STUDI SULL'« INCESTUM »

I. CENNI INTRODUTTIVI.

1. — Una figura di reato per molti aspetti ancora misteriosa agli occhi della dottrina romanistica moderna è l'*incestum*¹.

Incestus (o *incestum*), da *non castum*², riveste un doppio significato. In senso ampio, esso integra ogni azione contro i buoni costumi³: in senso ristretto, esso indica tanto l'unione con una vergine Vestale, quanto l'unione tra persone legate da stretti vincoli di parentela o di affinità⁴. Quest'ultimo è il significato moderno, letterario⁵ e giuridico⁶, della parola.

Le fonti letterarie e giuridiche romane sono assai scarse di notizie

* In ZSS. 63 (1943) 175 ss.

¹ Sul reato, in generale: REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (Leipzig 1844) 869 s.; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 682 s.; FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enc. dir. pen. it.* 1 (Milano 1905) 360 s.; KLINGMÜLLER, sv. *Incestus*, in *PWRE.* 9.2 (1916); BRASIELLO, sv. *Incestum*, in *NDI.* V. anche LOTMAR, *Lex Iulia de adulteriis und incestum*, in *Mélanges Girard* (Paris 1912) 119 s., 127 s.; VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR.* 38 (1930) 96 s.; DE MARTINO, *L'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *SDHI.* 3 (1937) 401 s.; VOCI, *L'errore nel diritto romano* (Milano 1937) 198 s. Gli scritti indicati in questa nota verranno d'ora in poi citati con la semplice designazione del nome dell'autore.

² Cfr. Paul. Diac. shv. (derivante dal greco ἀνήκεστον).

³ Questo è il senso conservato dall'aggettivo *incestus-a-um*: cfr. FORCELLINI, *Lexicon* shv.; KLOTZ, *Handwörterbuch*⁶ shv.; GEORGES, *Wörterbuch*⁸ shv.

⁴ MOMMSEN 682; REIN 869; FERRINI 360; KLINGMÜLLER; BRASIELLO. Cfr. anche i vocabolari citati alla nota 3. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*⁹, accoglie solo il significato di « unione tra persone legate da stretti vincoli di parentela e di affinità ».

⁵ FANFANI, *Dizionario italiano* shv.

⁶ Art. 564 c.p.; § 173 StGB.

sul delitto di *incestum*. Le prime, inoltre, prevalgono di numero sulle seconde, con poco vantaggio per la ricostruzione storico-giuridica della figura criminosa⁷.

La dottrina lascia generalmente da parte l'incesto della Vestale, per trattare esclusivamente dell'*incestum* nel significato corrispondente alla concezione moderna⁸.

Nell'epoca arcaica, si dice, l'incesto fu punito per le persone *alieni iuris* dal tribunale domestico; per le persone *sui iuris* dai *pontifices*, che irrogavano la pena capitale⁹.

In epoca repubblicana è incerto quale fosse il regime giuridico del delitto. Vi è stato chi ha ritenuto che, cadute le sanzioni religiose e quelle connesse all'esercizio del magistero domestico, l'*incestum* non abbia costituito titolo di *crimen*, pur esponendo alla pubblica esecrazione gli autori¹⁰. I più ritengono, tuttavia, che anche in epoca repubblicana abbia perdurato il sistema arcaico¹¹.

La massa delle questioni sull'*incestum* sorge in ordine al diritto imperiale classico, rispetto a cui le notizie si fanno più ampie e frequenti, ma non perciò più precise.

⁷ Poco, pochissimo affidamento danno le fonti letterarie, soprattutto i retori. È bene metterlo in chiaro una volta per tutte: Quintil. *Decl. min.* 286: *Si rapuisti fratris tui sponsam, non sufficit severitas; ... non est haec vulgaris libido, sed incestum ...* Quintil. *Decl. min.* 291: *... corrumpere fratris uxorem ausus es[et], istud incestum est.* Viene considerato, in queste esercitazioni oratorie, come incesto un caso che non è ancora tale. Le nozze tra affini in linea collaterale vennero vietate soltanto dagli imperatori cristiani, *infra* n. 30 *sub* F. Questo esempio metta in guardia dal prestare orecchio con troppa facilità alle fonti letterarie.

⁸ Il REIN 876 s., dedica una trattazione separata all'incesto della Vestale. Gli altri autori (cit. *retro* nt. 1), dopo avervi fatto un accenno, passano a trattare esclusivamente delle unioni tra parenti ed affini.

⁹ Il FERRINI 366, pare restringere la repressione esercitata dai pontefici al solo caso delle Vestali, sulle quali il *pontifex maximus* inferiva in qualità di *pater familias*. La giurisdizione del pontefice massimo si sarebbe estesa, in via eccezionale, anche al complice della Vestale, ma non sarebbe andata più in là.

¹⁰ COSTA, *Cicerone giureconsulto*² (Bologna 1927) 129. V. *contra* DE MARTINO 404 s.

¹¹ DE MARTINO, *cit.* e, implicitamente, gli autori cit. *retro* nt. 1. V., tuttavia, FERRINI 361: « varii indizi conducono a ritenere che almeno nei casi più gravi ci fosse giudizio comiziale e pena capitale ». L'istituzione di *quaestiones* straordinarie per il giudizio in merito ai casi più gravi mi pare probabile: essa ci è attestata da Cic. *de nat. deor.* 3.30.74 per un caso di incesto di una Vestale. Cfr. sul punto anche BRASIELLO, *cit.*

Alla domanda se una *quaestio perpetua* fosse stata prevista da qualche legge per l'*incestum* si suole rispondere generalmente di no. Particolarmente combattuta è stata l'idea che dell'*incestum* si sia occupata la *lex Iulia de adulteriis*, salvo che nel caso di concorso tra adulterio e incesto¹².

L'*incestum* sarebbe dunque stato punito *extra ordinem*¹³. Secondo alcuni¹⁴, salvo il concorso con l'adulterio e lo stupro, sarebbe stato punito soltanto l'uomo¹⁵.

I piú, ammettendo che per l'incesto fossero puniti ambo i colpevoli, hanno però variamente ammesso che sin dal diritto classico fossero scusate per *ignorantia iuris* le donne¹⁶, almeno limitatamente alla ipotesi piú ristretta ed artificiosa dell'*incestum iure civili*¹⁷.

Le presenti pagine non hanno lo scopo di fornire una visione completa, in ordine alla materia e in ordine al tempo, del *crimen incesti* nel diritto romano. Ho preferito, invece, affrontare e tentar di risolvere, uno per uno, tre ordini di problemi, tra loro molto intimamente collegati, perché ritengo che soltanto da una rinnovata discussione di essi potranno trarsi gli elementi necessari per tracciare con una certa approssimazione un profilo storico del reato¹⁸.

¹² Cfr., in particolare, LOTMAR, *cit.* Conformi: LENEL-PARTSCH, *Zum sg. Gnomon des Idios Logos*, in *Sitzber. Heidelb. Ak. der Wissenschaften* (1920) 18 nt. 1; VOLTERRA 105; DE MARTINO 405 nt. 65 (il quale, tuttavia, non crede « definitivamente dimostrata » la tesi del Lotmar). FERRINI 366, ritiene anch'egli che la *lex Iulia* non si riferisse all'*incestum*, ma dichiara « verosimile che qualche disposizione legislativa dell'età repubblicana sia stata mantenuta, devolvendosi la cognizione ordinaria alla *quaestio de adulteriis* ».

¹³ DE MARTINO 405 ma, v. l'opinione singolare del FERRINI, *cit. retro* nt. 12.

¹⁴ VOLTERRA, *cit. Contra*: DE MARTINO, *cit.*

¹⁵ Secondo il VOLTERRA 112 s., l'uguaglianza tra uomo e donna sarebbe stata stabilita soltanto da una costituzione riformatrice di Diocleziano (Coll. 6.4: v. *infra* n. 46). Nel caso di concorso tra *incestum* e *adulterium*, sarebbe stata punita *ex lege Iulia* soltanto la donna (con la *relegatio*), mentre l'uomo sarebbe stato in ogni caso colpito, *extra ordinem*, con la *deportatio in insulam*.

¹⁶ VOCI 198 s.

¹⁷ DE MARTINO 412 s.

¹⁸ Sulla difficoltà di distinguere nettamente i periodi (e particolarmente sulla difficoltà di distinguere tra periodo classico e periodo postclassico) in ordine agli istituti del diritto penale romano ci ha resi molto opportunamente ed acutamente avvertiti L'ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. rom.*³ (Napoli 1942) 259 s. Molto interessanti, inoltre, sono le osservazioni del PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'« imperium » nella repressione penale*, in *Memorie Un. Torino* 2.43 (Torino 1939)

α) Anzitutto sarà riesaminato il problema del regime classico del *crimen incesti*, cioè principalmente il problema dei rapporti della *lex de adulteriis* con l'*incestum*¹⁹.

La mia soluzione è nettamente contraria a quanto è stato sin qui unanimamente sostenuto: io credo, difatti, di poter dimostrare, e in base al sistema della *lex Iulia* e in base a numerose prove o indizi dei testi, che la *lex Iulia de adulteriis* prevede, accanto alle fattispecie dello *stuprum* e dell'*adulterium*, anche (e come autonoma figura criminosa) l'*incestum*. I corollari di questo risultato fondamentale saranno numerosi ed interessanti e varranno a lumeggiare adeguatamente molti punti attinenti alla repressione dell'*incestum*, non solamente nell'am-

1 nt. 2. In sostanza, secondo l'Arangio-Ruiz, la poca partecipazione della giurisprudenza romana allo sviluppo del diritto penale sino al II sec. d.C. spiega la minore perspicuità di forma e di sostanza rivestita dagli scritti di diritto penale: in ordine al diritto penale la giurisprudenza « classica » del principato si atteggia già come giurisprudenza postclassica, dimodoché il periodo classico del diritto penale romano sarebbe da fissare nel I sec. a.C. Rileva, a sua volta, il Pugliese che, proprio in base alle stesse considerazioni, la conclusione cui deve giungersi è l'opposta: l'impossibilità di un'epoca classica a causa della decadenza che la giurisprudenza subì a partire dal III sec. d.C. Al diritto penale romano fu estranea nel modo più assoluto una « funzione normativa riflessa » paragonabile a quella esercitata dal pretore, nel campo del diritto privato, di fronte al *ius civile* (v., da ultimo, BRASSIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *AG.* 4.36 [1938] 72 s.): qualcosa di simile si verificò soltanto attraverso la *cognitio extra ordinem*, ad opera dell'imperatore e dei suoi funzionari, in un'epoca in cui la decadenza della giurisprudenza romana era per incominciare. Le osservazioni del Pugliese sono indiscutibilmente molto acute, ma peccano forse di eccessiva sottigliezza. Non vi ha dubbio, comunque, che la distinzione tra periodo classico e periodo postclassico è assai più evanescente in tema di diritto penale, che non di diritto privato romano. Cfr., *amplius*, su queste discussioni, GUARINO, *Appunti sulla « ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *AUMA.* 15 (1942) 166 ss., n. 2. Riguardo al problema che qui ci occupa, voglio precisare che in appresso parlerò di « diritto classico » in due sensi: o per riferirmi al regime dell'*incestum* nella *lex Iulia de adulteriis* ed alle attestazioni della giurisprudenza classica che si rapportano alla repressione ordinaria del nostro delitto, oppure per indicare le risultanze che possono trarsi (sia in ordine alla repressione ordinaria che a quella straordinaria) dagli scritti dei giuristi classici. Il problema del regime dell'*incestum*, non soltanto in epoca arcaica, ma anche in epoca repubblicana è un problema così evanescente nei dati, che preferiamo lasciarlo da parte (quasi, cioè, che nel diritto classico romano non rientrasse, quanto alla nostra materia, il diritto degli ultimi secoli della repubblica).

¹⁹ V. *infra* cap. II.

bito del diritto classico, ma anche, di riflesso, in quello del diritto post-classico-giustiniano.

β) Secondo ordine di problemi è quello attinente alle ipotesi criminose ed alla loro classificazione²⁰.

Dato che le norme giuridiche, ed in ispecie quelle penali, si compongono ciascuna di una fattispecie e di una situazione relativa, si tratterà di analizzare i caratteri della fattispecie criminosa « *incestum* ». Attraverso l'analisi delle singole ipotesi criminose rilevabili dalle fonti, noi vedremo che la nozione di *incestum* si ricollega fundamentalmente, nel diritto classico, alla violazione di quei divieti matrimoniali, che furono imposti *ab antiquo* dal *fas* e che furono tramandati dai *veteres mores*. La quale osservazione ci sarà sommamente utile per individuare i confini della nostra figura criminosa, tanto nel diritto classico quanto in quello postclassico-giustiniano.

Non solo. Ma l'individuazione del vero concetto del *crimen incesti*, unita al riesame della sua storia classica e postclassica, ci porrà in condizione di mettere in dubbio la classicità della famosa classificazione delle figure criminose in casi di *incestum iure gentium* e casi di *incestum iure civili*. Non vi è niente da obiettare, in linea di principio, ad una siffatta distinzione, ma ciò non significa che essa dovesse essere necessariamente fatta dai giuristi classici: e difatti vedremo che essa fu assolutamente estranea al pensiero romano classico, ma nacque in epoca più tarda da tutta una complessa situazione creata dall'editto di Caracalla, che ammise i sudditi dell'impero a far parte della *civitas* romana.

γ) Ci occuperemo, da ultimo, del problema della colpevolezza e della pena nei loro reciproci rapporti²¹.

Si è molto discusso se ed entro quali limiti la *ignorantia iuris* sia stata concepita quale circostanza discriminante in ordine all'*incestum*. La discussione, mentre deve limitarsi, da un lato, alla sola repressione straordinaria del nostro delitto²², deve, dall'altro lato, estendersi all'esame di tutti gli atteggiamenti possibili della colpevolezza dell'agente, i quali abbiano potuto influire sulla pena. Ora noi vedremo che, almeno in ordine all'*incestum*, l'*ignorantia iuris* non fu mai, sino alla Nov. 12 del 535 d.C., motivo autonomo di scusa per il colpevole, pur avendo la repressione *extra ordinem* del *crimen incesti* conosciuto ed ammesso in ogni epoca molteplici altri titoli di discriminazione.

²⁰ V. *infra* cap. III.

²¹ V. *infra* cap. IV.

²² V. GUARINO, *Ignorantia iuris* cit. n. 3.

II. IL REGIME CLASSICO DELL'« INCESTUM ».

2. — Le scarse notizie circa l'epoca arcaica e la stessa epoca repubblicana escludono che congetture possano seriamente avanzarsi intorno al regime giuridico dell'*incestum* nei piú antichi tempi²³.

Il problema che intendo trattare in questo capitolo è piú concreto.

Bisogna vedere se si sia riferita all'*incestum* la *lex Iulia de adulteriis*, ed entro quali limiti e come; se una procedura *extra ordinem* si sia applicata, entro il diritto classico, in mancanza o in concorso di quella ordinaria, alla ipotesi criminosa dell'incesto.

Domande cui non si son date finora, almeno a mio parere, soddisfacenti risposte.

3. — L'unica *lex* che indubbiamente si è occupata anche dell'*incestum* è stata la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, ma viene unanimemente contestato²⁴ che dell'*incestum* essa si occupasse in linea specifica, cioè fuori del caso di concorso tra adulterio ed incesto.

Gli argomenti contro la estensione della *lex Iulia* all'*incestum* devono tuttavia essere riesaminati alla luce di una conclusione di carattere generale, cui mi ha portato la revisione del complesso di problemi che si riconnettono alla *lex Iulia de adulteriis*.

È a tutti noto, nonché pacifico, che la *lex Iulia de adulteriis coercendis*²⁵ fu votata, su proposta di Augusto, per la repressione dell'*adulterium* e dello *stuprum*²⁶, cioè di due delitti, dei quali Augusto, autore

²³ Quanto alla struttura arcaica del delitto, una induzione è, invece, a mio parere, possibile: v. *infra* n. 22.

²⁴ V. *retro* n. 1 nt. 12.

²⁵ Su di essa SEHLING, *Das Strafsystem der Lex Iulia de adulteriis*, in ZSS. 4 (1883) 160 s.; ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la lex Iulia de adulteriis*, in *Mélanges d'histoire de droit et de critique* (Paris 1886) 71 s.; ROTONDI, *Leges publicae* 445 s.; LOTMAR 119 s.; VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris*, in *Studi Un. Cagliari* 1928 estr.

²⁶ Circa il significato proprio dei termini *adulterium* e *stuprum* e la loro promiscuità nella *lex Iulia*, e quindi nei commentari, cfr.: D. 48.5.6.1 (Pap. 1 *de adult.*): *Lex* (id est: *Iulia*) *stuprum et adulterium promiscue et καταχρηστικώτερον appellat. sed proprie adulterium in nupta(m) committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci φθοράν appellant.* D. 50.16.101 (Mod. 9 *diff.*): *Inter « stuprum » et « adulterium » hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptiam, stuprum in viduam committitur. sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.* Sulla promiscuità dei termini *adulterium* e *stuprum*, v. anche LOTMAR 120 s.; VOL-

della *lex de maritandis ordinibus*, non poteva, in certo qual modo, fare a meno di occuparsi²⁷. Essa è infatti un completamento sommanente opportuno di quella riforma di tutta la materia del matrimonio, effettuata al fine della politica demografica, che Augusto intraprese e portò a termine con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* e, più tardi, con la *lex Papia Poppaea*²⁸.

Con la sua riforma Augusto volle incrementare i matrimoni, renderli più stabili e ridurre al minimo le unioni extra-matrimoniali. La *lex Iulia de adulteriis coercendis* perseguì quindi, con la stessa pena, tanto l'*adulterium*, cioè la relazione sessuale con la donna maritata, quanto lo *stuprum*, cioè l'unione con la donna non maritata ancora o non più maritata (*virgo vel vidua*)²⁹.

Ne consegue logicamente che tutte le unioni sessuali all'infuori delle *iustae nuptiae* e del concubinato, nei casi in cui fu permesso³⁰, vennero, in base alla *lex Iulia*, a costituire reato.

La dottrina romanistica ha avuto il difetto, a mio parere, di non dare tutta l'importanza dovuta alla grande ampiezza del concetto di *stuprum* nella *lex Iulia de adulteriis*. *Stuprum* è ogni e qualsiasi unione sessuale tra persone che non possono contrarre matrimonio, né instau-

TERRA, *Accusatio adulterii* cit. 6 nt. 1. In particolare, per quanto riguarda le prove che la *lex Iulia* puniva non solo l'adulterio, ma anche lo stupro, cfr. VOLTERRA, *cit.* 6 nt. 2.

²⁷ È stato già sostenuto, pertanto, che la *lex de adulteriis* facesse parte della *lex Iulia de maritandis ordinibus*: FITZLER-SEECK, *PWRE.* 10 (1917) 353; WEISS, *PWRE.* 12 (1924) 263. Si è risposto (ARANGIO-RUIZ, *cit.* nella nt. seg., 138) che questa tesi « urta contro i numerosissimi passi della giurisprudenza ove le due leggi sono citate, nonché contro l'abituale fusione della sola legge *d. m. o.* con la *Papia Poppaea* ». L'obbiezione prova poco: le disposizioni sul fondo dotale facevano pur parte della *lex de adulteriis coercendis*, votata lo stesso anno (18 a. C.) della *lex de maritandis ordinibus*.

²⁸ V., sul punto, le chiare pagine dell'ARANGIO-RUIZ, *La legislazione*, in *Augustus* (Roma 1938) 111 s.

²⁹ V. *retro* nt. 26 e testi ivi citati. Data la indifferenza della terminologia della *lex Iulia*, occorre andar molto cauti nella identificazione delle figure criminose.

³⁰ La *lex Iulia de adulteriis*, enumerando, a titolo di eccezione, le persone *in quas stuprum non committitur*, veniva a permettere, limitatamente a queste persone, il concubinato. Tesi dimostrata convincentemente dal CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea*, in *Scritti giuridici* (Milano 1925) 173 s. V. ora sull'argomento CASTELLO, *In tema di matrimonio e di concubinato nel mondo romano* (Milano 1940). V., tuttavia, i dubbi manifestati dal SOLAZZI, *Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee*, in *ANA.* 59 (1939) 26.

rare rapporti di concubinato. Tutte le unioni di tal genere devono essere fatte rientrare come *species* nel *genus* « *stuprum* ». Ed invero noi abbiamo la precisa testimonianza che vi rientrava, anzitutto, l'*adulterium* (stupro « qualificato » dal fatto che la donna era unita con altro uomo dal vincolo delle *iustae nuptiae*)³¹, ma anche ogni altra forma di delitto sessuale, quale la bigamia³² e la pederastia³³.

Se la *lex Iulia* si denominò *lex de adulteriis coercendis*³⁴, ciò non fu certo per limitare all'adulterio in senso stretto la sua persecuzione, ma per mettere in evidenza quella forma di stupro che era socialmente piú grave ed in ordine alla quale fu stabilita una procedura particolare³⁵, che valse a distinguere nettamente l'adulterio da ogni altra forma di delitto contro il buon costume.

Qual è la situazione dell'*incestum* rispetto ai delitti contemplati dalla *lex Iulia*?

Sappiamo che, a parte il caso della Vestale, per *incestum* va intesa ogni unione sessuale tra persone legate da stretti vincoli di parentela o di affinità³⁶: il matrimonio incestuoso non è matrimonio, è giuridica-

³¹ La « qualifica » dell'*adulterium* importava la conseguenza processuale notevolissima dell'*accusatio iure mariti vel patris* (su cui v. VOLTERRA, *Accusatio adulterii* cit.).

³² Su questo reato cfr., da ultimo, VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi Ratti* (Milano 1933) 387 s. Il Volterra esclude che, nel diritto classico sino a Diocleziano, vi sia stato un concetto autonomo di bigamia considerata come reato a sé, ma non nel senso che la bigamia non fosse punita (egli ammette, difatti, che i bigami fossero puniti *ex lege Iulia de adulteriis*), bensì nel senso che, non potendovi essere due matrimoni contemporanei, non poteva esservi neanche la « figura giuridica della bigamia ».

³³ E difatti la pederastia viene definita dalle fonti *stuprum cum masculo*: cfr. D. 48.5.9 pr. Quel che si dice per la pederastia non vale, forse, per l'omosessualità in generale, perché non vi è motivo per credere che la valutazione di antisocialità dei comportamenti omosessuali sia andata oltre i casi di pederastia.

³⁴ Per questa denominazione, cfr. Val. Prob., *litt. sing.* 3.9 e la Rubrica D. 48.5 (*Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*). Ma v. tuttavia D. 48.2.3 pr. e tutti gli altri passi in cui manca il *coercendis* (ad es.: D. 3.2.2.3; D. 48.18.4). V. sul punto REIN 839; MOMMSEN 691 nt. 1; LOTMAR 119 nt. 1. La Rubrica CI. 9.9 suona « *Ad legem Iuliam de adulteriis et de stupro* »: essa è l'espressione di un'epoca in cui, enucleatisi, nell'ambito dei delitti della *lex Iulia*, la bigamia, il ratto, l'incesto, rimase lo stupro come forma specifica di delitto, distinta tanto dall'adulterio, quanto da tutte le altre forme che rientravano un tempo nella nozione di esso.

³⁵ Cfr. *retro* nt. 31. Circa altre particolarità connesse alla figura giuridica dell'*adulterium* v. *infra*, *passim*.

³⁶ V. *infra* n. 22 s.

mente inesistente³⁷, si riduce cioè alla ipotesi pura e semplice dell'unione sessuale tra due persone entro cui non vi è e non vi può essere né matrimonio né concubinato.

Così concepito l'*incestum* (e non vediamo in quale altro modo lo si potrebbe concepire), deve dirsi che è chiaro, che è logico, che è evidente che l'*incestum* altro non è, anch'esso, se non una *species* del *genus* « *stuprum* ». L'*incestum* è uno *stuprum* « qualificato » dal fatto che gli agenti non possono, anche volendo, entrare in rapporti matrimoniali o di concubinato, esattamente come stupro qualificato è l'adulterio, la bigamia, la pederastia. L'impedimento è, nell'adulterio e nella bigamia, il precedente matrimonio tuttora in vita (nonché la impossibilità di annoverare la donna tra quelle *in quas stuprum non committitur*); l'impedimento è invece, nella pederastia, la *paritas sexus*; l'impedimento è infine, nell'*incestum*, il vincolo di parentela o quello di (presente o trascorsa) affinità, entro certi limiti.

4. — Con queste considerazioni io non ho voluto prepararmi a dichiarare, senz'altro, che la *lex Iulia de adulteriis* si riferiva anche al delitto di *incestum*, ma ho voluto mettermi in condizione di fissare una presunzione, che sarà base del mio ragionamento: la presunzione che l'*incestum* rientrasse nella categoria dei delitti previsti dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

La presunzione è pienamente legittima, non solo perché il concetto di *stuprum*, come abbiamo dimostrato, assorbe il concetto di *incestum*, ma anche per i seguenti due ulteriori motivi:

a) È da escludere che la coscienza giuridica dei tempi di Augusto non avvertisse l'antigiuridicità (o meglio, l'antisocialità) del comportamento incestuoso. Per quanto poche siano, le testimonianze sulla esecrazione che seguiva, sin dai tempi più antichi, le unioni incestuose dimostrano che l'*incestum* era indubbiamente già considerato delitto, anche se soltanto perseguito dai *pontifices* o nei *iudicia domestica*³⁸. Ne consegue che non può opporsi alla presunzione da me fissata una obiezione di questo genere: la *lex Iulia* pur nel suo ampio concetto di *stuprum* può non aver compreso l'*incestum*, per il motivo che esso,

³⁷ Gai 1.64: *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos*. Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*⁶ (Napoli 1942) 441. V. anche *infra* n. 27.

