

GLORIA VIARENGO

## INTRODUZIONE

Questo volume raccoglie gli atti del Convegno internazionale *Unioni di fatto: dal diritto romano ai diritti attuali* che si è svolto il 27 e 28 novembre 2015 presso il Polo Universitario di Imperia. Nel momento in cui ha avuto luogo il Convegno, era in fase avanzata di approvazione in Parlamento il progetto legislativo sulla tutela delle convivenze divenuto legge pochi mesi dopo (20 maggio 2016, n. 76, G.U. n. 118 del 21 maggio 2016).

L'idea di realizzare questo incontro è nata da un confronto con Francesca Lamberti, che ha proposto il tema, riconoscendone l'attualità e l'interesse per la ricostruzione del profilo storico ed il progetto ha preso forma tramite l'apporto e il consiglio di Massimo Miglietta e Andrea Fusaro.

Le unioni di fatto sono un fenomeno sociale che si configura da sempre come convivenza stabile tra due soggetti legati sentimentalmente, ma che non possono o non vogliono unirsi in matrimonio. La reazione dei singoli ordinamenti giuridici entro il panorama europeo è stata differente; i paesi hanno cercato di creare un equilibrio tra le unioni legittime e gli altri tipi di unione in particolare in relazione ai figli, ma anche rispetto alla tutela dei diritti patrimoniali. Le risposte dei singoli ordinamenti sono dunque varie, adeguandosi alla diversità dei sistemi giuridici. In Italia, come è noto, diversamente da altri paesi, è stato necessario un lungo processo di maturazione prima di arrivare alla promulgazione di una legge; in altri paesi europei da diversi anni si è data tutela alle unioni non matrimoniali.

Gli interventi approfondiscono il tema della convivenza e delle unioni di fatto dal punto di vista della storia del diritto romano, medioevale e moderno, nonché da quello del diritto europeo attuale, partendo da quei paesi che da tempo tutelano le convivenze, come la Germania, la Francia, l'Inghilterra. Si è scelto, dunque, un per-

corso trasversale, che prende le mosse da epoche precedenti e giunge alle diverse realtà attuali.

La relazione di F. Lamberti, *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato* (Università di Lecce), esamina il tema delle unioni di fatto, muovendo innanzitutto dalla concezione antica del matrimonio. Partendo dalla constatazione secondo la quale, a partire dalla media repubblica, fosse diffusa la possibilità di contrarre matrimonio senza ricorso a particolari formalità, e in modo altrettanto privo di rigidità fosse riconosciuta la possibilità di divorzio, la studiosa ha ipotizzato che – là dove ne ricorrerono i presupposti – fosse, almeno nelle classi elevate e in ambiente urbano, preferibile il ricorso alle *iustae nuptiae* rispetto a forme di “convivenza di fatto”. A partire dalla legislazione matrimoniale augustea, il fenomeno delle unioni di fatto nella forma del *concubinatus* si sarebbe reso necessario per quei legami interpersonali che non potevano qualificarsi *nuptiae* per via dei divieti contenuti nella *lex Iulia et Papia*. A tali unioni se ne sarebbero nel tempo assimilate altre, colpite da divieti matrimoniali introdotti dalla prassi o dalla legislazione. Costretti a fare di necessità virtù, parrebbe che i partner di ‘unioni di fatto’ di lungo periodo si siano trovati ad affrontare alcune questioni analoghe (*mutatis mutandis*) a quelle che anche la temperie attuale conosce: a titolo esemplificativo, regolamentazione patrimoniale all’interno della convivenza e all’atto dello scioglimento di essa, condizione della prole, disposizioni concernenti il mantenimento del convivente alla morte del partner. Lo strumentario giuridico dell’epoca, unitamente al lavoro giurisprudenziale e ad alcuni interventi imperiali avrebbe consentito di pervenire a decisioni equilibrate e in alcuni casi addirittura “anticipatrici” di approcci di soluzione ancora validi al giorno d’oggi.

Nel novero dei rapporti di fatto tra individui nella società romana rientrava anche il *contubernium*, una relazione stabile tra una donna ed un uomo schiavi, oppure tra una persona libera ed una di condizione servile. Di questo fenomeno si è occupato Massimo Miglietta (Università di Trento) il cui prezioso contributo non ha potuto confluire in questo lavoro per motivi contingenti e improcrastinabili. Gli aspetti più interessanti emersi dal suo intervento, che auspichiamo di poter leggere in tempi brevi, sono da ricondurre agli effetti di tali relazioni di fatto sul piano giuridico privatistico, in particolare con riferimento a problematiche di tipo successorio.

Fa da anello di congiunzione tra il mondo romano e l'attualità, l'intervento di Roberta Braccia (Università di Genova), *Le convivenze more uxorio nel basso medioevo ed in età moderna: quasi matrimoni, matrimoni presunti o clandestini?* La relazione costituisce un tassello indispensabile per capire il ruolo della Chiesa cattolica rispetto alla concezione del matrimonio nel confronto con gli altri tipi di unioni. Dopo aver delineato in sintesi il processo di costruzione del matrimonio cristiano, la studiosa ha sottolineato come nel medioevo, in linea di massima, alcune relazioni extraconiugali venissero tollerate se assimilabili, almeno nella sostanza, a "regolari" unioni matrimoniali ("quasi matrimoni") e, soprattutto, se il *ménage* di coppia lasciava "presumere" l'esistenza di un matrimonio valido. Accanto ad unioni basate su un matrimonio solenne nel secondo medioevo si registrano infatti pratiche ed accordi differenti che, pur essendo "mal" tollerati dagli ordinamenti secolari, furono in qualche modo "ben" tollerati dalla Chiesa, almeno fino al Concilio di Trento. Dopo gli interventi tridentini in materia matrimoniale si avviò invece un progressivo ed inarrestabile processo di criminalizzazione delle unioni di fatto e del concubinato, alimentato da un generale intento di moralizzazione della società, attuato anche attraverso la sistematica persecuzione delle relazioni di coppia *extra nuptias legitimas*, prima tollerate.

Alla costruzione di tutele giuridiche in Germania nelle unioni diverse dal matrimonio, soggette negli ultimi vent'anni a profondi cambiamenti, sono dedicate due relazioni che hanno approfondito aspetti diversi: Stephan Meder (Università di Hannover), *Il diritto delle unioni civili in Germania: analogie e differenze con il diritto matrimoniale*, ha trattato della tutela delle convivenze, la cui disciplina, peraltro, non deriva dal diritto di famiglia, ma dalla normativa in materia di locazione, nonché tributaria e processuale. Viene effettuato un confronto con il matrimonio da tre punti di vista principali: delle obbligazioni alimentari, dell'affidamento dei figli e della disciplina patrimoniale. Per quel che attiene alle obbligazioni alimentari, fino al 2009, in Germania si è discusso assai intensamente sulle differenze fra il diritto agli alimenti di un partner in una unione di fatto rispetto a quello di un coniuge. Con la riforma della disciplina del mantenimento del 2009 i diritti agli alimenti di un exconiuge, in caso di divorzio, hanno subito una notevole diminuzione. Essi sono stati ridotti, sulla base della equiparazione ai criteri

usati nei confronti di partner non coniugati dopo lo scioglimento di una convivenza. La tendenza alla progressiva armonizzazione fra il diritto delle unioni non matrimoniali e quello relativo al matrimonio è osservabile anche per la potestà genitoriale e il diritto patrimoniale. Anche la “convivenza registrata”, introdotta con legge nel febbraio del 2001, è oggi ampiamente uniformata al matrimonio. In sintesi si può affermare che il matrimonio odierno in Germania è soltanto una delle molteplici forme della convivenza e che si tende a uniformare, giuridicamente, le forme di famiglia alternativa al regime del matrimonio.

La relazione di Roland Krause (*Freie Universität*, Berlino) chiarisce il contenuto e la portata della *Lebenspartnerschaftsgesetz*, legge che ha creato per le coppie dello stesso sesso la “convivenza registrata”. Mentre Francia, Regno Unito e Spagna hanno deciso di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali, diversamente in Germania si è creato un istituto alternativo e distinto che ha, poi, funzionato da modello per altri paesi, in parte anche per l’Italia. La disciplina che regola tale tipo di convivenza comporta una sorta di equiparazione tra unione coniugale e unione civile, fatte salve alcune eccezioni significative, quali il contributo al mantenimento, l’imposta di successione ed il diritto di adottare figli. Le coppie di fatto eterosessuali, invece, non godono di una autonoma normazione che consolidi legalmente il loro rapporto. La decisione del BGH risalente al giugno 2013, che permette l’adozione successiva prima di un partner, poi dell’altro, ha provocato accese discussioni. Ad oggi non esiste la possibilità di un’adozione simultanea per i due partner, ma la situazione potrebbe mutare sulla base di una attesa decisione della Corte costituzionale.

La realtà francese è oggetto del contributo di Giulia Spelta (Università di Genova), dal titolo *La convivenza di fatto in Francia. L’arricchimento senza causa nei rapporti patrimoniali della famiglia*. Si evidenzia come la Francia, dapprima ostile verso le convivenze, sia giunta a elaborare una disciplina che si consolida in un modello legale di regolamentazione negoziale: oggi le coppie possono scegliere tra diverse opzioni quali il matrimonio, il patto civile di solidarietà o il semplice concubinato, indipendentemente dall’orientamento sessuale dei soggetti coinvolti. Il *concubinage* è una unione di fatto, stabile e duratura nel tempo, tra due persone e non è richiesta per la sua costituzione o per il suo scioglimento alcuna

procedura. Le parti sono tra loro estranee agli occhi dell'ordinamento, prive di obblighi reciproci in ordine al dovere di assistenza o a quello di coabitazione. Il *pacs* è, invece, un contratto concluso tra due persone maggiorenni ed è finalizzato a regolamentare una vita in comune. La composizione del rapporto è dunque legale; il testo normativo valorizza l'accordo e, in base all'art. 1108 del *Code civil*, è richiesta la liceità dell'oggetto e della causa; i due soggetti interessati devono manifestare il loro consenso. Il *pacs*, a differenza del *concubinage*, per effetto dell'interpretazione giurisprudenziale, richiede l'obbligo di coabitazione, di una vera e propria "vita di coppia" e prevede altresì una procedura per lo scioglimento che presenta analogie con il divorzio. Attualmente il *Code civil* prevede il matrimonio quale unione di un uomo e una donna, oppure di due persone del medesimo sesso. Ormai la sola presunzione di paternità di cui all'art. 321 del *Code civil* costituisce la linea di demarcazione tra unione di persone di sesso diverso ed omosessuali.

*Le convivenze in Inghilterra* sono state trattate da Giorgia Corsi (Università di Genova). Nell'affrontare il tema l'attenzione della studiosa si è rivolta, in particolar modo, a ricostruire la disciplina che regola la condizione delle coppie di fatto nel diritto inglese, a partire dal formante giurisprudenziale, stante la carenza di una regolamentazione legislativa *ad hoc*. Sono stati analizzati i profili di maggior interesse nell'esperienza giuridica inglese (quello successorio e quello relativo ai *property rights*), che evidenziano, appunto, la diversità di tutela concessa, da un lato, ai *registred partners* e agli sposi e, dall'altro, alle *cohabiting couples* (quindi, ai conviventi *more uxorio* prevalentemente eterosessuali od omosessuali la cui unione non sia stata registrata). Con riguardo al primo aspetto, i conviventi di fatto non figurano nella categoria degli "eredi legittimi", posizione, invece, riservata ai coniugi ed ai *civil partners*; i "semplici" *cohabitants*, quindi, qualora il *de cuius* muoia intestato o, comunque, senza disporre nulla a favore del convivente nell'eventuale atto di ultima volontà, per vedersi riconosciuti diritti ereditari sui beni del *partner*, avranno quale unico espediente il ricorso al giudice. Quanto alla seconda questione, relativa all'assegnazione della casa familiare, le controversie che sorgono sul punto sono risolte in base alle regole ricavabili dalla *property law*. Anche in questo settore del diritto, in caso di cessazione della relazione affettiva, al convivente *more uxorio* non intestatario dell'immobile,

che per legge non vanta alcun diritto sui beni del *partner*, residuerà lo strumento giudiziale. Si attribuisce particolare rilevanza all'istituto del *trust* nelle forme, dapprima, del *resulting trust* e, poi, del *constructive trust*. È stato opportunamente sottolineato il fatto che i *partners* eterosessuali, potendo sposarsi, ma non formare una *registered union*, si trovano in una situazione di sfavore rispetto alle coppie omosessuali alle quali la *family law* offre l'alternativa tra il matrimonio e l'istituzione di una "civil partnership".

