



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

UN' OSSERVAZIONE

IN TEMA DI

IMPEDIMENTI MATRIMONIALI

Nel dare l'elenco delle condizioni assolute di validità del matrimonio romano, varii trattati pongono fra le altre anche il rispetto del tempo stabilito per il lutto della vedova. Così, per parlare solo di autori recenti, il Fadda⁽¹⁾ ed il Bonfante⁽²⁾.

Tale opinione non sembra però confermata dalle fonti nè rispondere al concetto classico e giustiniano. In tutto lo svolgimento del diritto romano noi troviamo stabilite sanzioni (e talvolta assai gravi) contro coloro che compiono nozze entro

(1) C. FADDA, *Corso di Diritto romano 1909-10: Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli 1910) 273. Parlando degli impedimenti assoluti del matrimonio, afferma: « Non può celebrar nozze la donna che ha perduto il marito od ha fatto divorzio da meno di 10 mesi ».

(2) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I* (Roma 1925) 195: « Condizioni assolute sono le seguenti: la capacità naturale, la capacità civile, l'assenza di un matrimonio precedente, il rispetto dell'anno del lutto » (cfr. anche pag. 197). Nelle *Istituzioni*⁹ 178 il Bonfante afferma invece solo che: « la vedova incorre nell'infamia se si rimarita entro l'anno del lutto ». Il DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* (Palermo 1919) e il CORBETT, *The law of the Roman marriage* (Oxford 1930), non parlano di tale impedimento. Il Perozzi, invece, nelle sue *Istituzioni*² I (Roma 1928) 356 n. 3, sembra incidentalmente ritenere che il matrimonio della vedova compiuto entro il tempo stabilito per il lutto del precedente marito sia valido. Esaminando la nota regola che le cause per le quali il matrimonio è ingiusto valgono anche per gli sponsali, osserva: « La vedova che sposa entro l'anno di lutto stringe un matrimonio giusto, benchè incorra in pene: perciò essa può anche durante l'anno di lutto fidanzarsi ». Cfr. su questo punto e sulla regola enunciata le nostre osservazioni in *Ricerche sugli sponsali in diritto romano*, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.* 40 (1932) 153. Dell'opinione del Perozzi è anche il LONGO, *Lezioni di diritto romano 1930-1931 (Diritto di famiglia)* (litografato) 343 sg., il quale dichiara esplicitamente: « Non costituiva invece ostacolo alla validità di un secondo matrimonio l'inosservanza da parte della vedova del periodo del lutto... »

il periodo stabilito per il lutto della vedova, ma nessuna disposizione si accorda con la nullità di un siffatto matrimonio, di cui del resto non è fatta parola nelle fonti (3). Anzi, in alcuni passi giustiniani ed in alcuni scolii bizantini è dichiarato esplicitamente il contrario. Pare quindi che si debba affermare decisamente l'esistenza, fino dai più antichi tempi, di un divieto di compiere nozze entro il tempo prescritto dal costume alla donna per il lutto del marito, divieto sanzionato da varie pene (le quali diversificano secondo le varie epoche) contro i trasgressori, ma che non tocca la validità giuridica del matrimonio compiuto contro di esso. Data la diversità dei pareri fra i varii scrittori (4), non è inutile, allo scopo di togliere definitivamente ogni dubbio in proposito, procedere ad un esame completo delle fonti ed alla dimostrazione di quanto affermiamo (5).

Cominciamo con l'esaminare l'antichissimo diritto conservatoci in una norma che Plutarco attribuisce a Numa Pompilio. Qui, come riconosce la maggioranza degli autori, il divieto sarebbe basato su motivi di carattere puramente religioso (6).

Plutarco. Numa 12: ('Ο Νομάς) τὰ πένθη καθ' ἡλικίας καὶ χρόνου ἐτάξεν, οἷον παῖδα μὴ πένθειν νεώτερον τριετούς, μηδὲ πρεσβύτερον πλείονας ἢ ἑξήμισιν ἡλικίας, ὡς καὶ περὶ τῶν ἀδελφῶν. Οὗτος γὰρ ἦν ἔρος τοῦ μακροτάτου πένθους, ὃν ὤρισεν Νομάς ἀλλὰ τοῦ μακροτάτου πένθους χρόνον εἶναι δεκαμηνιαῖον, ἐφ' ὅσον καὶ

(3) Cfr. anche LONGO, *Lezioni cit.* 344.