³⁸ V. retro n. 1.

nel 18 a. C., ancora non era socialmente considerato quale delitto.

b) Non pare che altra legge, fuori della *lex Iulia de adulteriis*, si sia contemporaneamente occupata dell'*incestum*³⁹. D'altra parte, anche a voler ammettere che una procedura *extra ordinem* relativa all'*incestum* possa essersi costituita anteriormente o contemporaneamente alla *lex Iulia* (cosa assurda storicamente)⁴⁰, ciò non sarebbe bastato a sottrarre l'*incestum* alla *lex Iulia de adulteriis*: la *cognitio extra ordinem* poteva concorrere con quella ordinaria o, in mancanza di essa, sostituirla, ma non poteva certo, concorrendo, escluderla⁴¹. Ne consegue che non può opporsi alla presunzione da me fissata una obbiezione di questo genere: la *lex Iulia* può non aver compreso nel suo concetto di *stuprum* anche l'*incestum*, perché di quest'ultimo si occupava specificatamente altra *lex*.

Il problema del regime classico dell'*incestum* in relazione alla *lex Iulia de adulteriis coercendis* viene da queste nostre considerazioni ad essere del tutto capovolto. Non più dobbiamo chiederci se la *lex Iulia* riguardasse anche l'*incestum*, ma dobbiamo domandarci, invece, se vi siano elementi specifici per escludere la applicabilità della *lex Iulia de adulteriis* all'*incestum*.

5. — Ora, io ritengo che elementi per escludere l'applicabilità della *lex Iulia de adulteriis* all'*incestum* non ve ne siano.

Si ritorce contro i tradizionali oppositori della nostra tesi⁴² l'argomento base da essi prodotto (cheché si pensi della genuinità del testo):

D. 48.18.4 (Ulp. 3 *disput.*): *In incesto, ut Papinianus respondit et est rescriptum, servorum tormenta cessant [, quia et lex Iulia cessat de adulteriis].*

³⁹ Può dubitarsi che la misteriosa *lex Scantinia* (o *Scatinia*) (MOMMSEN 702 nt. 3 e 4) non si riferisse soltanto allo *stuprum cum masculo*, ma allo *stuprum* in genere e che nella categoria dello *stuprum ex lege Scantinia* rientrasse il comportamento incestuoso. La *lex Scantinia* fu, tuttavia, indubbiamente assorbita dal regolamento della *lex Iulia* (come dimostra il fatto che la pederastia venne d'indì in poi perseguita da quest'ultima).

⁴⁰ Sull'epoca di formazione della *cognitio extra ordinem* (II sec. d. C.), v. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 249 s.

⁴¹ Ciò avvenne solo in prosieguo di tempo (dal II sec. d. C. in poi), col decadere dell'*ordo*: ma l'esclusione dell'*ordo*, quando avvenne, avvenne agli effetti pratici, non certo a quelli di rendere, in linea di principio, estranei ad esso delitti per i quali una *lex* aveva già predisposta una *quaestio*.

⁴² MOMMSEN 684 nt. 2; LOTMAR 124.

A) L'interpretazione che si vuol dare di questo passo⁴³ va troppo oltre: « Die Folterung von Sklaven (gegen den angeklagten Herrn) ist nicht anwendbar, weil ja auch die *lex Iulia* (die für ihr Gebiet solche Folterung zuläßt) nicht anwendbar ist ». Ma, anche a voler concedere per un momento che il brano sia genuino, è da obiettare che i casi sono due: o il passo fa una affermazione insensata, oppure vuol dire semplicemente che la *lex Iulia de adulteriis* non si applica, per quel che riguarda la tortura degli schiavi, quando si tratti di incesto e non di adulterio vero e proprio.

a) Ulpiano direbbe cosa insensata, se le sue parole fossero da interpretare nel senso che gli schiavi non possono essere costretti con la tortura a deporre contro i loro padroni, per il motivo che all'*incestum* non è applicabile la *lex Iulia*⁴⁴.

Una dichiarazione siffatta implicherebbe che la *lex Iulia* stabiliva in ogni caso la possibilità di costringere con la tortura i servi a deporre contro i loro padroni. Invece è scritto a chiari caratteri, nelle fonti, che la disposizione eccezionale della *lex Iulia* trovava applicazione soltanto in caso di *adulterium* e di *adulterium cum incesto*⁴⁵, non in caso di semplice *stuprum*.

D. 48.18.17.1 (Pap. 16 resp.): *Sed [et]*⁴⁶ *in quaestione stupri servi adversus dominos non torquentur.*

b) È probabilissimo, dunque, che Ulpiano non volesse dire una assurdità, con la frase riportata in D. 48.18.4, ma volesse unicamente mettere in chiaro che a tanto maggior ragione la regola sulla non torturabilità dei *servi* trova applicazione all'*incestum*, in quanto che ad esso non si riferisce la disposizione eccezionale della *lex Iulia de adulteriis*.

Non abbiamo notizia del *rescriptum* cui allude Paolo, ma ci è noto il responso di Papiniano cui egli si riferisce⁴⁷. Esso è il seguente:

⁴³ LOTMAR 124.

⁴⁴ È noto che la *lex Iulia de adulteriis* portò eccezione, limitatamente all'*adulterium*, al vecchio principio (Tac. *Ann.* 2.30; D. 48.18.4 cit.; cfr. MOMMSEN 414 s.) per cui gli schiavi non potevano essere costretti con la tortura a deporre contro i loro padroni. Cfr. Coll. 4.11.1; Coll. 4.12.8; D. 48.5.28.6 s.; D. 48.18.6 pr.; D. 48.18.8.1; D. 48.18.17 pr.; CI. 9.9.3; CI. 9.9.6.1; CI. 9.9.31; CI. 9.9.35 pr.; CI. 9.41.1 pr.

⁴⁵ Cfr. i testi citati *retro* nt. 44, nonché, per l'ipotesi di *adulterium cum incesto*, D. 48.5.40.8 e D. 48.18.5.

⁴⁶ *Del.*: MOMMSEN.

⁴⁷ MOMMSEN, *Ed. maior* ahl.

D. 48.5.40(39).8 (Pap. 15 resp.): *De servis quaestionem in dominos incesti postulatos ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur.*

Al dubbio, se all'*incestum* debba applicarsi la norma eccezionale stabilita dalla *lex Iulia* circa l'interrogatorio con tortura degli schiavi dell'imputato, Papiniano risponde che questa norma deve applicarsi soltanto nel caso in cui l'*incestum* si riveli attraverso una azione di *adulterium*⁴⁸. Questo responso conferma D. 48.18.4, ma, oltre a ciò, lo chiarisce, perché fa intendere che l'interpretazione esatta di esso è quella fornita da noi, non quella caldeggiata dal Lotmar.

c) Può concludersi che il quesito circa la torturabilità dei *servi* è evidentemente sorto in base ad un caso di *incestum* puro e semplice⁴⁹ e che, rispetto a questo caso, il dubbio è sorto proprio perché anche l'*incestum* rientrava nell'ambito della *lex Iulia*, cioè di una legge che stabiliva — con la norma sulla tortura degli schiavi — una eccezione alla regola, che era della non torturabilità. È evidente che la *lex Iulia* stabiliva la eccezione in parola relativamente al solo *adulterium*: Papiniano ne ha tratto la logica conseguenza che essa fosse del pari applicabile all'*adulterium cum incesto*, ma non è andato oltre perché non poteva andarvi. Ulpiano, dicendo a questo proposito che *lex Iulia cessat de adulteriis*, non ha, dunque, voluto implicare che la *lex Iulia* non si applica all'*incestum*, ma invece che la *lex Iulia* non prevede la tortura dei *servi* anche per l'ipotesi di *incestum*.

6. — B) Senonché, a maggior tranquillità di chi amasse le posizioni nette, posso aggiungere che, molto probabilmente, in D. 48.18.4, *quia—cessat* non è genuino, o che, fors'anche, tutto il passo è rimaneggiato.

a) Quanto alla forma, elemento notevole di sospetto è la espressione *cessare legem*, cara allo stile delle costituzioni postclassiche e già da tempo attaccata⁵⁰. Quanto alla sostanza, *quia—cessat* presta il fianco alla critica proprio per il dubbio che può ingenerare e che ha ingenerato, sia pure a torto, nei lettori moderni.

⁴⁸ O, come si è preferito dire, nel caso che l'*incestum* costituisca circostanza aggravante dell'*adulterium*: LOTMAR 142.

⁴⁹ Si noti che i *domini* sono *incesti postulati*. Si osservi anche come questa espressione ben si attagli alla procedura ordinaria della *lex Iulia*.

⁵⁰ Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice* (con *Suppl.* I e II) sv. *cessare. V.*, in particolare, BIONDI, in *AUPA*. 7 (1920) 109 nt. 1. V. *contra* LANFRANCHI, *Indice*, in *Il diritto nei retori romani* (Milano 1938) shv.

Per escludere che Ulpiano facesse una affermazione insensata, noi abbiamo dovuto ritenere che *quia—cessat* non significhi quello che a prima vista sembra significare. Attribuiremo questa oscurità ed equivocità di eloquio al giurista classico o non riterremo piuttosto che la frase *quia—cessat* non è stata scritta di proprio pugno da Ulpiano? La seconda alternativa è, data la presenza dell'indizio di forma, certamente preferibile.

b) Ma forse tutto il passo ulpiano è stato rimaneggiato da mano postclassica, se si vuol tener conto dell'indizio formale di *cessare tormenta*, nonché della tesi, da altri prospettata⁵¹, che i *libri disputationum* di Ulpiano siano una rielaborazione postclassica.

Il sospetto di rimaneggiamento postclassico del testo di Ulpiano non intacca punto la sostanza di esso, la quale (come abbiamo visto) è indubbiamente classica, ma soltanto la forma, che non è di estrema purezza. In ogni caso, è da escludere — mi sembra — che le alterazioni di D. 48.18.4 siano dovute ai compilatori, i quali non avevano motivo alcuno per intervenire, e tanto meno ne avevano per citare la *lex Iulia de adulteriis*.

Si pensi quel che si vuole circa i limiti dell'alterazione, rimane fermo tuttavia che essa è dovuta a mano postclassico-pregiustiniana e che non vi è motivo per dubitare, non solo della sostanza del principio riportato nel passo dei *libri disputationum*, ma neanche dell'attestazione implicita che la *lex Iulia de adulteriis* si riferisse pure all'*incestum*.

7. — L'argomento testuale di D. 48.18.4 è un argomento che può fare impressione solo a prima vista, nelle mani della dottrina avversa⁵². Esso non scardina la mia tesi, ma addirittura, sia pure indiziariamente, la conferma.

Entrati che si sia nel nuovo ordine di idee, che la *lex Iulia de adulteriis coercendis* dovette assolutamente riferirsi anche all'*incestum* e che effettivamente vi si riferì, gli argomenti positivi a conferma di questa tesi non mancano.

⁵¹ BESELER, in ZSS. 45 (1925) 255 nt. 1; ZSS. 50 (1930) 45; ZSS. 51 (1931) 69; Beiträge 5 (1931) 16, 36, 54, 87. Contra: LENEL, in ZSS. 50 (1930) 15.

⁵² All'unanimità della dottrina da noi avversata sembrerebbe a tutta prima fare eccezione il BIONDI, *La « poena adulterii » da Augusto a Giustiniano*, in *St. Mancaloni* (Sassari 1938) 66, il quale parla dell'incesto « contemplato dalla stessa *lex Iulia* ». Ma il richiamo in nota (66 nt. 1) del Lotmar fa poi capire che anche il Biondi aderisce alla comune opinione.

A) Due volte Marciano, annotando il libro secondo *de adulteriis* di Papiniano, parla dell'*incestum* come di una figura giuridica autonoma. Una prima volta, riferendo un rescritto relativo ad un caso di *incestum*⁵³; una seconda volta, citando una particolarità dell'*incestum*⁵⁴, che egli ha molto probabilmente rilevato di peso dal libro quindicesimo dei *responsa* di Papiniano⁵⁵.

Se ciò non significa che Papiniano parlava anche dell'*incestum* nei *libri de adulteriis*, significa per lo meno che Marciano riteneva opportuno non dimenticare l'*incestum* nel commentario alla *lex Iulia de adulteriis*⁵⁶.

8. — B) Del resto, anche Papiniano parlava dell'*incestum*, e del solo *incestum*⁵⁷, a proposito della *lex Iulia de adulteriis*, in un frammento per noi di una certa importanza:

D. 48.5.12(11).1 (Pap. *sing. de adult.*): *Militem, qui sororis filiam in contubernio habuit, [licet non in matrimonium,] 58 adulterii poena teneri rectius dicitur.*

I rapporti sessuali tra il *miles* e la *sororis filia* integrano la ipotesi dell'*incestum* e non quella dell'*adulterium*, né quella del reato complesso *incestum per adulterium*, a meno che la *sororis filia* non sia legata ad altri dal vincolo delle *iustae nuptiae*, il che però non risulta dal frammento di Papiniano.

⁵³ D. 23.2.57 a (In libro secundo de adult. Papiniani Marcianus notat): [Divus] (Divi: MOMMSEN) Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: « Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitimi concepti fuissent ». Su questo rescritto v. *infra* n. 44.

⁵⁴ D. 48.5.8(7).1 (In libro secundo de adult. Papiniani Marcianus notat): *Incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest.*

⁵⁵ Cfr. D. 48.5.40(39).7 (Pap. 15 resp.).

⁵⁶ Il LOTMAR 124 s., si limita a dire che da queste *inscriptiones* la testimonianza di D. 48.18.4 « wird nicht in Frage gestellt ».

⁵⁷ Il LOTMAR 125 e 134 s., parla di concorso di incesto con delitto *ex lege Iulia* e sotto questo profilo spiega come mai Ulpiano abbia parlato anche di *incestum* in un commento alla legge sull'*adulterium*.

⁵⁸ Sospetto che *licet—matrimonium* sia un glossema esplicativo postclassico: *matrimonium* sta per *matrimonio*; *licet* sta per *scilicet* (CUIACIO, *Opp.* 4.1578 s.). V. anche LOTMAR 135.

Comunque si esamini questo frammento, non si vede per quale altra ragione il giurista classico avrebbe discorso del *contubernium* tra il *miles* e la nipote, se non per il fatto che questa relazione era incestuosa e che l'incesto era perseguito dalla *lex Iulia de adulteriis*.

a) La questione esaminata da Papiniano si potrebbe capire ed apprezzare, se essa vertesse su una ipotesi di unione incestuosa tra zio e nipote, la quale ultima fosse a sua volta unita in rapporto contubernale con un *miles*. In tal caso potrebbe sorgere il dubbio se si abbia, oltre che *incestum*, anche *adulterium*, a cagione della analogia esistente tra *contubernium* e *matrimonium*⁵⁹. E la risposta di Papiniano sarebbe anche giusta, perché è indiscutibile che il *contubernium* ha una somiglianza soltanto esteriore con il matrimonio: di modo che la pena applicabile non sarebbe quella del concorso (e cioè la *deportatio in insulam*⁶⁰), ma quella del reato semplice (e cioè la *poena adulterii*, la pena base della *lex Iulia*: la *relegatio in insulam*)⁶¹. Questo implicherebbe però quello che noi sosteniamo: che l'*incestum* era previsto dalla *lex Iulia* in quanto figura giuridica autonoma di reato.

b) Il frammento di Papiniano esprime, tuttavia, tutt'altra situazione: quella di una relazione di *contubernium* tra *miles* e nipote *ex sorore*. Ora al *miles* non erano leciti rapporti matrimoniali, ma non era naturalmente nemmeno lecito di instaurare rapporti extramatrimoniali con chicchessia, ed in particolare con una parente. L'incesto rimaneva, dunque, pienamente possibile: e questo dice Papiniano, il quale, parlando di *in contubernio habere*, usa una espressione adeguata per designare le relazioni sessuali dei *militēs*. L'*incestum* era punibile, e con la *poena adulterii*, cioè *ex lege Iulia*: dunque la *lex Iulia* puniva l'*incestum* indipendentemente dal concorso con l'*adulterium*.

c) Ma perché mai Papiniano si è posta la questione se la *poena adulterii* si applicasse alla relazione incestuosa?

Risponde il Lotmar⁶² che ciò è avvenuto perché, essendovi un concorso di *incestum* con *stuprum*, poteva sorgere il dubbio che la pena applicabile non fosse la semplice *poena adulterii* (*relegatio*), ma la pena del concorso (*deportatio*). Senonché: 1) non è vero che potesse esservi

⁵⁹ Sul punto, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit. 463. Il CASTELLO, *In tema di matrimonio* cit. 32, nota giustamente che l'accezione *contubernium* per indicare le relazioni sessuali del *miles* ha carattere eccezionale (cfr. anche 142 s.).

⁶⁰ V. *infra* n. 13-15.

⁶¹ V. *infra* n. 13.

⁶² 134 s.

concorso tra *incestum* e *stuprum*, perché l'*incestum*, al pari dell'*adulterium*, era, ai sensi della *lex Iulia*, uno *stuprum* qualificato, una *species* del *genus* « *stuprum* »; 2) non è vero che la *lex Iulia* prevedesse, accanto al concorso tra *adulterium* e *incestum*, quello tra *incestum* e *stuprum*, né è vero che per quel presunto caso di concorso essa stabilisse una pena maggiore della *relegatio*⁶³; 3) in ogni caso, se quanto abbiamo or ora negato fosse vero, ne dovrebbe conseguire che non la semplice *poena adulterii* avrebbe dovuto Papiniano dichiarare applicabile alla relazione con la *sororis filia*, ma una pena maggiore, quella del presunto concorso⁶⁴.

d) La spiegazione del Lotmar non convince e bisogna cercarne un'altra. Papiniano si è posto il problema della applicabilità della pura pena della *relegatio*, non in quanto pensasse di trovarsi di fronte ad un delitto complesso, ma in quanto si occupava della pena da applicarsi all'uomo in un caso ben determinato: quello in cui si fosse unito con una nipote. Qui, come in un altro testo⁶⁵, egli si è domandato *an adulterii poena sufficiat mari*, in quanto che, come il delitto della nipote appare meno riprovevole quando si pensi alla posizione, in certo qual senso, di soggezione in cui essa si trova rispetto all'*avunculus*⁶⁶, così per converso, più esecrabile appare l'agire dello zio quando si pensi che egli ha, oltre tutto, approfittato di una certa qual sua condizione di superiorità, per unirsi incestuosamente con la nipote. Ma, evidentemente, il rigore della lettera della *lex Iulia* che comminava per ogni caso di *incestum* la sola *poena adulterii*, senza por mente a circostanze aggravanti, ha subito indotto Papiniano a concludere: *militem ... adulterii poena teneri rectius dicetur*.

9. — C) Altra conferma dell'ipotesi che l'*incestum* fosse regolato dalla *lex Iulia de adulteriis* si ricava da:

⁶³ V. *infra* n. 17.

⁶⁴ Il LOTMAR 136, cerca di salvare Papiniano dall'accusa di contraddittorietà, dicendo che qui Papiniano rinuncia a ritenere applicabile la pena del concorso perché l'agente è un *miles*, che può invocare la *ignorantia iuris*. Senonché la *simplicitas* dei militari fu ragione di numerose concessioni di privilegio fatte dagli imperatori a favore della categoria (esempio notissimo: il *testamentum militis*), ma non fu egualmente criterio interpretativo della giurisprudenza romana: cfr. VOCI 223, GUARINO, *Ignorantia* cit. n. 19.

⁶⁵ D. 48.5.39(38).1, su cui *infra* n. 17.

⁶⁶ Si ricordi la motivazione del rescritto dei *divi fratres* trascritto *retro* nt. 53.

D. 48.5.14(13).1 (Ulp. 2 *de adult.*): *Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, . . . dicendum est iure mariti [accusare] (accusari)⁶⁷ eam non posse, iure extranei posse.*

L'*accusatio iure mariti* può aver luogo soltanto in caso di vero e proprio *adulterium*⁶⁸, non in caso di *incestum*: in questa ipotesi, come nella ipotesi di *stuprum*, è permessa soltanto l'*accusatio iure extranei*.

L'*accusatio iure mariti vel patris* e l'*accusatio iure extranei* sono i due modi di esplicazione dell'*accusatio adulterii* previsti dalla *lex Iulia*⁶⁹. È evidente che l'*incestum* è previsto a sua volta dalla *lex Iulia de adulteriis*, se nei suoi riguardi viene ammessa l'*accusatio iure extranei*⁷⁰.

10. — D) Un'ultima carta a nostro favore è:

Coll. 6.3.3: *Nec socrum nec nurum (nec) privignam nec novercam aliquando citra poenam incesti uxorem ducere licet, sicut nec amatam nec materteram. Sed qui (adifnem) vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore, ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta.*

Il frammento non è né formalmente né sostanzialmente impeccabile, come dimostreremo in sede più propria⁷¹. Quel che mi preme qui di mettere in rilievo è che esso, pur se con formulazione postclassica, dice in chiare note che colui che è colpevole di *incestum* viene punito con la *poena adulterii* in base alla *lex Iulia (lege Iulia)*.

Il tentativo del Lotmar⁷² e del Volterra⁷³ di svalutare questa testimonianza è inammissibile. La dichiarazione della *Collatio* andrebbe corretta in *poena adulterii legis Iuliae patitur*⁷⁴, il che significherebbe

⁶⁷ MOMMSEN.

⁶⁸ Cioè di violazione di vero matrimonio romano. Cfr., sul punto, VOLTERRA, *Accusatio adulterii* cit. 47 s., con indicazione dei testi relativi.

⁶⁹ VOLTERRA, *Accusatio adulterii* cit. 3 s.

⁷⁰ Arbitraria ed errata l'interpretazione proposta dal LOTMAR 125: «Der Jurist sagt hier, das *incestum* schließe den Ehebruch der Frau nicht aus, nur könne der Mann nicht *iure mariti* anklagen. Des *incestuosum matrimonium* unterfällt also so wenig dem julischen Gesetz (eben als ein *stuprum*), daß es sogar gegen Bruch durch dies Gesetz geschützt wird».

⁷¹ *Infra* n. 47.

⁷² 126.

⁷³ 105.

⁷⁴ Il fondamento addotto dal Lotmar è il seguente (126 nt. 1): «Wirklich bietet die Berliner Hs. nicht 'lege', sondern 'legis', also daß nur 'Iulia' in 'Iuliae' zu emendieren wäre».

che nella specie andrebbe applicata la pena prescritta dalla *lex Iulia* per l'adulterio, cioè la *relegatio*.

Questo emendamento non soltanto è assurdo, ma è insufficiente. Anche se il testo dicesse *legis Iuliae*, anziché *lege Iulia*, dovremmo confermare la nostra interpretazione, perché le due espressioni sono, in fin dei conti, equivalenti: strano sarebbe invero che per parlare della *poena incesti* si fosse detto *poena legis Iuliae*, anziché più semplicemente *relegatio*. Questa strana circonlocuzione è piaciuta al Lotmar, ma non sarebbe stata certamente usata dal giurista romano, se veramente l'*incestum* non avesse avuto niente a che fare con la *lex Iulia de adulteriis*⁷⁵.

La debolezza del proprio argomento non è sfuggita, del resto, al Lotmar, che, sempre seguito dal Volterra, ha poi, ad ogni buon conto, sostenuto la interpolazione di *sed qui—ducta*. Il che, come vedremo, non è inesatto, per quel che riguarda la forma, ma non è sufficiente ad intaccare la sostanziale genuinità del riferimento alla *lex Iulia de adulteriis coercendis*⁷⁶.

11. — Mi lusingo di essere riuscito, con le pagine che precedono, a sfatare completamente la tradizionale credenza che la *lex Iulia de adulteriis coercendis* non si occupasse dell'*incestum* come di una specifica figura di reato, ben distinta concettualmente dall'*adulterium*.

Bisogna ora precisare e rifinire questa mia tesi, dando dimostrazione del fatto che, ai sensi della *lex Iulia* e dei commentari relativi, l'*incestum* era una forma qualificata di *stuprum*, distinta anzi dal semplice *stuprum* in qualche punto del suo regolamento; che la *poena incesti* era la stessa stabilita per lo *stuprum* e per l'*adulterium*, e cioè la *relegatio in insulam*; che il caso di concorso tra le due forme qualificate di *stuprum* (l'unico pensabile) era particolarmente previsto dalla

⁷⁵ E, viceversa, è da dire che la tendenza della giurisprudenza postclassica è, notoriamente, nel senso di menzionare le pene per il loro contenuto e non per riferimento alla *lex* che le comminava. Ciò vale anche, e specialmente, per le *sententiae* di Paolo. Cfr. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht* (1. *Die Strafzumessung*), in *BIDR.* 45 (1938) 139 s. Per una interessante applicazione al caso specifico del falso, cfr. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, in *Pubbl. Un. Pavia* 91 (1941) 21.

⁷⁶ Data la tendenza del compilatore delle *Sententiae* ad eliminare il ricordo delle leggi classiche nella indicazione della pena, strano sarebbe che, in questo caso, egli avesse fatto addirittura richiamo ad una legge classica (la *lex Iulia*), la quale non avrebbe avuto, invece, niente a che fare con l'*incestum*.

lex Iulia, la quale stabiliva un inasprimento della pena (*deportatio in insulam*).

È opportuna qualche altra considerazione chiarificativa del mio pensiero, in via di premessa.

a) Prescindiamo, per comodità di indagine dai casi di bigamia e di pederastia: dall'uno, perché il delitto di bigamia non si presenta (a differenza dell'*incestum*) come figura giuridica autonoma nel sistema della *lex Iulia*⁷⁷, dall'altro, a causa della sua minima rilevanza giuridica⁷⁸.

Rimangono dinanzi ai nostri occhi le tre figure dello *stuprum*, dell'*adulterium* e dell'*incestum*.

b) Salva la confutazione, che faremo a suo tempo⁷⁹, di una apparente prova testuale in contrario, diremo subito che un concorso tra *incestum* e *stuprum* è tanto poco pensabile, quanto il concorso tra *stuprum* e *adulterium*. Chi tenga presente che alla nozione di *stuprum* secondo la *lex Iulia* è estranea ogni idea di violenza⁸⁰ non può non avvertire la absurdità di siffatti casi di concorso: sarebbe come se la rapina potesse concorrere col furto o la violenza carnale con la violenza.