La relazione di Andrea Fusaro (Università di Genova), *I regimi patrimoniali delle convivenze*, ha completato il quadro della regolamentazione dei paesi diversi dall'Italia fornendo una sintesi della situazione dei paesi partner, quali la Germania, la Francia e l'Inghilterra, rispetto al regime patrimoniale, alle diverse conseguenze economiche di fine convivenza ed ai patti tra conviventi. Per le unioni civili in Germania si è passati (2005) dal regime di separazione dei beni a quello di comunione, sia pure derogabile; la medesima trasformazione è avvenuta in Francia per i *concubins* (2007). Diversamente la disciplina dei rapporti patrimoniali dei conviventi in Inghilterra è incerta e questo provoca il rischio di un alto livello di litigiosità. Per quanto riguarda la fine della convivenza si esaminano le differenti soluzioni proposte nei singoli paesi con riguardo sia alle unioni civili, sia alle convivenze rispetto al diritto agli alimenti, alla cura e mantenimento dei figli e alla suddivisione dei beni. Le coppie di conviventi *more uxorio* possono, inoltre, pianificare la vita in comune mediante la stipulazione di apposite convenzioni (*cohabitation contracts*, *Partnerschaftsverträge*, *contrats de ménage*). Le pubblicazioni straniere dedicano ampio spazio a questi accordi, proponendo talora anche veri e propri modelli e "contratti tipo". In linea di tendenza la legislazione francese tenta di fornire uno strumento per tutte le coppie etero e omosessuali, quella tedesca è pensata, invece, in particolare per le coppie omosessuali.

Gilda Ferrando (Università di Genova), ha fatto il punto sulle novità introdotte in Italia dalla riforma, in particolare sotto il profilo delle unioni civili (*Le unioni civili nella recente riforma*). Il punto di partenza è lo *status* della questione nel periodo precedente alla riforma: diversamente da quanto accade nella gran parte dei Paesi europei, in Italia fino a pochi mesi fa non era previsto alcun tipo di formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso, oltretutto tra quelle di sesso diverso. Qualche principio in tema di coppie

omosessuali era stato dettato dalla Corte EDU (*Schalk and Kopf c. Austria* 24 giugno 2010), in base al quale è previsto un margine di discrezionalità per cui è possibile scegliere la modalità con cui assicurare tutela alle Unioni tra persone dello stesso sesso, senza che gli Stati possano sottrarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione. Seguiva una condanna all'Italia da parte della Corte europea, che, evidentemente, avrebbe sortito di lì a breve l'effetto voluto. Di rilievo anche alcuni interventi della Corte costituzionale e della Corte di cassazione che attribuivano al legislatore ampi spazi di discrezionalità per l'individuazione dei modi e dei tempi con i quali garantire la tutela del diritto ad una unione riconosciuta dall'ordinamento.

Il progetto di riforma, che culmina nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (e successive modifiche a mezzo decreti delegati), si conforma certamente ai principi costituzionali interni ed ai principi sovranazionali, in ossequio ai canoni interpretativi dettati dalle supreme magistrature. La legge entra in vigore il 5 giugno del 2016 e prevede che la costituzione dell'unione civile avvenga alla presenza di due testimoni, innanzi all'Ufficiale di Stato Civile incaricato poi di registrare l'unione entro l'Archivio dello Stato Civile. Si tratta di un atto essenzialmente consensuale, connotato da impedimenti e condizioni analoghi al matrimonio, benché sussistano significative differenze tra giuste nozze e unione civile. La distinzione sostanziale attiene i rapporti con i figli: non vengono richiamate la presunzione di paternità, la disciplina degli effetti del matrimonio nei riguardi dei figli e l'adozione. Non è tuttavia previsto un obbligo di fedeltà nella relazione. Lo scioglimento dell'unione, infine, si presenta più agevole rispetto a quella del matrimonio.





FRANCESCA LAMBERTI

CONVIVENZE E UNIONI DI FATTO  
NELL'ESPERIENZA ROMANA:  
L'ESEMPIO DEL CONCUBINATO\*

SOMMARIO: 1. Il matrimonio come 'paradigma' nell'esperienza romana. – 2. Tipologie di unioni di fatto diffuse nell'antichità romana. – 3. La legislazione familiare augustea e il concubinato. – 4. Alcune affermazioni giurisprudenziali in tema di concubinato. – 4.1. L'estensione analogica di alcuni effetti del regime matrimoniale al concubinato. – 4.2. Ipotesi di interpretazione restrittiva 'pro concubinato'. – 5. Relazioni patrimoniali all'interno del concubinato. – 6. Situazione della prole. – 7. Conclusioni.

1. IL MATRIMONIO COME 'PARADIGMA' NELL'ESPERIENZA ROMANA

La famiglia e le unioni di tipo familiare rappresentano sin dall'antichità, per riprendere una nota definizione di Arturo Carlo Jemolo, «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»<sup>1</sup>. Per quel che attiene all'esperienza romana del principato,

---

\* Con la sola aggiunta delle fonti considerate e di alcune essenziali annotazioni bibliografiche, il testo riproduce fedelmente la relazione svolta presso il Polo Universitario di Imperia il 27 novembre 2015. Ad un più attento esame di letteratura e problematiche spero di poter dedicare una serie di approfondimenti, allo stato in corso. Ringrazio vivamente la Collega Gloria Viarengo per la calda affettuosità con cui ha coinvolto i colleghi e l'impegno profuso nell'organizzazione. Sono molto grata altresì al Collega Stephan Meder (Hannover) con cui ho potuto scambiare fruttuose impressioni e da cui ho ricevuto svariate suggestioni nel corso dell'impostazione della presente relazione.

<sup>1</sup> «La sua intima essenza rimane metagiuridica»: A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Semin. Giur. Univ. Catania*, 3, 1948-1949, p. 38 ss., 57 (= ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. SCAVO LOMBARDO, Giuffrè, Milano, 1957, p. 220 ss., 241).

la definizione ‘paradigmatica’ di matrimonio è quella del giurista Modestino, risalente, nella formulazione in cui la rinveniamo, verosimilmente al III sec. d.C., ma in certo qual modo ‘tralaticia’, in quanto si reputa provenire dalla tradizione giuridica altorepubblicana<sup>2</sup>:

D. 23.2.1 (Modest. 1 *regul.*): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*<sup>3</sup>.

Il matrimonio è congiunzione fra un maschio e una femmina, e comunanza dell’intera vita, una commistione di diritto divino e umano.

Secondo una lettura condivisa, l’espressione «*coniunctio maris et feminae*» ravviserebbe la funzione essenziale del matrimonio nella procreazione e nella cura dei figli («*liberorum quaerundorum causa*»), e il suo fondamento nel diritto naturale (spia ne sarebbero sia l’uso di *mas* e *femina* in luogo di *vir* e *uxor*, che l’impiego del termine *coniunctio*)<sup>4</sup>. La tradizionale finalità del matrimonio *liberorum quaerundorum causa* è recuperata da Augusto, agli inizi del princi-

---

<sup>2</sup> Fra le indagini più recenti in materia di matrimonio si v. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Cedam, Padova, 2000; ID., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2014; R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, 105, 2011, p. 197 ss.; F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti*, Giappichelli, Torino, 2014, part. p. 28 ss.

<sup>3</sup> Ampia e variegata la bibliografia sulla definizione in esame. Si v., per tutti, R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 76 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1970, p. 59 ss.; E. VOLTERRA, sv. *Matrimonio (diritto romano)*, in *ED*, 25, 1975, p. 726 ss.; A. MANTELLO, *Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, in *BIDR*, 94-95, 1991-1992, p. 349 ss. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al principato*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 34 ss.; ID., *La famiglia romana. Società e diritto*, Giappichelli, Torino, 2003; C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, 2, L’Erma di Bretschneider, Roma, 2005, p. 350 ss.

<sup>4</sup> Il collegamento col *ius naturale* è in D. 1.1.1.3 (Ulp. 1 *inst.*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium ... hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*. Echi della stessa (o di analoga) definizione sono in *Iust. Inst.* 1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*. Rassegna bibliografica sul punto in O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano*, cit., p. 63; C. FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 350 ss.

pato, nel quadro della sua legislazione matrimoniale e familiare, rivolta a incrementare il numero dei matrimoni e le procreazioni fra cittadini romani delle classi elevate.

Le unioni omosessuali non trovano invece posto nelle classificazioni dei giuristi. Pur essendo ben note già da alta antichità, le relazioni fra persone dello stesso sesso non ottengono, nell'intero arco dell'esperienza romana, una veste giuridica. Essendo il fondamento delle unioni matrimoniali (e anche di quelle assimilate al matrimonio) la procreazione e la cura dei figli, si comprende facilmente come nell'antichità unioni alle quali tali funzioni fossero per definizione precluse non potessero essere prese in considerazione dal diritto (se non in chiave sanzionatoria)<sup>5</sup>.

## 2. TIPOLOGIE DI UNIONI DI FATTO DIFFUSE NELL'ANTICHITÀ ROMANA

Che un uomo e una donna potessero unirsi in un «*consortium omnis vitae*», in un sodalizio duraturo, che vedesse anche la nascita di figli, pure in assenza di matrimonio, era invece ipotesi diffusa nell'esperienza romana: non vi era un'unica tipologia nota, le ragioni potevano essere molteplici. Difficilmente pare tuttavia che situazioni del genere fossero frutto di libera scelta. Stando alle fonti a nostra disposizione, per lo più si trattava di unioni che non avrebbero dato luogo a matrimoni validi, per assenza del c.d. *connubium*. Unioni, cioè, prive dei presupposti necessari per potersi qualificare *iustae nuptiae*.

Così ad esempio unioni fra un libero e una schiava o una donna libera e uno schiavo furono fra l'altro oggetto di ripetute sanzioni nell'età del principato; non produttive di effetti, poi, erano le unioni fra servi (*contubernia*)<sup>6</sup>. Unioni fra un cittadino romano (o una cit-

---

<sup>5</sup> D. DALLA, «*Ubi venus mutatur*». *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano, 1987, part. p. 101 ss.; E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Editori Riuniti, Roma, 1988; Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in AA.VV. (cur. P. SCHMITT-PANTEL), *Storia delle donne in Occidente. L'antichità*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 103-176.

<sup>6</sup> Tit. Ulp. 5.5 (*Cum servis nullum est conubium*); PS. 2.19.6 (*Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*); D. 16.3.27

tadina romana) e un *peregrinus* (o un *Latinus*) potevano venire considerate *nuptiae* solo in presenza di una speciale concessione<sup>7</sup>: in assenza di *connubium* le fonti configuravano l'unione come un 'matrimonio inesistente' (D. 24.1.3.1, Ulp. 32 *ad Sab.*: «*quia nuptiae non sunt*»). Unioni con ascendenti o discendenti in linea retta erano analogamente vietate, come pure quelle fra collaterali entro il terzo grado<sup>8</sup>. E pure unioni come quelle ora elencate avevano luogo, erano di lunga durata, e vedevano la nascita di figli, in modo assolutamente analogo a quelle matrimoniali.

