto con i nuovi principi, ma non rispondeva più ai bisogni pratici. Gli *extranei* non possono più accusare la donna, e, dal momento che l'azione è ristretta nel cerchio dei prossimi congiunti, non si avverte più la necessità di mantenere rispetto ad essi il diritto speciale del marito e del padre, anche e soprattutto perché i privilegi che contraddistinguono questo diritto sono contrari al nuovo sistema giustiniano.

⁷⁴ VOLTERRA V., *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, cit., p. 61.