Questo mio assunto è tanto più vero, in quanto riteniamo di aver dimostrato che l'*incestum* faceva parte, al pari dello *stuprum*, del sistema della *lex Iulia de adulteriis*, e in quanto abbiamo visto che un presunto *stuprum cum incesto* viene punito dalla *lex Iulia*, seguita da Papiniano, con la pena base, con la *poena adulterii*⁸¹. Sin d'ora avanziamo, pertanto, il sospetto che l'idea di un concorso tra *incestum* e *stuprum* sia propria di un'epoca in cui lo *stuprum* tese a « qualificarsi » anch'esso rispetto a quel che ne era il concetto introdotto dalla *lex Iulia*, ammettendo, al pari dello stupro dei diritti moderni⁸², un elemento di costrizione violenta.

⁷⁷ V. retro nt. 32.

⁷⁸ Parlo di poca rilevanza « giuridica », non pratica. Non è ammissibile un concorso di pederastia con adulterio, questo si intende. Quanto al concorso della nefanda Venus con l'*incestum*, esso è teoricamente possibile, ma non è credibile che vi abbia potuto pensare il compilatore della *lex Iulia* o la giurisprudenza classica. L'*incestum* era una unione sessuale proibita dai *veteres mores* (v. *infra* n. 23) ed è molto dubbio che i *veteres mores* abbiano visto l'incesto anche nel caso della omosessualità.

⁷⁹ *Infra* n. 17.

⁸⁰ MOMMSEN 702.

⁸¹ *Retro* n. 8.

⁸² C.p. art. 519 s. Per la concezione postclassica, cfr.: Paul. *sent.* 5.4.1:

c) Unica ipotesi di concorso possibile, dunque: quello tra le due forme qualificate di *stuprum*, cioè tra *adulterium* e *incestum*. Vedremo come le fonti non permettono una chiara risposta al quesito, se siamo, in tal caso, di fronte alla nozione di un reato complesso⁸³. Ma la questione è di pochissima importanza.

Sta di fatto che, come è buona regola delle ipotesi di concorso, la pena, come pure vedremo, viene inasprita e si trasforma da *relegatio* in *deportatio in insulam*.

12. — Non basta. Nessuno ha mai neanche lontanamente pensato che possa aversi adulterio senza stupro, per la contraddizione che nol consente⁸⁴. Per la stessa ragione, dico io, non si può avere *incestum* senza *stuprum*⁸⁵.

Una intuitiva obiezione a questa mia tesi può essere che indubbiamente vi ha *incestum*, pur non essendovi *stuprum*, nel caso di unione incestuosa con donna in *quam stuprum non committitur*⁸⁶.

L'obiezione, se fosse avanzata, avrebbe poco valore perché è evidente che qui si rimane nella cerchia delle disposizioni della stessa *lex* istitutiva del concetto di *stuprum* e delle eccezioni al medesimo. Ma io prevedo che, se rispondessi senz'altro che l'unione con donna in *quam stuprum non committitur* costituisce *incestum*, mi si potrebbe opporre (come ultimo appiglio per la teoria tradizionale) che evidentemente

Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus... Circa il carattere di elaborato postclassico di questo testo e contro la tesi di una sua riferibilità al diritto classico (BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* [Napoli 1937] 227), v. le opportune osservazioni del PUGLIESE, *Studi sull'« iniuria »* (Milano 1941) 36 nt. 2.

⁸³ Parlo di reato complesso per riferirmi al caso in cui il diritto penale « considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reati » (art. 84 c.p.). Al concorso di reati farebbe pensare l'espressione « *adulterium cum incesto* » (D. 48.5.39 pr.) o l'espressione « *crimen incesti coniunctum adulterio* » (D. 48.5.40.5); al reato complesso farebbe pensare l'espressione « *per adulterium incestum committere* » (D. 48.5.40.8).

⁸⁴ Sarebbe, ripeto, lo stesso che rapina senza furto o violenza carnale senza violenza.

⁸⁵ Ammesso che, nel diritto penale moderno, l'unione sessuale extramatrimoniale fosse considerata, come non è (sempre che avvenga tra persone maggiorenni), delitto, lo stesso dovrebbe dirsi per la ipotesi di incesto di cui all'art. 564 c.p.

⁸⁶ Categoria, come sappiamo (*retro* n. 3), ammessa dalla stessa *lex Iulia de adulteriis*.

incestum non faceva parte della regolamentazione della *lex Iulia*, altrimenti questa avrebbe dovuto per logica necessità escludere che si avesse *incestum* con le donne con cui non si potesse commettere *stuprum*.

L'obiezione sarebbe, per verità, sottile e, s'io fossi tanto innamorato della mia tesi, da non voler tener conto del buon senso, potrei più sottilmente ancora rispondere che, difatti, nessun testo ci dice che potesse esservi *incestum* con le donne *in quas stuprum non committitur*.

Ma, in verità, mi pare che — sino ad esplicita prova contraria — l'idea della inesistenza dell'*incestum* nei rapporti con persone *in quas stuprum non committitur* sarebbe assurda. Il più elementare buon senso ci dice che Augusto non poteva varcare, in ordine a tali persone, i limiti del *fas*, che *ab antiquo* proibiva i rapporti sessuali tra persone legate da stretti vincoli di parentela e di affinità⁸⁷.

Ritengo, al contrario, che l'eccezione della *lex Iulia* relativa alle persone *in quas stuprum non committitur* non si estendesse sino al caso di unione incestuosa: in tal caso si aveva *stuprum* e si aveva per conseguenza *incestum*.

La mia tesi può essere avvalorata da esempi testuali.

L'unione tra un uomo e la concubina del padre viene tradizionalmente qualificata incestuosa⁸⁸. Tuttavia CI. 5.4.4, che si occupa di questo caso, definisce il reato come *stuprum*.

CI. 5.4.4 (Alex. Perpetuo, a. 228): *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt, quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt.*

A rigor di termini, il fatto in esame non è né incesto né stupro, anzi non costituisce reato. Non è incesto perché tra il figlio e la concubina del padre non vi è rapporto di *adfnitas*⁸⁹; non è *stuprum* perché, per definizione, la concubina del padre è una donna *in quam stuprum non committitur*; dunque non costituisce reato.

Tuttavia è evidente che la valutazione sociale non tardò ad influire, dopo la *lex Iulia*, nel senso di far ritenere alla giurisprudenza che il concubinato, una volta istituito, costringesse la donna ad un comportamento onesto, come quello di una moglie⁹⁰. Pertanto l'uomo fu auto-

⁸⁷ V. *infra* n. 22 e 23.

⁸⁸ MOMMSEN 687 nt. 1.

⁸⁹ Cfr. D. 38.10.4.3: *...coniungendae adfnitatis causa fit ex nuptiis.*

⁹⁰ Il che avvenne anche per gli *sponsalia*: cfr. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*, in *St. Bonfante* 2.111 s.

rizzato ad agire contro la concubina infedele⁹¹ con l'*accusatio adulterii iure extranei*⁹². La giurisprudenza considerò dunque ben presto la infedeltà della concubina come uno *stuprum*: per conseguenza, durante il concubinato, la succube non dové più essere considerata tra coloro *in quas stuprum non committitur*.

Ciò spiega perché l'unione con la concubina del *pater* viene definita in CI. 5.4.4 *stuprum*, mentre non lo è, e viene addirittura qualificata *minus religiosa*, il che fa pensare all'*incestum*. Ma se persino l'unione con la concubina del padre (che è *minus religiosa*) venne considerata punibile *ex lege Iulia*, è evidente che, a molto maggior ragione, fosse punibile *ex lege Iulia* l'unione incestuosa, *contra fas*, con donne *in quas stuprum non committitur*. La qualifica di persona *in quam stuprum non committitur* non era dunque (come è ben naturale) tanto rigorosa, da escludere la nozione di *stuprum* in caso di unione incestuosa⁹³.

Riman fermo, dopo questi schiarimenti, l'enunciato principio: che non si può avere *incestum* senza *stuprum*.

13. — Veniamo ora all'esame di un importante gruppo di testi, cui è affidata la completa dimostrazione dei miei punti di vista.

A) Un primo interessantissimo frammento da esaminare è:

D. 48.18.5 (Marcian. 2 *inst.*): *Si quis [viduam vel] alii nuptiam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium [vel stuprum adiungit]. denique hoc casu servi in personam domini torquentur.*

In tema di *adulterium vel stuprum* quella che fu chiamata la « controverse classique » della materia⁹⁴, e cioè la controversia sulle pene stabilite dalla *lex Iulia*, non può dirsi ancora sopita⁹⁵: la comune dot-

⁹¹ Tale non era, peraltro, considerata la concubina che si concedesse al proprio patrono: D. 23.2.41.1.

⁹² D. 48.5.14(13) pr. (Ulp. 2 *de adult.*): *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.*

⁹³ Poco ponderate sono, dunque, le considerazioni del LOTMAR 127 nt. 2.

⁹⁴ ESMEIN, *Delit d'adultère* cit. 110.

⁹⁵ V. sull'argomento MOMMSEN 698 s.; FERRINI 365; WLISSAK, *Anklage und Strafbefestigung* (Wien 1917) 62 s.; BRASIELLO, *Repressione penale* 93 s.; ARANGIO-

trina tende tuttavia a credere che la pena base per i delitti della *lex Iulia* (*adulterium, stuprum*) fosse la *relegatio in insulam*⁹⁶. Unica voce dissenziente, per quel che mi risulta, è la voce del Brasiello⁹⁷, secondo il quale la prova testuale di Paul. *sent.* 2.26.14⁹⁸ è inattendibile e la pena classica era quella della *publicatio bonorum*⁹⁹. Senonché temo che le ragioni del Brasiello non siano fondate, e che non sia pertanto ammissibile anche per questo motivo la sua nota teoria per cui la pena ordinaria classica, se non era capitale, era patrimoniale¹⁰⁰: vedremo, invece, subito come altri testi confermino il principio dell'applicazione della *relegatio* all'*adulterium*, enuncino quello dell'applicazione della *deportatio* all'*adulterium cum incesto*, e contribuiscano quindi a smontare la tesi per cui la *relegatio* e la *deportatio* furono pene straordinarie, anziché ordinarie.

a) Un acuto critico delle fonti romane¹⁰¹, pur senza vedere l'alterazione sostanziale di D. 48.18.5, ha opportunamente avvertito, sulla scorta di elementi formali, che « tutto genuino il testo non è »¹⁰². Non credo di poterlo seguire nella sua esegesi, che, come ogni critica formale, è forse troppo radicale: genuino è certo *qui cognatam violavit contra fas*¹⁰³ e genuino è pure *cum qua nuptias contrahere non po-*

RUIZ, *Legislazione* 138; BIONDI, *La « poena adulterii » da Augusto a Giustiniano* cit. 63 s.; NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium* (Milano 1938) 85 nt. 2 e 3; SOLAZZI, *Le unioni di Cristiani ed Ebrei nelle leggi del Basso Impero*, in ANA. 59 (1938) 165 nt. 4.

⁹⁶ MOMMSEN, *cit.*; FERRINI, *cit.*; WLISSAK, *cit.*; BIONDI 88 e nt. 32; NARDI, *cit.*; SOLAZZI, *cit.*; VOLTERRA 102 s.; DE MARTINO 401 s.

⁹⁷ *Repressione penale* 93 s. Approva (pare) queste conclusioni ARANGIO-RUIZ, *Legislazione* 138.

⁹⁸ Riportato *infra* n. 15.

⁹⁹ Mi sfugge la forza del ragionamento che condurrebbe il BRASIELLO 95, attraverso l'esame comparativo di Paul. *sent.* 2.26.14 e Inst. 4.18.4, a questa conclusione.

¹⁰⁰ Cfr. *Repressione penale* 61 s.

¹⁰¹ DE MARTINO 402 nt. 56.

¹⁰² « Poco elegante è la ripetizione *quia ... quia*, e la inutile, banale esplicazione *cum qua nuptias contrahere non potest*: se era *alii nuptam*! Inoltre l'invertito ordine *adulterium ... stuprum* rispetto all'*ipotesi viduam ... nuptam cognatam*, e la menzione del *fas* probabilmente spuria... Tuttavia non credo si tratti di interpolazioni sostanziali ».

¹⁰³ L'elemento del *fas* è essenziale nel *crimen incesti*, che, ancora in epoca classica, si ricollega, attraverso i divieti matrimoniali dei *veteres mores*, all'originaria nefandità, proclamata dalla religione, delle unioni delle vergini Vestali e di quelle tra congiunti: v. *infra* n. 22 e 23. Alla genuinità del richiamo del *fas* nei testi

*test*¹⁰⁴. Ottimo è invece l'indizio fornito dall'invertito ordine *adulterium* ... *stuprum*, rispetto all'ipotesi *viduam* ... *nuptam cognatam*.

b) A mio parere, motivi di sostanza corroborano ampiamente il sospetto, che già la forma del testo crea, circa la genuinità della menzione dello *stuprum* come secondo caso di concorso, accanto a quello dell'*adulterium*, con l'*incestum*. Non è ammissibile il concorso di *incestum* e *stuprum* perché, come abbiamo visto e chiarito¹⁰⁵, l'*incestum* non è che una forma qualificata di *stuprum*. Non solamente *vel stuprum adiungit*¹⁰⁶, ma anche *viduam vel* è stato inserito nel testo da un postclassico completomane, il quale non ha avvertito l'assurdità che stava per fare dire a Marciano¹⁰⁷.

c) Per non avere la taccia di essere incorso in una petizione di principio, mi affretto, del resto, ad indicare un altro, indipendente motivo di sostanza per la condanna della menzione dello *stuprum* in D. 48.18.5. Che Marciano parlasse del solo *adulterium* è limpidamente dimostrato dal periodo finale del frammento: *denique hoc casu*¹⁰⁸ *servi in personam domini torquentur*. La eccezione al principio per cui gli schiavi non possono essere sottoposti a tortura nei processi penali contro i loro padroni vale, come sappiamo¹⁰⁹, solo per l'*adulterium*, non per lo *stuprum* né per l'*incestum*: essa potrà valere pertanto nel caso di *adulterium cum incesto*, ma non anche nel presunto caso di *stuprum cum incesto*.

Si può tranquillamente concludere che il caso esaminato dal giurista classico dovette limitarsi al concorso dell'*adulterium* con l'*incestum*.

14. — Valutiamo ora le notizie che ci fornisce il testo classico di

della giurisprudenza romana non crede il DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano* (Padova 1938) 28 nt. 5 né vi credeva, in misura più limitata, prima di lui il VASSALLI, *Dies vel condicio*, in *BIDR.* 27 (1914) 213 nt. 1. *Contra*: ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *BIDR.* 46 (1939) 241 s., al quale sostanzialmente aderisco (non convince, tuttavia, l'ultima osservazione a p. 242 nt. 156).

¹⁰⁴ L'esplicazione non è inutile perché non con tutti i *cognati* indistintamente è vietato contrarre matrimonio, in diritto classico: v. *infra* n. 24 e 25.

¹⁰⁵ *Retro* n. 3, 11, 12.

¹⁰⁶ Già il Mommsen proponeva di cancellare *adiungit* e di correggere *stuprum vel adulterium*.

¹⁰⁷ Si ricordi, ancora, che, in diritto postclassico, il concetto di *stuprum* non si limita alla unione sessuale, ma include anche un elemento di *iniuria in corpus*: *retro* nt. 82.

¹⁰⁸ Dunque, vi è un solo caso di concorso, non due.

¹⁰⁹ Cfr. *retro* nt. 55.

D. 48.18.5 in merito alla *poena incesti*, nonché alla pena del concorso.

La circostanza che ivi si parli di *deportatio in insulam* a proposito dell'*incestum* potrebbe far credere che tale fosse la pena stabilita per l'*incestum*: e ciò potrebbe parere a sua volta giustificato dalla nota affermazione che gli *incesti crimina natura graviora sunt*¹¹⁰. Ma solo un lettore superficiale potrebbe pensar questo.

Se la *lex Iulia* contemplava il caso di concorso dell'*incestum* con l'*adulterium*, ciò era, logicamente, perché esso doveva essere motivo di inasprimento della repressione penale. Se il concorso in parola doveva essere motivo di inasprimento della repressione penale, dato che la pena per esso stabilita era quella della *deportatio in insulam*, è evidente che la pena comminata per i singoli delitti concorrenti doveva essere meno grave. Bisogna concludere, dunque, che la pena base della *lex Iulia*, la così detta *poena adulterii* (applicata tanto all'*adulterium*, quanto all'*incestum*, quanto allo *stuprum*) era la pena corporale immediatamente meno grave: la *relegatio in insulam*¹¹¹.

Un altro importante argomento a favore della tesi che la *poena incesti* (e quindi anche la pena dell'*adulterium* e dello *stuprum*) consistesse nella *relegatio in insulam* è addotto dal De Martino¹¹². Il *Gnomon* dell'*Idios Logos*, 26, attesta che la sanzione della confisca dei beni fu introdotta, contro i Romani colpevoli di incesto tra collaterali, solamente dall'Idiologo Pardalas, nell'età di Adriano¹¹³.

Certo ciò non significa che, prima di Adriano, l'incesto non fosse affatto punito, ma significa invece che esso era punito con una pena cui non faceva seguito, in via sussidiaria, la *publicatio bonorum*. Ora, siccome la *deportatio* determinava la confisca sin dall'età di Tiberio¹¹⁴, è lecito concludere che la pena dell'incesto (cioè — lo si tenga presente — la *poena adulterii*) non fosse la *deportatio in insulam*, ma proprio la *relegatio*.

15. — B) Prima di chiudere sul tema della *poena adulterii*, occorre dare uno sguardo a:

¹¹⁰ D. 48.5.39(38).3, che è, tuttavia, alterato: v. *infra* n. 43.

¹¹¹ Così, di già, DE MARTINO 402, che non seguì nel giudicare che l'*incestum* cui si riferisce Marciano è un *incestum iure civili*: non vedo il fondamento di questa asserzione e, inoltre, dimostrerò (*infra* n. 32 e s.) che la dicotomia *incestum iure gentium* — *incestum iure civili* non ha carattere classico.

¹¹² 403 s.

¹¹³ BGU. 1.250

¹¹⁴ V. infatti POxy. 237.VII.26.

Paul sent. 2.26.14: *Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri: adulteris vero viris pari in insula relegatione dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegentur. 15. Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Iulia de adulteriis non apprehenditur.*

Il testo di Paolo, su cui ritorneremo ad altro proposito¹¹⁵, parrebbe confermare, da una parte, la nostra tesi che la *poena adulterii* fosse la *relegatio in insulam*, mentre parrebbe osteggiarla, dall'altra parte, in quanto afferma che la *incesti poena* è la *deportatio in insulam*¹¹⁶.

L'attestazione di questo frammento, relativamente alla *poena adulterii*, viene attaccata — come si è detto — dal Brasiello¹¹⁷, il quale rileva che siamo in presenza di un elaborato e sostiene pertanto che esso contenga elementi tratti dalla repressione straordinaria.

Per quanto non mi senta di approvare le conclusioni generali del Brasiello, aderisco *toto corde* alla valutazione critica di Paul. sent. 2.26.14. Siamo indiscutibilmente di fronte ad un elaborato postclassico¹¹⁸, di modo che è da presumere che le notizie da esso riportate non riflettono il puro sistema della *lex Iulia*. Gli indizi di forma non mancano: nel primo periodo la *relegatio in insulam* (pena principale) andava menzionata prima della confisca (pena accessoria): *coerceri... dimidia parte dotis... tertia parte bonorum; pari in insulam relegatione* manca del verbo reggente (*coerceri placuit*); *lege apprehendi* non è una locuzione classica. Inutili sono anche gli sforzi del Lotmar¹¹⁹ per interpretare il paragrafo 15 come relativo al caso di concorso tra *incestum* e *adulterium*.

¹¹⁵ A proposito del problema circa i rapporti tra la colpevolezza e la pena nella *cognitio extra ordinem* classica e durante l'epoca postclassica: *infra* n. 48.

¹¹⁶ È indiscutibilmente errata l'opinione del VOLTERRA 103, al quale sembra che le dichiarazioni del § 15 siano nel senso di escludere la imputabilità della donna (« Il passo sembrami esprimere ben chiaramente il principio che le donne nel caso di incesto venivano punite solo in quanto il loro atto rientrava nell'adulterio »). Secondo il § 15 l'uomo e la donna erano egualmente punibili, ma la pena veniva rimessa alla donna.

¹¹⁷ *Repressione penale* 94 s.

¹¹⁸ È ormai opinione comune che le *Receptae sententiae* di Paolo sono una compilazione giuridica della prima età postclassica: cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. romano*³ (Napoli 1942) 294 nt. 2.

¹¹⁹ 136 s. Ad un caso di concorso pensa anche VOLTERRA, *cit. retro* nt. 116. Riporto le parole del Lotmar perché sono degne di interesse: « Der Hinweis auf solchen [cioè al concorso tra incesto ed adulterio] ist erst dem zweiten Satze zu entnehmen. Das 'hactenus tamen' bedeutet sicherlich eine Einschränkung der vor-

E non è soltanto da presumere, è da ritenere per certo che il frammento delle *Sententiae* rifletta la repressione straordinaria e non quella ordinaria. *Coerceri placuit* è un indizio sicuro perché è un chiaro riferimento e alla *coercitio* e alla prassi formatasi *extra ordinem* in tema di *adulterium* e di *incestum* (« *placuit* »)¹²⁰.

Non perciò riterremo, col Brasiello, che la *poena adulterii* classica fosse la semplice *publicatio bonorum*: altri elementi ci hanno indotto a credere che essa fosse invece la *relegatio*. Riterremo tuttavia che all'epoca della compilazione delle *Sententiae* i delitti della *lex Iulia* erano entrati ormai quasi del tutto nella sfera della *cognitio extra ordinem*. Mentre la *poena adulterii* si era mantenuta più o meno identica a quella sancita dalla *lex Iulia de adulteriis* (*relegatio in insulam*), la *poena incesti* se ne era andata differenziando ed aveva ricevuto, per motivi che analizzeremo più oltre, un inasprimento nei riguardi dell'uomo (*deportatio in insulam*) ed una pratica mitigazione nei riguardi della donna (*remissio*).

Ed eccoci ad un ultimo punto, che conferma una volta ancora la piena fondatezza della nostra tesi circa i rapporti tra *lex Iulia de adulteriis* e *incestum*.

Dopo che abbiamo riconosciuto che il sistema punitivo espresso da Paul. *sent.* 2.26.14-15 è quello della repressione straordinaria, ecco che si spiega il misterioso accenno alla *lex Iulia*, con cui si conchiude il paragrafo 15: oltre che applicarsi la pena della *deportatio* all'uomo, si concederà la *remissio* alla donna, sí, ma sin che si rimarrà nella sfera della *cognitio extra ordinem*, cioè *hactenus quatenus lege Iulia de adulteriis (mulier) non apprehenditur*. Dunque, l'*incestum* era punito anche nel sistema repressivo ordinario, ed era punito, più precisamente, in base alla *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

16. — C) Altro caso di concorso tra *adulterium* e *incestum* è in: D. 48.5.39(38) pr. (Ulp. 36 *quaest.*): *Si adulterium cum incesto committatur, utputa cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret.*

her statuierten Freiheit von Inceststrafe, nicht bloß von der Strafe der Deportation... Danach kann Paul. nur gesagt haben, die Straffreiheit der Frau greife jedoch nur Platz, wenn und soweit als die Frau nicht von der *lex Iulia de adulteriis* erfaßt werde».

¹²⁰ *Placuit* è la forma tipica, nei testi classici e nei testi postclassici, per indicare una prassi anteriore, formatasi sulla base di costituzioni imperiali.

L'interpretazione del frammento dà molto a pensare. Il Lotmar¹²¹ ha tentato di spiegarlo come se il *similiter* volesse significare che la donna viene punita, nel caso di concorso, alla stessa guisa dell'uomo. Questa è certo l'interpretazione che si è costretti a dare al contesto giustiniano¹²², ma non è quella che si può ammettere in ordine al testo classico, il quale non può essere stato scritto in maniera tanto ardata. Non resta che esaminare anche questo passo col metro della critica.

a) *Id enim—eveniret* è stato appuntato dal Volterra¹²³ perché illogico¹²⁴ ed in contrasto con Paul. *sent.* 2.26.15¹²⁵. Il De Martino¹²⁶ ha tagliato fuori tutto il brano *mulier—eveniret*¹²⁷, attribuendolo ai compilatori ed ha inoltre giudicato *ut puta—noverca* come un esempio esplicativo postclassico. Secondo il primo autore, Triboniano sarebbe intervenuto per ammettere la punibilità della donna a titolo di incesto (mentre nel diritto classico essa resta immune); per il secondo, l'intervento di Triboniano sarebbe stato determinato dall'interesse dei bizantini di « escludere qualsiasi beneficio per il concorso dell'incesto con l'adulterio, e di uguagliare su questa base l'uomo alla donna »¹²⁸.

b) Io reputo queste critiche eccessive. A mio parere, dal brano papiniano è scivolata la menzione della pena comminata dalla *lex Iulia* per l'ipotesi di *adulterium cum incesto*: solo così si spiega *similiter—puniatur*, che fa pensare a qualcosa detto in precedenza per il *vir*¹²⁹. *Id enim—eveniret* è giunta bizantina che armonizza con l'inasprimento della *poena incesti*, di cui è espressione Paul. *sent.* 2.26.15¹³⁰.

La ricostruzione che io propongo è la seguente:

Si adulterium cum incesto committatur, utputa cum privigna nuru noverca, (vir in insulam deportatione) mulier similiter quoque puniatur.

¹²¹ 128 s.

¹²² In questo senso è anche VOCI 199.

¹²³ 104.

¹²⁴ Inoltre, secondo il Volterra, la costruzione della frase ha « sapore bizantino ».

¹²⁵ *Incesti poenam... mulieri placuit remitti*. Ma si tratta di una frase non genuina: v. *retro* n. 15.

¹²⁶ 403.

¹²⁷ *Similiter* è appuntato dal BESELER, ZSS. 53 (1933) 62. *Puniatur* è considerato « ingiustificabile » dal DE MARTINO 403 nt. 60. Poca cosa, direi, per condannare senz'altro *mulier—puniatur*.

¹²⁸ « Il *similiter* non è introdotto perché i classici contemplavano una disuguaglianza, ma perché gli stessi compilatori in altri casi di incesto trattavano diversamente l'uomo e la donna ».

¹²⁹ Questa ipotesi non è esclusa dal LOTMAR 128 s.