Alcune fonti appaiono adombrare la rilevanza, sul piano giuridico-sacrale, della unione 'paraconiugale' fra un uomo sposato e una donna diversa dalla *uxor*: la donna coinvolta in un simile rapporto era definita *paelex* (nel linguaggio quotidiano tradotta anche come 'concubina', o 'amica')<sup>9</sup>: Gellio (*N.A.* 4.3.3) ne parla come di quella

---

(Paul. 7 *resp.*). Unioni matrimoniali fra nati liberi (ingenui) e donne nate schiave, poi manomesse, *libertae*, erano note invece già in età repubblicana: pare tuttavia non fossero oggetto di grande considerazione sociale, come traspare ad es. da Cic. *pro Sest.* 52.110: *An sicubi aderit Gellius, homo et fratre indignus, viro clarissimo atque optimo consule, et ordine equestri, cuius ille ordinis nomen retinet, ornamenta confecit, id erit popolare? 'est enim homo iste populo Romano deditus.' nihil vidi magis; qui, cum eius adulescentia in amplissimis honoribus summi viri, L. Philippi vitrici, florere potuisset, usque eo non fuit popularis ut bona solus comesset; deinde ex impuro adulescente et petulante, postea quam rem paternam ab idiotarum divitiis ad philosophorum reculam perduxit, Graeculum se atque otiosum putari voluit, studio litterarum se subito dedit. nihil sane <Actaei> iuvabant anagnostae, libelli pro vino etiam saepe oppignerabantur; manebat insaturabile abdomen, copiae deficiebant. itaque semper versabatur in spe rerum novarum, otio et tranquillitate rei publicae consenescebat. ecquae seditio umquam fuit in qua non ille princeps? ecqui seditiosus cui ille non familiaris? ecquae turbulenta contio cuius ille non concitator? cui bene dixit umquam bono? bene dixit? immo quem fortem et bonum civem non petulantissime est insectatus? qui, ut credo, non libidinis causa, sed ut plebicola videretur, libertinam duxit uxorem.*

<sup>7</sup> Tit. Ulp. 5.4: *Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit.*

<sup>8</sup> Gai 1.59-64. Sulle unioni incestuose per tutti S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Giuffrè, Milano, 2001; P. MOREAU, *Incestus et prohibita nuptiae. L'inceste à Rome*, Les Belles Lettres, Paris, 2002; ulteriore letteratura in P. BUONGIORNO, *Norme di derivazione non romana nelle fonti del diritto di età imperiale: il senatus consultum «de iustis nuptis inter patuos fratrumque filias» (49 d.C.)*, in AA.VV. (cur. F. LAMBERTI, P. GRÖSCHLER, F. MILAZZO), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenze interculturali nell'antichità*, Edizioni Grifo, Lecce, 2015, p. 123 ss.

<sup>9</sup> Sulla figura della *paelex*, fra i molti: B. ERDMANN, sv. *Paelex*, in *PWRE*,

donna che fosse «*iuncta consuetaque*» con un uomo «*in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret*», ovvero con un *pater familias* sposato con un'altra (sulla quale esercitasse la *manus maritalis*). La sua situazione sarebbe stata presa in considerazione sin da età regia, o in ogni caso in epoca assai risalente. Le testimonianze in proposito risentono di stratificazioni testuali il cui scioglimento appare complesso e hanno dato luogo ad una pluralità di possibili interpretazioni<sup>10</sup>. Nell'insieme i testi sembrano documentare una variazione semantica del termine *paelex*, con l'assunzione da parte di esso, nel corso del tempo, di una valenza fortemente spregiativa: per l'età arcaica la *paelex* avrebbe invece rappresentato una 'compagna' ufficiale del *pater familias*, che costui tuttavia non avrebbe potuto *uxorem ducere*, in costanza di un matrimonio preesistente (con esercizio della *manus matrimonii causa*), forse impossibile da sciogliere<sup>11</sup>.

---

18.2, 1942, c. 2225 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 144 ss.; I. PIRO, *Unioni confarreate e «dif-farreatio». Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index*, 25, 1997, p. 269 ss.; L. PEPPE, *Paelex e spurius*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Éditions Panthéon, Paris, 1998, p. 343 ss.; R. ASTOLFI, *Sintesi della storia della bigamia*, in *SDHI*, 76, 2010, p. 281 ss.; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in AA.VV. (cur. F. ROMEO), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet Giuridica, Torino, 2014, p. 141 ss.

<sup>10</sup> Si tratta essenzialmente di: Gell. *N.A.* 4.3.3: «*Paelicem*» autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret; hac antiquissima lege ostenditur, quam Numa regis fuisse accepimus: «*Paelex aedem Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito*». «*Paelex*» autem quasi πάλλαξ, id est quasi παλλακίς. Ut pleraque alia, ita hoc quoque vocabulum de Graeco flexum est; Paul.-Fest. s.v. *Pelices* (L. 248): *Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubeat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: «Pelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus dimissis agnum feminam caedito»; D. 50.16.144 (Paul. 10 ad l. Iul. et Pap.): Libro memorialium Massurius scribit «*pellicem*» apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit *pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακίην Graeci vocant*. Per approfondimenti si rinvia da ultimo a CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali*, cit., p. 141 ss.*

<sup>11</sup> Mi pare in questo condivisibile l'opinione espressa sul punto da PIRO, *Unioni confarreate*, cit., p. 269 ss.

Sia nel caso della *paelex* che in altri in cui la precedente unione matrimoniale non risultava essersi sciolta<sup>12</sup>, le fonti appaiono in genere trattare la seconda unione come una relazione ‘irregolare’, non considerabile *iustum matrimonium*: l’esperienza romana sia di età repubblicana sia del principato mostra come il diritto considerasse, dei due matrimoni eventualmente contratti dal bigamo, uno assolutamente nullo, consentendo in tal modo la presenza di un solo matrimonio valido ai sensi del *ius civile*<sup>13</sup>.

Un esempio ‘eclatante’ di unione non matrimoniale stabile, in presenza di un precedente matrimonio, è costituito dalla relazione fra Antonio e Cleopatra<sup>14</sup>. È certo che Antonio non divorziò dalla moglie Ottavia (sorella di Ottaviano) fino al 32 a.C.<sup>15</sup>. E pure la relazione con Cleopatra durava sin dal 41 a.C. Nei nostri studi si è protratta per molti anni la *querelle* se fosse possibile configurare (in costanza di matrimonio con Ottavia) l’unione fra Antonio e Cleopatra come *nuptiae*. Il dibattito si fonda sulla testimonianza di

<sup>12</sup> Si v., per l’età repubblicana, ad esempio il caso descritto in Cic. *de or.* 1.40.183, su cui per tutti ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., p. 208 ss.

<sup>13</sup> V. per tutti ASTOLFI, *Sintesi della storia della bigamia*, cit., p. 282 ss.; A. CORBINO, *Status familiae*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di),  *homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana. Dall’epoca di Plauto a Ulpiano*, IUSS Press, Pavia, 2010, p. 203 ss.

<sup>14</sup> Sulla vicenda, e sul divorzio da Ottavia, fra altri K. KRAFT, *Zu Sueton, Divus Augustus 69,2: M. Anton und Kleopatra*, in *Hermes*, 95, 1967, p. 469 ss. (= ID., *Gesammelte Aufsätze zur antiken Geschichte und Militärgeschichte*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1973, p. 47 ss.); H. BENGTON, *Marcus Antonius, Triumvir und Herrscher des Orients*, C.H. Beck, München, 1977, p. 327; A. GUARINO, *Tagliacarte* (su KRAFT, *Zu Sueton*, cit., p. 469 ss.), in *Labeo*, 21, 1975, p. 393 ss.; ID., *Tagliacarte* (su BENGTON, *Marcus Antonius*, cit., p. 327), in *Labeo*, 25, 1979, p. 11 s.; ID., *Antonio e Cleopatra*, in *Atti Accad. Pontaniana*, 29, 1980, p. 101 ss. (= A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, 6, Jovene, Napoli, 1995, p. 516 ss.); E. VOLTERRA, *Ancora sul matrimonio di Antonio con Cleopatra*, in *Fs. Flume*, 1, 1978, p. 205 ss.; A. D’ORS, *Cleopatra «uxor» de Marco Antonio?*, in *AHDE*, 49, 1979, p. 639 ss.; J. CARTER, *Rec. a H. BENGTON, Marcus Antonius*, cit., in *JRS*, 69, 1979, p. 188 ss.; ID., *Suetonius: Divus Augustus*, Bristol Classical Press, Bristol, 1982, 191; J. MOLES, *Plutarch, Vit. Ant. 31.3 and Suetonius, Aug. 69.2*, in *Hermes*, 120, 1992, p. 245 ss.; H. STRAUSS, *Der Krieg des Octavian gegen Kleopatra und Antonius*, Grin Verlag, München, 2002, 4.

<sup>15</sup> Le fonti narrano di un divorzio avvenuto in malo modo: Antonio, ormai in conflitto aperto con Ottaviano, avrebbe fatto pervenire nel 32 a.C. il ripudio per iscritto ad Ottavia, inviando presso il suo domicilio alcuni fedelissimi con l’incarico di cacciare via la donna di casa. *Plut. Ant.* 57.2; *Cass. Dio* 48.31.3, 50.3.2.

Svetonio, contenente una presunta lettera inviata da Marco Antonio ad Ottaviano:

Suet. *Aug.* 69.2: *Scribit etiam ad ipsum haec familiariter adhuc necdum plane inimicus aut hostis: «Quid te mutavit? quod reginam in eo? uxor mea est. Nunc coepi an ab hinc annos novem? Tu deinde solam Drusillam inis? Ita valeas, uti tu, hanc epistulam cum leges, non inieris Tertullam aut Terentillam aut Rufillam, aut Salviam Titiseniam aut omnes. An refert, ubi et in qua arrigas?»*.

(Antonio) scrisse anche a lui (*scil.* ad Augusto) nel modo seguente, familiarmente, non essendo ancora apertamente nemico o ostile: “Che cosa ti ha fatto cambiare (nei miei confronti)? È perché faccio l’amore con la regina? Ella è mia moglie. Ho per caso iniziato adesso (la storia con Cleopatra) o non ben nove anni fa? Tu fai l’amore solo con (Livia) Drusilla? Possa star bene come è vero che, quando leggerai questa mia, non l’avrai fatto anche con Tertulla, o Terentilla, o Rufilla, o Salvia Titisenia o magari tutte quante loro. Ha importanza dove, e con quale donna hai rapporti carnali?”.

