

Nov. 12.1: Θεσπίζομεν τοίνυν, τοῦ λοιποῦ, εἰ τις ἀδμήτων καὶ ἐναντίον τῆ φύσει (ὃν ὁ νόμος *incestion* τε καὶ *nefárium* καὶ *damnáton* καλεῖ) συναλλάξει γάμον, εἴπερ οὐκ ἔχοι παῖδας ἐκ προτέρων γνησίων τε καὶ ἀμέμπτων αὐτῶ γενομένους γάμων, εὐθύς μὲν αὐτῶ τὴν τῶν οἰκείων πραγμάτων ἐκπτώσιν ἐπιχειρῆσαι, ἅμα δὲ καὶ τῶν ὀνόματι προικὸς ἐπιδοδομένων αὐτῶ μηδενὸς ἀπολαύειν, ἀλλὰ πάντα τῶ ταμείῳ προσκυροῦσθαι· ἀνθ' ὅτου γὰρ ἐξὸν γαμῆν νενομισμένα παρανόμων ἔρῃ, καὶ συγχεῖ μὲν γονάς, ἀδικεῖ δὲ τὰ γένη, πράττει δὲ ἀσεβῆ τε καὶ ἀνόσια, καὶ τοιαῦτα γε ἐπιθυμεῖ, ὅποια πολλὰ καὶ τῶν ἀλόγων ἀποσειέται ζῶων, ἔστω γε αὐτῶ ποινὴ μὴ δήμευσις μόνον, ἀλλὰ καὶ ζώνης ἀφαίρεσις καὶ ἐξορία, καὶ εἴ γε εὐτελής εἴη, καὶ τοῦ σώματος αἰκισμός, ὅπων ἂν μάθοι σωφρονεῖν καὶ εἴσω τῆς φύσεων μένειν, ἀλλὰ μὴ τρυφᾶν τε καὶ ἐρᾶν ὑπερόρια, καὶ τῶν παραδοδομένων ἡμῖν ἐκ τῆς φύσεως καταυθαδιάζεσθαι νόμων. καὶ τῆς γυναικός, εἰ τὸν νόμον ἐπισταμένη τοῦτον μὲν ἀμελήσειεν, ἀδμήτοις δὲ ἑαυτὴν ἐπιδοίη γάμοις, ὑπὸ τὴν αὐτὴν γινομένης ποινὴν⁴²³.

POSTILLA PRIMA: « INCESTUM IURE GENTIUM ».

Non posso omettere di segnalare una parziale coincidenza intervenuta tra me e Gabrio Lombardi, validissimo studioso dei problemi del *ius gentium*, in tempi lieti (se lieta è la gioventù) nei quali la contingenza amara della seconda guerra mondiale ci costrinse a lavorare intorno allo stesso tema l'uno all'insaputa dell'altro.

⁴²³ *Sancimus igitur, de cetero, si quis illicitas et contrarias naturae, quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat, contraxerit nuptias, si quidem non habuerit filios ex prioribus legitimis et inculpabilibus sibi contractis nuptiis, mox ei suarum rerum casum imminere, simul autem et ea, quae nomine dotis data sunt ei, in nullo potiri, sed omnia aerario assignari, eo quod, dum licuerit nuptias facere legitimas, contra leges amaverit, et confuderit quidem sobolem, nocuerit autem et generi, egerit vero quae impia sunt et scelestae, et talia concupierit qualia plurima etiam irrationabilia amovent animalia: sitque ei poena non confiscatio solum, sed etiam cinguli privatio et exilium, et si vilis fuerit, etiam corporis verberatio, quatenus discat caste vivere et intra naturam se continere, non autem delectari et amare ultra terminum et traditis nobis a natura etiam his legibus repugnare. Muliere quoque, si legem sciens hanc quidem neglexerit, incestis autem semet ipsam tradiderit nuptiis, sub eadem constituenda poena.*

* Questa notizia inedita viene pubblicata a breve distanza di tempo dalla morte di Gabrio Lombardi, nel vivo dolore per la sua scomparsa.

La coincidenza riguarda l'*incestum iure gentium* e la sua contrapposizione al cd. *incestum iure civili*, di cui sia io (nei n. 32-37 del saggio apparso in *ZSS.* 63 [1943] e nel n. 13 dell'articolo pubblicato in *AUMA.* 15 [1942]) e sia il Lombardi (nello scritto *Incestum iure gentium*, apparso in *Ricerche in tema di « ius gentium »* [1946] 1 ss., ma distribuito in edizione provvisoria sin dal 1941-42) abbiamo negato, con argomenti in parte analoghi, la classicità.

La coincidenza (che il Lombardi ha già segnalato, nell'edizione definitiva e completa delle *Ricerche*, a p. 46 c) è, come ho avvertito, « parziale », ma solo per queste ragioni. Mentre il Lombardi è reciso nel rifiutare la genuinità dei frammenti giurisprudenziali dei Digesti e parla, in ordine al diritto giustiniano da questi rappresentato, di una « categoria » dell'*incestum iure gentium*, che peraltro non ebbe fortuna e che, in due casi su tre, non fu nemmeno recepita dalla versione dei Basilici, io non escludo che Papiniano e Paolo abbiano potuto anche parlare di *incestum iure gentium*, ma escludo sia il carattere classico sia lo stesso carattere giustiniano della « categoria », della sua « distinzione » da una pretesa categoria dell'*incestum iure civili*, della rilevanza della distinzione stessa in sede di *ignorantia iuris*.

Per il che il Lombardi ed io ci troviamo, ciascuno a suo modo, ad essere concordi nel contestare la tesi di F. De Martino (*L'« ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *SDHI.* 3 [1937] 405 ss.), secondo cui la distinzione invece vi fu e fu classica, ma rappresentò nei Digesti « una semplice sopravvivenza in testi manipolati da Triboniano ».

POSTILLA SECONDA: « VINDICATIO INCESTI IURE PATRIS »?

1. Le fonti a nostra disposizione non permettono, credo, di spingersi al di là di quanto ho sostenuto, e in parte ipotizzato, nei miei *Studi sull'« incestum »*, circa la incriminabilità dell'incesto a termini della *lex Iulia de adulteriis*. Tuttavia una domanda ulteriore oso pormela.

Il *paterfamilias*, che sorprendesse un suo sottoposto in flagranza di di relazione incestuosa con altri (a lui del pari sottoposto oppur no), aveva il diritto di prescindere dalla normale *accusatio* e di procedere *in continenti* all'uccisione dei rei (o, più precisamente, per l'uccisione del reo a lui non sottoposto)? O doveva egli rispondere, per questa sua

* Inedito. Per il n. 3, cfr. *Labeo* 38 (1992) 385 s.