¹³⁰ *Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est...*

c) Papiniano risolveva un dubbio che poteva ben essere formulato in teoria: il dubbio che la *deportatio* si applicasse soltanto all'uomo e non alla donna, in caso di concorso tra *adulterium* e *incestum*¹³¹. Retamente egli lo risolveva con una risposta negativa. I bizantini, con l'aggiunta *id enim—eveniret*, hanno messo in evidenza che la pena della *deportatio* si applica (beninteso, *extra ordinem*) anche al caso di semplice *incestum*, perché *natura gravius*¹³².

17. — D) D. 48.5.39(38).1 (Pap. 36 *quaest.*): *Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. [occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrabatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant.]*.

L'esame del testo sarà ripreso altrove, piú compiutamente, per metterlo in relazione ai paragrafi che gli fan seguito nello squarcio di Papiniano¹³³.

Qui va messa in rilievo, essenzialmente, una cosa: che, contrariamente a quanto generalmente si ritiene¹³⁴, il frammento di Papiniano non riguarda un caso di concorso, ma un caso puro e semplice di *incestum*.

a) Come già in D. 48.5.12(11).1¹³⁵, Papiniano si è domandato se, nel caso di unione incestuosa tra zio e nipote, debba essere inasprita la pena ordinaria, cioè la *relegatio*. Il caso dell'*incestum* tra *avunculus* e *neptis ex sorore* dovette fare molta impressione, sin dal diritto classico, se rescritti imperiali procurarono di alleviare la pena della donna¹³⁶ e, per converso, giuristi come Papiniano si posero il quesito dell'inasprimento della pena dell'uomo. Non che esso sia stato il solo, ma è caratteristica la frequenza con cui esso ritorna nei testi.

¹³¹ La donna sarebbe stata, pertanto, punita con la semplice *relegatio*.

¹³² Cfr. *retro* nt. 110.

¹³³ *Infra* n. 43.

¹³⁴ LOTMAR 129 s.; VOLTERRA 118 s.; DE MARTINO 407; VOCI 199 s. (mi limito alla citazione degli autori piú recenti).

¹³⁵ Cfr. *retro* n. 8.

¹³⁶ Cfr. D. 23.2.57 *a*, riportato *retro* nt. 53. L'unione tra zio e nipote è, invero, un caso tipico in cui la donna è in una posizione di netta inferiorità di fronte all'uomo che l'attira ad unirsi con lui. Che il caso dovesse essere frequente, in diritto romano classico, ce lo fa pensare la semplice considerazione dell'episodio di Claudio, che fece dichiarar legali le nozze tra *patruus* e *neptis ex fratre* per poter sposare Agrippina: v. *infra* n. 25 B *sub b*).

Mentre in D. 48.5.12(11).1 vediamo che Papiniano risolve il quesito, non espresso, dicendo che è piú esatto ritenere pur sempre applicabile la semplice *poena adulterii*, in D. 48.5.39(38).1 vediamo che egli si pone esplicitamente il quesito, ma che la risposta relativa è scomparsa. Al posto di essa sta la dichiarazione *occurrit—concurrent*, il cui valore, anche nel contesto giustiniano, è molto oscuro¹³⁷.

b) Gli indizi formali per la condanna di *occurrit—fin.* non mancano¹³⁸. Quanto alla sostanza è da rilevare:

aa) *Occurrit—admissum est*, ritenuto classico dal Volterra¹³⁹ e dal De Martino¹⁴⁰, oltre che essere oscuro di forma, dice una sciocchezza, se è vero, come è vero, che non è pensabile un concorso tra *stuprum* e *incestum*.

bb) *Occurrit—admissum est* non direbbe una sciocchezza nel solo caso che lo *stuprum* si intendesse commesso *in sororis filiam alii nuptam*¹⁴¹, ma in tal caso direbbe una assurdità il periodo precedente, ponendosi nientedimeno il problema se, in caso di concorso tra *adulterium* e *incestum*, la *adulterii poena sufficiat mari* (mentre Papiniano ha detto, proprio nel *principium* del frammento, che la pena è per ambedue gli agenti la *deportatio in insulam*)¹⁴².

cc) Poiché nel periodo *occurrit—fin.* si legge *matrimonium* a proposito della ipotesi criminosa, deve dedursi che al concorso tra *adulterium* e *incestum* non vuole alludere il primo periodo, che si occupa del solo *incestum* (*stuprum in sororis filiam*), ma proprio il secondo periodo, già sospetto formalmente.

¹³⁷ Nel contesto postclassico si spiega che lo *stuprum in sororis filiam* sia inteso come un caso di concorso, perché — come abbiamo visto (*retro* n. 11 *sub b*) e nt. 82) — nella concezione postclassica lo *stuprum* non si identifica (come invece ai sensi della *lex Iulia de adulteriis*) con la pura e semplice unione sessuale. Non si capisce, invece, il seguito del periodo iniziato con la frase *occurrit—admissum est*, che introduce in maniera piuttosto sorprendente la necessità di distinguere tra il caso di *error* e quello di *contumacia*.

¹³⁸ BESELER, ZSS. 51 (1931) 83.

¹³⁹ 108.

¹⁴⁰ 407. La frase è ritenuta genuina anche dal Voci 198.

¹⁴¹ Questa era l'interpretazione della Glossa ahl. Il Mommsen trasforma *mari in mulieri* e propone di completare il testo con l'aggiunta delle parole: *at magis putamus hic quoque mulieri iuris errorem prodesse debere*. V. *contra* LOTMAR 132, alla cui difesa della genuinità del frammento non sento, peraltro, di poter aderire.

¹⁴² V. *retro* n. 16. Troppo facilmente il Voci 202, elimina ogni difficoltà espungendo *mari*: la questione della irresponsabilità della donna non viene eliminata.

dd) *Occurrit—fin.* deve pertanto ritenersi interpolato; e lo conferma il torbido periodo *quia multum rell.*, che non c'entra per niente né col problema dall'*incestum*, né con quello relativo alla pena in caso di concorso tra *incestum* e *adulterium*¹⁴³.

c) *Occurrit—fin.* è, in conclusione, una glossa pseudo-esplicativa appiccicata al testo di Papiniano da un lettore postclassico di ben piccola levatura mentale. È probabile che l'incorporazione della glossa postclassica nel testo classico abbia fatto scomparire la risposta di Papiniano al quesito propostosi: qualcosa come *sed rectius est marem adulterii poena teneri*.

Interessa mettere in rilievo, in ogni caso, che Papiniano, discutendo della applicabilità della *adulterii poena* al caso di *incestum*, ci fornisce un'altra prova, implicita, di ciò: che l'*incestum* era previsto dalle disposizioni della *lex Iulia de adulteriis*.

18. — E) Ulteriori elementi a conferma della mia tesi possono trarsi da:

D. 48.5.40(39).5 (Pap. 15 resp.): *Praescriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur.*

Tutti i reati contro la *lex Iulia* erano sottoposti alla prescrizione di cinque anni¹⁴⁴. Essendo l'*incestum coniunctum adulterio* un delitto complesso (essendovi, ad ogni modo, in tal caso, concorso di delitti), ne consegue che la pena dei singoli reati viene inasprita. Venendo inasprita la pena, sorge il quesito se l'*accusatio* sia soggetta a prescrizione quinquennale anche in relazione all'ipotesi di concorso.

E Papiniano, dando prova di seguire un criterio di adattamento allo spirito della legge (il cui scopo è quello di infierire al massimo contro i delitti contrari al buon costume), risponde che, nel caso più grave, la prescrizione dei cinque anni non trova applicazione.

19. — F) Un'altra particolarità dell'ipotesi di *adulterium* è che gli schiavi possono essere costretti con la tortura a deporre nei processi contro i loro padroni¹⁴⁵.

¹⁴³ Analogamente DE MARTINO 407, il quale (si badi) parla di concorso tra *incestum* e *stuprum*.

¹⁴⁴ Cfr. D. 48.5.30(29).6; D. 48.5.12.4; C. 9.9.5.27. V. MOMMSEN 698.

¹⁴⁵ V. *retro* nt. 44.

Quid, nel caso di concorso (*adulterium cum incesto*)? Vi risponde un testo che già conosciamo¹⁴⁶:

D. 48.5.40(39).8 (Pap. 15 resp.): *De servis quaestionem in dominos incesti postulatos ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse commissum dicatur.*

Anche in questo caso, come in quello esaminato prima¹⁴⁷, Papiniano dimostra di seguire un criterio di adattamento allo spirito della *lex Iulia de adulteriis*.

La disposizione favorevole al reo, rappresentata dalla elargizione della prescrizione quinquennale per i delitti semplici *ex lege Iulia*, non deve essere applicata in ordine all'ipotesi, più grave, del concorso tra *incestum* e *adulterium*. Viceversa la disposizione sfavorevole al reo, rappresentata dall'ammissione della tortura dei servi quando trattasi di *adulterium*, viene estesa all'ipotesi più grave, in cui l'*adulterium* si trovi a concorrere con l'*incestum*.

20. — La dimostrazione promessa è ormai conclusa. Giova fissare, ora, in proposizioni schematiche i risultati della nostra indagine sul regime classico dell'*incestum*.

a) La *lex Iulia de adulteriis coercendis* perseguì, come delitto contro il buon costume, ogni forma di unione extra-matrimoniale ed extra-concubinaria: e cioè, principalmente, lo *stuprum* e le due forme di *stuprum* qualificato, l'*adulterium* e l'*incestum*¹⁴⁸.

b) La pena ordinaria per i delitti *ex lege Iulia* fu quella della *relegatio in insulam*¹⁴⁹: essa fu applicata, pertanto, anche all'*incestum*.

c) Nell'unico caso possibile¹⁵⁰ di concorso tra delitti *ex lege Iulia*, nel caso di concorso tra *adulterium* e *incestum*, la pena comminata dalla *lex Iulia* fu quella della *deportatio in insulam*¹⁵¹ e le regole speciali dell'*adulterium*¹⁵², o in genere dei delitti *ex lege Iulia*¹⁵³, si estesero alla ipotesi di concorso solo in quanto sfavorevoli al reo¹⁵⁴.

¹⁴⁶ V. retro n. 5 A sub b).

¹⁴⁷ V. retro n. 18.

¹⁴⁸ V. retro n. 3-11.

¹⁴⁹ V. retro n. 13. Per l'*incestum*, n. 14.

¹⁵⁰ V. retro n. 11.

¹⁵¹ V. retro n. 13.

¹⁵² V. retro n. 19.

¹⁵³ V. retro n. 18.

¹⁵⁴ V. retro n. 18 e 19.

d) L'*incestum* fu nettamente distinto, nel sistema della *lex Iulia*, tanto dallo *stuprum*¹⁵⁵ quanto dall'*adulterium*¹⁵⁶. Dello *stuprum* esso costituì una forma qualificata¹⁵⁷ e pertanto non fu concepibile, nel sistema della *lex Iulia*, un *incestum* senza *stuprum*¹⁵⁸.

e) La stessa giurisprudenza classica si pose il quesito se, in taluni casi di *incestum*¹⁵⁹, non fosse per avventura meno grave la colpa della donna e, per converso, più grave la colpa dell'uomo¹⁶⁰. Di fronte alla rigidità dell'*ordo*, la risposta non potrà essere, tuttavia, che una sola: la inderogabilità della *poena adulterii* (*relegatio*) sancita dalla *lex Iulia*¹⁶¹.

f) Anche in tema di delitti *ex lege Iulia* e particolarmente in tema di *incestum*, cominciò a far capolino, nel II sec. d.C., la *cognitio extra ordinem* degli imperatori, principalmente per stabilire la remissione della pena alle donne, in casi particolari meritevoli di considerazione¹⁶².

g) Nel diritto postclassico la *cognitio extra ordinem* è divenuta la regola, sia in caso di *stuprum*, che di *adulterium*, che di *incestum*. Lo *stuprum* ha finito forse per « qualificarsi » anch'esso, recependo un elemento di *vis*, come è del concerto moderno di stupro¹⁶³. All'epoca di compilazione delle *Receptae sententiae*, la pena straordinaria dell'*adulterium* è ancora la *relegatio in insulam*¹⁶⁴; la pena straordinaria dell'*incestum* è inasprita per l'uomo (*deportatio in insulam*, anziché *relegatio*), mentre viene generalmente rimessa alla donna¹⁶⁵.

III. LE IPOTESI CRIMINOSE E LA LORO CLASSIFICAZIONE.

21. — L'argomento che passiamo a trattare è solo apparentemente facile. In realtà esso è non soltanto di estrema delicatezza, ma di notevole difficoltà, perché non una testimonianza ci rimane circa le ipo-

¹⁵⁵ V. retro n. 3.

¹⁵⁶ V. retro n. 3.

¹⁵⁷ V. retro n. 3.

¹⁵⁸ V. retro n. 12.

¹⁵⁹ Tra *avunculus* e *neptis ex fratre*, principalmente.

¹⁶⁰ V. retro n. 8 e 17.

¹⁶¹ V. retro n. 8.

¹⁶² V. retro nt. 53.

¹⁶³ V. retro n. 11 *sub b*) e nt. 82.

¹⁶⁴ V. retro n. 15.

¹⁶⁵ V. retro n. 15 e n. 10.

tesi di incesto nelle varie epoche, né vi ha nelle fonti una definizione che valga a comprenderle tutte esattamente.

Mentre a proposito del regime giuridico cui fu sottoposto l'*incestum* la trattazione è stata a bella posta ristretta al periodo classico¹⁶⁶, in relazione alla *lex Iulia de adulteriis coercendis*, perché fosse più concreta e solida; dobbiamo, invece, estendere la trattazione circa le ipotesi criminose a tutto il diritto romano — preclassico, classico, postclassico —, dato che mancano gli elementi necessari ad enucleare con una certa nettezza il diritto classico rispetto al diritto anteriore ed a quello posteriore.

I nostri problemi saranno i seguenti: se l'*incestum* abbia sempre coinciso con la violazione dei divieti matrimoniali; e, se non sempre, quando abbia coinciso e quando no; e se e quando sia stata sovrapposta alla nozione di *incestum* la classificazione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*; e quale sia stato il significato e il valore di questa classificazione nelle varie epoche.

Altra serie di domande, cui fino ad oggi non sono ancora state date risposte piene e soddisfacenti.

La dottrina, pur non ignorando la originaria concidenza dell'incesto della Vestale con l'incesto tra parenti e affini, ha sempre trattato separatamente i due casi¹⁶⁷.

Circa l'*incestum* in senso proprio, alcuni hanno accettato la definizione, ricavata da un testo di Paolo¹⁶⁸, per cui incesto è ogni unione vietata *moribus non legibus*¹⁶⁹, ma, inesplicabilmente, non hanno tentato di applicare nell'interno di essa la distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*¹⁷⁰ ed hanno parlato di *incestum iure gentium* in rapporto alle unioni vietate *moribus* e di *incestum iure civili* in rapporto alle unioni vietate *legibus*¹⁷¹; altri hanno parlato di *incestum*

¹⁶⁶ Sul senso da darsi all'espressione « diritto classico » in ordine al regime giuridico dell'*incestum*, v. *retro* cap. I n. 1 nt. 18.

¹⁶⁷ REIN 869 s., parla di incesto in senso lato e di incesto in senso stretto, espone la disciplina dell'« *incestus als Blutschande* » a p. 870 s., ed espone in maniera del tutto indipendente, a p. 876 s., la disciplina dell'« *incestus in religiöser Beziehung* ». MOMMSEN 682 s., limita la sua trattazione alla « *Nächstenvermischung* ». Così pure FERRINI 360 s.; KLINGMÜLLER, *cit.*; BRASIELLO, *cit.*

¹⁶⁸ D. 23.2.39.1, su cui *infra* n. 23 *sub a*).

¹⁶⁹ REIN, *cit.*; LOTMAR 127 s.

¹⁷⁰ LOTMAR, *cit.*

¹⁷¹ DE MARTINO 401 s., ritiene invece che si abbia *incestum iure gentium* nei casi più evidenti, *incestum iure civili* negli altri casi.

tutte le volte in cui una unione sessuale avvenisse tra persone entro le quali intercorresse un impedimento al matrimonio¹⁷²; altri hanno svalutato l'importanza della distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*, cui gli stessi giuristi classici avrebbero dato ben poco peso¹⁷³.

22. — In ordine al diritto arcaico, la circostanza che è *incestum* tanto l'unione della Vestale (anche con non parenti), quanto l'unione tra stretti parenti e affini deve condurci — io credo — all'inferimento che per *incestum* s'ha da intendere ogni unione sessuale tra persone entro le quali sussiste un divieto di matrimonio.

L'affermazione non è arrischiata, anzi mi sia lecito dire che è l'unica congruente con uno stato di diritto che chiaramente dimostra di non tener conto, nel caso della Vestale, dell'elemento della parentela per definire una unione come incestuosa. Tutto sta a rendersi conto della sfera entro cui sorge e si evolve il delitto di incesto, così come il complesso dei divieti matrimoniali: sfera che non è quella del diritto, ma quella della religione; non quella del *ius*, ma quella del *fas*¹⁷⁴.

Nell'organismo politico della famiglia primitiva, esclusivamente agnaticia, non trova posto un divieto di matrimonio per ragioni di *cognatio*. La *cognatio* indubbiamente esiste tra i membri ma non ha assunto ancora rilevanza giuridica¹⁷⁵. Una certa qual rilevanza alla *cognatio* fu assegnata dal *fas*, che vietò appunto le nozze tra ascendenti e discendenti perché *incestae* e *nefariae*¹⁷⁶. Le stesse norme del *fas* vietarono anche le nozze con chicchessia alle Vestali, costringendole ad un voto di castità di trenta anni. Nell'uno e nell'altro caso, l'unione contraria a questo solenne obbligo di castità (assoluta o relativa) imposto dalla religione fu considerata comportamento contrario al *fas*, fu colpita da sanzioni religiose e fu definita appunto *incestum*, cioè « comportamento non castum »¹⁷⁷.

¹⁷² MOMMSEN, *cit.* (egli dubita, tuttavia, 682 nt. 1, che possa essere definita *incestum iure civili*, ad es., l'unione tra tutore e pupilla, ma enumera poi, 686 s., tutti i casi di « strafbare Geschlechtsgemeinschaft », dando a vedere di ritenerli come compresi in una nozione latissima di *incestum*).

¹⁷³ VOCI 198 s.

¹⁷⁴ V. sul punto del *ius* e del *fas*, nei loro reciproci rapporti originari, ORESTANO, *Dall' « ius » al « fas »*, in *BIDR.* 46 (1939) 194 s.

¹⁷⁵ Fondamentale sul tema la trattazione del BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1: *Diritto di famiglia* (Roma 1925) 5 s.

¹⁷⁶ Cfr. Gai 1.59, su cui *infra* n. 24.

¹⁷⁷ V. *retro* n. 1 e nt. 2.

Prescindendo ancora una volta dall'avanzare ipotesi circa il regime preclassico dell'*incestum* (regime che, tuttavia, sino ad epoca repubblicana avanzata, fu strettamente contenuto nell'ambito della religione)¹⁷⁸, possiamo dire, con sufficiente sicurezza, che alla *lex Iulia* l'*incestum* si presentò ancora come un delitto che aveva molto della trasgressione religiosa. Fu la *lex Iulia de adulteriis coercendis* a dare l'ultimo strappo al filo sempre piú tenue che teneva avvinto il caso della Vestale (rimasto puramente religioso) e quelli delle unioni tra parenti ed affini e a riportare il delitto di *incestum*¹⁷⁹ al nuovo ed ampio concetto di *stuprum*¹⁸⁰ da essa introdotto.

23. — Senonché noi non possiamo prescindere dalla determinazione preclassica dell'*incestum*, di cui tanto poche tracce ci rimangono, per il fatto che con la *lex Iulia* l'*incestum* venne a rientrare nel concetto e nel regolamento giuridico dello *stuprum*. Rimane da vedere quale fosse la « qualifica giuridica » che differenziò, a sua volta, l'*incestum* dai casi ordinari di *stuprum*¹⁸¹: bisogna vedere cioè quali fossero le ipotesi criminose in cui si ravvisavano (fuori del caso della Vestale) ai tempi della *lex Iulia* gli estremi dell'*incestum*.

a) È significativo, a questo proposito, un famoso testo di Paolo:

D. 23.2.39.1 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxorem ducere, duxerit, incestum dicitur committere.*

Si ha incesto nel caso, e soltanto nel caso in cui una unione sessuale¹⁸² avvenga tra persone entro le quali i *mores* hanno istituito un divieto di matrimonio. Il principio vale tanto per la *lex Iulia* quanto per l'epoca di Paolo, cioè — si può dire — per tutto il diritto classico. Ed è evidente che la *lex Iulia de adulteriis*, pur regolando la figura giuridica dell'*incestum*, non ne fissava in una definizione il concetto, rimettendosi, per la nozione del delitto, a quella notoriamente sancita dai *veteres mores*¹⁸³.

¹⁷⁸ V. *retro* cap. I n. 1.

¹⁷⁹ Forse già in seguito a spunti repubblicani: v. *retro* cap. II n. 2 nt. 39.

¹⁸⁰ Su cui v. *retro* cap. II n. 3.

¹⁸¹ Di tale qualifica giuridica abbiamo dimostrato l'esistenza, *retro* cap. II n. 3 e 11, ma non abbiamo ancora indicato il contenuto.

¹⁸² Il testo parla di matrimonio incestuoso, ma l'espressione equivale a unione incestuosa: il matrimonio incestuoso non è matrimonio. La stessa osservazione valga per Ulp. *reg.* 5.7; D. 23.2.12 pr.; D. 28.2.52. Diversamente LOTMAR 123 nt. 1. V. *infra* n. 27.

¹⁸³ Paolo dice, infatti: *incestum dicitur committere.*

b) Altri elementi confermano la tesi che, in diritto classico, la *lex Iulia* considerasse *incestum* quello risultante dai divieti matrimoniali dei *veteres mores*, quello stabilito *ab origine* dalle norme del *fas*. Delle nozze tra ascendenti e discendenti dice Gaio¹⁸⁴ che esse sono *nefariae atque incestae*. Marciano¹⁸⁵ definisce *contra fas* la violazione della *cognata*. L'unione con la concubina del padre, che non è proprio *incestum*, ma richiama l'incesto tra ascendente e discendente¹⁸⁶, viene qualificata da Alessandro¹⁸⁷ *res minus religiosa*. Gaio¹⁸⁸ riporta la *communis opinio*, secondo la quale è *nefas* il matrimonio con la figlia o la nipote adottiva¹⁸⁹.

c) Bisogna riconoscere che, nell'ambito della giurisprudenza classica, non tutti i casi di unione tra persone entro cui esisteva un divieto matrimoniale costituivano *incestum*.

È interessante ricordare, a questo proposito:

D. 48.5.14(13).4 (Ulp. 2 *de adult.*): *Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti [accusare] (accusari) eam non posse.*

Questo frammento ci è già servito a dimostrare, dianzi¹⁹⁰, che l'*incestum* era previsto dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*. Ora esso va preso in considerazione sotto il profilo del diverso regime giuridico delle unioni sessuali, a seconda che siano qualificate incestuose o non.

Non tutte le infrazioni ai divieti matrimoniali costituiscono *incestum*. Ciò dipende, evidentemente, dalla fonte dei divieti: i *veteres mores*, intimamente collegati al *fas*, e il nuovo diritto (leggi, senatoconsulti, costituzioni imperiali). Le infrazioni non costituenti *incestum* sono, naturalmente, sempre punite *ex lege Iulia*, ma a titolo di *stuprum*.

d) La conclusione è che, rispetto alla *lex Iulia de adulteriis coercendis*, l'*incestum* non fu più ogni unione sessuale tra persone entro le quali sussistesse un divieto di matrimonio, ma ogni unione sessuale tra persone entro cui un divieto di matrimonio fosse stato istituito *ab antiquo* dal *fas* e tramandato dai *mores*.

¹⁸⁴ Inst. 1.59-64.

¹⁸⁵ D. 48.18.5, su cui *retro* cap. II n. 13.

¹⁸⁶ Cfr. *retro* cap. II n. 12.

¹⁸⁷ CI. 5.4.4 (a. 228).

¹⁸⁸ D. 23.2.55 pr., su cui *infra* nt. 195.

¹⁸⁹ Altra attestazione è in D. 25.7.1.3, che è però interpolato: v. *Index itp. ahl.* Cfr. anche Coll. 6.4; Coll. 6.5.1.

¹⁹⁰ *Retro* cap. II n. 9.

Da una parte l'interferenza religiosa, dall'altra la naturale maggior lentezza che vi è sempre nella formazione delle ipotesi criminose di fronte allo stabilimento di divieti civilistici fecero sì che la originaria coincidenza tra *incestum* e divieti matrimoniali andasse diminuendo, nel senso che i divieti aumentarono ma le infrazioni ai medesimi furono accolte molto piú lentamente nell'ambito della figura giuridica dell'*incestum*¹⁹¹.

24. — Intendo ora, in relazione a queste premesse generali, analizzare, nell'ambito delle infrazioni ai divieti matrimoniali, quelle che costituirono, in diritto classico, *incestum*, per distinguerle da quelle che non esorbitarono dalla nozione generica dello *stuprum*.

A) È *incestum* l'unione tra *cognati* in linea retta (ascendenti e discendenti) senza distinzione di grado, anche se la parentela sia adottiva e, in tal caso, anche dopo lo scioglimento del vincolo di adozione.

Gai 1.59: *Inter eas enim personas quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, [nec inter eas conubium est,] veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat [; itaque eam quae mihi per adoptionem filiae aut neptis loco esse coeperit non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim].*

Nefarias et è ritenuto interpolato dal Solazzi¹⁹², ma assolutamente a torto, come spero che risulti da quanto si è detto dianzi¹⁹³. Il principio attestato da Gaio è ampiamente confermato altrove¹⁹⁴; ed in par-

¹⁹¹ La verità di questo processo storico può riscontrarsi anche in ordine al diritto moderno, in cui i divieti matrimoniali del diritto canonico sono meno estesi di quelli del diritto civile e l'incesto in base al codice penale non collima con la violazione di tutti gli impedimenti matrimoniali, ma solo con la violazione degli impedimenti piú gravi.