(4) Ved. note precedenti.

(5) Per autori che si occupano dell'obbligo del lutto cfr. la Bibliografia (non completa) data dal KÜBLER v. *luctus* in PAULY-WISSOWA, *Real-Enzyklop.* XIII 1697-1705. Fra i principali autori che studiano la questione dal punto di vista giuridico giova ricordare: GUTHERIUS, *De iure manium* (Lipsiae 1671) lib. III cap. 28; VON BRANDWYK, *Dissertatio de luctu* (Lugd. Batav. 1726) (irreperibile); DORN SEYFFEN, *Ius feminarum apud Romanos* (Traiecti ad Rhen. 1815); RENGERS, *De luctu* (ibid. 1825); SAVIGNY, *System* II 180 sgg.; KARLOWA, in *Z. für Rechtsgesch.* 9 (1870) 229 sgg.; GREENIDGE, *Infamia* (Oxford 1893) 66 sg.: 126; 201 sgg.; KLENZE, in *Z. für geschichtl. Rechtswiss.* 6 (1828) 32 sgg.; LONGO, *Lezioni* 32 sgg.

(6) Sulla questione se si tenesse conto anche in quell'epoca della *turbatio sanguinis* cfr. il mio lavoro in corso *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in *Riv. it. p. sc. giurid.* n. s. 8 (1933) 171 sgg.

χρηρεύουσιν αἱ τῶν ἀποθανόντων γυναῖκες ἢ δὲ πρότερον γαμηθεῖσα βούβιν ἐγκύμονα κατέθεον ἐκείνου νομοθετήσαντος.

Secondo quindi la tradizione, richiamata in altro luogo da Plutarco (7), si tratterebbe di due norme distinte. Nella prima è

(7) PLUTARCH. Coriolanus 39, parlando della morte di Coriolano, narra che su domanda delle matrone fu concesso alle donne di osservare il lutto pubblico di dieci mesi, che era costume di osservare per i genitori, i figli e i fratelli. A tale proposito, si ricorda che questo era il massimo periodo di lutto concesso da Numa: Ῥωμαῖοι δὲ τὴν τελευταίην καθόμενοι ἄλλο μὲν οὐδὲν ἀπειδείξαντο σημεῖον οὔτε τιμῆς οὔτ' ὀργῆς πρὸς αὐτόν. αἰτιομαμένας δὲ ταῖς γυναῖξιν ἐπέτρεψαν ἀποπενθῆσαι δέκα μῆνας, ὡς περὶ ἑκάστην πατέρα καὶ παῖδα καὶ ἀδελφόν. Οὗτος γὰρ ἦν ἔρος τοῦ μακροτάτου πένθους, ὃν ὤρισεν Νομάς ἀλλὰ τοῦ μακροτάτου πένθους χρόνον εἶναι δεκαμηνιαῖον, ἐφ' ὅσον καὶ

In un passo di Seneca, nel quale si fa richiamo alle norme dei *maiores*, è detto che il periodo del lutto era stato fissato ad un anno per le donne, allo scopo di limitare le manifestazioni di dolore femminile; per gli uomini, invece, si dice non essere stabilito alcun periodo legale. Sen. Epist. I (63), 13....: *annum feminis ad lugendum constituere maiores, non ut tam diu lugerent, sed ne diutius: viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum*. Il SAVIGNY, *System* II 259 n., osserva che l'ultima frase di Seneca « può considerarsi come un'esagerazione retorica, quale è pure la asserzione che l'anno di lutto delle donne non dovesse considerarsi che come un massimo. Però la differenza fra i due sessi relativamente al lutto trovasi annunciata in questo passo come un fatto indubitato ». Il KÜBLER loc. cit., commentando questo passo osserva che difficilmente il *sed ne diutius* è genuino e che il *quia nullum honestum* indica l'antitesi fra l'obbligo giuridico e il dovere morale. Mi sembra più facile e più semplice spiegarlo, attribuendo il discorso di Seneca all'obbligo delle vedove di osservare il lutto per il marito defunto: come in altri passi, qui si vuole precisamente mettere in rilievo l'obbligo della donna di fronte alla mancanza di un obbligo da parte dell'uomo per la morte della moglie. Questa tesi, ci sembra, verrebbe a togliere varie difficoltà sorte nell'interpretazione del passo di Seneca.