La lettera, della cui sostanziale autenticità non pare essersi dubitato in dottrina, risalirebbe ad un momento in cui i due «non erano ancora né avversari né nemici». Antonio non avrebbe infatti scritto a Ottaviano «*familiariter*» là dove avesse già divorziato da Ottavia; pure le relazioni fra i due dovevano essere sul punto di sfaldarsi, come traspare dall’«*adhuc necdum plane inimicus aut hostis*»<sup>16</sup>. Al di là del linguaggio assai triviale, ha interessato gli studiosi il sintagma «*uxor mea est*». V’è da immaginare che Ottaviano, in una fase assai prossima alla rottura, rimproverasse fra l’altro ad Antonio la relazione di lungo corso con la regina d’Egitto (che metteva in una posizione di grande imbarazzo Ottavia). Quest’ultimo si difendeva chiedendo all’amico-nemico perché mai la *liaison* fosse oggetto di rimprovero solo in quella fase, se oramai essa si protraeva da ben nove anni (vale a dire appunto dal 41 a.C.). Aggiungeva poi (o meglio, Svetonio, nella sua descrizione letteraria della lettera, aggiungeva) un «*uxor mea est*», locuzione su cui si è appuntata la fantasia esegetica degli interpreti. La lettura ad oggi più convincente-

<sup>16</sup> KRAFT, *Zu Sueton*, cit., 48 data la corrispondenza fra la primavera-estate del 33 a.C. e quella del 32 a.C.; si v. sul *familiariter* anche GUARINO, *Antonio e Cleopatra*, cit., 518.

te è quella che intende il termine «*uxor*» come usato in senso atecnico. Vi era infatti già un matrimonio valido per diritto romano, quello fra Antonio e Ottavia: Antonio ribadiva presso Ottaviano il dato del legame di lunga data con la regina Cleopatra (che non è escluso potesse ritenersi un vero e proprio matrimonio per diritto egizio, ma che certo non costituiva *nuptiae* nell'ottica del *ius civile Romanorum*)<sup>17</sup>. Ai sensi del diritto romano, in costanza di matrimonio con Ottavia, il legame con la regina era (e non poteva che essere) una unione “paramatrimoniale”: esso non poteva reputarsi matrimonio sia per lo *status* di straniera (senza *connubium*) della regina Cleopatra, che appunto perché Antonio era impegnato in un'altra unione matrimoniale<sup>18</sup>.

### 3. LA LEGISLAZIONE FAMILIARE AUGUSTEA E IL CONCUBINATO

È insomma verosimile che in età repubblicana le ‘unioni paramatrimoniali’, al pari di quella fra Antonio e Cleopatra, fossero per lo più legami nei quali un precedente matrimonio (o la assenza di *connubium*) impediva alla coppia di contrarre *iustae nuptiae*. Data infatti la possibilità di contrarre matrimonio in modo relativamente informale, nell'esperienza romana, per la quale erano sufficienti consenso (liberamente manifestato e *perseverans*) e convivenza, in sus-

---

<sup>17</sup> Che il matrimonio con Cleopatra fosse valido per diritto tolemaico è opinione accolta da BENGTON, *Marcus Antonius*, cit., p. 327 ss.; con qualche cautela l'ipotesi è adombrata anche in GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, 25, 1979, cit., p. 11; ID., *Antonio e Cleopatra*, cit., p. 517.

<sup>18</sup> GUARINO, *Antonio e Cleopatra*, cit., p. 519 s.: «Non dimentichiamo che Antonio era un romano e romano era il suo corrispondente, sì che ad ambedue non poteva non riuscire impensabile un matrimonio *iure Romanorum*, un *iustum matrimonium*, con la regina di Egitto ... Resta solo da sapere se Cleopatra fosse *uxor* di Antonio nel senso di concubina, di convivente, o lo fosse nel senso di donna sposata a termini del diritto egizio. Questo però da Svetonio non si ricava. Da lui si apprende solo quello che pensava Antonio ... direi che, senza affatto escludere le doppie nozze di Antonio, questi, nella sua lettera, sottolinea di Cleopatra piuttosto il ruolo di *concubina* agli occhi dei Romani che non il rango di moglie *iure Aegyptio*». Non convince l'adesione di MOLES, *Plutarch, Vit. Ant. 31.3*, cit., p. 245 s. all'ipotesi di KRAFT, *Zu Sueton*, cit., p. 47 ss., che attribuiva all'«*uxor mea est*» una valenza interrogativa.



sistenza dei presupposti formali per potersi avere *nuptiae*, e la analoga facilità (e frequenza) per quanto atteneva allo scioglimento dei matrimoni, non si vede dunque perché, sino alla fine della repubblica, chi fosse in condizione di scegliere non dovesse / potesse scegliere la 'forma' matrimoniale, data la possibilità di divorziare rapidamente e in modo relativamente indolore<sup>19</sup>.

La situazione era destinata invece a mutare nel principato.

Le ragioni del mutamento non sembrano risiedere nel crescente interesse, negli strati sociali medio-alti dell'Occidente romano, verso una unione familiare alternativa al matrimonio. Vanno invece rinvenute, con gran verosimiglianza, nelle disposizioni della legislazione matrimoniale augustea e della *lex Iulia de adulteriis*<sup>20</sup>. Augusto, come noto, perseguiva l'intento di potenziare dal punto di vista numerico e demografico i matrimoni, con particolare riguardo alle classi abbienti, preservando la dignità sociale degli appartenenti alle classi alte (e con essa anche la stabilità patrimoniale)<sup>21</sup>. L'importanza politico-sociale della classe cui appartenesse la (neocostituita) famiglia veniva assicurata anche colpendo con sanzioni le unioni che apparissero non conformi alla *dignitas* dei ceti senatorio, equestre

<sup>19</sup> "Si suol dire infatti che il *matrimonium* fu concepito come una sorta di *res facti*, come un fatto sociale da cui derivavano conseguenze giuridiche, che cessavano quando la situazione fattuale veniva meno. Bastava che venisse a mancare l'*affectio* di uno dei coniugi ... affinché, non sussistendo più il *consensus* ossia la *mens coeuntium* (l'animo concorde di stare insieme) si avesse il *divertere* (l'andare ognuno per proprio conto), il *divortium*, benché, in pratica, questo venisse di solito ufficializzato con qualche atto, normalmente di *repudium*": V. GIUFFRÈ, *Unioni paramatrimoniali*, in *Il bisogno del diritto*, Jovene, Napoli, 2007, p. 101 ss., p. 109. Sulla concezione classica del matrimonio, per tutti ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., pp. 4 ss., 63 ss.

<sup>20</sup> Sulla legislazione augustea e i relativi divieti matrimoniali, per tutti, P. CSILLAG, *The Augustan Laws on Family Relations*, Budapest, 1976; L. RADITSA, *Augustus' Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, 2.13, 1980, p. 278 ss.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 277 ss.; A. METTE-DITTMAN, *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des 'princeps'*, Steiner Verlag, Stuttgart, 1991; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1996, part. p. 93 ss.; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Edizioni del Grifo, Lecce, 1997; FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 563 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, 3<sup>a</sup> ed., Jovene, Napoli, 2010.

<sup>21</sup> V. part. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 315 ss.

o *lato sensu* elevato (si pensi agli appartenenti a famiglie decurionali). Tali unioni venivano dichiarate irrilevanti ai sensi delle leggi augustee: un senatoconsulto approvato per iniziativa di Marco Aurelio e Commodo ne avrebbe poi esteso la nullità ai sensi dell'intero ordinamento<sup>22</sup>.

Dei divieti in esame permane notizia in età giustiniana. Nonostante alcune delle restrizioni avessero suscitato notevoli resistenze, ancora all'epoca di compilazione dei *Digesta* (533 d.C.) esse vennero accolte (per essere poi progressivamente abrogate dallo stesso Giustiniano attraverso la legislazione novellare)<sup>23</sup>. È grazie a tale circostanza che siamo informati delle ipotesi essenziali in cui (essendo impossibile dare luogo a un *matrimonium legitimum*) i privati che si trovassero nelle situazioni sanzionate dalla legge costituivano (o si trovavano a vivere in) unioni di fatto.

Quali erano tali “unioni non riconosciute”?

Esse consistevano, ai sensi della legislazione augustea, in quelle fra senatori (e loro discendenti in linea retta maschile entro il terzo grado) e persone di estrazione libertina, ovvero donne di bassa dignità sociale (come attrici o ex-attrici)<sup>24</sup>, oppure ancora adultere conclamate o prostitute<sup>25</sup>. Le persone di nascita libera (ma di estra-

---

<sup>22</sup> D. 23.1.16 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Oratio imperatorum Antonini et Commodi ... quasdam nuptias in personam senatorum inhihit ...* Sul provvedimento diffusamente ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 110 ss.; FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 152 s.

<sup>23</sup> Con Nov. 78.3 (a. 539) si abrogava il divieto di *nuptiae* fra senatori e libertini; con Nov. 117.6 (a. 542) fu rimosso il divieto di *connubium* fra senatori o alti dignitari e *feminae humiles et abiectae*. Si v. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 140 s.; FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 629 s. e ntt. ivi.

<sup>24</sup> D. 23.2.44 pr. (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Lege Iulia ita cavetur: qui senator est, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex <nepote>, filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. Neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato [nata] libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto.*

<sup>25</sup> D. 23.2.43.10 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Senatus censuit non conveniens esse ulli senatori uxorem ducere aut retinere damnatam publico iudicio.* È necessario ricordare altresì che la *lex Iulia et Papia* conteneva una previsione (volta a rafforzare il potere dei patroni sui propri liberti) con cui si consentiva al patrono (non senatore) che avesse sposato la propria liberta di impedirle di divorziare.

zione non senatoria), i c.d. «*ceteri ingenui*», incorrevano invece in divieti matrimoniali nei riguardi di prostitute ed ex-prostitute, di *lenae*, di adultere conclamate (non invece nei riguardi di liberte)<sup>26</sup>. Il tema delle prostitute, delle adultere e delle *scaenicae* era trattato anche nella *lex Iulia de adulteriis*: essa, nell'introdurre e regolare la fattispecie di *stuprum* (cui erano connesse pesanti sanzioni legislative), la definiva come l'unione carnale con una donna libera, *virgo vel vidua*; escludeva dalla fattispecie l'unione con donne che avessero esercitato o esercitassero la prostituzione, avessero calcato o calcassero le scene, fossero adultere conclamate o addirittura condannate in giudizio<sup>27</sup>.

La *lex Iulia de adulteriis* pertanto, «indicando quali erano i casi nei quali un rapporto continuo di convivenza dava vita a un illecito penale, avrebbe, per converso, indicato anche i casi nei quali un tale rapporto sarebbe stato irrilevante nei confronti del diritto criminale»<sup>28</sup>.

Tirando le somme, a mio modo di vedere la legislazione matrimoniale augustea non avrebbe né menzionato né riconosciuto il concubinato; la sua diffusione sarebbe stata una conseguenza non esplicitamente regolata delle leggi matrimoniali di Augusto, che avrebbero favorito indirettamente il ricorso a tale istituto. Non osta a tale interpretazione, che è quella che riscontra l'adesione più ampia, nei nostri studi<sup>29</sup>, l'affermazione di Marciano, secondo cui *concubina-*

<sup>26</sup> D. 23.2.43 pr.-5, 6-9, 12-13 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*). Sui frammenti in esame part. P. MEYER, *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, B.G. Teubner Verlag, Leipzig, 1895, p. 23 ss.; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Giuffrè, Milano, 1940, part. p. 88 ss.; METTE-DITTMANN, *Die Ehegesetze*, cit., p. 142 ss.; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 93 ss.; FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 598 ss.

<sup>27</sup> ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 49 ss.; *contra* G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 33 ss.; ID., *In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet* (*Sen. Contr.* 2.7.3). *Donne, passioni, violenza*, in F. LUCREZI, F. BOTTA, G. RIZZELLI, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, 3<sup>a</sup> ed., Edizioni Grifo, Lecce, 2016, p. 159 ss.; si v. altresì F. BOTTA, *Stuprum per vim illatum*, in F. LUCREZI, F. BOTTA, G. RIZZELLI, *Violenza sessuale*, cit., p. 87 ss.

<sup>28</sup> ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 57.