¹⁹² *Glosse a Gaio*, in *Studi Riccobono* (Palermo 1936) 1.129 s. Ivi, 130 nt. 189, è sospettato anche *nec inter eas conubium est* e la chiusa *itaque eam rell.*, forse a ragione.

¹⁹³ *Retro* n. 22.

¹⁹⁴ Cfr. *Ulp. reg.* 5.6 (= *Coll.* 6.2.1); *Paul. sent.* 2.19.3 (= *Coll.* 6.3.1); *Gai epit.* 1.4.1; *Inst.* 1.10.1.

ticolare è confermato da altri testi¹⁹⁵ il carattere nefario delle nozze in oltraggio alla parentela adottiva esistente o estinta¹⁹⁶.

25. — B) È *incestum* l'unione tra *cognati* in linea collaterale, ma entro certi limiti di grado.

Gai 1.60: *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio [sed non tanta]*¹⁹⁷.

Anche in questo campo deve procedersi di pari passo, fin che sia possibile, con gli impedimenti matrimoniali da *cognatio*. Sono, pertanto incestuose:

a) le unioni tra fratelli (germani, consanguinei, uterini).

Gai 1.61: *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere: cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis.*

Anche questo principio è pacifico¹⁹⁸. Notevole è che, nel caso di fratelli adottivi, una eccezione alla valutazione dell'unione sessuale come incestuosa è portata dalla cessazione del vincolo in forza della *capitis deminutio*. Non è a dubitare che l'eccezione sia stata creata dagli stessi *mores*. Essendo illegittima la interpretazione estensiva della norma, a causa del suo carattere eccezionale, dobbiamo credere che l'estensione della *potestas* del padre adottivo a causa di morte non fosse sufficiente ad estinguere il reato¹⁹⁹.

b) l'unione della donna con lo zio paterno o materno, dell'uomo con la zia paterna o materna²⁰⁰. Notissima l'eccezione stabilita da Clau-

¹⁹⁵ D. 23.2.55 pr. (Gai. 11 *ad ed. prov.*): *Quin etiam nefas existimatur eam quoque uxorem ducere, quae per adoptionem filia neptisve esse coeperit, in tantum, ut et, si per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem iuris maneat.*

¹⁹⁶ V. anche D. 23.2.14 pr. e 1 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 1.7.23 (Paul. 35 *ad ed.*).

¹⁹⁷ Avanzo il sospetto che *sed non tanta*, che stona ed è inutile, sia un glossema postclassico.

¹⁹⁸ Cfr. Ulp. *reg.* 5.6 (= Coll. 6.2.1); Paul. *sent.* 2.19.4 (= Coll. 6.3.2); Gai *epit.* 1.4.2; Inst. 1.10.2. Non prova D. 45.1.35.1, certamente inquinato: cfr. i citati dall'*Index itp.* sht.

¹⁹⁹ MOMMSEN 685 nt. 4.

²⁰⁰ Cfr. Paul. *sent.* 2.19.5 (= Coll. 6.3.2); Coll. 6.4.5 (= CI. 5.4.17); D. 23.2.39 pr. (Paul. 6 *ad Plaut.*); Inst. 1.10.3-5.

dio, relativamente al matrimonio della donna con il *patruus*²⁰¹ ed abolita soltanto da Costanzo II²⁰².

Gai 1.62: *Fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset: sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significatur.*

Abbiamo qui una preziosa testimonianza dell'importanza pratica rivestita dalla ipotesi di unione sessuale tra *avunculus* e *neptis ex sorore*²⁰³. Già si è visto come frequentemente essa ricorre e quali spunti essa abbia fornito alla stessa giurisprudenza classica²⁰⁴. Va rilevato in questa sede, che dell'importanza pratica di questa ipotesi dà testimonianza Gaio, il quale non si limita a riportare la *regula iuris* ad essa relativa, ma aggiunge che *haec ita principalibus constitutionibus significatur*.

26. — C) È *incestum* l'unione tra affini in linea retta, non solo durante il matrimonio²⁰⁵, ma anche *soluta matrimonio* cioè disciolto il rapporto di *adfnitas*²⁰⁶.

Gai 1.63: ... *Item (sc.: uxorem ducere non licet) eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus « quondam » quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfnitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere*²⁰⁷.

Come non vi era divieto di nuovo matrimonio tra i coniugi che avevano precedentemente divorziato, così non poteva l'unione sessuale di due ex-coniugi integrare il delitto di *incestum*²⁰⁸. È perciò che Gaio

²⁰¹ Cfr. Ulp. *reg.* 5.6 e le fonti letterarie citate da MOMMSEN 685 nt. 7.

²⁰² Cfr. CTh. 3.12.2; CI. 5.8.2 (itp.: cfr. Coll. 6.4.5).

²⁰³ Sull'unione tra *nepos* e *amita* o *matertera*, cfr.: Gai 2.63: *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet.*

²⁰⁴ V. *retro* cap. II n. 7 e 17.

²⁰⁵ In questo caso vi è concorso di *incestum* con *adulterium*: cfr. Paul. *sent.* 2.19.3.

²⁰⁶ Per la dimostrazione che il vincolo di *adfnitas* sussisteva soltanto *manente matrimonio*, v. GUARINO, *Adfnitas* (Milano 1939) 77 s.

²⁰⁷ Cfr. Ulp. *reg.* 5.6 (= Coll. 6.2.3); Gai *epit.* 1.4.5; Inst. 1.10.6-7.

²⁰⁸ Per la dimostrazione che il vincolo tra i coniugi era, in diritto classico, un vincolo di *adfnitas*, cfr. GUARINO, *Adfnitas* cit. 29 s.

non parla genericamente di *adfines*, ma enumera i casi passibili del divieto e quindi di possibile *incestum*.

27. — Che in tutti i casi sopradescritti si sia indiscutibilmente in presenza di ipotesi di *incestum* a' sensi dei *veteres mores*, risulta dalla lettura del paragrafo delle Istituzioni di Gaio, con cui si conclude l'elencazione dei divieti matrimoniali.

Gai 1.64: *Ergo si quis nefarias atque incestas²⁰⁹ nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique: nec ob id in potestate eius (sunt sed tales) sunt quales sunt hi, quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam sit; unde solent spurii filii appellari [, vel a Graeca voce quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii]²¹⁰.*

Il matrimonio contrario al divieto dei *mores* è giuridicamente inesistente: colui che lo ha contratto *neque uxorem habere videtur neque liberos*. Ne consegue che le terminologie *incestum matrimonium* e simili²¹¹ sono terminologie improprie: l'unione incestuosa non può assurgere mai a *matrimonium iustum*, produttivo di conseguenze giuridiche.

La coincidenza tra *incestum* ed infrazione dei divieti matrimoniali sanciti dai *mores* è, sin qui, perfetta.

28. — D) Altri casi di unioni incestuose si hanno nella ipotesi di infrazioni di divieti matrimoniali, che furono formulati dalla giurisprudenza classica a titolo di corollari di quelli posti dai *mores*.

a) È probabile che la giurisprudenza classica abbia ravvisato *incestum* nella ipotesi di infrazione al divieto di matrimonio tra libertini, derivante dalla *cognatio servilis*, tanto in linea retta quanto in linea collaterale. Dei due testi che affermano il divieto di *nuptiae* basato sulla *cognatio servilis*, uno (D. 23.2.8) è forse eccessivamente tartas-

²⁰⁹ *Nefarias atque* è espunto dal SOLAZZI, *Glosse* cit. 129 s., ma a torto: v. *retro* n. 24 e nt. 182.

²¹⁰ Ritengo che *vel a Graeca* *rell.* sia un glossema esplicativo, non appartenente all'originale gaiano.

²¹¹ V. *retro* n. 23 e nt. 172.

sato dalle manipolazioni postclassiche²¹², ma l'altro (D. 23.2.14.2) deve ritenersi, col Bonfante²¹³, sostanzialmente genuino²¹⁴:

D. 23.2.14.2 (Paul. 34 *ad ed.*): *Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt*²¹⁵.

b) Non ha invece niente di classico il divieto di matrimonio connesso con l'*adfnitas servilis*: non deve dunque parlarsi di *incestum* a questo proposito. L'*adfnitas servilis*, come ho tentato di dimostrare in altro lavoro²¹⁶, è una creazione del diritto postclassico, imitazione della *cognatio servilis* elaborata dalla giurisprudenza classica.

c) È probabile che la giurisprudenza classica abbia ravvisato l'*incestum* nell'unione di un coniuge con i figli nati all'altro coniuge posteriormente al divorzio. Nessun vincolo di *adfnitas* sorge, a rigore, in questo caso, perché *coniungendae adfnitatis causa fit ex nuptiis*²¹⁷, mentre le *nuptiae* sono già state sciolte prima della nascita del figlio. Tuttavia è evidente il motivo di opportunità e di equità che spinse Giuliano a pensare che l'*adfnitas* si dovesse considerare anche in questo caso esistente:

D. 23.2.12.3 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam suscepit, putat Iulianus hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum*²¹⁸.

d) Abbiamo visto²¹⁹ che, nel corso stesso del diritto classico, dopo la *lex Iulia de adulteriis*, la coscienza sociale non poté fare a meno di considerare incestuosa l'unione del figlio con la concubina del padre. Alessandro pertanto stabilì con un rescritto²²⁰ che ad essa fosse applicata la *poena ex lege Iulia*. Siamo certo in presenza di una statuizione

²¹² Cfr. D. 23.2.8. Itp. *quia — fn.*: BESELER, ZSS. 45 (1925) 442. Itp. *aut sororem* (?): CUIACIO, ALBERTARIO, ZSS. 31 (1910) 169. Ma v., per la genuinità, PEROZZI, *Istituzioni di dir. rom.*² 1.201 nt. 3. V., da ultimo, PETERLONGO, in *Studi Michels* 293.

²¹³ *Corso* 1.204 nt. 1.

²¹⁴ Ma v., tuttavia, i citati dall'*Index itp. ahl.*

²¹⁵ Tralascio di riportare il seguito del frammento, che presta il fianco a critiche di forma.

²¹⁶ GUARINO, *Adfnitas* cit. 89 s. Ivi la critica completa di D. 23.2.14.3 e D. 38.10.4.9.

²¹⁷ Cfr. D. 38.10.4.3.

²¹⁸ Cfr. Inst. 1.10.9. *Amplius*, sul rapporto tra i due testi, GUARINO, *Adfnitas* cit. 24 s.

²¹⁹ *Retro* cap. II n. 12.

²²⁰ V. *retro* cap. II n. 12.

imperiale; ma possiamo dire che il divieto di entrare in concubinato e quindi anche di aver rapporti sessuali con la concubina del *pater* scaturì, dopo la nascita dell'istituto paramatrimoniale del concubinato²²¹, da una analogia così evidente con i casi di divieto matrimoniale da *cognatio*, che il rescritto di Alessandro espresse quella che dovette essere la *communis opinio* dei tempi.

29. — E) Gli altri divieti matrimoniali conosciuti dal diritto classico sono tutti caratterizzati: 1) dal non avere le loro radici nel *fas*, come quelli sin qui esaminati; 2) dal non essere stati (appunto perciò) introdotti dai *mores*, bensì da esplicite disposizioni normative dell'epoca del principato.

a) I mandati imperiali proibirono le nozze del *praeses provinciae* con la donna oriunda o domiciliata nella sua *provincia*²²².

Le nozze in questione furono pertanto considerate nulle²²³. L'inottemperanza al divieto procurò, forse già a partire dal tardo diritto classico, la confisca della dote²²⁴.

b) Un senatoconsulto del 177-180 vietò le nozze tra il tutore e la pupilla prima della resa dei conti e prima del raggiungimento dei 25 anni da parte della *ex-pupilla*²²⁵.

c) La *lex Iulia de maritandis ordinibus* introdusse tutta una serie di divieti matrimoniali aventi lo scopo di tutelare la integrità della stirpe²²⁶. Furono vietate le nozze dei senatori (o loro discendenti) con le *libertinae*, con le *feminae obscuro loco natae* o esercenti *ars ludicra* (e loro figlie), con le donne condannate in giudizi penali pubblici; egualmente furono vietate le nozze degli *ingenui* con alcune fra le predette categorie di *feminae*²²⁷.

È controverso se detti divieti fossero sin dall'inizio accompagnati da sanzione di nullità: lo sostiene, da ultimo, il Nardi²²⁸, lo nega vi-

²²¹ V. *retro* cap. II n. 3 nt. 30.

²²² Sul tema, da ultimo, ORESTANO, *La dote nei matrimoni contra mandata*, in *St. Bonolis* 1 (Milano 1942) 5 s. (estr.).

²²³ Cfr. D. 23.2.63; D. 24.1.3.1.

²²⁴ ORESTANO, *cit.*

²²⁵ BONFANTE, *Corso* 1.205 nt. 9.

²²⁶ Da ultimo, CASTELLO, *In tema di matrimonio* cit. 73 s.

²²⁷ Cfr. *Ulp. reg.* 13.1-2 e NARDI, *La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di conubium* (Milano 1938) 20 s.

²²⁸ *Cit.* 23 s. V. anche NARDI, *Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee*, in *SDHI.* 7 (1941) 112 s.

gorosamente, sulle tracce della dottrina dominante²²⁹, il Solazzi²³⁰, secondo il quale i coniugi erano solamente esclusi dai benefici della *lex Iulia et Papia* e rimanevano sottoposti alle pene del celibato, mentre la sanzione della nullità sopravvenne soltanto all'epoca di Marco Aurelio²³¹.

d) La stessa *lex Iulia de adulteriis* vietò il matrimonio della donna condannata per violazione delle sue norme²³² sotto sanzione che preferiamo non precisare²³³.

Per vari motivi sarebbe assurdo parlare, in ordine alle ipotesi sopra accennate, di *incestum* nel caso di violazione del divieto²³⁴. Manca, nelle infrazioni a quei divieti, ogni minima riferibilità a quella violazione del *castum*, della *pudicitia* richiesta *ab antiquo* dal *fas*, che possa far pensare all'*incestum*. Manca, infine, un sia pur minimo indizio testuale, che possa farci ritenere il contrario.

Possiamo dunque concludere l'analisi delle ipotesi classiche delle infrazioni a divieti matrimoniali, affermando con tutta sicurezza che di *incestum* può parlarsi, in diritto classico, solo in relazione ai divieti stabiliti dai *veteres mores*. Per gli altri, stabiliti da senatoconsulti o da leggi, non è luogo a parlarsi di *incestum*, ma soltanto di *stuprum*.

30. — F) Nel corso dell'epoca postclassica ulteriori divieti matrimoniali vennero formulati dalla legislazione imperiale; ed è interessante notare come essi presentino, in generale, elementi di contatto con quelli dei *veteres mores*, sì da permettere, entro certi limiti, la configurabilità del delitto di *incestum*.

a) Vietata fu l'unione tra affini in linea collaterale entro il secondo grado.

CTh. 3.12.2 (Constant. et Const., a. 355): *Etsi licitum veteres cre-*

²²⁹ Citazioni in NARDI, *Posizione successoria* cit. 23 nt. 4.

²³⁰ *Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee*, in ANA. 59 (1938) 269 s.

²³¹ *Loc. cit.* 272 s. Cfr. D. 23.2.16 pr. (Paul. 35 *ad ed.*).

²³² Fu vietato, evidentemente, non solo il matrimonio dell'adultera, ma anche quello della donna condannata per *stuprum* (conforme NARDI, *Posizione successoria* cit. 17 nt. 5) e di quella condannata per *incestum* (conforme MOMMSEN 688 nt. 5; *contra* NARDI, *cit.*).

²³³ NARDI, *Posizione successoria* cit. 17 s., parla anche in questo caso di nullità, ma v. tuttavia SOLAZZI, *cit.*

²³⁴ Particolarmente assurdo, in ordine alle ipotesi *sub c)*, se si aderisce alla tesi del SOLAZZI (*retro* nt. 230). Molto meno, invece, quanto alla ipotesi *sub b)*, per la quale era sancita la *poena adulterii*: cfr. D. 48.5.7.

*diderunt nuptis fratris solutis fratris ducere uxorem, licitum etiam post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nuptiis universi nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari [nam spurios esse convenit qui nascentur]*²³⁵.

La contrapposizione ai *veteres mores* è chiaramente espressa nella stessa costituzione, che stabilisce ciò malgrado la nullità delle nozze in violazione al suo divieto²³⁶. E il divieto in parola è confermato da successive costituzioni, nelle quali si parla esplicitamente di *incestae nuptiae*²³⁷.

b) Vietata fu l'unione tra *patruus* e *neptis ex fratre*, che Claudio aveva fatto, in linea eccezionale, permettere²³⁸.

c) Vietate furono le unioni tra cugini²³⁹. Il divieto fu sancito da Teodosio I²⁴⁰, fu confermato da Arcadio (a. 396), che ridusse la pena a sanzioni di carattere fiscale²⁴¹, fu abolito (a. 405) dallo stesso Arcadio nell'impero d'Oriente²⁴², mentre non lo fu da Onorio nell'impero di Occidente, perlomeno sino al 409²⁴³.

d) Vietate furono le unioni tra Cristiani e Ebrei²⁴⁴. Il divieto fu sancito nel 388 e la pena comminata fu la *poena adulterii*²⁴⁵.

Nei primi tre casi di divieti matrimoniali sopra indicati, può dirsi che l'analogia con i divieti dei *veteres mores* è chiara ed evidente. Il divieto di nozze tra affini in linea collaterale completa ed estende il

²³⁵ Per l'atetesi di *nam. vell.*, v. GUARINO, *Adfinitas* cit. 55 nt. 11.

²³⁶ Già in diritto classico la pubblica riprovazione doveva tuttavia seguire le nozze tra cognati (e persino le unioni tra futuri cognati). Questo almeno risulta dai passi dei retori riportati *retro* cap. I n. 1 nt. 7.

²³⁷ Cfr. CTh. 3.12.3 (a. 396); CTh. 3.12.4 (a. 415); CI. 5.5.6 (= CTh. 3.12.3); CI. 5.5.8 (a. 475); CI. 5.5.9 (a. 476-484).

²³⁸ V. *retro* n. 25 B *sub b*).

²³⁹ Sul punto: ROTONDI, *Scritti giuridici* I (Milano 1922) 216.

²⁴⁰ Con una costituzione non conservata, di cui ci tramandano notizie Libanio e S. Ambrogio: cfr. GOTOFREDO, *ad CTh.* 3.10.1.

²⁴¹ CTh. 3.12.3 (= CI. 5.5.6, nella sola parte che riguarda la pena).

²⁴² CI. 5.4.10 («*revocata prisci iuris auctoritate*»). Cfr. anche Inst. 1.10.4.

²⁴³ CTh. 3.10.1 (a. 409), ove il divieto di nozze tra cugini viene presupposto. È merito del Gotofredo di aver avvertito il diverso sviluppo della legislazione sul tema nelle due parti dell'Impero: v. *amplius*, sul punto, ROTONDI, *cit.* 217 s.

²⁴⁴ Sull'argomento, SOLAZZI, *Le unioni di Cristiani e Ebrei nelle leggi del basso Impero*, in ANA. 39 (1938) 164 s.

²⁴⁵ Cfr. CTh. 9.7.5 (= CTh. 3.7.2 = CI. 1.9.6). Il divieto di unione tra ebreo e cristiana era già stato sancito nel 339 da Costanzo (CTh. 16.8.6).

divieto di nozze tra affini in linea retta dei *veteres mores*²⁴⁶. Il divieto di nozze tra *patruus* e *neptis ex fratre* abolisce una eccezione di favore ammessa, « bon gré mal gré », dal diritto classico di fronte all'antico divieto di nozze tra parenti in linea collaterale²⁴⁷. Il divieto di nozze tra cugini (per quanto abolito nella legislazione giustiniana)²⁴⁸ si riconnette allo spirito informatore del divieto di nozze tra parenti collaterali²⁴⁹.

A questo richiamo dei *veteres mores*, che può farsi riguardo ai casi *sub a)*, *b)* e *c)*, deve aggiungersi, per tutti e quattro i casi, un richiamo meno tenue e mediato: il riferimento alla influenza, nel Basso Impero, dei principî della religione cristiana, la cui tendenza era appunto nel senso di riprovare le unioni tra propinqui in vaste categorie, nonché le nozze tra Cristiani ed Ebrei. L'influenza della dottrina cristiana (espressa nelle deliberazioni dei concili ecumenici del tempo) sui primi tre divieti è stata dimostrata di già dal Castello²⁵⁰. Quanto al divieto di nozze tra Cristiani ed Ebrei, ci permettiamo di non condividere la meraviglia del Solazzi per il suo ricollegamento alla *lex Iulia de adulteriis*²⁵¹ e per la comminazione della *poena adulterii*²⁵²: sono unioni proibite per motivi prevalentemente di carattere religioso, come quelle vietate *ab antiquo* dal *fas*, le quali dunque ricevono la qualifica di *incesta* e rettamente vengono ricollegate alla *lex* che perseguì, nel diritto classico, accanto al *crimen adulterii* e al *crimen stupri*, anche il *crimen incesti*.

31. — L'analisi dei divieti matrimoniali introdotti nel Basso Impero ci ha portati, in conclusione, a stabilire una sorta di vaga analogia fra essi e quelli dei *veteres mores*, cioè quelli dell'antichissimo *fas*, e ad individuare nelle infrazioni a tali divieti la configurabilità del *crimen incesti*, sia pure in maniera non del tutto precisa.

Occorre aggiungere che i divieti matrimoniali postclassici mentre

²⁴⁶ V. *retro* n. 26.

²⁴⁷ V. *retro* n. 25 B *sub b)*.

²⁴⁸ Ove è accolta la costituzione di Arcadio del 405: v. *retro* nt. 242.

²⁴⁹ V. *retro* n. 25. Aggiungo che in CI. 5.4.19 si legge apertamente che con l'abolizione del divieto viene abolita la *prisci iuris auctoritas*.

²⁵⁰ Osservazioni sui divieti di matrimonio fra parenti ed affini (*Raffronto fra Concilii della Chiesa e Diritto Romano*), in RIL. Lettere 72 (1939) estr.

²⁵¹ CTh. 9.7.5 è appunto nel titolo *ad legem Iuliam de adulteriis*.

²⁵² Troppo sottile, quindi, per quanto fondamentalmente esattissima anch'essa, è la spiegazione del Solazzi, *cit.*

subivano l'influsso della religione cristiana da un lato, si trovavano, dall'altro, a doversi introdurre in un ambiente (quale era in special modo quello dell'impero d'Oriente) in cui le unioni tra parenti, persino tra fratelli, erano all'ordine del giorno²⁵³. Le difficoltà della loro applicazione dovevano essere rilevantissime e le fonti ce ne forniscono ampiamente l'indizio nella ipotesi del matrimonio tra cugini, che, vietato per tutto il territorio dell'impero da Teodosio I, continuò ad esserlo forse ancora per un secolo nell'impero d'Occidente, mentre il divieto fu frettolosamente abolito da Arcadio, nel 405, nell'impero di Oriente²⁵⁴.

Naturalmente non in tutti i casi potevano gli imperatori d'Oriente adattarsi a seguire la ritirata di Arcadio in tema di matrimonio tra cugini. Essa rimase anzi un caso sporadico, mentre nella maggior parte dei casi gli imperatori postclassici si illusero di ottenere lo scopo ripetendo con tono sempre più alto i divieti e le relative pene di incesto, nella vana speranza di spaventare una buona volta quelle olimpiche popolazioni d'Oriente, che continuavano imperterrite ad applicare i loro costumi. Si venne verificando, in questo come in altri campi, una situazione paragonabile a quella delle « gride » dei « Promessi Sposi »: grandi minacce, spesso ripetute, al rimbombo delle quali certo non si scomponevano i « bravi ».

Se prestiamo, per un momento solo, orecchio alle voci degli imperatori che si levano dalle fonti a nostra disposizione, possiamo convincerci che lo schizzo or ora tratteggiato risponde alla realtà²⁵⁵. Nel 295, Diocleziano e Massimiano²⁵⁶ riconfermano tutti i divieti di unioni incestuose conosciuti ai loro tempi, concedendo un'ampia indulgenza per le infrazioni anteriori. Costanzo e Costante ripristinano, nel 342, il divieto di matrimonio tra zio e nipote *ex fratre*²⁵⁷. Gli stessi introducono, nel 355, il divieto di matrimonio tra affini in linea collaterale entro il secondo grado²⁵⁸. Valentiniano, Teodosio e Arcadio²⁵⁹, intorno al 390, ribadiscono in forma solenne tutti i divieti introdotti dai predecessori. Gli stessi²⁶⁰ conclamano una volta ancora, nel 393, la nullità del ma-

²⁵³ V., sul punto, *infra* cap. IV.

²⁵⁴ V. *retro* n. 30 *sub c*).

²⁵⁵ *Amplius*, sul punto, *infra* cap. IV.

²⁵⁶ Coll. 6.5.

²⁵⁷ V. *retro* n. 30 F *sub b*).

²⁵⁸ V. *retro* n. 30 F *sub c*).

²⁵⁹ CI. 5.5.4 (a. 387-393).

²⁶⁰ CI. 5.5.5.

trimonio tra affini in linea collaterale. La nullità di questo matrimonio deve essere però sancita nuovamente, nel 415, da Onorio e Teodosio²⁶¹ e, nel 475, da Zenone²⁶², il quale ultimo²⁶³, intorno al 480, non può fare a meno di proibire un'ennesima volta le unioni incestuose tra zio e nipote e tra *adjines* collaterali.

32. — Ricostituito nei suoi elementi essenziali e nella sua giusta prospettiva il quadro delle ipotesi criminose, dobbiamo ora, per concludere il presente capitolo, esaminare il problema se una classificazione di tali ipotesi sia stata compiuta nel diritto romano, e quale sia stato il criterio informatore di essa, e quando essa sia venuta a profilarsi.