Per quanto poi riguarda le considerazioni del filosofo intorno alle cause che avrebbero dettato le leggi di Numa sul lutto stabilito alle donne, qui probabilmente si unisce la norma attribuita dalla tradizione a Numa con le disposizioni riportate da Cic. de legibus II 23, 58 sgg., delle XII Tavole sulle limitazioni dei funera. Del resto, anche a Numa è attribuita da altri autori una norma consimile: Plin. nat. hist. XIV 22, 88: *Numae regis posthumi (post eum Mommsen) legis est: 'vinum rogo ne respargito'*. Si comprende quindi come può essere sorta l'affermazione di Seneca, ripetuta anche in Sen. consol. ad Helviam 16.

Un'altra osservazione può farsi a proposito dell'apparente diversità

stabilito l'obbligo del lutto secondo l'età del defunto e il grado di parentela, fissando come massimo il periodo di dieci mesi; nella seconda è dichiarato che per tale periodo le vedove debbono astenersi dal contrarre matrimonio dalla morte del primo marito: se trasgrediscono alla legge, debbono immolare βούβη ἐγκόμους. Non mi pare affatto che da questa norma si possa dedurre l'esistenza di un impedimento alle nozze. Anzi, il fatto di considerare il caso di trasgressione e la stessa sanzione dichiarata nella seconda parte del passo, costituiscono, sembrami, una prova che tali nozze sono ritenute valide e che i contraenti sono effettivamente marito e moglie. Non si afferma infatti la nullità del matrimonio, ma solo, in quanto la donna ha violato un precetto religioso, le è prescritta una cerimonia di espiazione.

Sembra però, a prima vista, assai probabile che la donna entro l'anno del lutto non potesse compiere la *confarreatio*. Infatti, dato il carattere religioso di questa cerimonia, appare

di tempo: va qui infatti ricordato che l'anno in antico era di dieci mesi: a questo proposito, Fragn. Vatic. 321: *...quem annum decem mensuum esse Pomponius ait; nec leve argumentum est annum X mensuum esse, cum minores liberi tot mensibus elugeantur, quot annorum decesserint usque ad trimum...*

Cfr. anche Ovi d. Fasti I 33: *Quod satis est, utero matris dum prodeat infans Hoc anno statuit temporis esse satis Per totidem menses a funere coniugis uxor Sustinet in vidua tristia signa domo, III 133 Adsuetos igitur numeros servavit in anno Hoc luget spatio femina maesta virum.*

E, più evidente di tutti, un altro passo di Seneca, nel quale, ripetendo il medesimo concetto esposto nella sua Epistola 63, afferma che il termine stabilito dai *maiores* per il lutto era di dieci mesi, Consol. ad Helviam (Dial. XII) 16: *Non est quod utaris excusatione muliebris nominis, cui paene concessum est inmoderatum in lacrimas ius, non inmensum tamen. et ideo maiores decem mensium spatium lugentibus viros dederunt, ut cum pertinacia muliebris moeroris publica constitutione deciderent, non prohibuerunt luctus, sed finierunt.* Cfr. anche Cic. pro Cluentio XII 35.