<sup>29</sup> G. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *BIDR*, 27, 1914, p. 55 ss.; J.B. PLASSARD, *Le concubinat romain sous le haut empire*, Sirey, Paris, 1921, p. 53 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Rist. Scientia Verlag, Aalen,

*tus per leges nomen assumpsit*<sup>30</sup>: essa va infatti intesa, come giustamente rilevato ancora di recente da Salvo Cristaldi, nel senso che il concubinato avrebbe avuto, «proprio attraverso le leggi augustee, *nomen*, cioè rinomanza, e ciò a seguito del notevole incremento di casi avuto per effetto della vigenza dei divieti matrimoniali introdotti dalla *lex Iulia et Papia*»<sup>31</sup>.

Le unioni non matrimoniali dunque, all'interno e come conseguenza della legislazione augustea, non erano frutto di una libera scelta dei conviventi: derivavano invece dai limiti e divieti imposti *ex lege*. Il diritto non riconosceva dati tipi di vincoli, e in conseguenza di ciò essi producevano effetti sul solo piano fattuale.

Non è da escludere, in ogni caso, che numerosi *ingenui*, e anche persone di condizione libertina, potessero trarre spunto dalla legislazione augustea per non 'formalizzare' le loro unioni con donne di bassa estrazione sociale o con libertine, sinanche là dove esse non rientrassero in quelle colpite dai divieti della *lex Iulia et Papia* o della *lex Iulia de adulteriis*. In tali sacche avrebbe potuto trovare spazio dunque anche una 'unione di fatto' volontaria, un *concubinitus* frutto di libera scelta delle parti. Per meglio dire una unione fattuale frutto di 'libera scelta' dei partner di sesso maschile: in assenza di uno strumento equilibratore come la costituzione di dote, e all'interno di fasce sociali non elevatissime, è da assumersi che fosse il partner di sesso maschile, più anziano e sicuramente più abiente rispetto alla propria compagna, a indirizzare le sorti dell'unione. Il profilo in esame necessita in ogni caso di un'analisi più approfondita e puntuale di quanto sia possibile svolgere in questa occasione.

---

1992, p. 138; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Giuffrè, Milano, 1954, p. 126; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 1, *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 315 ss.; P. CSILLAG, *Il concubinato e la legislazione di diritto familiare dell'imperatore Augusto*, in *Quaderni di documentazione*, 4.1, 1963, p. 6 ss.; R. ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della 'lex Iulia et Papia'*, in *SDHI*, 39, 1973, p. 192; T. MCGINN, *Concubinage and the Lex Iulia on Adultery*, in *TAPhA*, 121, 1991, p. 335 ss.

<sup>30</sup> D. 25.7.3.1 (Marcian. 12 inst.): *Nec adulterium per concubinitum ab ipso committitur. nam quia concubinitus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit.*

<sup>31</sup> CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali*, cit., p. 164 s.

#### 4. ALCUNE AFFERMAZIONI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI CONCUBINATO

L'attività dei giuristi del principato sembra appuntarsi sul concubinato come istituzione alternativa al matrimonio, in quanto derivante dalle previsioni augustee di cui si è detto. In ragione del diffondersi delle unioni 'vietate' dalle leggi augustee, i *iurisperiti* si videro in qualche modo costretti a riflettere sulla loro natura e sulle loro caratteristiche, spesso in occasione del commento alle leggi matrimoniali, per estendere a tali unioni alcuni dei presupposti tipici e dei divieti di ordine pubblico e morale operanti in tema di matrimonio<sup>32</sup>, oppure per escludere per il concubinato l'operatività di alcuni effetti tipici delle *iustae nuptiae*.

Una particolare attenzione appare quella dai giuristi rivolta al concubinato fra il patrono e una sua liberta: esso si caratterizzava per l'esclusività del rapporto cui dava luogo; l'ipotesi era d'altronde particolarmente diffusa e conosciuta come una di quelle più risalenti<sup>33</sup>. Si trattava di un tipo di unione generalmente non reputata disonorevole per la donna.

Le stesse leggi augustee contenevano previsioni dirette a regolare i matrimoni fra patroni non senatori e proprie liberte: si pensi ad

---

<sup>32</sup> «Occorre però avvertire che l'attività dei giuristi s'innestò solo sul concubinato alternativo al matrimonio. A causa del diffondersi del fenomeno del concubinato, essi si videro in qualche modo costretti a riflettere sulla sua natura e sulle sue caratteristiche, al fine di meglio differenziarlo dal matrimonio e poi via via regolarlo proprio in occasione del commento alle leggi matrimoniali ... Il concubinato non è, come spesso si sostiene, un rapporto del tutto fuori dal diritto, ma una unione che, pur concepita come diversa dal matrimonio, viene, in quanto unione stabile, progressivamente 'avvicinata' dal diritto. Nella riflessione dei giuristi, infatti, vengono via via individuati, sulla scorta proprio del modello matrimonio, una serie di requisiti necessari ai fini di una sua lecita costituzione»: CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali*, cit., p. 166 s.

<sup>33</sup> V. ad es. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., pp. 43 ss., 66 ss.; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Steiner Verlag, Stuttgart, 1986, p. 164 ss.; FRIEDL, *Der Konkubinat*, Stuttgart, 1996, pp. 92 s., 176 ss.; A. WACKE, *Manumissio matrimonii causa. Die Freilassung zwecks Heirat nach den Ehegesetzen des Augustus*, in AA.VV. (H. BELLEN, H. HEINEN Hrsgg.), *Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie, 1950-2000. Miscellanea zum Jubiläum*, Steiner Verlag, Stuttgart, 2001, p. 149 ss.; CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali*, cit., p. 170 ss.

esempio alla regola che vietava alla liberta di divorziare dal marito-patrono senza il consenso di costui, ponendo quest'ultimo in una posizione di preminenza assoluta nei riguardi della moglie. Coerentemente con l'equiparazione fra matrimoni e ipotesi di concubinato fra patrono e liberta<sup>34</sup>, alcuni giuristi asseriscono che la concubina del proprio patrono è considerata nelle fonti *ac si nupta* (D. 38.1.46, Valens 5 *fideic.*)<sup>35</sup>, che ella può godere del *nomen* di *matrona* (D. 48.5.14(13) pr., Ulp. 2 *de adult.*)<sup>36</sup> e che le si attribuisce la stessa *honestas* della *materfamilias* (*dignitas* di cui secondo alcuni giuristi non avrebbe goduto la donna che iniziasse il concubinato con un uomo diverso dal patrono)<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> D. 23.2.41 (Marcell. 26 *dig.*): pr. *Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam. 1. Et si qua se in concubinato alterius quam patroni tradidisset, matris familias honestatem non habuisse dico*; D. 32.49.4 (Ulp. 22 *ad Sab.*): *Parvi autem refert uxori an concubinae quis leget, quae eius causa empta parata sunt: sane enim nisi dignitate nihil interest. Sui frammenti fra altri MCGINN, Concubinage, cit., p. 349 s.; FRIEDL, Konkubinat, cit., part. p. 139 ss.; C. FAYER, La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari, 3, Concubinato, divorzio, adulterio, «L'Erma» di Bretschneider, Roma, 2005, p. 22 ss.; CRISTALDI, Unioni non matrimoniali, cit., p. 169 e nt. 126. Come messo in luce da ASTOLFI, Il matrimonio, cit., p. 133 s., le fonti affermano «che quando una liberta si unisce in concubinato al patrono le si debba riconoscere l'appellativo di *matrona* e l'*honestas* e il titolo di *mater familias*, che invece le vengono negati quando gli preferisce un estraneo. Ne consegue che la ragione per la quale è permesso il concubinato con una liberta è diversa a seconda che essa si unisca a un estraneo oppure al patrono. Se si unisce al patrono riceve dignità e onore dall'essere divenuta la compagna di chi non è raro l'abbia manomessa a questo scopo. Però la società e il diritto, quando il patrono appartiene all'ordine senatorio, non permettono al patrono di averla addirittura come moglie ...».*

<sup>35</sup> D. 38.1.46 (Valens 5 *fideic.*): *Liberta si in concubinato patroni esset, perinde ac si nupta eidem esset, operarum petitionem in eam dari non oportere constat.*

<sup>36</sup> *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare aram 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.*

<sup>37</sup> D. 23.2.41.1 (Marcell. 26 *dig.*), su cui *retro* nt. 34.

#### 4.1. L'ESTENSIONE ANALOGICA DI ALCUNI EFFETTI DEL REGIME MATRIMONIALE AL CONCUBINATO

Per alcuni versi i giuristi – nel corso del loro lavoro interpretativo – tesero ad evidenziare le analogie fra matrimonio e concubinato, finendo per estendere al secondo alcuni effetti del primo.

Le analogie risultano generalmente favorire la condizione del *partner* di sesso maschile – quanto meno nel caso in cui lo stesso sia anche patrono della concubina.

È ad esempio il caso di:

D. 25.7.1 pr. (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Quae in concubinato est, ab invito patrono poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare? ego quidem probo in concubina adimendum ei concubium, si patronum invitum deserat, [quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere].*

Colei che vive in concubinato potrà andar via senza il consenso del patrono e darsi a un altro o in matrimonio o in concubinato? io certo convengo che, quanto alla concubina, le si debba togliere il diritto di contrarre giuste nozze, se abbandoni il patrono contro la sua volontà; infatti è più onorevole per il patrono avere la liberta come concubina, piuttosto che come moglie.

La *lex Iulia de maritandis ordinibus* conteneva – si è accennato – una disposizione per cui la liberta che divorziasse dal suo patrono senza il consenso di quest'ultimo non poteva validamente sposare nessun altro sintanto che il patrono continuasse a considerarla sua moglie<sup>38</sup>.

Nel suo commento alla *lex Iulia et Papia*, nel III sec. d.C., Ulpiano appariva reputare legittima l'estensione della regola anche al patrono che tenesse presso di sé la sua liberta come concubina, e non come moglie. La concubina che abbandona il suo patrono, dunque, stando a Ulpiano, non avrebbe avuto il *connubium* con un'altra persona: resta secondo me non affrontato, nel testo, il quesito se la donna potesse avviare il concubinato con terza persona diversa dal patrono. Il giurista si pronunciava sul solo 'impedimento' a un nuovo matrimonio<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Per tutti, sul punto, CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., p. 81 ss.; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 173 ss.

<sup>39</sup> Lo sfavore verso il concubinato (e più in generale verso le unioni fra inge-

Ancora nel senso di estendere al concubinato il regime del matrimonio appare l'affermazione, attribuita nella compilazione a Paolo, per cui:

D. 25.7.2 (Paul. 12 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Si patronus libertam concubinam habens furere coeperit, in concubinato eam esse humanus dicitur.*

Se il patrono che ha come concubina una liberta, abbia iniziato ad impazzire, si dice che sia più umano se costei continui ad essere in rapporto di concubinato.

L'analogia è col divieto per la liberta, il cui marito-patrono sia impazzito, di allontanarsi da lui<sup>40</sup>. Come è evidente, le estensioni appaiono riguardare ipotesi in cui l'interesse del patrono sia già di per sé dichiarato (anche a livello normativo – vale a dire nella *lex Iulia et Papia*) prevalente rispetto a quello della sua partner: nei casi in esame dunque l'analogia fra matrimonio e concubinato appare derivare da un'estensione motivata sulla base di una *ratio legis* esistente.