Come si è detto²⁶⁴, l'unanime dottrina segnala, sulla base di alcuni testi che esamineremo fra poco, che una distinzione fondamentale²⁶⁵ era fatta, in diritto classico, tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*. L'importanza di questa distinzione si sarebbe riflessa, sin dal diritto classico, sul tema della scusabilità dell'*incestum* per *ignorantia iuris*²⁶⁶. Essa sarebbe consistita in ciò: *incestum iure gentium* è quello proibito *moribus*, *incestum iure civili* quello proibito *legibus*²⁶⁷; o pure in ciò: *incestum iure gentium* è il complesso dei casi più evidenti di *incestum*, *incestum iure civili* il complesso dei casi tipici della società romana, squisitamente esogamica²⁶⁸. Si noti che è stato anche osservato²⁶⁹ che un criterio sicuro non può essere fornito per il fatto che la distinzione fu esclusivamente classica e che essa è una semplice sopravvivenza nella compilazione giustiniana.

Le origini della presunta distinzione classica sono invece additate con molta sicurezza da una dottrina che si avvia a diventare quasi unanime²⁷⁰: specialmente dopo che, nel 212, l'editto di Caracalla ebbe am-

²⁶¹ CTh. 3.12.4.

²⁶² CI. 5.5.8.

²⁶³ CI. 5.5.9 (a. 476-484).

²⁶⁴ *Retro* n. 21.

²⁶⁵ L'unico a negare che la distinzione abbia avuta grande importanza nel diritto classico è stato, come si è rilevato (*retro* n. 21 e nt. 173), il Voci.

²⁶⁶ V. *infra* cap. IV.

²⁶⁷ MOMMSEN 687; LOTMAR 123; VOLTERRA 98.

²⁶⁸ KLINGMÜLLER, *cit.*; WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserrecht*, in ZSS. 29 (1908) 358 s.; DE MARTINO 401 s.

²⁶⁹ DE MARTINO 405 s.

²⁷⁰ KLINGMÜLLER, *cit.*; PARTSCH, *Archiv für Papyrusforschung* 5.476; WEISS, *cit.*; DE MARTINO 413 s.

messo a far parte dell'impero romano le popolazioni orientali, la giurisprudenza classica si trovò di fronte al grave problema di dover conciliare le proprie rigide norme consuetudinarie sull'*incestum* con quelle molto meno rigorose dei popoli orientali. Fu pertanto differenziata la categoria dell'*incestum iure civili*, valevole per i soli *cives* veramente romani, da quella dell'*incestum iure gentium*, valevole per tutti indistintamente.

Ma prima di dimostrare la fragilità degli argomenti di questa dottrina, esaminiamo da vicino i testi nei quali la distinzione di cui vogliamo occuparci verrebbe menzionata.

33. — A) D. 23.2.68 (Paul. *sing. ad sc. Turpill.*): *Iure gentium incestum committit qui ex gradu ascendentium vel descendantium uxorem duxerit, qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur, vel adfinem quam impeditur, si quidem palam fecerit, levius, si clam hoc commiserit, gravius punitur. cuius diversitatis illa ratio est: circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur, palam delinquentes ut errantes maiore poena excusantur, clam committentes ut contumaces plectuntur.*

a) Il brano esordisce, definendo *incestum iure gentium* l'unione tra ascendenti e discendenti. Senonché poi passa bruscamente a dire che chi sposa una parente in linea collaterale o una affine viene punito più lievemente se lo faccia *palam*, più gravemente se la faccia *clam* ed a spiegare con un sorprendente ragionamento la *ratio* di quest'ultima *diversitas* (tra *palam* e *clam*): la punizione, nel caso di flagranza, è minore perché l'agente dà prova di peccare per ignoranza più che per prava deliberazione²⁷¹. Non si capisce troppo la differenza che intercorre tra il *vetatur*, applicato alle nozze con la *cognata*, e l'*impeditur*, applicato alle nozze con l'affine. Ed è dubbio, infine, se il testo, anziché parlare della affine in linea retta²⁷², parli dell'affine in linea collaterale²⁷³; nel qual secondo caso non si vede perché la menzione dell'affine in linea retta sarebbe stata tralasciata, e si sarebbe costretti, inoltre, ad attribuire

²⁷¹ Questo ragionamento è quello esattamente contrario al buon senso. Giustamente il diritto moderno punisce l'incesto se vi è pubblico scandalo e non viceversa (art. 564 c.p.). Osserva inoltre il DE MARTINO 405, che la norma di D. 23.2.68 « incoraggiava la pubblicità delle unioni incestuose »: un classico non avrebbe potuto fare a meno di vederlo.

²⁷² Come dovrebbe essere, per diritto classico, dato che le nozze con l'affine in linea collaterale non erano ancora vietate: v. *retro* n. 30 F *sub a*).

a Paolo qualità di profeta, perché il divieto di nozze tra affini in linea collaterale fu stabilito più di un secolo dopo ²⁷⁴.

b) Tutti motivi, gli anzidetti, per sospettare che D. 23.2.68 sia alterato. E lo hanno sostenuto, di fatti, il Volterra ²⁷⁵ e il De Martino ²⁷⁶. Mentre il primo si è limitato ad espungere *cuius diversitatis rell.*, il secondo ha avvertito che anche la regola sulla variazione di pena è postclassica, non la sola motivazione, ed ha proposto la seguente ricostruzione:

Iure gentium — vetatur (iure civili incestum committit) [—] ²⁷⁷.

Ma la ricostruzione proposta dal De Martino non è localmente giustificata, né lo è in base agli altri testi dai quali apparirebbe la contrapposizione tra *incestum iure civili* e *incestum iure gentium*. Se è vero che *incestum iure gentium* è anche quello tra affini in linea retta (D. 12.7.5.1) ²⁷⁸, non si vede perché Paolo, in questa solenne definizione generale dell'*incestum*, avrebbe ommesso di farvi cenno. Non solo; ma dato che localmente non vi sono appigli per ritenere *iure civili* l'*incestum* tra *cognati* in linea collaterale ²⁷⁸ né da alcun altro frammento ciò risulta, non si capisce perché necessariamente Paolo abbia dovuto definire *iure civili* l'*incestum* tra *cognati* in linea collaterale.

c) Gli elementi formali di critica del testo sono parecchi e sono stati diligentemente raccolti dal De Martino ²⁸⁰. Ad essi aggiungerei, per mia parte, lo *ex gradu ascendentium vel descendantium uxorem ducere*, in cui « *gradus* » equivale a « categoria » ²⁸¹. Tutto è sospetto, insomma, nel nostro frammento: non nel senso che esso sia di creazione compila-

²⁷³ Come fa pensare lo *e latere* che si legge prima del caso della cognata.

²⁷⁴ Il DE MARTINO 406, commette un errore di prospettiva storica quando dice che lo *e latere* invita a credere che la *adfinis* sia soltanto quella in linea collaterale, e che pertanto non vi è contraddizione tra D. 23.2.68 e D. 12.7.5 (dal quale risulterebbe che l'unione tra affini in linea retta è, per diritto classico, *incestum iure gentium*).

²⁷⁵ 98 s.

²⁷⁶ 406.

²⁷⁷ Il De Martino espunge, alla fine, anche lui la menzione della *adfinis* perché « le parole potrebbero essere state inserite dai compilatori ».

²⁷⁸ V. *infra* n. 34.

²⁷⁹ E troppo poco basarsi sulla presenza del solo primo termine della distinzione (*iure gentium incestum*) e sull'avversativo *vero*.

²⁸⁰ 406 e citazioni *ivi*.

²⁸¹ Il giurista classico avrebbe detto: *ex ascendentibus vel descendantibus*, oppure *ascendentem vel descendantem*.

toria²⁸², ma nel senso che esso è stato ampiamente rimaneggiato in epoca postclassica. Trattasi di un elaborato, che, come tale, non può essere addotto come elemento di prova della classicità di una classificazione, la quale — fra l'altro — in esso, così come è ora, non si legge nemmeno.

34. — B) D. 12.7.5.1 (Pap. 11 *quaest.*): *Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit. cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur: atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit, condictio igitur competit.*

Il frammento, a più riprese attaccato dal Beseler²⁸³, è stato difeso, quanto alla sostanza, dal Bonfante²⁸⁴. Non è mia intenzione di addentrarmi, in questa sede, nelle discussioni circa la *condictio ob turpem causam*. Mi basti rilevare che fondata è l'ipotesi del Beseler, essere questo paragrafo una parafrasi del *principium*²⁸⁵.

pr.: *Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit: an eandem repetere possit, quaesitum est.*

dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecuniam numeretur, cessare conditionem et in delicto pari potiore esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem secutum respondere non habiturum mulierem conditionem:

sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse, cum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse.

§ 1: *Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit.*

cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur:

atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit, condictio enim competit.

²⁸² Il DE MARTINO 405, parla di carattere « emblematico » del frammento. Non lo seguo in questo giudizio. L'esperienza dimostra sempre più alla critica interpolazionistica quanto grande sia la massa dei glossemi e degli inquinamenti pregiustiniani di fronte agli emblemi di Triboniano. Nel caso nostro l'intervento di Triboniano è da escludere, non fosse altro perché siamo fuori dai *libri terribiles*.

²⁸³ *Beiträge* 3.86; 4.175; *SDHI.* 3 (1937) 378.

²⁸⁴ *Corso* 1.203 nt. 6.

²⁸⁵ *Beiträge* 3.86: « Der ... § sprachlich teils sonderbar teils an das pr. angelehnt und sachlich im wesentlichen Wiederholung, ist gänzlich Paraphrasis ».

Contrariamente al Beseler²⁸⁶, ritengo che il *principium* sia quasi interamente classico, che ne sia classica l'ossatura, la quale è propria (con quel mettere in evidenza, successivamente, il pro e il contro) di una *quaestio* teorica. Il paragrafo 1 è di esso una ripetizione pedissequa, salvo la mutazione e la moltiplicazione degli esempi, che arieggia al *thema* di una esercitazione oratoria. Si aggiungano, per il sospetto, gli indizi di forma: *conditionem cessare*²⁸⁷, *atquin vel magis*²⁸⁸.

Farei dell'ipercritica se volessi concludere che D. 12.7.5.1 non è genuino. Esso presenta indubbiamente qualche elemento di sospetto, è una parafrasi del *principium*, le alterazioni subite da quest'ultimo dimostrano che tutto il passo di Papiniano è stato rielaborato; ma tutto ciò non autorizza alla condanna definitiva del frammento, né, in particolare, a quella di *iure gentium incestum*.

La condanna del frammento e, in ogni caso, la svalorizzazione del preteso elemento di prova, che la locuzione *incestum iure gentium* in D. 12.7.5.1 pare fornire alla dottrina sulla dicotomia delle forme di *incestum*, seguiranno dalle considerazioni generali che verremo svolgendo più oltre.

35. — C) D. 48.5.39(38).2 (Pap. 36 *quaest.*): *Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.*

Il frammento è stato dichiarato « interamente di fattura compilatoria »²⁸⁹; si è detto da altri²⁹⁰ che « non è possibile dubitare dell'origine bizantina di esso ».

a) In effetti, gli indizi di forma non mancano: il singolare *mulier* contrapposto al plurale *mares*²⁹¹; *observatio*²⁹²; *interveniet*²⁹³; *ius no-*

²⁸⁶ Egli propone la seguente ricostruzione: *Avunculo — dedit [—]: an [—] repetere possit [—]. dixi (non videri pecuniam ob rem turpem datam) [—]: non enim stupri—esse, (quia vero res sequi non posset, conditioni locum esse.)*

²⁸⁷ GUARNERI CITATI, *Indice* sv. *cessare*.

²⁸⁸ GUARNERI CITATI, *Indice* sv. *atquin*.

²⁸⁹ VOLTERRA 109. Valgano, circa il « compilatorio » in questo testo, gli stessi rilievi fatti *retro* nt. 282 (salvo l'ultimo).

²⁹⁰ DE MARTINO 408.

²⁹¹ V. tuttavia DE MARTINO 408 nt. 82: *mulier — mares* è una « nuance ».

²⁹² GUARNERI CITATI, *Indice* shv. Ma v. DE MARTINO 408 nt. 82.

²⁹³ GUARNERI CITATI, *Indice* shv.

strum, che è ἄπαξ λεγόμενον²⁹⁴. Ad essi aggiungo: *poenam. sustinere; incestum admittere (per committere)*²⁹⁵.

b) L'esame della sostanza conferma pienamente il giudizio di condanna del passo. La distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili* non ha nessun fondamento ed è contraddetta da tutto il resto del fr. D. 48.5.39(38), sia nella redazione attuale che nella probabile redazione classica²⁹⁶.

aa) Nella redazione attuale del testo, non si comprende il passaggio dalla distinzione tra *error* e *contumacia* del *mas* (§ 1) alla distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili* della *mulier*. Né si comprende che abbia a che fare questa distinzione con i rimanenti paragrafi, nei quali non si parla affatto di scusabilità dell'*incestum iure civili*, ma di scusabilità dell'*incestum*, in generale.

bb) Nella probabile redazione classica del frammento, assurde sono le dichiarazioni del § 1 perché esse ricevono immediatamente una smentita dal § 4, dal quale risulta che i *divi fratres* rimisero la *poena incesti* ad una certa Claudia « *propter aetatem* », senza che sia affatto specificato (come si sarebbe dovuto) se l'*incestum* commesso da Claudia era poi un *incestum iure civili*.

c) La conclusione è che D. 48.5.39(38).1 è completamente alterato e che la distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili* è, in esso, con tutta probabilità spuria. Neanche di « reminiscenze classiche »²⁹⁷ può, a mio parere, parlarsi, come le considerazioni svolte or ora tendono a dimostrare.

36. — Credo di aver ormai indicato sufficiente numero di ragioni che cooperano nel rendere molto improbabile la classicità della distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*. L'improbabilità in parola si accresce a dismisura, qualora si tenga conto di alcuni argomenti di ordine generale.

a) Alla distinzione da noi combattuta non si ode più fare il minimo cenno in nessun testo, oltre i tre sospettabilissimi e contraddittori²⁹⁸

²⁹⁴ DE MARTINO 408 nt. 82, nota, tuttavia, che non per questo l'espressione è scorretta.

²⁹⁵ Cfr. D. 48.5.39(38).1 itp. (*retro* cap. II n. 17): *admissum est*.

²⁹⁶ V. *infra* cap. IV n. 41.

²⁹⁷ DE MARTINO 406.

²⁹⁸ Per D. 12.7.5.1 l'unione tra affini in linea retta costituirebbe *incestum iure gentium*; tanto risulterebbe anche dal confronto tra D. 48.5.39(38).2 e il *prin-*

sin qui esaminati. Anche gli autori che l'accolgono²⁹⁹ hanno dovuto ammettere che essa non si riferisce al diritto privato, perché Gaio non ne parla, perché non ne parlano le fonti ricalcate su Gaio, perché in D. 12.7.5.1 « la menzione dell'*i. iure gentium* è puramente occasionale ».

b) Vi è di più. Se dobbiamo prestar fede ad un testo conservato dalla *Collatio*³⁰⁰, è reso sempre più credibile che la giurisprudenza classica mai più pensò a qualificare *incestum iure gentium* l'unione tra gli stessi ascendenti e discendenti in linea retta, perché ebbe ben chiaro il concetto che il loro matrimonio era vietato *iure civili*:

Paul. *sent.* 2.19.3 (= Coll. 6.3.1): *Inter parentes et liberos iure civili matrimonia contrahi non possunt ...*

c) Vi è di più ancora. Abbiamo visto come, in diritto classico, l'*incestum* non solo venga definito, ma sia unicamente e solo costituito da violazioni dei divieti matrimoniali imposti dai *veteres mores*³⁰¹; i divieti matrimoniali imposti *legibus* non danno luogo, se violati, ad *incestum*³⁰². La identificazione dell'*incestum iure civili* con le infrazioni ai divieti matrimoniali imposti *legibus* (cioè dai senatoconsulti e dalle costituzioni imperiali)³⁰³ è dunque assurda: a parte il fatto che non ne rimane menzione nelle fonti, vi è da considerare che quelle infrazioni sono bensì punibili a titolo di *stuprum* ma non costituiscono *incestum*.

d) Rimane, pertanto, che si prenda in considerazione la teoria che ricollega la dicotomia da noi combattuta alla contrapposizione tra esogamia romana e endogamia orientale³⁰⁴. Bella e suggestiva teoria, indubbiamente vera rispetto al corso complessivo del diritto romano, ma che, rapportata al diritto classico, si dimostrerà agevolmente inesatta, nonché formulata in base ad una falsa prospettiva della evoluzione storica romana.

aa) L'affermazione che la legislazione imperiale si sia trovata sin dai tempi di Augusto di fronte al « problema della estensione del diritto romano ai popoli, i quali vivevano secondo costumi e norme diverse »³⁰⁵

cipium (LOTMAR 123); al contrario essa sarebbe *incestum iure civili* in D. 23.2.68, se fosse classico (v. *retro* n. 33).

²⁹⁹ DE MARTINO 406 s.

³⁰⁰ Sul tema, VOLTERRA, *Mem. Acc. Lincei* VI.3.1; SMITS, *Mos. et Rom. legum Collatio* (Haarlem 1934); LEVY, *ZSS.* 50 (1930) 702 s.; SOLAZZI, *ANA.* 57 (1935) estr.

³⁰¹ *Retro* n. 23-28.

³⁰² *Retro* n. 29.

³⁰³ V. *retro* n. 32 e nt. 267.

³⁰⁴ V. *retro* n. 32 e nt. 268 e 270.

³⁰⁵ DE MARTINO 413.

è esatta, ma solo nel senso che, sin dai tempi di Augusto, vi fu il problema dell'ammissione dei popoli soggetti nella comunità romana, risolto nel 212 da Antonino Caracalla. Sino al 212, dato il principio della personalità del diritto, i romani vissero anche fuori di Roma in base al diritto romano ed i provinciali in base ai loro diritti, di modo che non poteva affatto sorgere — come invece si è sostenuto — il « grave » problema » della condizione dei sudditi di fronte al diritto penale romano³⁰⁶.

bb) Il problema giuridico della scusabilità di alcune unioni endogamiche sorse, sí, nel diritto classico, ma soltanto dopo che la *constitutio Antoniniana* (si badi: nel 212 d.C.) ebbe concessa la cittadinanza romana ai popoli dell'impero³⁰⁷. Ora, per sfortuna dei nostri avversari, bisogna rilevare: 1) che il testo di Paolo (D. 23.2.68) è completamente alterato³⁰⁸; 2) che l'autore presunto degli altri due testi sulla dicotomia, Papiniano, fu giustiziato proprio il 212 d.C.³⁰⁹.

37. — Il problema della dicotomia è, in conclusione, un problema del tardo diritto classico, che Papiniano non poteva porsi e che, molto probabilmente, Paolo non si è affatto formulato. Tutt'al più possiamo concedere che Papiniano e Paolo, avendo coscienza delle gravi divergenze tra Roma e l'impero circa la valutazione sociale delle unioni endogamiche, abbiano usato, trovandosi a parlare dell'*incestum*, l'espressione *incestum iure gentium: ius gentium* — dice Gaio³¹⁰ — *est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, quello che apud omnes populos perasque custoditur*.

La classicità dell'espressione è salva, ma è definitivamente eliminata la classicità della dicotomia, in cui ha tanto creduto sin qui l'unanime dottrina.

³⁰⁶ Una buona riprova è data dal fatto che nelle professioni per le imposte ad Arsinoe (a. 189) due terzi dei cittadini risultano vivere tranquillamente in unione endogamica tra fratelli e sorelle. Cfr. WAHRMUND, *Das Institut der Ehe im Altertum* (Weimar 1933) 94.

³⁰⁷ V. invece DE MARTINO 413: « La giurisprudenza era dunque posta urgentemente innanzi al grave problema..., ed in ispecie dopo la estensione della cittadinanza all'impero ». Non « in ispecie »; « soltanto » dopo il 212 sorse il problema.

³⁰⁸ V. *retro* n. 33.

³⁰⁹ Cfr. KRÜGER, *Geschichte der römischen Quellen und Litteratur*² (München-Leipzig 1912) 221.

³¹⁰ Gai 1.1.

E la riprova della mia tesi si ha in ciò: che la distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili* si adatta maggiormente al diritto postclassico, non solo perché il grave problema svegliato dall'editto di Caracalla dovette farsi appunto sentire in epoca postclassica (soprattutto di fronte alle pressioni sempre maggiori esercitate, da Costantino in poi, dalla religione cristiana), ma anche perché è nel diritto postclassico che può porsi, come abbiamo visto³¹¹, una differenziazione tra unioni sessuali ritenute incestuose dai *veteres mores* e unioni sessuali ritenute incestuose dalle nuove *leges* (espressioni delle riforme cristiane). È a questa differenziazione che si attaglia, in diritto postclassico, per qualche rispetto, la dicotomia³¹².

Per quanto uno dei testi sulla dicotomia³¹³ si trovi in piena *sedes materiae*, nel tit. D. 48.5 *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, non mi sento, tuttavia, di affermare né che la distinzione sia stata introdotta da Triboniano, né che essa abbia un valore preminente nel diritto giustiniano. Che essa non sia stata introdotta da Triboniano, induce a credere il fatto che i tre frammenti che la riportano appaiono, piuttosto, rielaborati in epoca pregiustiniana, come abbiamo visto per ciascuno di essi. Che la distinzione non abbia molto valore nel diritto giustiniano, porta a ritenere la circostanza che la si riscontra una volta sola nella *sedes materiae*, confinata in una posizione negletta e in un frammento che, per di più, vedremo essere stato con ogni probabilità completamente rimaneggiato da mano postclassica³¹⁴.

38. — Riassumiamo ora schematicamente i risultati delle indagini svolte in questo capitolo.

a) Originariamente fu *incestum* ogni infrazione ai divieti matrimoniali imposti dal *fas*³¹⁵; ciò spiega la riunione nella categoria *incestum* della ipotesi della Vestale e di quelle di unioni tra parenti e affini.

b) Nel sistema classico, rispetto alla *lex Iulia*, furono considerate

³¹¹ V. *retro* n. 31.

³¹² Ciò viene anche dimostrato, entro certi limiti, dal fatto che D. 23.2.68 (*retro* n. 33) sembra includere nella nozione di *incestum iure civili* l'unione con la *cognata* e l'unione con l'*adfinis* in linea collaterale: la prima vietata parzialmente (nella ipotesi dell'unione tra *patruus* e *neptis ex fratre*) dalle nuove leggi (*retro* n. 30 F *sub b*), la seconda vietata *ex novo* dalle costituzioni imperiali (*retro* n. 30 F *sub a*).

³¹³ D. 48.5.39(38).2.

³¹⁴ V. *infra* cap. IV n. 43.

³¹⁵ *Retro* n. 22.

incestuose le sole unioni proibite dai *veteres mores*³¹⁶ o di cui fissò il divieto la giurisprudenza, per ragioni di analogia con le prime³¹⁷. Non furono incestuose, pertanto, le nozze contrarie ai divieti politici dell'epoca del principato, la punizione delle quali seguì a puro titolo di *stuprum*³¹⁸.

c) Il diritto postclassico conobbe altre categorie di divieti matrimoniali, posti dalle costituzioni imperiali per analogia con quelli dei *veteres mores* e, nel contempo, per influsso della religione cristiana³¹⁹.

d) L'editto di Caracalla pose il problema delle unioni endogamiche, frequentissime nelle popolazioni orientali entrate a far parte dell'impero, e sempre più avversate dalla religione cristiana. La legislazione postclassica mostra vivo il disagio generato da queste opposte esigenze³²⁰.

e) Una espressione postclassica della situazione creata dall'editto di Caracalla è la dicotomia *incestum iure gentium-incestum iure civili*, che appare in testi alterati, probabilmente, in epoca pregiustiniana. La distinzione ebbe non rilevante importanza nel diritto giustiniano³²¹.

IV. LA COLPEVOLEZZA E LA PENA.

39. — I problemi, alla discussione dei quali il presente capitolo viene dedicato, sono di estrema e, direi quasi, tradizionale complessità e sono inoltre molto intimamente collegati a due questioni di ordine generale assai scottanti: quella del trattamento della *ignorantia iuris* nel diritto penale romano, e quella della *cognitio extra ordinem* in materia penale³²².

Si tratta di vedere, in sostanza, quali siano state le conseguenze ricollegate, nelle varie epoche, alla *ignorantia iuris* dell'agente: se l'*ignorantia iuris* abbia mai avuto efficacia estintiva del reato, o, se l'abbia avu-

³¹⁶ Retro n. 23-27.

³¹⁷ Retro n. 28.

³¹⁸ Retro n. 29.

³¹⁹ Retro n. 30.

³²⁰ Retro n. 31.

³²¹ Retro n. 32-37.

³²² Un torto deve essere fatto alla dottrina romanistica antica e moderna: ed è quello di non avere considerato contemporaneamente le due questioni, ma di aver sempre, o quasi, dimenticato l'esistenza dell'una nella discussione dell'altra.

ta, in rapporto a quale sfera giuridica, se a quella della repressione ordinaria o a quella della repressione straordinaria.

Si tratta, infine, di ricapitolare gli atteggiamenti della repressione penale del delitto di incesto nel corso del diritto postclassico, sino a Giustiniano.

40. — È noto che, in diritto classico, l'elemento subbiiettivo del reato era generalmente concepito come *scientia* e come *dolus malus* ad un tempo³²³; cioè come volontà e rappresentazione non soltanto dell'azione criminosa, ma dello stesso evento di danno o di pericolo. È noto altresì che, nelle legislazioni penali moderne, l'ignoranza della norma penale non ha efficacia discriminante³²⁴.

Il problema che da molto tempo ci si è posti, di fronte al diritto penale romano, è se in esso avesse efficacia l'*ignorantia iuris*; ci si è chiesti, in particolare, di fronte a molteplici spunti offerti dai testi in materia, se l'*ignorantia iuris* avesse efficacia discriminante in ordine al delitto di *incestum*.

A) Per quanto riguarda il problema generale dell'*ignorantia iuris* nel diritto penale romano, può dirsi che tutte le opinioni possibili, o quasi, sono state finora formulate.

a) La dottrina piú antica³²⁵, non facendo (ben inteso) differenza tra diritto classico e diritto postclassico, sosteneva essere regola la inescusabilità dell'*ignorantia iuris*; dichiarava quindi, e classificava, ogni caso di rilevanza dell'*error iuris* come eccezione a questo principio, fatta a favore di determinate categorie di persone.

b) Contro le idee tradizionali si schierò il Binding³²⁶, sostenendo che nel diritto penale romano la *scientia* fosse un presupposto del *dolus malus*, e che quindi l'*error iuris*, esattamente come l'*error facti*, avesse efficacia discriminante. Anche questa tesi ha incontrato i suoi critici³²⁷, ma essa ha avuto il merito di smuovere le acque e di porre il problema della *ignorantia iuris* sul primo piano dell'attenzione della critica.