Ho voluto riportare qui questi passi, giacchè non mancano gli autori i quali notano una differenza fra il termine di dieci mesi, dichiarato da Plutarco ed altri autori, e quello di un anno dichiarato da Seneca. Risulta quindi evidente che negli antichi tempi per il termine stabilito per il lutto, era uguale parlare di un anno o dieci mesi. Solo più tardi, quando l'anno fu portato a dodici mesi, si continuò a mantenere il periodo di dieci mesi, finchè con la costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio (C. Th. de sec. nupt. III 8, 1) fu espressamente portato ad un anno.

logico che i pontefici, i quali prendevano parte ad essa, ne escludessero le donne sottoposte al lutto del marito. Doveva invece esser possibile alle vedove compiere gli altri modi di *conventio in manum*, la *coemptio* e l'*usus*, dato il loro carattere eminentemente civile. Naturalmente, una volta compiuto il matrimonio (sia libero, sia accompagnato dalla *manus*), l'autorità religiosa doveva costringere negli antichi tempi i trasgressori all'espiazione prescritta.

Poco sappiamo di preciso intorno all'attività dei censori per far rispettare il lutto ed alle sanzioni da essi inflitte contro i violatori. Un passo di Seneca⁽⁸⁾ ci mostra che essi dovevano infliggere contro i non osservanti la *nota*: ed è infatti presumibile che, venuta meno la forza delle sanzioni pontificali e non potendosi più obbligare i cittadini ai *piacula*, la difesa di molte delle norme di *ius divinum* sia stata assunta dai censori⁽⁹⁾.

Ampie notizie troviamo invece per quanto riguarda le sanzioni prescritte dal Pretore contro coloro che non rispettano il lutto e contro coloro che compiono il matrimonio entro il termine prescritto per il lutto della vedova. In due frammenti troviamo riportato il testo originale dell'editto, o, per meglio dire (come cercherò di dimostrare in altro luogo), di una parte dell'editto.

D. 3, 2, 1 (Iul. lib. I ad ed.): *'Infamia notatur⁽¹⁰⁾.... qui*

(8) Senec. Controv. IV, 1: *Quis est iste, qui supra flentem patrem censuram lugendi postulat? Proiectus in omnia gulae libidinisque flagitia, omnibus notandus censoribus, saeculo praecepta conponit; scit quantum super amissos tres liberos patri flendum sit, quem si viveret pater fleret.*

(9) Ved. su questo punto le acute osservazioni del GREENIDGE, *Infamia* (Oxford 1894) 66 sg.; 125 sg.

(10) Generalmente si è portati a ritenere che le parole con cui s'inizia il frammento, *Praetoris-notatur*, non siano genuine: cfr. specialmente: LENEL, in *Z. Sav.-St.* 2 (1881) 56; *Edictum*³ 77; ROTONDI, *Scritti giuridici* II 214 sgg. Quanto all'inscriptio del frammento, è noto che si discute se essa sia genuina o debba invece essere corretta in « *Ulpianus libro sexto ad edictum* » dalla quale opera sono tratti un gran numero di frammenti di questo titolo del Digesto: cfr. sull'argomento il RUDORFF, *Die Prozessöffnung nach dem Edict*, in *Z. f. Rechtsgesch.* 4 (1864) 10 (cfr. però il LENEL, l. c.). Il ROTONDI (in *Scritti* II 114 sgg.; 137 n. 1; 138 n. 3) sostiene anch'egli che l'iscrizione è errata.

eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit' rel.

Fragm. Vatic. 320 (Ulp. lib. 8 ad ed. ?): *Secuntur haec verba: 'et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium collocaverit eamve sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberove suos uti moris est non eluxerit, quaeve, cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit'.*

Secondo la legge del Digesto, l'editto del Pretore dichiarava infami il *paterfamilias* della vedova che l'avesse collocata in matrimonio entro il tempo prescritto per il lutto, il secondo marito che avesse tolto la vedova in moglie, sapendo della morte del primo marito, ed il suo *paterfamilias* che avesse sopportato le nozze: in questo passo nessuna parola della vedova. Secondo il Fragn. Vatic., invece, l'editto del Pretore comminerebbe l'infamia alle persone sopra enumerate ed inoltre anche a colei, la quale avesse trascurato il lutto stabilito dal *mos* per la morte del marito, dei genitori e dei figli, ed alla vedova *sui iuris*, la quale fosse passata a nuove nozze entro il tempo prescritto per il lutto del primo marito⁽¹¹⁾.