#### 4.2. IPOTESI DI INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA 'PRO CONCUBINATU'

Per altri versi i giuristi diedero risalto alle differenze (sopra tutto là dove queste si traducevano in una maggiore libertà delle parti

---

nui e liberti) appare essere piuttosto una tendenza tardoantica, onde forse si può supporre il rimaneggiamento tardo, e in senso moraleggiante, della chiusa del frammento. Insomma, l'affermazione per cui è preferibile, è più onorevole, che un patrono tenga presso di sé la liberta come concubina, piuttosto che come moglie, sarebbe da ascrivere a un giurista tardoantico o ai compilatori giustinianeï. Per i giuristi del principato, infatti, la convivenza legata al concubinato sarebbe stata l'unica alternativa possibile per perpetuare un legame con una libertina (se si era senatori) o con una donna di umili natali o esercente professioni disdicevoli (se si era, più in generale, *ingenui*), traendo almeno un qualche vantaggio da simile situazione: difficilmente la situazione si sarebbe potuta considerare con sfavore da un *iuris peritus* classico.

<sup>40</sup> D. 23.2.45.5 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Deinde ait lex "invito patrono": invitum accipere debemus eum, qui non consentit ad divortium: idcirco nec a furioso divertendo solvit se huius legis necessitate nec si ab ignorante divorterit: rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit.* V. per tutti A. PALMA, *Humanior interpretatio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 91; ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, cit., p. 194; CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali*, cit., p. 171.



nel rapporto, e probabilmente in ragione del fatto che fra le 'parti in gioco' vi erano personaggi in vista dell'epoca). È il caso ad esempio del divieto di donazioni reciproche: esso, riconosciuto come *ab antiquo* sussistente nel rapporto fra coniugi, viene invece reputato non estensibile alle 'unioni di fatto' e al concubinato.

D. 24.1.3 (Ulp. 32 *ad Sab.*): pr. *Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: 'Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret'*. 1. *Videamus, inter quos sunt prohibita donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui <provinciam regit vel qui> ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt. divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*

Tale ragione fu fatta propria anche da un'orazione del nostro imperatore Antonino <Caracalla> Augusto: infatti egli afferma: «I nostri antenati proibirono le donazioni fra marito e moglie, ritenendo che l'amore onesto si trova solo nell'animo, e preoccupandosi anche della reputazione dei coniugi, affinché non sembrasse che la concordia venisse procurata col denaro e il migliore cadesse in povertà, mentre il peggiore diventasse più ricco». 1. Vediamo fra chi sono proibite le donazioni. E certamente, se, in base alle nostre leggi ed ai nostri costumi, si è uniti in matrimonio, la donazione non sarà valida. Se però intervenga un impedimento (alle nozze) che faccia sì che non sussista affatto matrimonio, la donazione sarà valida. Così se la figlia di un senatore abbia sposato un liberto, in violazione del senatoconsulto, o una donna di una provincia abbia sposato chi <governa quella provincia o chi in essa> esercita un ufficio, la donazione sarà valida, perché quelle non sono nozze. Ma non è onesto che tali donazioni siano ritenute valide, affinché non sia migliore la condizione di coloro che hanno violato il diritto. Tuttavia il divo <Settimio> Severo stabilì il contrario per la libertà del senatore Ponzio Paolino, perché non era stata tenuta con affetto di moglie, ma piuttosto di concubina.

Caracalla reiterava il divieto, consuetudinario, di donazioni fra coniugi, già ‘ribadito’ all’interno della legislazione matrimoniale augustea<sup>41</sup>. Nel commentare l’*oratio principis*, e prima di passare in rassegna i casi in cui le donazioni dovevano reputarsi vietate (§§ 2-13), Ulpiano si fermava su talune unioni in cui le donazioni erano consentite, non potendosi considerare, dette unioni, ‘*nuptiae*’. Fra esse, anzitutto il ‘matrimonio’ fra senatori e libertine (e fra figlie di senatori e libertini), vietato dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* e da un successivo senatoconsulto, databile fra il 177 e il 180 d.C.<sup>42</sup>: non è improbabile che si trattasse dello stesso senatoconsulto, o di un provvedimento a questo contiguo, che vietava le nozze fra tutore e pupilla sin tanto che il primo restasse obbligato *tutelae nomine*

---

<sup>41</sup> La formula «*imperator noster Antoninus*» usata da Ulpiano sarebbe indizio forte in favore della reale attribuzione del provvedimento a Caracalla: G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 2, Giuffrè, Milano, 1963, p. 187 s. e nt. 72. Sul divieto di donazione fra coniugi, per tutti, L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Cedam, Padova, 1938; V. GIUFFRÈ, *Vicende del divieto di «donatio inter virum et uxorem»*, in *Atti Acc. Sc. mor. econ. e pol. Napoli*, 83, 1972, pp. 3-25; A. MANZO, *Sull’origine del divieto di donazione tra coniugi*, in *Labeo*, 37, 1991, p. 345 ss.; A. GUARINO, *Trebazio ed il caso di Terenzia*, in *Labeo*, 38, 1992, p. 137 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, 5, Napoli, 1994, p. 98 ss.); F.J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001, p. 317 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, p. 128 ss. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen*, cit., p. 329 s. reputa la citazione ulpiana un riferimento alla *oratio Severi* (coreggente Caracalla) del 206 d.C., che avrebbe limitato l’ambito di applicazione del divieto di donazioni; a mio modo di vedere potrebbe invece trattarsi di un provvedimento indipendente di Caracalla, che pure avrebbe preso spunto dal SC. in esame.

<sup>42</sup> Tali unioni, già oggetto di divieto ai sensi della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, erano state nuovamente prese in considerazione da un’*oratio Antonini et Commodi* (collocabile dunque fra il 177 e il 180 d.C.), che ne avrebbe esteso la irrilevanza: se infatti sino ad allora esse erano state invalide ai soli effetti della *lex Iulia (et Papia)*, quindi con riferimento alle *incapacitates* prescritte dalla legislazione augustea, a partire dal SC. approvato sotto Marco Aurelio e Commodo se ne sarebbe estesa la nullità ai sensi dell’intero ordinamento. Altri frammenti in cui ne sarebbe menzione sono D. 23.2.16 pr. (Paul. 35 *ad ed.*) e D. 23.2.42 (Modest. *l.s. de ritu nupt.*). Sul provvedimento E. VOLTERRA, sv. *Senatusconsulta*, in *NNDI*, 16, 1969, p. 1047 ss., p. 1077 (nr. 189); R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1984, p. 449, nr. 129; sulle previsioni ‘estensive’ del provvedimento, ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 109 ss.

nei riguardi della seconda<sup>43</sup>. All'elenco si aggiungevano anche le donne provinciali che si fossero unite al governatore della stessa provincia (divieto noto a partire da Papiniano)<sup>44</sup>.

La parte finale del § 1 ha suscitato ampi dubbi in dottrina. Vi si afferma infatti che «*fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt*»<sup>45</sup>: è possibile che Ulpiano esaminasse (più diffusamente di quanto non vediamo nella redazione attuale del frammento) il tema dalla prospettiva delle ipotesi in cui il donatario potesse approfittare del suo ascendente sulla donante (come nel caso del magistrato provinciale che sposasse la donna nata o residente nella sua provincia, o quella del liberto che riuscisse a farsi sposare da una donna di ceto senatorio, o – ancora – quella del tutore che impalmasse la sua pupilla. In un'ottica di questo tipo sarebbe comprensibile la riprovazione, da parte del giurista, di donazioni valide dal punto di vista del *ius* (in quanto invalida, per il *ius civile*, l'unione fra i due *partner*) ma non da quello della morale sociale<sup>46</sup>. Il suo ragionamento non appare tuttavia ulteriormente sviluppato (come tenderemmo ad attenderci) V'è un brusco passaggio, invece, a un intervento di Settimio Severo, in linea col *ius* (ma non, evidentemente, col *fas*). L'imperatore «*tamen*», e diversamente da quanto appena affermato, «*contra statuit*»: Severo infatti, in un rescritto rilasciato nel caso dell'unione fra il senatore Ponzio Paolino e una sua liberta appariva aver deciso per la validità della donazione. Il legame fra i due non era infatti matrimoniale: della libertà si dice che «*non erat affectione uxoris habita, sed*

<sup>43</sup> A tali disposizioni Paolo avrebbe dedicato un *liber singularis ad orationem divi Antonini et Commodi*: D. 23.2.20, *h.t.* 60. Si v. anche C. 5.6. Secondo VOLTERRA, sv. *Senatusconsulta*, cit., p. 1077, si sarebbe trattato di un diverso provvedimento senatorio.

<sup>44</sup> Sul punto si v. ARU, *Le donazioni fra coniugi*, cit., p. 46; CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato*, cit., p. 99; VOCI, *Diritto ereditario romano*, 1, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1967, p. 477; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 142 s.

<sup>45</sup> I sospetti di interpolazione sono annotati in ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 147, nt. 108.

<sup>46</sup> Vi vede una dialettica fra *ius civile*, per il quale le unioni erano da reputarsi vietate, e le donazioni pertanto lecite, e *ius honorarium*, in base a cui sarebbe stato possibile chiedere al magistrato un'invalidazione pretoria della donazione: ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, cit., p. 142. Al di là della plausibilità della tesi in esame, la condizione attuale del frammento lascia ampio spazio a ipotesi di rimaneggiamento.

*magis concubinae*». Ponzio Paolino è personaggio documentato epigraficamente quale senatore partecipante alla cerimonia dei *ludi Saeculares* del 204 d.C.<sup>47</sup> Siamo dunque in un'età assai prossima a quella dell'*oratio Severi* del 206 d.C. Non è affatto da escludersi, tirando le somme, che, nell'ambito di un *excursus* più vasto di quello attualmente leggibile in D. 24.1.3, Ulpiano si fermasse su un'ampia serie di ipotesi di donazioni 'consentite' dal *ius*: fra esse quelle previste dalla *oratio Severi*, che – come noto – conferiva validità alle donazioni fatte al coniuge e non revocate dal donante sino al momento della propria morte<sup>48</sup>; e altresì quelle donazioni che, operate all'interno di un rapporto di concubinato (come quello che si instaurava fra persona di estrazione senatoria e persona di estrazione libertina), non fossero configurabili come donazioni fra coniugi. Non è da escludersi che la donazione di Ponzio Paolino alla propria compagna potesse suscitare più di un dubbio (ed è immaginabile l'instaurarsi di una controversia *post mortem*): se la donna fosse stata reputata *uxor*, come nell'ipotesi in cui Ponzio Paolino fosse assunto a dignità senatoriale dopo il matrimonio<sup>49</sup>, la donazione si sarebbe

<sup>47</sup> C. Pontius Paulinus è senatore menzionato, assieme alla figlia Pontia Paulina, in *CIL*, VI 32329, 15 nell'atto di prendere parte alla cerimonia dei *ludi Saeculares* del 204 d.C. (cfr. E. GROAG, *Prosopographische Einzelheiten*, in *Wiener Studien*, 22, 1900, 146; *PIR*.<sup>2</sup> 6, 1998, p. 348, nt. 814).

<sup>48</sup> D. 24.1.32 (Ulp. 33 *ad Sab.*): pr. *Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. 1. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. 2. Ait oratio: "Fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse". Sul tema, fra altri, V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1965, p. 240 ss.; K.H. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1974, p. 150 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*, 1. *La tradición romanística*, Barcelona, 1982, p. 67 ss.*

<sup>49</sup> Cfr. C. 5.4.28 pr. (Iustin. Iohanni, a. 531 vel 532): *Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum quaerebatur, quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur.*

forse potuta salvare (per via dell'*oratio Severi*) per non esser stata revocata sino alla morte del senatore; se era invece da reputare *concubina*, la donazione sarebbe stata *ipso iure* valida perché non intervenuta fra *coniuges*. Il rescritto di Settimio Severo verosimilmente decideva nel secondo senso, come può ricavarsi dall'affermazione per cui la donna *non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*<sup>50</sup>.