³²³ MOMMSEN 86; FERRINI 82; DE MARTINO 387 s.

³²⁴ Cfr. art. 5 c.p.: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

³²⁵ V. per tutti MOMMSEN 92 s.

³²⁶ *Die Normen und ihre Übertretung*² 2.2 (Leipzig 1916) 680 s., 3 (Leipzig 1918) 52 s.

³²⁷ PERNICE, *M. A. Labeo* 22.1 (Halle 1895) 120 s.; FERRINI 144 s.

c) Tra le due opposte dottrine la tesi intermedia è stata sostenuta dal Pernice³²⁸ e dal Ferrini³²⁹, secondo i quali occorre far distinzione, nel diritto penale romano, tra « norme di mera creazione politica » e norme di cui sia invece ben chiaro ed evidente il fondamento etico: l'*ignorantia* delle prime poteva aver valore discriminante (almeno in certi casi), l'*ignorantia* delle seconde mai non scusava³³⁰.

d) Negli ultimi anni, un gruppo di studiosi ha portato la sua attenzione al problema, sottoponendo i testi relativi al vaglio di una critica consumatissima. Non perciò si è stati concordi nei risultati.

aa) Il Volterra³³¹ ha sostenuto che il diritto classico non ammise in nessun caso l'efficacia dell'*ignorantia iuris*: questa fu ammessa, in ordine ai delitti di mera creazione politica, dal diritto postclassico-giustiniano³³².

bb) Il De Martino³³³ ha sostenuto, dal suo canto, esattamente il contrario: l'*ignorantia iuris* scusò nel diritto classico, non scusò più nel diritto giustiniano, salvo casi determinati.

cc) Il Voci³³⁴, ritornando alle idee del Ferrini, ha sostenuto, da ultimo, che tanto nell'epoca classica quanto in quella giustiniana, l'*ignorantia iuris* fu motivo di scusa in ordine alle norme di mera creazione politica, mentre non scusò negli altri casi³³⁵.

³²⁸ O.l.c. a nt. precedente.

³²⁹ 151.

³³⁰ Il PALAZZO, in *Scuola positiva* N. S. 1.301 s., ha giudicato che l'*ignorantia iuris* scusasse soltanto nel caso in cui si risolvesse in un errore su norma diversa da quella penale. (Su questa particolare forma di ignoranza nel diritto moderno, cfr. art. 47 comma 2 c.p.)

³³¹ 75 s. V. già BESELER, *Beiträge* 4.240 s.

³³² Contro le conclusioni del Volterra, LAURIA, *Calumnia*, in *Studi Ratti* (Milano 1933) 107 nt. 7.

³³³ 287 s.

³³⁴ 178 s.

³³⁵ Il VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI*. 8 (1942) 109 s., ribadisce le sue idee, tenendo conto dello studio del De Martino, apparso contemporaneamente al suo volume sull'*Errore in diritto romano*. A modo di vedere del Voci, le conclusioni sue e del De Martino, « sono le medesime », anche se le esegesi sono molte volte dissimili. Ma il De Martino non sostiene soltanto che, nel diritto postclassico, l'*ignorantia iuris* non scusa (salvo eccezioni), egli sostiene anche che, nel diritto classico, essa è motivo di scusa in ogni caso. Ben è vero che il Voci fa notare che, secondo la sua tesi, l'*ignorantia iuris* non assurge, in diritto classico, al valore di discriminante di fronte a norme di cui è evidente il fondamento etico (es.: l'omicidio), ma, se non mi sbaglio, è qui appunto che sta la sua divergenza di concezione col De Martino: per il Voci, tanto in diritto classico quanto in diritto post-

Il comune difetto di tutte queste teorie — anche di quelle esposte *sub d)* — consiste, a mio avviso, nell'aver tralasciato, ai fini della risoluzione del problema, di tener conto del gioco reciproco esercitato, sin dal così detto « periodo classico »³³⁶, dalla repressione ordinaria e dalla repressione straordinaria. Non è questo il luogo per farlo³³⁷, ma io ritengo che la retta soluzione del problema dell'*ignorantia iuris* sarà raggiunta soltanto quando saranno state chiaramente dimostrate le proposizioni seguenti: 1) che l'*ignorantia iuris* non fu mai presa, né fu potuta prendere in considerazione dall'*ordo iudiciorum publicorum*; 2) che essa potè emergere come criterio di remissione totale o parziale della pena (non di estinzione del reato) soltanto nella *cognitio extra ordinem*, quindi già nel così detto periodo classico, salvo a vedere se effettivamente abbia poi avuto tanta importanza.

41. — B) In ordine al delitto di *incestum* (che è forse il più importante capitolo dell'argomento dell'*ignorantia iuris*), le varietà di opinioni sono state, nella dottrina moderna³³⁸, notevolissime.

a) Il Volterra³³⁹, presupponendo dimostrata la tesi che la *lex Iulia de adulteriis coercendis* non si applicasse all'*incestum*³⁴⁰, avanza una audace ipotesi sul regime classico di questo reato. La *lex Iulia de adulteriis* avrebbe punito soltanto la donna, con la pena della *relegatio*, e soltanto nel caso di concorso tra *adulterium* e *incestum*³⁴¹; agli uomini sarebbe stata invece prescritta, non dalla *lex Iulia*³⁴², la pena della *deportatio in insulam* in ogni caso³⁴³. Il diritto postclassico avrebbe tra-

classico, le conclusioni sono lo stesse (l'*ignorantia iuris* non scusa, fuorché riguardo ai reati di mera creazione politica).

³³⁶ Su questa terminologia e sul significato attribuitole in questi studi, cfr. *retro* cap. I n. 1 nt. 18.

³³⁷ V. GUARINO, *Ignorantia iuris* cit., ove il problema è analizzato in tutti i suoi aspetti.

³³⁸ Per la dottrina antica, basti dire che le opinioni sull'*ignorantia iuris* in tema di *incestum* si sono inquadrate nella concezione relativa al problema dell'*ignorantia iuris* in generale.

³³⁹ 101 s.

³⁴⁰ Citazioni *retro* cap. I n. 1 nt. 12.

³⁴¹ Non sembra che il pensiero di Volterra sia rettamente inteso, o riportato, dal DE MARTINO 401.

³⁴² Qui il Volterra non spiega bene se la pena della *deportatio* fosse sancita da una legge o se fosse applicata *extra ordinem*.

³⁴³ I resti su cui questa opinione si basa sono Paul, *sent.* 2.26.15 (v. *retro* cap. II n. 15) e D. 48.5.39(38) pr. (v. *retro* cap. II n. 16).

mutato ed ampliato l'esenzione della donna dalla pena pubblica, dichiarando che *vel sexu vel aetate* deve concedersi forza discriminante alla *ignorantia iuris* dell'agente³⁴⁴. Insomma, l'unione incestuosa non avrebbe costituito *crimen* pubblico per la donna, in diritto classico; in diritto posteriore, il carattere di *crimen* le sarebbe stato spesso misconosciuto, in base alle discriminanti del sesso e dell'età.

b) Il De Martino³⁴⁵, pur aderendo alla tesi della non applicazione della *lex Iulia* all'*incestum*, non aderisce alle idee del Volterra³⁴⁶. Egli ritiene che il diritto classico conobbe esclusivamente una procedura *extra ordinem* relativa all'*incestum*: una procedura in cui « fu possibile graduare la responsabilità dei colpevoli, secondo la gravità del fatto e del dolo »³⁴⁷. In questo sistema, mentre l'*incestum iure gentium* venne punito sempre ed in ogni caso, si ammise che si potesse venir scusati dell'*incestum iure civili*, adducendo la prova dell'ignoranza della norma. Il diritto postclassico, invece, tenendo fermo il principio della inescusabilità dell'*incestum iure gentium*, ridusse al minimo la pena per l'uomo ed esentò completamente la donna da ogni responsabilità, in ordine all'*incestum iure civili*, presumendo l'*ignorantia iuris*³⁴⁸.

c) Da ultimo, il Voci³⁴⁹, anch'egli ritenendo che l'*incestum* non fosse regolato dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*³⁵⁰, dichiara che i giuristi romani non annettevano grande importanza alla distinzione *incestum iure gentium—incestum iure civili*, mentre ve ne hanno annessa i postclassici, ai quali va attribuita la paternità del principio che l'*error iuris* è scusabile nella donna³⁵¹.

42. — Il mio pensiero, circa quel che c'è di vero e quel che c'è di falso nelle teorie dianzi riportate, affiora già, in gran parte, dai risultati raggiunti nei precedenti capitoli.

³⁴⁴ Ciò risulterebbe dalle alterazioni di Coll. 6.3.3 (v. *retro* cap. II n. 10 e *infra* n. 47) e di D. 48.5.39(38).1-7 (v. *infra* n. 43).

³⁴⁵ 401 s., 404 s.

³⁴⁶ Cfr. specialm. 404.

³⁴⁷ 405.

³⁴⁸ Fu sostenuto, in precedenza, che, tanto in diritto classico quanto in diritto postclassico, le pene dell'*incestum iuris civilis* furono ridotte per l'uomo ed abolite per la donna, a causa del contrasto fra l'esogamia romana e l'endogamia delle popolazioni orientali. Cfr., in proposito, MOMMSEN 687; KLINGMÜLLER, WEISS, in *ZSS.* 29 (1908) 358.

³⁴⁹ 198 s.

³⁵⁰ Cfr. 203 nt. 6.

³⁵¹ 206 s.

a) La *lex Iulia de adulteriis coercendis* perseguì anche l'*incestum*, come figura autonoma di reato³⁵², punendolo con la *relegatio in insulam*³⁵³, sia nell'uomo che nella donna³⁵⁴.

b) In concorrenza e più tardi in esclusione del sistema dell'*ordo*, l'*incestum* fu sottoposto alla *cognitio extra ordinem* sin dal II sec. d.C.³⁵⁵. Ivi si manifestò la tendenza a rimettere la pena alla donna in casi particolari³⁵⁶, e più tardi (nel diritto postclassico) ad inasprire la pena base per l'uomo ed a condonarla, normalmente, alla donna³⁵⁷.

c) La distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili* non è del diritto classico³⁵⁸. Essa fu posta nel diritto postclassico³⁵⁹, ove non ebbe carattere di particolare importanza³⁶⁰.

Occorre ora riprendere e completare l'analisi dei testi relativi al nostro problema, per poter raggiungere una visione completa, in ordine all'*incestum*, dei casi, delle epoche e dei limiti, nei quali ed entro i quali ebbe eventualmente efficacia discriminante l'*ignorantia iuris*.

43. — A) Un frammento di fondamentale importanza, nel bel mezzo della *sedes materiae*, è:

D. 48.5.39(38) pr. (Pap. 36 quaest.): *Si adulterium cum incesto committatur, utputa cum privigna nuru noverca, (vir in insulam deportatione) mulier similiter quoque punietur [; id enim remoto etiam adulterio eveniret].*

1. *Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. (Sed rectius est marem adulterii poena teneri.) [Occurrit, quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an contumacia iuris et sanguinis contumelia concurrant.]*

2. *[Quare mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si solo iuris*

³⁵² V. retro cap. II n. 3-11. Dissento, quindi, su questo punto, dalle premesse tanto del Volterra, quanto del De Martino, quanto del Voci.

³⁵³ V. retro cap. II n. 13 e 14.

³⁵⁴ V. retro cap. II n. 8. Erra, quindi, a questo proposito il Volterra.

³⁵⁵ V. retro cap. II n. 8.

³⁵⁶ V. retro cap. II n. 7 nt. 56.

³⁵⁷ V. retro cap. III n. 15.

³⁵⁸ V. retro cap. III n. 32-37.

³⁵⁹ V. retro cap. III n. 36.

³⁶⁰ V. retro cap. III n. 37.

nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.]

3. [*Nonnunquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.*]

4. *Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt sed distrabi coniunctionem illicitam iusserunt [, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam possint habere excusationem.]*

5. *Idem imperatores rescripserunt post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti.*

6. *Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: « Incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeritit delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus ».*

7. [*Incestum autem, quod per illicitam coniunctionem matrimonii admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, utique si error allegetur, et facilius si nemo reum postulavit.*]

È indiscutibile che questo brano è espressione del diritto giustiniano sul punto dell'*ignorantia iuris*³⁶¹: tanto maggiore deve essere quindi la nostra cura nel valutarlo:

a) La critica del *principium* e dei paragrafi 1 e 2 è stata già svolta nei capitoli precedenti³⁶².

Dobbiamo precisare, a questo punto, che Papiniano ha dibattuto due *quaestiones* distinte: 1) la prima verteva sulla scusabilità o meno della donna³⁶³ in caso di concorso tra *adulterium* e *incestum*; 2) la seconda riguardava l'inasprimento della pena dell'uomo in un tipico caso di *incestum* (tra *avunculus* e *neptis ex sorore*). In ambedue le ipotesi Papiniano ha certamente risposto come la rigidità del sistema dell'*ordo iudiciorum publicorum* doveva imporre: e cioè nel senso che la donna dovesse essere punita alla stessa stregua dell'uomo, in caso di concorso tra *adulterium* e *incestum*, e che, in caso di *incestum*, mai la pena potesse essere inasprita per l'uomo. La repressione ordinaria, dunque, non ammetteva la considerazione di circostanze aggravanti o attenuanti.

³⁶¹ VOCI 198.

³⁶² Per il pr., *retro* cap. II n. 16; per il § 1, *retro* cap. II n. 17; per il § 2, *retro* cap. III n. 35.

³⁶³ Forse Papiniano discuteva il problema se la pena della donna dovesse essere ridotta dalla *deportatio* alla *relegatio in insulam*.

b) Il paragrafo 3, ritenuto genuino dal Volterra³⁶⁴ e dal Voci³⁶⁵, è pur esso convincentemente dimostrato alterato dal De Martino³⁶⁶. Gli *incesti crimina* sono spesso trattati *humanius*, ma in che senso? Vengono gli uomini scusati o condannati ad una pena minore? Gli indizi di forma sono notevolissimi e ben messi in evidenza dal De Martino³⁶⁷.

c) Occorre, dunque, per intendere il discorso di Papiniano, saltare al paragrafo 4. Se l'*ordo* non ammette circostanze di aggravamento o di attenuazione — dice il giurista — esse possono essere ammesse *extra ordinem* dagli *imperatores*. E qui vengono indicate tre decisioni dei *divi fratres*, i quali — e soltanto i quali (*denique*) —: 1) condonarono la pena dell'incesto ad una donna (*Claudia*)³⁶⁸, a condizione che andasse disciolta l'unione incestuosa (§ 4); 2) dichiararono estinto il reato, in un altro caso di unione incestuosa, dopo che era avvenuto il *divortium bona fide* (§ 5); 3) rescrissero ad un certo Pollione che avrebbero rimesso la *poena incesti* tutte le volte in cui, prima dell'accusa, avesse avuto luogo un pentimento operoso (§ 6).

d) Non v'è luogo a dubitare del carattere spurio della motivazione *cum alias—excusationem* nel paragrafo 4³⁶⁹, né della totale alterazione del paragrafo 7, con cui il passo giustiniano si conclude³⁷⁰. È inutile insistere su punti già ampiamente sfruttati dalla critica.

e) Può concludersi che il diritto classico conobbe indubbiamente il problema della variazione di pena dell'incesto in relazione a particolari circostanze che ne consigliassero l'aggravamento o l'attenuazione, ma che la soluzione, in confronto alla non estinta importanza dell'*ordo*, fu negativa. Sin dal diritto classico, tuttavia, gli imperatori mostrano la tendenza a scusare il *crimen incesti* nel caso di ravvedimento attuoso

³⁶⁴ 109 s. Secondo il Volterra, il § 3 « sembra riattaccarsi direttamente alla prima parte del § 1 (*Stuprum—admissum est*) e continuare il ragionamento di questo, bruscamente interrotto dall'interpolazione *qui—excusata* ».

³⁶⁵ 202. Il Voci elimina, tuttavia, *mar* nel § 1 ed *et in maribus* nel § 3.

³⁶⁶ 408 nt. 84.

³⁶⁷ *Natura; humanius; tractari; incestum... contractum.*

³⁶⁸ Il SAVIGNY, *Diritto romano attuale* (tr. SCIALOJA) 3.505 nt. e, corregge *Claudia* in *Claudius*; così anche VOLTERRA 110. Ma la correzione non ha fondati motivi: v. anche VOCI 199 nt. 1.

³⁶⁹ Da ultimo, DE MARTINO 408; VOLTERRA 107 e VOCI 199, ricostruiscono: — [*quod pubertate delinquitur*] — [*nam et—fin.*].

³⁷⁰ SOLAZZI, in *AUMA*. 5 (1929) 31 nt. 5; VOLTERRA 111; DE MARTINO 408 s.; VOCI 199.

(dimostrato soprattutto dal divorzio) o per ragioni di età o di sesso (§ 4)³⁷¹.

44. — B) I risultati enunciati in ordine al diritto classico sono confermati da un altro rescritto dei *divi fratres*:

D. 23.2.57a (Marcian. 2 *de adulteriis Papiniani notat*): [*Divus*] (*divi*)³⁷² *Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: « Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab ava tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, proinde ac si legitime concepti fuissent ».*

È un caso pratico, ma che dimostra come la clemenza degli imperatori, in diritto classico, non si svolgesse secondo indirizzi fissi. L'incesto è scusato, a richiesta di Flavia Tertulla perché troppe ragioni, non solo di equità ma anche di opportunità, spingono gli imperatori a questa decisione: l'unione avvenuta ormai quarant'anni fa, i figli nati in gran numero, l'ingenuità della donna quando si sposò, l'influsso esercitato su

³⁷¹ Sarà opportuno riportare le ricostruzioni proposte, per D. 48.5.39(38), dal Volterra, dal De Martino e dal Voci. a) Volterra: § 1: *Stuprum — admissum est [quia — concurrant.]* [§ 2]. § 3: *Nonnunquam — contractum sit.* § 4: *Fratres denique — crimen [quod pubertate delinquitur] non excusetur aetate.* [*nam et mulieres — excusationem*]... § 7: *Incestum autem — vel aetate [vel etiam — allegetur] et [facilius — fin.;* b) De Martino: § 1: *Stuprum in sororis filiam si committatur [an adulterii — quod hic] duplex admissum est (incestum et stuprum. et propter hoc mas non relegatur, sed insulam deportatur.* § 2: *Idem non potest dici, si ab eis qui ius ignoraverint, iure civili incestum per matrimonium commissum erit, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur an [contumacia — concurrant] (sine matrimonio incestum et stuprum concurrant).* [§ 2 e § 3] § 4: *Fratres denique imperatores [Claudiae — remiserunt] (Claudiam incesti crimine non teneri rescripserunt,) sed distrabi coniunctionem illicitam iusserunt, cum [alias] adulterii crimen [quod pubertate delinquitur] non excusetur aetate nam et [mulieres] in iure errantes incesti crimine [non teneri supra dictum est] (iure civili non tenentur) cum in [adulterio commisso nullam possint habere excusationem] (adulterii crimine ignorantia non excusentur)... [§ 7]; Voci: § 1: *Stuprum — sufficiat [mari], considerandum — admissum est [quia multum — concurrant].* [§ 2] § 3: *Nonnunquam tamen [et in maribus] incesti crimina — contractum sit.* § 4: *Fratres denique — adulterii crimen [quod pubertate delinquitur,] non excusetur aetate. [rell.]* § 5. § 6: *idem — non solent [et ideo—remittimus].* [§ 7].*

³⁷² MOMMSEN.

di lei dall'ava e soprattutto (a quanto pare) l'avvenuto scioglimento della relazione (*in matrimonio avunculi tui fuisti*).

45. — Sono, queste, le uniche testimonianze di cui possiamo disporre per un'epoca anteriore all'editto di Caracalla. Esse ci dicono abbastanza chiaramente che il problema della scusabilità dell'incesto sorse ancor prima che si facesse luce il problema dell'adeguamento alle norme dei costumi endogamici orientali³⁷³.

Il problema sorse da un punto di vista molto piú generico e, nel contempo, con una rilevanza pratica molto minore, di quella che s'ebbe dopo la *constitutio Antoniniana*. La frequenza percentuale, nelle unioni incestuose, di una superiorità di grado del maschio, e soprattutto la frequenza delle unioni tra zio e nipote, impose il duplice problema della maggior punibilità dell'uomo e della scusabilità della donna.

Non pare, a quel che ne sappiamo, che gli imperatori abbiano mai inasprito la pena del maschio, ma è certo che essi alleviarono spesso la pena della donna³⁷⁴, alleviarono o eliminarono, a volte, la pena di ambedue gli agenti³⁷⁵, giunsero in casi eccezionali, a considerare elisa la antiggiuridicità del fatto³⁷⁶. Le considerazioni che determinarono questi atteggiamenti della loro *cognitio extra ordinem* furono varie (età, violenza morale, ravvedimento attuoso, decorso del tempo, sopravvenienza di figli), ma non la pura e semplice *ignorantia iuris*: se di *ignorantia iuris* si parla (in D. 43.5.39[38].4 e in D. 23.2.57 a), lo si fa in quanto essa è come l'espressione della tenera età e del sesso femminile, che sono le vere cause di remissione della pena³⁷⁷.

³⁷³ Esso sorse, per quel che ci risulta dalle fonti, sin dai tempi di Marco Aurelio e Lucio Vero (161-172). La sua nascita non è, pertanto, collegata con il problema delle popolazioni orientali dell'impero, ma è collegata con l'epoca in cui si affermò in tutta la sua ampiezza, nel campo della repressione penale romana, la *cognitio extra ordinem* degli imperatori.

³⁷⁴ D. 48.5.39(38).4 (*retro* n. 43).

³⁷⁵ D. 48.5.39(38).5-6 (*retro* n. 43).

³⁷⁶ D. 23.2.57 a (*retro* n. 44).

³⁷⁷ Interessante è, a questo proposito, il rescritto di D. 23.2.57 a (*retro* n. 44), ove si parla dell'*ignorantia iuris* della donna, ma molto incidentalmente, mentre la pena viene rimessa, per il concorso di molti motivi (*temporis diuturnitas, quod ab avia sua mulier collocata est, numerus liberorum*) alla donna e forse anche all'uomo. Se dobbiamo credere che l'unione incestuosa (contrariamente a quanto pare potersi dedurre da *fuisset*) non sia disciolta.

46. — Intorno alla fine III sec. d.C. si possono riscontrare, nella legislazione imperiale, i primi segni del grave disagio creato dalle costumanze endogamiche delle popolazioni orientali dell'impero³⁷⁸: disagio che si cerca di vincere ribadendo solennemente i divieti matrimoniali romani.

Contemporaneamente si va formando, in dottrina, l'idea della scusabilità della donna sotto il profilo dell'*ignorantia iuris*: ma questa idea si forma attraverso uno svolgimento degli spunti offerti dalla stessa giurisprudenza e dalle costituzioni dell'epoca classica e pare essere indipendente dalla situazione creata mediante la *constitutio Antoniniana*.

C) Per quanto riguarda la legislazione imperiale, interessante è una lunga costituzione di Diocleziano e Massimiano, datata l'anno 295³⁷⁹.

Coll. 6.4.1: ... *Quoniam piis religiosisque mentibus nostris ea, quae Romanis legibus caste sancteque sunt constituta, venerabilia maxime videntur atque aeterna religione servanda, dissimulare ea, quae a quibusdam in praeteritum nefarie incesteque commissa sunt, non oportere credimus.*

2. ... *Nefas enim credere est ea, quae in praeteritum a compluribus constat esse commissa, cum pecudum ac ferarum promiscuo ritu ad illicita conubia instinctu execrandae libidinis sine ullo respectu pudoris ac pietatis irruerint.*

3. *Sed quaecumque antebac vel imperitia delinquentium vel pro ignorantia iuris barbaricae inmanitatis ritu ex illicitis matrimoniis videntur admissa, quamquam essent severissime vindicanda, tamen contemplatione clementiae nostrae ad indulgentiam volumus pertinere, ita tamen, ut quicumque in ante actum tempus illicitis incestisque se matrimoniis polluerunt, hactenus adeptos se esse nostram indulgentiam sciant, ut post tam nefaria facinora vitam quidem sibi gratulentur esse concessam, sciant tamen non legitimos se suscepisse liberos, quos tam nefaria coniunctione genuerunt. Ita enim fiet ut de futuro quoque nemo audeat infrenatis cupiditatibus oboedire, cum et sciant ita praecedentes admissores istius modi criminum venia liberatos ut liberorum quos illicite genuerunt successione arceantur, quae iuxta vetustatem Romanis legibus negabatur. Et optassemus quidem nec ante quicquam eius modi esse commissum, quod esset aut clementia remittendum aut legibus corrigendum.*

³⁷⁸ V. retro cap. III n. 31.

³⁷⁹ Non interessano per il nostro argomento le altre due costituzioni di Diocleziano e Massimiano riportate in Coll. 6.5 e 6, perché l'*error* di cui ivi si parla è palesemente un *error facti*, non un *error iuris*.

La costituzione continua dichiarando che, d'ora in poi, saranno ritenute lecite soltanto le *nuptiae, quae sunt Romano iure permissae* (§ 4), ed enumera i casi di unioni ritenute *antiquo iure* incestuose, cioè le unioni tra *cognati* e tra *adfines* in linea retta (§ 5).

Il tono della costituzione diocleziana è singolarmente aspro e minaccioso, pur tenendo conto del carattere rigido della legislazione di Diocleziano: ma, in fondo, la costituzione in esame fa molto rumore per nulla, perché un ampio perdono viene concesso per le unioni incestuose anteriori, mentre per le posteriori si ribadisce in pieno il divieto romano, ma non paiono essere comminate nuove, più gravi pene³⁸⁰. Ed è evidente che gli imperatori si riferiscono principalmente al fenomeno dei costumi orientali di unioni endogamiche (*quaecumque antehac vel imperitia delinquentium vel pro ignorantia iuris barbaricae inmanitatis ritu ex illicitis matrimoniis videntur admissa*), nel tentativo di porre loro un freno per l'avvenire³⁸¹.