La differenza fra i due testi dell'editto si spiega facilmente, osservando con il Karlowa⁽¹²⁾ che il passo del Digesto si ripor-

(11) Non sembrerebbe quindi perfettamente esatto quanto afferma il LONGO, *Lezioni* cit. 345: « A datare infatti dalla cit. costituzione del 381 anche la vedova è soggetta all'infamia se infrange l'obbligo del lutto; inoltre essa perde i lucri nuziali del primo matrimonio ed i lasciti a lei fatti su testamenti dal primo marito ».

(12) KARLOWA, *Röm. Rechtsgesh.* II 224 sgg.; GREENIDGE, *Infamia* cit. 173 sgg. Cfr. invece la lunga dissertazione del SAVIGNY, op. cit. 532 sgg., il quale osserva che la differenza può anche esser dovuta a cambiamenti operati dal compilatore dei Fragn. Vatic. Ved. però le osservazioni dello SCIALOJA alla traduzione italiana del Savigny (pag. 532 n.) su questa tesi davvero insostenibile di fronte alla chiara e precisa

tava al titolo dell'editto « de postulando », mentre il testo tratto dai Fragn. Vatic. si riferiva al titolo « de cognitoribus et procuratoribus ». Nel primo passo cioè, il Pretore dava una lista delle persone che davanti al suo tribunale erano escluse dal poter *postulare pro alio*. Naturalmente, dato che le donne non erano ammesse a questa facoltà, nella lista delle persone escluse non potevano trovarsi che gli uomini. Nel testo del Fragn. Vatic. il Pretore, invece, dava una lista delle persone alle quali vietava di poter dare un *cognitor* od un *procurator*. In diritto romano classico le donne potevano nominare validamente un *procurator* od un *cognitor* ed è quindi rispetto all'esclusione dall'esercizio di questa facoltà che si ha una categoria di donne *famosae*⁽¹³⁾.

Dalle parole dell'editto non si rileva nulla che possa far ritenere l'invalidità delle nozze compiute entro il periodo di tempo fissato per il lutto. Il Pretore stabilisce una sanzione per chi compie il matrimonio, ma non dichiara affatto che questo non abbia effetto. Siamo in una condizione assai analoga a quella che si realizzerà più tardi sotto gli Imperatori cristiani in seguito alle leggi restrittive del divorzio. Dal punto di vista giuridico queste leggi non alterano l'istituto, giacchè il divorzio compiuto fuori delle *iustae causae* tassativamente fissate è sempre valido

dimostrazione del Karlowa. Che il testo dell'editto riportato nel Digesto si riferisse unicamente all'esclusione del *postulare pro alio* era già stato visto dal WENCK, *Praefatio ad Hauboldii Opuscula* vol. I pag. XXXII sg.: egli però (pag. XXXIII) giunge sino a sostenere che l'infamia del suocero può anche intendersi come una conseguenza di una violazione del lutto da parte della donna prima del matrimonio; opinione del tutto arbitraria, già respinta dal SAVIGNY op. cit.

Per quanto riguarda il testo originario dell'editto pretorio, il quale doveva occuparsi in quattro titoli distinti dell'infamia, e per quanto riguarda la successiva fusione operata nel diritto giustiniano, cfr. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien in Festschr. f. E. Zitelmann* (München, Leipzig 1913) 11 sgg.

(13) Contro l'affermazione del Savigny, il quale sosteneva che la categoria delle donne *famosae* era sorta in seguito alle *leges Iuliae* matrimoniali, il Karlowa, basandosi soprattutto sul Fragn. Vatic. 320, ha dimostrato che la categoria delle donne *famosae* trova la sua origine nell'editto del Pretore, e precisamente nella lista delle persone escluse dal poter dare un *cognitor* od un *procurator*. Lo segue interamente, con nuovi argomenti, il GREENIDGE, *Infamia* cit. 171 sgg.

civilmente e scioglie il matrimonio: i coniugi divorzianti però sono puniti. Così avviene nel caso di trasgressione del lutto: chi si sposa entro il tempo fissato dalla morte del primo marito, compie un matrimonio civilmente valido con tutti gli effetti, ma incorre nella sanzione pretoria, la quale, come è chiaro, non toglie nessuna efficacia alle nozze, ma solo esclude dal poter compiere degli atti procedurali.