## 5. RELAZIONI PATRIMONIALI ALL'INTERNO DEL CONCUBINATO

Là dove, per quanto noto, agli oneri derivanti dall'unione matrimoniale si provvedeva attraverso la costituzione di dote (in capo al marito ma proveniente dalla moglie, o dal *pater familias* di lei, o da un amico di famiglia della donna)<sup>51</sup>, la *dos* non poteva sopperire alle esigenze di una unione che non fosse da considerarsi *iustum matrimonium*. L'enunciato è formulato chiaramente in un frammento ulpiano:

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

La denominazione "dote" non può essere relativa a quei matrimoni che siano invalidi: e infatti non può esservi dote senza matrimonio. In qualsiasi caso, dunque, non vi sia la qualifica di matrimonio, non sussiste neanche la dote.

All'interno della relazione di concubinato, dunque, il mantenimento doveva essere assicurato secondo modalità diverse, delle quali tuttavia non abbiamo testimonianza nelle fonti. Sicuramente la non esistenza di un divieto di donazioni reciproche (come invece nel caso del matrimonio) avrà fornito margini di una certa consistenza, per i conviventi, per regolare in comune gli "*onera concubinatus*":

<sup>50</sup> MEYER, *Der römische Konkubinat*, cit., p. 79. In questo senso anche D. 39.5.31 pr. (Papin. 12 *resp.*): *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante iure valuit.*

<sup>51</sup> V. sul punto ad esempio FAYER, *La familia romana*, 2, cit., p. 673 ss.

è verosimile altresì che anche all'interno delle unioni di fatto, come all'interno dei *matrimonia iusta*, si affermasse un criterio di cooperazione anche economica fra conviventi, e di 'co-gestione' del nucleo familiare da loro costituito, attraverso una suddivisione di compiti e responsabilità<sup>52</sup>.

Dal punto di vista successorio non era prevista una 'successione legittima' di un convivente all'altro: era evidente come occorresse provvedere mediante testamento. Il caso più frequente era quello di disposizioni *mortis causa* a titolo particolare<sup>53</sup>. Per il ricorso a fedecommissi fa testo:

D. 31.29 (Cels. 36 dig.): pr. *Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset petissetque ab eo, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo testatore decessisset et quod ei relictum erat apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinae reddere.*

Mio padre (scil. Celso padre) riferiva che, trovandosi nel *consilium* del console Ducenio Vero, si era aderito al suo parere nel seguente caso: Otacilio Catulo aveva istituito erede universale la figlia, lasciando in legato a un liberto duecento; aveva pregato quest'ultimo di trasferire la somma alla sua concubina, ma il liberto era morto ancora in vita del testatore, e la somma destinatagli era rimasta presso la figlia (di quest'ultimo): la figlia doveva essere obbligata a trasferire il fedecommesso alla concubina.

Celso (figlio) riferiva di un caso accaduto al padre, mentre faceva parte del *consilium* di esperti del console Ducenio Vero, *suffectus* nel 95 d.C.<sup>54</sup>: in materia di *cognitio fideicommissaria* dove-

<sup>52</sup> Si consenta il rinvio sul punto, per tutti, a F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 24 s. (ove altra letteratura).

<sup>53</sup> Si v. ad esempio le notissime disposizioni del *testamentum Antonii Silvani equitis* (FIRA, III.47), su cui da ultimo L. MIGLIARDI ZINGALE, *Testamentum Antonii Silvani equitis (Alexandria, 27 marzo 142 d.C.)*, in AA.VV. (cur. G. PURPURA), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniiani (FIRA). Studi preparatori 2. Auctores – Negotia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 147 ss. In esso la concubina (e verosimile liberta) del soldato Antonio Silvano, Antonia Thermutha, definita in quanto tale *mater heredis mei*, è destinataria di un consistente legato in denaro (ll. 28 ss.: *Do lego Antonia<e> Thermutha<e> matri heredi<s> mei s(upra) s(cripti) (denarios) argenteos quingentos*).

<sup>54</sup> PIR.<sup>2</sup> 3, 1943, p. 65, nr. 203; sul frammento H.J. WIELING, *Testamentsaus-*

va dunque (nonostante la creazione di un apposito *praetor fideicommissarius* con Claudio<sup>55</sup>) residuare una qualche competenza dei consoli ancora in età domiziana (alla cui *cognitio* dovè essere evidentemente sottoposto il caso)<sup>56</sup>. Otacilio Catulo, di dignità senatoria, e anch'egli *suffectus* nell'88 d.C.<sup>57</sup>, aveva istituito erede la figlia, disponendo un lascito di duecentomila sesterzi a un liberto; aveva poi disposto un fedecommesso a carico del liberto legatario, nel senso che costui trasferisse il denaro a lui legato alla concubina di Otacilio. Il legatario era tuttavia premorto al testatore. La decisione di Ducenio Vero era stata nel senso che la figlia di Otacilio, che la premorienza del legatario avrebbe dovuto liberare dall'obbligo di adempiere al lascito, dovesse invece esser costretta a trasferire la somma, a titolo di fedecommesso, alla concubina.

Non improbabile che quest'ultima fosse a sua volta di estrazione libertina: in quanto tale non avrebbe potuto *nubere* il console Otacilio; costui avrebbe deliberato in ogni caso di provvedere al suo sostentamento mediante fedecommesso, ma onerandone non la propria figlia ed erede, bensì un legatario<sup>58</sup>.

Non è chiaro quali fossero i rapporti fra la figlia di Otacilio Catulo (che ne ricevé l'intera eredità) e la concubina di quest'ultimo

---

*legung im römischen Recht*, C.H. Beck, München, 1972, p. 90 s. A. BRIEGER, *Cels. D. 31,29 pr.: Politische Demonstration und Zeugnis richterlicher Unabhängigkeit*, in AA.VV. (V. DUSS, N. LINDER, K. KASTL, C. BÖRNER, F. HIRT, F. ZÜSLI ed.), *Rechtstransfer in der Geschichte. Legal Transfer in History*, Meidenbauer, München, 2006, p. 14 ss.

<sup>55</sup> D. 1.1.2.32 (Pomp. *L.s. enchir.*); Suet. *Claud.* 23; Quint. *Inst. Or.* 3.6.70.

<sup>56</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1963, p. 232, nt. 37.

<sup>57</sup> *PIR.*<sup>2</sup> 5.3, 1987, p. 471 s., nr. 171.

<sup>58</sup> Sin qui appaiono accoglibili le osservazioni di BRIEGER, *Cels. D. 31,29 pr.*, cit., p. 16 s. Svariate perplessità suscita invece la lettura 'politica' della decisione di Ducenio Vero (dietro consiglio di Celso padre), come una consapevole opposizione alla politica domiziana di stretta osservanza delle leggi matrimoniali augustee: il concubinato, come si è già visto, risultava infatti, a partire da Augusto, l'unica alternativa possibile (stante il divieto di *connubium*) per quei *partner* che volessero in ogni caso mantenere una convivenza stabile, e in quanto tale era ampiamente tollerato dai *principes*. Assai improbabile dunque che la decisione di attribuire in ogni caso il *fideicommissum* alla compagna del senatore (cui, come si è visto, i giuristi attribuivano una *dignitas* analoga a quella di una *mater familias*) potesse leggersi come un atto di 'ribellione' nei riguardi della politica domiziana.

(che forse era una donna con cui il testatore aveva preso a convivere dopo la morte della moglie). È assai verosimile in ogni caso che, se la fanciulla fu costretta dalla *coercitio* esercitata dal console a trasferire la somma, a titolo di fedecommesso, alla concubina del padre, fra le due non corresse buon sangue.

Al di là dei profili sostanziali e procedurali legati al caso specifico, dalla testimonianza in esame sembra potersi evincere come il costume sociale (e le relazioni affettive) imponessero verosimilmente ai conviventi di provvedere, nelle ultime volontà – e al netto di eventuali donazioni *inter vivos* – anche al sostentamento *post mortem* delle proprie concubine<sup>59</sup>.

## 6. SITUAZIONE DELLA PROLE

La situazione della prole, per il principato, è controversa. Tendenzialmente i figli nati da concubinato non erano nati da *iustum matrimonium* e quindi dovevano essere considerati come *vulgo quaesiti*. Nei fatti probabilmente almeno alcuni giuristi propendevano per salvare gli effetti di quelle unioni almeno ai sensi di leggi che non fossero quelle augustee.

I matrimoni vietati dalla *lex Iulia et Papia* erano irrilevanti nei confronti di quella legge (e dunque ad esempio non venivano ‘conteggiati’ ai fini della *capacitas*). Nei riguardi di altre leggi abbiamo testimonianze secondo cui i figli potevano considerarsi invece come prole legittima. Lo attesta un passaggio ulpiano documentato nei *fragmenta Vaticana*:

Vat. Fragm. 168 (Ulp. *l.s. de excus.*): ... *Quidam tamen iustos secundum has leges putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita scripserunt: “Si instrumentis probas habere te iustos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo praetor vir clarissimus accipiet”. Sed iustorum mentio ita accipienda est, ut secundum ius civile quaesiti sint.*

Tuttavia alcuni sono del parere che si intendano legittimi secondo quanto stabiliscono queste leggi. Anche i divi imperatori Marco Aurelio

---

<sup>59</sup> FRIEDL, *Der Konkubinat*, cit., p. 87 ss.



e Lucio Vero rescrissero ad Apronio Saturnino: «Se attraverso documenti proverai di avere tre figli legittimi, il pretore, clarissimo, Manilio Carbone accoglierà la tua (richiesta di) esenzione». Ma l'espressione «legittimi» deve essere intesa nel senso che siano legittimi secondo il *ius civile*.

Il frammento è mutilo della parte iniziale<sup>60</sup>. In esso Ulpiano ricordava che si poteva essere esentati dalla gestione della tutela di un impubere se si avevano almeno tre figli. Essi dovevano però essere *iusti* (ossia nati da un matrimonio legittimo). Anche Marco Aurelio e Lucio Vero avevano risposto in questo senso a chi si era rivolto direttamente a loro (e il pretore competente per materia nel caso di specie, Manilio Carbone, aveva di conseguenza concesso l'*excusatio tutelae*). Il problema era cosa si dovesse intendere per «*liberi iusti*». Il giurista enuncia una sua opinione, in quanto ammette che altri, «*quidam*», reputavano dovessero intendersi *iusti*, i *fili*, solo ai sensi delle leggi augustee. Secondo Ulpiano invece il matrimonio dal quale proveniva la prole in esame doveva essere valido secondo il diritto ordinario («*ut secundum ius civile quaesiti sint*»): nella sua ottica dunque potevano considerarsi '*iusti liberi*' anche i figli nati da unioni proibite dalla *lex Iulia et Papia*, ed essere conteggiati a fini diversi da quelli della *capacitas*.

Nonostante si sia dunque dinanzi a un'ipotesi di *ius controversum*, parrebbe che, a dati fini, anche i figli nati all'interno di un rapporto di concubinato potessero rivestire una rilevanza ai sensi dell'ordinamento.

Come anche di recente riaffermato<sup>61</sup>, e alla luce delle risultanze di natura epigrafica, parrebbe del resto che nel principato fosse assai elevato il numero di figli nati al di fuori del matrimonio. Questo, che viene definito «un fattore immanente al sistema», si motiva da un lato per il fatto che – anche alla luce delle frequenti adozioni, legate spesso alla frequente sterilità all'interno delle classi sociali elevate – la filiazione naturale rivestiva nell'esperienza romana un ruolo di modesta entità (tanto è vero che da Augusto in poi si sarebbe cercato di incrementarne la portata)<sup>62</sup>; la spinta alla 'perpe-

---

<sup>60</sup> Su esso, per tutti, ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 104.