47. — Per quanto riguarda gli atteggiamenti della giurisprudenza della fine del III sec. d.C., vanno ricordati due frammenti delle *Sententiae* di Paolo.

D) Coll. 6.3.3 (Paul. *l. sent. secundo sub titulo de nuptiis*)³⁸²: *Nec socrum nec nurum (nec)*³⁸³ *privignam nec novercam aliquando citra poenam incesti uxorem ducere licet, sicut nec amitam aut materteram. Sed qui (adfinem)*³⁸⁴ *vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore, ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta.*

a) Si è sostenuto da più parti³⁸⁵ che *citra poenam incesti* e *non*

³⁸⁰ VOLTERRA 114 s., sostiene: 1) che la costituzione di Coll. 6.4 non implica alcun riconoscimento della *ignorantia iuris* perché si tratta di popolazioni da poco sottomesse all'impero; 2) che la costituzione stessa introduce *ex novo* la pena di morte per l'incesto. V., giustamente, in contrario avviso, VOCI 207 nt. 2. In particolare, le parole *sciunt ut ... vitam sibi gratulentur esse concessam* non implicano l'introduzione della pena di morte per l'incestum, ma sono una ridondanza senza rilievo pratico.

³⁸¹ Ormai, a cinquanta anni dalla costituzione di Caracalla, il problema aveva avuto tutto il tempo di porsi in primo piano rispetto all'attenzione degli imperatori.

³⁸² Cfr. Paul. *sent.* 2.19.5.

³⁸³ MÖLLER.

³⁸⁴ HUSCHKE.

³⁸⁵ LOTMAR 126; VOLTERRA 105; DE MARTINO 411 s. (« rifacimento postclassico »); VOCI 203 s.

etiam—ducta siano interpolati. Non è mancato tuttavia chi abbia cercato di difendere la genuinità del passo³⁸⁶. La verità è che, dal punto di vista formale, elementi di notevole entità militano per la condanna delle frasi incriminate³⁸⁷ e che tutto intiero il brano non può salvarsi da una critica rigorosa³⁸⁸.

b) Ma sono perciò non classiche le notizie contenute in Coll. 6.3.3? Non credo, perché è indiscutibile che un fondo di genuino nel nostro elaborato vi è: basti pensare al fatto che vi si parla di *poena adulteriis lege Iulia*, con esatto riferimento alla *lex* che puniva in diritto classico i delitti contro il buon costume³⁸⁹. Solo Paolo avrebbe ancora potuto parlare, anziché di *relegatio* o di *deportatio in insulam*, della pena sancita dalla *lex Iulia de adulteriis*, che ai suoi tempi doveva ancor essere per lo meno presente all'erudizione dei giuristi, anche se praticamente poco applicata³⁹⁰.

c) Se, in particolare, si metta in relazione il periodo *sed qui—ducta* con i paragrafi precedenti, si noterà una perfetta rispondenza del testo della *Collatio* e del notissimo Gai 1.59-64, salvo che la *Collatio* specifica le conseguenze penali delle unioni incestuose, che sono quelle della condanna *ex lege Iulia*. Io ritengo pertanto che il periodo *sed qui—ducta* non sia totalmente insiticio, ma che piuttosto sia spurio in esso quanto è significato da *remisso mulieris iuris errore e non etiam ducta*³⁹¹.

d) Ed anche *remisso mulieris iuris errore* è improprio più di formulazione che di sostanza. Già il diritto classico condonava la pena in molti casi, soprattutto alla donna e soprattutto nel caso (normale) che essa fosse inferiore per età all'uomo³⁹². Il compilatore della *Collatio* o quello delle *Sententiae* di Paolo ha formulato drasticamente, come principio giuridico sempre applicabile, qualcosa che a lui doveva risultare

³⁸⁶ LAURIA, *Calumnia* cit. 108 nt.

³⁸⁷ Gli elementi in parola non sono, tuttavia, quelli del Lotmar e del Volterra. Su *citra poenam*, DE MARTINO 411 nt. 98.

³⁸⁸ *Aliquando per unquam* (DE MARTINO 411 nt. 48); *contra poenam; nec . . . aut*, per *nec . . . nec; contra interdictum*. Errata la critica del De Martino alla menzione della *lex Iulia de adulteriis* (v. *retro* cap. II n. 10).

³⁸⁹ V. *retro* cap. II n. 10.

³⁹⁰ V. *retro* cap. II n. 10 nt. 75.

³⁹¹ A titolo putamente indicativo, avanzo pertanto questa proposta di ricostruzione: *nec socrum—novercam [aliquando—incesti] uxorem—duxerit [, remisso—errore,] ipso—patitur [, non etiam ducta]*.

³⁹² V. *retro* cap. II n. 20 sub e) e f).

essersi verificato in pratica abbastanza spesso, sin dai tempi di Paolo. È presumibile — ed in ciò possiamo andar d'accordo col De Martino³⁹³ — che quel che era una successione di casi di remissione di pena nel diritto classico si sia tramutato, con l'andar del tempo, in una regola di scusabilità della donna, e a causa della rilevanza accordata dal diritto postclassico alla *infirmetas sexus* e a causa dello sviluppo assunto in diritto romano tardo dal sistema delle *praesumptiones iuris*³⁹⁴.

48. — E) Paul. *sent.* 2.6.15: *Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Iulia de adulteriis non apprehenditur.*

Abbiamo già visto le ragioni per cui questo testo deve ritenersi un elaborato postclassico³⁹⁵. Importa ribadire, ora, che questo frammento è un'altra prova della tendenza postclassica a presumere l'*infirmetas sexus* ed a scusare quindi la donna, sempre che si rimanga nella sfera della *cognitio extra ordinem* (*hactenus... quatenus lege Iulia de adulteriis non apprehenditur*).

Siamo dunque lungo una corrente di sviluppo del pensiero classico da parte delle scuole postclassiche, ma è doveroso notare che questo sviluppo è, all'epoca della *Collatio* e delle *Receptae sententiae*, ancora indipendente dalla considerazione della scusabilità delle unioni endogamiche delle popolazioni orientali. Si riconosca, infatti, che il problema della scusabilità delle unioni endogamiche, in uso tra i popoli orientali, non avrebbe portato all'idea della remissione della pena soltanto alla donna, e tanto meno sarebbe stata compatibile con l'inasprimento della *poena incesti* nei riguardi dell'uomo.

Possiamo affermare, dunque, che, intorno alla fine del III sec. d. C., la legislazione imperiale avvertiva di già il disagio creatosi riguardo alla applicabilità della qualifica di *incestae* a certe unioni endogamiche, come dimostra la costituzione di Diocleziano e Massimiano riferita da Coll. 6.4³⁹⁶. Il problema non si era invece ancora imposto alle scuole di diritto ed alla giurisprudenza in genere, le quali, sviluppando germi classici secondo schemi a loro cari, giunsero, per una strada indipen-

³⁹³ 409 s.

³⁹⁴ GRADENWITZ, in ZSS. 7 (1886) 70; FERRINI, in *Opere* 3.417 s.; DONATUTI, *Le « praesumptiones iuris » in diritto romano* (Perugia 1930).

³⁹⁵ V. *retro* cap. II n. 15.

³⁹⁶ V. *retro* n. 46.

dente, alla affermazione della scusabilità della donna, a causa della presumibilità dell'*infirmetas sexus*.

49. — Questa la situazione alla fine del III sec. d.C.

Dopo d'allora il disagio creato, nei riguardi della repressione dell'*incestum*, dall'editto di Caracalla aumenta a dismisura — come già si è accennato³⁹⁷ — nella legislazione degli imperatori; tanto più che questi, obbedendo agli influssi, generici e specifici³⁹⁸, della religione cristiana, non poterono fare a meno, specie dopo Costantino, di additare più che mai alla esecrazione dei popoli la nefandezza delle unioni endogamiche.

Seguiamo un po' il contrasto di questi influssi diversi nelle singole costituzioni del Basso Impero.

F) CTh. 3.12.1 (Constant. et Const. ad provinciales Fenices, a. 339): *Si quis, filiam fratris, sororisve, faciendam crediderit abominanter uxorem, aut in eius amplexum non ut patruus aut avunculus convolverit, capitalis sententiae poena teneatur.*

Divieto di nozze del *patruus* con la *neptis ex fratre* e dell'*avunculus* con la *neptis ex sorore*³⁹⁹. Si noti che la costituzione si indirizza ai *provinciales Fenices*. Quanto alla pena, essa è grave, ma non consiste affatto nella morte⁴⁰⁰: è probabilissimo che gli imperatori vogliano alludere proprio alla *deportatio in insulam*⁴⁰¹.

La costituzione è evidentemente occasionata dalla frequenza di unioni endogamiche (nella specie: tra zii e nipoti) in Fenicia, ma non viene affatto incontro a queste abitudini: si prende anzi con essa lo spunto per vietare anche il matrimonio tra *patruus* e *neptis ex fratre*, fatto ammettere da Claudio. L'influenza cristiana è, dunque, nettamente prevalente.

G) Nettamente prevalente è l'influsso della religione cristiana anche nell'altra costituzione (a. 355) degli stessi imperatori (CTh. 3.12.2)⁴⁰², in cui vengono vietate le nozze tra *adfines* in linea collaterale. La pena non è esplicitamente stabilita.

³⁹⁷ V. retro cap. III n. 31.

³⁹⁸ Concilii della Chiesa: v. retro cap. III n. 30.

³⁹⁹ V. retro cap. III n. 30 F sub b).

⁴⁰⁰ In questo senso DE MARTINO 412, che parla di un « transitorio inasprimento della legislazione ».

⁴⁰¹ In questo senso, con largo esame delle fonti, BRASIELLO, *Repressione penale* 521 s.

⁴⁰² V. retro cap. III n. 30 F sub a).

50. — H) CI. 5.5.4 (Valentin. Theod. Arcad., a. 387-393): *Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignaeve sublatum fisco vindicari sancimus.*

1. *Exceptis, tam feminis quam viris, qui aut errore acerrimo, non adfectato insimulatove, neque ex causa vili decepti sunt aut aetatis lubrico lapsi.*

2. *Quos tamen ita demum legis nostrae laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, coniunctionem huiusmodi sine ulla recrastinatione diremerint.*

Divieto generico di unioni *contra praecepta vel contra mandata constitutionesque principum*, che non può essere stato (credo) da altra *ocasio* determinato, se non dal fatto che le unioni endogamiche continuavano nell'impero d'Oriente. Della pena non si parla. La costituzione (che è indirizzata ad Andromaco, *comes rerum privatarum*) mette in evidenza le conseguenze pecuniarie della confisca della *donatio ante nuptias* e della dote.

È importante rilevare che sono ammesse, tanto per l'uomo quanto per la donna, due cause di discriminazione: l'*error acerrimus* e l'*aetatis lubricum*. Ma nel primo caso si tratta di *error facti*; nel secondo caso non è a pensare ad *ignorantia iuris* determinata dall'*aetas*, ma, come ben si vede, a tutt'altro (stato emotivo o passionale).

I) Più o meno lo stesso è da dire circa la costituzione (a. 393) degli stessi imperatori (CI. 5.5.5), in cui viene ribadito il divieto di nozze tra *adfines* in linea collaterale.

51. — L) La costituzione di Arcadio e Onorio con cui veniva confermato il divieto di matrimonio tra cugini, sancito da Teodosio I⁴⁰³, è stata, come si è detto, alterata dai giustiniani, che la hanno riportata nel *Codex*⁴⁰⁴ senza trascrivere la menzione dei *consobrini*.

CTh. 3.12.3 (Arcad. Hon., a. 336): *Manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quoquo modo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis posthac consobrinae suae vel sororis aut fratris filiae uxorisve eius postremo, cuius vetitum damnatumque coniugium est, sese*

⁴⁰³ V. retro cap. III n. 30 F sub c).

⁴⁰⁴ CI. 5.5.6.

*nubiis funesterit, designato quidem lege supplicio, hoc est et ignium et proscriptionis, careat proprias etiam quamdiu vixerit, teneat facultates ...*⁴⁰⁵.

La costituzione continua, enumerando le conseguenze, molto gravi, delle unioni vietate: il matrimonio considerato nullo, incapacità di donare e di testare, confisca della dote ecc.

Le nozze tra *consobrini* e tra zio e nipote sono ancora una volta dichiarate illecite, ma le vecchie pene sono abolite⁴⁰⁶ e rimangono in piedi soltanto sanzioni civili, sia pur molto gravi.

Si ricordi che il divieto di unioni tra *consobrini* sarà eliminato del tutto, nell'anno 405, da Arcadio per l'impero d'Oriente (CI. 5.4.19). Non può negarsi che ad un inasprimento di legislazione determinato dall'influsso dei concili della Chiesa sia subentrata ben presto, per necessità di cose, una mitigazione delle sanzioni (CTh. 3.12.3) e, per l'impero d'Oriente, una ritrattazione piena di norme troppo contrastanti con gli antichi costumi delle popolazioni soggette.

52. — M) CTh. 3.12.4 (Honor. Theod., a. 415): *Tanquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris coniugis amissionem, sororem eius in matrimonium proprium crediderit fortiendam. Pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani eius nuptias crediderit aspirandum. Illo sine dubio insecuturo, quod ex hoc contubernio nec filii legitimi habebuntur nec in sacris patris erunt, nec paternam ut sui suscipient hereditatem.*

Divieto di matrimonio tra *adfines* in linea collaterale. Anche qui si parla di nullità del matrimonio, ma non si accenna alla pena, pur parlandosi di *incestae nuptiae*.

N) Il divieto di matrimonio tra *adfines* in linea collaterale viene ripetuto, nel 475, dall'imperatore Zenone:

CI. 5.5.8: *Licet quidam Aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrari scilicet, quod certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias re non videri contractas.*

⁴⁰⁵ Ecco il tenore di CI. 5.5.6: *Si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestavit, proprias, quamdiu vixerit, teneat facultates ...* Anche il ricordo della vecchia pena è scomparso ed il divieto di unioni incestuose è divenuto generico.

⁴⁰⁶ *Ignes et proscriptiones* equivale a *deportatio in insulam*: riprova della nostra tesi che nella *cognitio* postclassica la pena dell'*incestum* venne inasprita.

et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata sunt, tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae fuerint, earumque contractores et ex his progenitos antiquarum legum tenori subiacere nec ad exemplum Aegyptiorum, de quibus superius dictum est, videri fuisse firmatas vel esse firmandas.

Anche in questa costituzione non si parla di pena, ma di nullità del matrimonio incestuoso.

O) Dello stesso Zenone è un'ultima vibratissima costituzione, con la quale si conclude il tit. CI. 5.5, *de incestis et inutilibus nuptiis*⁴⁰⁷.

CI. 5.5.9 (Zeno, a. 476-484): *Ab incestis universi qui nostro reguntur imperio noverint temperandum. nam rescripta quoque omnia vel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam vel sororis et eam quae cum fratre quondam nuptiali iure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consortio liceret amplecti, aut ut alia huiusmodi committerentur, viribus carere decernimus, ne dissimulatione culpabili nefanda licentia roboretur.*

Aut ut alia huiusmodi committerentur può far pensare, a tutta prima, che il divieto di nozze incestuose non sia limitato alle unioni tra zio e nipote e tra *adfines* in linea collaterale, ma sia esteso ad ogni unione sessuale tra parenti e *adfines*, che sia cioè un divieto generico. Ma la cosa diventa dubbia se si pensi che neanche in questa costituzione si accenna ad altra sanzione civile, che alla nullità del matrimonio. A mio parere, *aut—committerentur* vuole alludere ai casi inversi di quelli descritti (unione tra zia e nipote, unione tra donna e fratello della moglie).

53. — In ordine alla legislazione degli imperatori postclassici, da Costantino in poi, possono essere ormai fissate alcune conclusioni discretamente interessanti.

a) La cerchia dei divieti matrimoniali aumenta: si aggiungono al novero il divieto di nozze tra *patruus* e *neptis ex fratre*⁴⁰⁸, tra *adfines* collaterali⁴⁰⁹, ad opera di Costantino, e tra *consobrini*⁴¹⁰, ad opera di Teodosio I.

⁴⁰⁷ Non è nel vero Voci 207 nt. 3, asserendo che questa costituzione stabilisca un divieto generico di unioni incestuose.

⁴⁰⁸ CTh. 4.12.1 (*retro* n. 49 F).

⁴⁰⁹ CTh. 3.12.2 (*retro* n. 49 G).

⁴¹⁰ V. *retro* n. 51 e CTh. 3.12.3.

b) La pena delle unioni incestuose pare essere, per Costantino, una pena superiore a quella sancita dalla *lex Iulia de adulteriis*, e cioè la *deportatio in insulam*⁴¹¹ (che doveva essere applicata *extra ordinem* già nell'età della *Collatio*), ma non pare che, per le unioni tra *adfines* collaterali, Costantino abbia stabilito altra sanzione che quella della nullità del matrimonio⁴¹². È probabile, invece, che Teodosio I abbia parlato anche di pena in tema di unioni tra *consobrini*⁴¹³.

c) Da Arcadio e Onorio sino a Giustiniano vediamo che i nuovi divieti vengono ribaditi⁴¹⁴, ma che le pene per essi subiscono una forte diminuzione: sanzione di nullità, confisca della dote, incapacità di donare e di far testamento. Giustiniano, eliminando la menzione dei *consobrini* da CTh. 3.12.3 (= CI. 5.5.6), ha eliminato anche il ricordo della pena originariamente comminata per le unioni tra cugini⁴¹⁵.

d) Diminuzione della pena, dunque, ma soltanto in ordine alle unioni *contra praecepta vel contra mandata constitutionesque principum* (CTh. 3.12.4)⁴¹⁶, cioè in ordine ai nuovi divieti dell'impero cristiano: divieto di unione tra zio e nipote, tra *adfines* collaterali, tra *consobrini*. E che questo sia l'indirizzo della legislazione postclassica, è dimostrato dal fatto che Giustiniano non riporta, in CI. 5.5, nessuna costituzione comminante la *deportatio in insulam* per le sopra dette unioni incestuose: in particolare, egli non trascrive CTh. 3.12.1 (ove si parla di *deportatio*⁴¹⁷), né le parole di CTh. 3.12.3 relative alla pena comminata in origine per le unioni tra *consobrini*⁴¹⁸.

L'impero cristiano risolse, in conclusione, il contrasto tra i principi della religione cristiana e le costumanze orientali, ribadendo a più riprese i divieti matrimoniali tra cognati e affini in linea collaterale, ma mitigando le sanzioni relative.

Il condono della pena, alla donna o all'uomo, sotto il profilo della *ignorantia iuris*, è, per quel che ci consta, estraneo alla legislazione imperiale postclassica.

⁴¹¹ *Capitalis sententiae poena*: v. retro nt. 401.

⁴¹² Retro n. 49 G.

⁴¹³ Lo si deduce dal fatto che CTh. 3.12.3 (retro n. 51) abolisce il *designatum lege supplicium, id est ignium et proscriptionis*.

⁴¹⁴ Retro n. 51-52.

⁴¹⁵ V. retro nt. 405.

⁴¹⁶ V. retro n. 52 M.

⁴¹⁷ Retro n. 49 F.

⁴¹⁸ V. retro nt. 405. Si noti ancora che il tit. CI. 5.5 suona « *de incestis et inutilibus nuptiis* ».

54. — Queste conclusioni ci pongono finalmente in possesso degli elementi necessari e sufficienti per valutare in maniera adeguata i testi postclassici sulla *ignorantia iuris* in tema di *incestum*.

I frammenti delle *Sententiae* di Paolo dianzi ricordati⁴¹⁹ dimostrano che alla affermazione della scusabilità della donna per *ignorantia iuris* la giurisprudenza era giunta, alla fine del terzo secolo, seguendo, sia pure in maniera poco perspicua, una linea di sviluppo indicata dagli atteggiamenti stessi della *cognitio extra ordinem* e conseguentemente della giurisprudenza classica.

Probabilmente, invece, le alterazioni di D. 48.5.39(38)⁴²⁰ e di D. 23.2.68 sono indice di una tendenza giurisprudenziale dei secoli successivi: tendenza per cui si volle nebulosamente operare un contemperamento tra l'affermazione della scusabilità della donna per *ignorantia iuris* e quella della mitigazione od esclusione della pena corporale in ordine ai nuovi casi di *incesta* (tra zio e nipote, tra *consobrini*, tra *adfinis* in linea collaterale).

P) Ricordiamo anzitutto:

D. 23.2.68 (Paul. *sing. ad sc. Turpill.*): *Iure gentium incestum committit qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit, qui vero ex latere eam duxerit, quam vetatur, vel adfinem quam impeditur, si quidem palam fecerit levius, si clam hoc commiserit gravius punitur.*

Il testo è completamente rimaneggiato da mano postclassica, come sappiamo⁴²¹. Va notato, ora, che esso contrappone ad un *incestum iure gentium* (unione tra ascendenti e discendenti) dei casi di *incestum iure civili?* rappresentati dal *ducere uxorem* la *cognata, quae vetatur*, e la *adfinis, quae impeditur*. È da supporre, ormai, che la *cognata, quae vetatur*, sia la *neptis ex fratre* (o *ex sorore*) nei riguardi, rispettivamente, del *patruus* e dell'*avunculus*, ed inoltre la *consobrina*, nei riguardi del *consobrinus*; ed è da supporre che la *adfinis, quae impeditur*, sia appunto la *uxoris soror* nei riguardi del *maritus*.

Lo pseudo-Paolo si occupa, insomma, delle unioni dichiarate incestuose dai *praecepta*, dai *mandata*, dalle *constitutiones* imperiali postclassiche, per stabilire, nei loro riguardi, un suo estroso e singolare sistema di circostanze di aggravamento o di attenuazione.

⁴¹⁹ *Retro* n. 47-48.

⁴²⁰ *Retro* n. 43.

⁴²¹ V. *retro* cap. III n. 33.

5. — È chiaro ormai cosa si debba pensare delle alterazioni in D. 48.5.39(38). Esse si ricollegano in parte alle tendenze già messe in evidenza nelle *Sententiae* di Paolo e in parte alla nuova legislazione, cercando di operare un contemperamento tra le prime e la seconda.

La distinzione tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili* viene, per opera di questo contemperamento, a risultare diversa da quella risultante da D. 23.2.68: nel caso di *incestum iure civili* viene rimessa la pena soltanto alla donna, di cui si presume l'*ignorantia iuris*; non all'uomo, per quanto anch'egli, a volte, possa venire a godere di attenuazione di pena (§ 3).

D. 48.5.39(38) è, ripeto, espressione del pensiero giustiniano sul trattamento dell'*incestum*; ma non è credibile, aggiungo, che le alterazioni in esso siano state operate dai compilatori. Che si tratti di alterazioni pregiustiniane, mi pare dimostrato dal fatto che Giustiniano, regolando, nella Nov. 12 (a. 535), l'ipotesi criminosa dell'*incestum*, parla, sí, di una pena della *ἔξοπλα* (che è qualche cosa di simile alla *deportatio*)⁴²², ma non distingue tra *incestum iure civili* e *incestum iure gentium* per dichiarare la scusabilità della donna a causa della *ignorantia iuris*.

56. — Il diritto della compilazione è, in conclusione, orientato nel senso di ammettere, sulla traccia di decisioni classiche, la fondatezza di qualche causa di discriminazione in ordine all'*incestum*, ma mai in esso si profila la *ignorantia iuris* come motivo autonomo di scusa.

Soltanto nel diritto delle Novelle Giustiniano ammetterà, l'anno 535 d.C., a compilazione avvenuta, che la donna possa essere scusata per il *crimen incesti se ignara iuris*.

È interessante rilevare questo primo ed unico caso di affioramento della *ignorantia iuris* nella repressione dell'*incestum*, perché esso ci dà un esempio caratteristico di una norma emanata da Giustiniano in considerazione non del precedente sviluppo legislativo, ma dello sviluppo dottrinale dei secoli anteriori, di cui egli prese conoscenza durante la composizione dei *Digesta*.

⁴²² L'interpretazione non è sicura: Voci 201 nt. 3. Rimane, rispetto al diritto delle Novelle, la contraddizione tra la pena applicata a tutti indistintamente dalla Nov. 12 e la tendenza che si è rilevata, nell'esame delle costituzioni del tit. CI. 5.5, a non menzionare sanzioni penali in ordine alle ipotesi di unioni *contra praecepta vel contra mandata constitutionesque principum*. Deve concludersi che Giustiniano è probabilmente ritornato sui suoi passi in omaggio ai principi classici e per influsso della religione cristiana.

Nov. 12.1: Θεσπίζομεν τοίνυν, τοῦ λοιποῦ, εἰ τις ἀδέμειτον καὶ ἐναντίον τῇ φύσει (ὃν ὁ νόμος *incestion* τε καὶ *nefárium* καὶ *damnáton* καλεῖ) συναλλάξειε γάμον, εἴπερ οὐκ ἔχοι παῖδας ἐκ προτέρων γνησίων τε καὶ ἀμέμπτων αὐτῷ γενομένους γάμων, εὐθύς μὲν αὐτῷ τὴν τῶν οἰκείων πραγμάτων ἐκπτώσιν ἐπιχεισθαι, ἅμα δὲ καὶ τῶν ὀνόματι προικὸς ἐπιδοδομένων αὐτῷ μηδενὸς ἀπολαύειν, ἀλλὰ πάντα τῷ ταμείῳ προσκυροῦσθαι· ἀνθ'οὔτου 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 αὐτῷ 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 φύσεως μένειν, ἀλλὰ μὴ τρυφᾶν τε καὶ ἔρᾶν ὑπερόρια, καὶ τῶν παραδοδομένων ἡμῖν ἐκ τῆς φύσεως καταυθαδιάζεσθαι νόμων. καὶ τῆς γυναικός, εἰ τὸν νόμον ἐπισταμένη τοῦτον μὲν ἀμελήσειεν, ἀδεμίτοις 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.