Una prova la possiamo subito dedurre dal fatto che nelle enumerazioni dei requisiti necessari per compiere *iustae nuptiae* fatte in forma positiva o negativa dai giuristi romani non troviamo mai ricordato il rispetto del tempo stabilito per il lutto. Nè nel titolo «de nuptiis» delle «Sententiae» di Paolo, nè nel titolo «de ritu nuptiarum» del Digesto nè in quello «de nuptiis» delle Istituzioni si parla di ciò: se ne tratta invece, e lungamente, a proposito della categoria degli infami.

Altro indizio può trarsi dall'osservazione che i frammenti, i quali si occupano di questa questione, non accennano in alcun modo ad una perdita di diritti coniugali inerente ai trasgressori del lutto e tanto meno — il che invece troviamo ripetuto spesso nel caso di nozze invalide — dichiarano che i figli nati da tali unioni debbano considerarsi spurii. Più tardi, quando sotto gli Imperatori cristiani vengono aggiunte delle nuove sanzioni, queste si limitano esclusivamente alla perdita di lucri nuziali, ma nessuna tocca l'essenza e la validità del matrimonio. I passi letterari che riguardano questa questione e i commenti dei giuristi al testo dell'editto non depongono contro la nostra opinione, ma anzi sembrano confermarla.

D. 3, 2, 13 pr. (Ulp. lib. 6 ad ed.): *Quid ergo si non ducere sit passus, sed posteaquam duxit ratum habuerit? ut puta initio ignoravit talem esse, postea scit? non notabitur: praetor enim ad initium nuptiarum se rettulit.*

Se il Pretore si riferisce, per applicare la sanzione, all'*initium nuptiarum*, è chiaro che il matrimonio sussisteva, nonostante la violazione del divieto. Nel passo, si noti, non si fa affatto questione della validità o meno delle nozze, ma esclusivamente della possibilità o meno di applicare la nota pretoria.

D. 3, 2, 11, 4 (Ulp. lib. 6 ad ed.): *Notatur etiam 'qui eam duxit', sed si sciens rel.*

D. eod. 8 (Ulp. lib. 6 ad ed.): *'Genero' inquit 'mortuo':*

merito adiecit praetor: 'cum eum mortuum esse sciret', ne ignorantia puniatur.

Se incorre nell'editto solo colui che ha compiuto o fatto compiere il matrimonio *sciens*, mentre va immune da qualsiasi sanzione chi ha compiuto o fatto compiere il matrimonio nell'ignoranza della morte del primo marito, sembra evidente che la sanzione pretoria non tocca la validità del secondo matrimonio, e che ad ogni modo la violazione del lutto non è considerata per se stessa come causa di nullità del matrimonio (14).

D. 3, 2, 12 (Paul. lib. 5 ad ed.): *Qui iussu patris duxit, quamvis liberatus potestate patria eam retinuit, non notatur.*

Il passo qui parla di *retinere in matrimonio* colei che per volontà del *paterfamilias* era stata sposata entro i dieci mesi dalla morte del primo marito: ciò significa che le nozze, anche prima della liberazione della patria potestà, dovevano esser pienamente valide.

D'altra parte, nella storia di Roma non mancano esempi di personaggi, i quali stringono nozze valide con vedove entro il tempo stabilito per il lutto. I passi degli autori che vi accennano ci mostrano chiaramente come il divieto fosse fondato su motivi di carattere essenzialmente religioso, e come la violazione di esso non avesse nessun effetto sul matrimonio.