<sup>61</sup> FRIEDL, *Der Konkubinat*, cit., p. 130.

<sup>62</sup> Sulle adozioni per tutti C. RUSSO RUGGERI, *La 'datio in adoptionem'*, 1, *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*,

tuazione del nome' era alleviata d'altro canto anche dalla possibilità di dare il proprio nome ai propri liberti (ex-schiavi manomessi).

Le cose sarebbero progressivamente mutate nel corso dell'età tardoantica, con l'ammissione della legittimazione dei *liberi naturales*<sup>63</sup>. Un'analisi approfondita di tale profilo esula tuttavia dai limiti della presente indagine.

## 7. CONCLUSIONI

Se dunque, nell'arco dell'esperienza giuridica romana, il matrimonio permane il paradigma di riferimento, forme di 'unioni non matrimoniali', come abbiamo visto, emersero ed ebbero ben presto autonomo riconoscimento all'interno dell'ordinamento. A partire dal primo principato, in modo particolare, la diffusione del *concupinatus* trovò la sua 'legittimazione' a causa delle previsioni delle leggi matrimoniali augustee, che – escludendo la validità di determinate unioni quali *iustae nuptiae* – ne determinò la necessaria configurazione come 'forma alternativa' di rapporto di coppia. Anche giuristi e imperatori furono sollecitati a riflessioni e prese di posizione su numerosissimi profili attinenti al legame fra *concupini*, a volte avvicinandolo, negli effetti, al *matrimonium iustum*, a volte (e spesso *in bonam partem*, probabilmente per la dignità senatoriale di una delle parti in causa del rapporto) differenziandolo da quest'ultimo. Ulteriori analisi potranno porre utilmente in risalto, illuminandone i particolari, la ricca casistica in materia e la dialettica fra interessi sostanziali in gioco, riflessione giurisprudenziale e interventi imperiali.

---

Giuffrè, Milano, 1990, p. 85 ss.; M. CORBIER, *Divorce and Adoption as Roman Familial Strategies (Le divorce et l'adoption "en plus")*, in AA.VV., *Marriage Divorce and Children in Ancient Rome*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 47 ss.; J. GARDNER, *Status, Sentiment and Strategy in Roman Adoption*, in AA.VV. (M. CORBIER cur.), *Adoption et fosterage*, De Boccard, Paris, 1999, pp. 63-79.

<sup>63</sup> G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, Giuffrè, Milano, 1990.

ROBERTA BRACCIA

LE CONVIVENZE *MORE UXORIO*  
NEL BASSO MEDIOEVO ED IN ETÀ MODERNA:  
QUASI MATRIMONI, MATRIMONI  
PRESUNTI O CLANDESTINI?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le convivenze prima del Concilio di Trento: tra tolleranza e regolarizzazione. – 3. Le convivenze dopo il Concilio di Trento: tra disciplinamento e repressione.

1. PREMESSA

Scopo principale di questo intervento è collegare cronologicamente quanto è stato delineato nelle relazioni precedenti, dedicate a convivenze e concubinato nella tradizione giuridica romana, con quanto è possibile registrare oggi *de iure condito* e *de iure condendo* in alcune realtà politiche europee a proposito di unioni civili, contratti di convivenza e famiglie di fatto, oggetto dei saggi che seguiranno.

Senza la pretesa di offrire un quadro esaustivo di un tema così complesso aggiornando al contempo i risultati conseguiti dalla storiografia recente e meno recente, attraverso un affresco il più possibile dettagliato, ci si propone di illustrare in quali casi, come e perché molte convivenze *more uxorio*, non fondate su un matrimonio solenne, fossero tollerate dalla società e dal legislatore in età medievale e moderna.

Si premette, poi, che le considerazioni che seguono sono circoscritte in prevalenza all'area italiana e tengono conto specialmente di studi e ricerche appartenenti al filone storico-giuridico.

Assodato che il fenomeno delle unioni di fatto, quale modello

alternativo alle unioni “regolari”, appare piuttosto diffuso nell’Italia medievale e di antico regime, si può affermare fin d’ora ed in linea di massima come alcune convivenze *more uxorio* venissero tendenzialmente tollerate se assimilabili, almeno nella sostanza, a “lecite” unioni matrimoniali (“quasi matrimoni”) e/o se il *ménage* di coppia lasciava “presumere” l’esistenza di un matrimonio valido, premessa che spiega in parte il titolo del mio contributo (“matrimoni presunti”).

Inoltre nell’Italia medievale, come si può immaginare e sulla base di quanto si dirà a breve, la natura di molte convivenze non sempre era manifesta – o se vogliamo “certificata” – e neppure facilmente “certificabile”; è questa una circostanza destinata a creare non pochi problemi di ordine sociale e di certezza del diritto, problemi senza dubbio evitabili se la convivenza era invece notoriamente fondata su un accordo matrimoniale in qualche modo “certificato”, cioè reso noto attraverso vari canali – soprattutto i variopinti riti nuziali del tempo di matrice pagana/cristiana – produttivi di *publica vox et fama*.

Da questa premessa, al fine di inquadrare correttamente il problema delle unioni di fatto (definibili unioni “irrituali”), scaturisce la necessità di ricordare cosa si intendesse all’epoca per “matrimonio valido” o “regolare”, ritornando a riflettere, almeno sinteticamente, sui momenti e sugli esiti più significativi che hanno segnato l’evoluzione della disciplina matrimoniale tra XII e XVI secolo.

Prima di entrare *in medias res*, va ricordato inoltre che la storia del matrimonio strettamente collegata a quella della famiglia e poi la storia delle donne nell’Europa medievale e di antico regime hanno interessato generazioni di studiosi, tanto storici *tout court* quanto storici del diritto, e quindi orientarsi all’interno di una produzione bibliografica davvero sterminata non è semplice e richiede molta prudenza<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A conferma di ciò è sufficiente consultare la rassegna bibliografica posta a corredo del volume di J. KIRSHNER, *Marriage, Dowry and Citizenship in Late Medieval and Renaissance Italy*, Toronto, 2015; inoltre, per un primo approccio, si rinvia alla sintesi e alle indicazioni bibliografiche di P. SKINNER, *Women in Medieval Italian Society (500-1200)*, Harlow, 2001; sempre utile poi, per il taglio storico-giuridico, il testo di A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell’Italia medievale e moderna*, Torino, 1994. Si segnalano, poi, i seguenti volumi miscellanei: *Marriage, property and succession*, a cura di L. Bonfield,

Tra le numerose strade inaugurate o ripercorse dalla storiografia giuridica per confermare o scardinare ipotesi e tesi recenti o risalenti, merita segnalarne a mio avviso una particolarmente proficua. Si tratta di quel filone storiografico, arricchitosi negli ultimi decenni, dedicato alle esplorazioni sistematiche dei processi matrimoniali italiani, le cui carte sono conservate in abbondanza in moltissimi archivi locali<sup>2</sup>.

Da tali indagini e in specie da quelle che hanno utilizzato contemporaneamente fonti normative, dottrinali e giurisprudenziali, si possono estrapolare alcune valutazioni ampiamente condivise e condivisibili: *in primis* che la famiglia dell'età moderna, quale società fondata sul matrimonio, «nelle sue nervature essenziali è una proiezione della stagione medievale», sebbene gli scenari politici, economici e sociali cambino talvolta radicalmente<sup>3</sup>. La storia della famiglia presenta pertanto degli elementi di continuità che tendono a resistere nel corso dei secoli a prescindere dalle diverse “rivoluzioni” culturali in atto.

Di fatti tra medioevo ed età moderna rimane fondamentale il ruolo del *pater familias*; si registra una sostanziale omogeneità nell'adozione di alcuni strumenti di conservazione del patrimonio fa-

---

Berlin, 1992; *Tempi e spazi di vita femminile tra medioevo ed età moderna*, a cura di S. Seidel Menchi, A. Jacobson Schutte, T. Kuehn, Bologna, 1999; *La famille, les femmes et le quotidien (XIV-XVIII siècle). Textes offerts à Christiane Klapisch-Zuber*, a cura di I. Chabot, J. Hayez, D. Lett, Paris, 2006; *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, a cura di G. Di Renzo Villata, Cham, 2016.

<sup>2</sup> Su questo filone storiografico si veda la ricognizione di E. ORLANDO, *Sposarsi nel medioevo. Percorsi coniugali tra Venezia, mare e continente*, Roma, 2010, pp. 14-15, che sottolinea l'avvio di un fortunato progetto di ricerca nel 1996 dedicato ai «Processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani» coordinato da Silvana Seidel Menchi e da Diego Quaglioni; tra i volumi pubblicati nell'ambito di tali progetti si segnalano, per la stretta pertinenza con questa relazione: *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Bologna, 2001; *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Bologna, 2004.

<sup>3</sup> Tra virgolette una riflessione ricavata dal lavoro di P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso della società coniugale in Italia*, Milano, 2011, p. 43. Un esteso e particolareggiato affresco del matrimonio in antico regime è stato realizzato da D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001. Della stessa autrice, in relazione ad un periodo storico decisamente più ampio, si veda inoltre *Storia del matrimonio. Dal medioevo ad oggi*, Bologna, 2008.

miliare, vale a dire il complesso di regole concernenti il regime dotale e il diritto successorio (nonostante le deroghe e le eccezioni testimoniate da usi locali); restano essenzialmente gli stessi gli spazi giuridici occupati dalle donne nella famiglia come figlie, madri, mogli e vedove<sup>4</sup>.

## 2. LE CONVIVENZE PRIMA DEL CONCILIO DI TRENTO: TRA TOLLERANZA E REGOLARIZZAZIONE

A proposito di “continuità”, se è vero che la struttura della famiglia medievale condiziona significativamente la struttura della famiglia di età moderna a prescindere dai macroscopici cambiamenti vissuti dalla società occidentale tra Quattrocento e Cinquecento, è altrettanto vero che, come nell’antichità, in età medievale e moderna, il matrimonio legittimo, legame monogamico, meglio se indissolubile, rappresenta sempre e comunque l’«unione socialmente preferibile tra un uomo e una donna»<sup>5</sup>.

In altri termini, durante i secoli, persiste l’idea secondo cui il matrimonio legittimo genera e garantisce una unione ideale che gli ordinamenti secolari – grosso modo in sintonia con gli obiettivi e il magistero della Chiesa – costantemente tentano di promuovere e di tutelare<sup>6</sup>.

Gli “strumenti” di tale tutela sono differenti: da un lato si offrono diritti o “privilegi” ai coniugi e alla famiglia attraverso l’appli-

---

<sup>4</sup> Come ha sottolineato T. KUHEN, *Figlie, madri, mogli e vedove. Donne come persone giuridiche*, in *Tempi e spazi di vita femminile*, cit., p. 433, «i ruoli e le aspettative relative alle donne variano con l’età e con lo stato sociale ed economico (incluso lo stato coniugale)»; al di fuori di tali ruoli la donna non aveva sostanzialmente né diritti né doveri.

<sup>5</sup> Cfr. L. FERRANTE, «*Consensus concubinarius*»: un’invenzione giuridica per il principe?, in *Trasgressioni*, cit., p. 107. Tale lavoro rappresenta l’approfondimento di una tematica già affrontata dalla studiosa in un saggio dal titolo particolarmente appropriato: *Legittima concubina, quasi moglie, anzi meretrice. Note sul concubinato tra medioevo ed età moderna*, in *Modernità: definizioni ed esercizi*, a cura di A. Biondi, Bologna, 1998, pp. 123-141.

<sup>6</sup> Su questo punto ha insistito attraverso alcune suggestive, anche se non generalmente condivise, riflessioni A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini. Appunti di storia su chiese, matrimoni e famiglie*, Bologna, 2015.