Riportiamo a questo proposito due passi l'uno di Diono Cassio, l'altro di Cicerone. Nel primo di questi si parla delle nozze stabilite fra Antonio e la sorella di Cesare, Ottavia, il cui marito

(14) Taluno potrebbe forse, in opposizione a queste considerazioni, fare un riavvicinamento con il caso del cittadino romano il quale sposa una latina o una peregrina, credendola erroneamente cittadina romana. Ma basta un rapido esame delle fonti per vedere subito come si tratti di questione del tutto diversa. Gaio infatti (I 65 sgg.) ci afferma esplicitamente che il figlio che nasce da una di queste unioni non è cittadino romano, ma segue la condizione della madre e non cade sotto la *potestas* del padre: solo in seguito ad un senatoconsulto si ammise di poter *causam erroris probare* e di poter fare acquistare alla donna e al figlio la cittadinanza romana. Soltanto da quel momento il padre acquisterà la *potestas* sul figlio. In D. 3, 2, 8 (Ulp.), invece, la possibilità o meno di applicare la sanzione si fa dipendere dalla *scientia* dell'agente. Sembra quindi evidente che in questa legge il giureconsulto intende riferirsi esclusivamente alla dichiarazione di infamia, dichiarazione per la quale il Pretore richiede sempre il dolo e quindi la *scientia* dell'agente.

era defunto e che si trovava incinta, senza affatto rilevare che il matrimonio potesse essere considerato per questa ragione invalido. Il secondo ci narra delle nozze di Oppianico con una vedova dopo cinque mesi dalla morte del marito, ed anche qui dalle espressioni usate non risulta affatto che le nozze fossero nulle, per quanto contrarie alle norme della morale sociale.

Dion. Cass. Hist. Rom. XLVIII 31, 3: ... και τὴν Ὀκταουσίαν τὴν τοῦ Καίσαρος ἀδελφὴν γυναῖκα τῷ Ἀντωνίῳ, ἐπειδὴ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς ἐτετελευτήκει, καὶ κυοῦσαν προμνησάμενοι τοσαύτῃ μεταβολῇ ἐχρήσαντο κτλ.

Cic. pro Cluentio XII 35: *Quae mulier obtestatione viri decem illis mensibus ne domum quidem ullam nisi socrus suae nosse debuit, haec quinto mense post viri mortem ipsi Oppianico nupsit* rel.

Ma se da queste fonti risulta evidente la validità dal punto di vista giuridico delle nozze contratte contro il divieto, esaminiamo ora alcuni passi su cui sembrano specialmente soffermarsi i sostenitori della teoria che combattiamo.

D. 3, 2, 11, 1 (Ulp. lib. 6 ad ed.): *Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praelor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis.*

Questa legge sembra effettivamente, a prima vista, far ritenere l'esistenza di un impedimento alle nozze causato dal lutto. Ma essa ha subito un infelice rimaneggiamento da parte dei compilatori di Giustiniano, i quali del resto, come vedremo più avanti, ammettono la validità di questo matrimonio. La frase *nuptum collocari* è appuntata come non classica dallo Schulz (15): seguendo il testo greco dei Basilici, il quale, forse sulla base di una traduzione pregiustiniana, si allontana alquanto dal testo del Digesto, dando però in ogni modo una significativa interpretazione delle parole di Ulpiano (16), la legge nella frase sospetta può essere ricostruita presso a poco così:

(15) In *Festschrift f. Ernst Zitelmann* cit. 23.

(16) Bas. XXI 2, 11 (Heimb. II 443): εἰ καὶ τοιοῦτός ἐστιν ὁ ἀνὴρ, ὥστε μὴ πενθεῖσθαι, ὡς ὁ αὐτόματος καὶ ὁ κατακριθεὶς ἐπὶ τυραννίδι, καὶ ὁ προδότης κατακριθεὶς. καὶ ὁ ἐπαγγόμενος, καὶ ὁ χεῖρας ἐπιβαλὼν ἑαυτῷ, μὴ μίσει τῆς ζωῆς, ἀλλὰ κακῇ συνειδήσει, ὅμως διὰ τὴν σύγχυσιν τῆς γονῆς ἢ πρὸ τοῦ πενθίμου γαμοῦσα ἀτιμοῦται, καὶ εἰ ἐν σιδήσει ἀγαγόμενος αὐτήν.

Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, (...), tamen quae intra tempus luctus nupsit, notatur). praelor enim rel....

Del resto, questa nostra ricostruzione è appoggiata anche da quanto leggiamo nel § 3 e nel § 4 della medesima legge:

Si quis ergo post huiusmodi exitum mariti [nuptum se collocaverit] (nupsit), infamia notabitur (17). Notatur etiam qui eam duxit, sed si sciens: rel.

Come dimostrano quindi anche i paragrafi seguenti, Ulpiano voleva semplicemente affermare che colei, la quale si sposa entro i dieci mesi dalla morte del primo marito, anche se questi sia una di quelle persone per cui non è prescritto il lutto, incorre nondimeno nell'infamia.

Non si può nemmeno trarre una prova a favore dell'opinione dominante dalle concessioni da parte del Senato o dell'Imperatore di poter sposare entro il tempo fissato per il lutto, come ad esempio dall'accento che leggiamo in Plutarco sopra l'esenzione concessa alle nozze di Antonio e Cleopatra.

Plut. Anton. 31: Ὡς οὖν ἔδοξεν ἀμφοτέροις, ἀναβάντες εἰς Ῥώμην ἐπέτελλον τὸν Ὀκταουσίας γάμον, οὐκ ἑώτατος μὲν νόμου πρὸ δέκα μηνῶν ἀνδρός τελευτήσαντος γαμείσθαι, τῆς δὲ συγκλήτου δόγματι τὸν χρόνον ἐκείνοισ ἀνείσας.

È infatti chiaro che la norma di cui si parla, si riferisce al divieto di compiere nozze entro i dieci mesi e che la remissione da parte del Senato consiste appunto nell'esimere dall'osservanza del lutto e quindi dalla sanzione stabilita, non già nel rendere valide civilmente le nozze: il Senato ha infatti la facoltà di concedere le *minutiones luctus* sia in occasione di feste solenni, sia per circostanze speciali.

Lo stesso può ripetersi per quanto leggiamo in

D. 3, 2, 10 pr. (Paul. lib. 8 ad ed.) *Solet a principe impetrari ut [intra legitimum tempus] (18) mulieri nubere liceat.*

(17) Lo Schulz loc. cit. appunta come irregolare tutta la fine del § 3 *Si-notabitur*. Credo più opportuno ricostruirlo come ho proposto. Ma in ogni modo, anche se appartiene interamente ai compilatori, dà una significativa interpretazione, conforme alla traduzione dei Basilici, del § 1.

(18) Sull' interpolazione di *legitimum tempus* in luogo di *decem menses*, è opportuno fare alcune osservazioni. Generalmente si sostiene ciò nella

Tale concessione del principe non rende valido per se stessa il matrimonio, ma esenta i contraenti dalla pena fissata per chi trasgredisce il divieto.

Del resto mi sembra che questa concessione da parte del Senato e dell'Imperatore può costituire un argomento a nostro favore, giacchè non abbiamo in diritto romano alcun esempio di dispensa autoritativa dall'osservanza degli impedimenti assoluti del matrimonio. Anche ciò proverebbe quindi che la concessione di cui parla Paolo deve consistere nell'ammettere di compiere le nozze senza incorrere nella pena.

Ed eccoci al testo apparentemente più grave contro la nostra tesi, quello che più di ogni altro ha dato luogo alla teoria dominante, malgrado le esplicite dichiarazioni dei testi sopra citati.

D. 3, 2, 11 pr. (Ulp. lib. 6 ad ed.) *Liberorum autem et parentum luctus impedimento nuptiis non est.*

Ragionando a contrario, si sostiene che, se si sente il bisogno di affermare la mancanza di un impedimento alle nozze nel caso di lutto per la morte dei genitori e dei figli, vuol dire che è impedimento alle nozze il lutto della vedova per la morte del primo marito.

Lasciando pure da parte le considerazioni che potrebbero

credenza che in un primo tempo si sarebbe avuto in diritto romano il termine di dieci mesi e non quello di un anno. Abbiamo però già precedentemente notato come in un primo tempo, quando l'anno si componeva di dieci mesi, fosse assolutamente uguale parlare di dieci mesi o di un anno e come in realtà i passi da noi già riportati di Seneca, Cicerone e Ovidio adoperassero ora l'uno ora l'altro modo di indicare il periodo del lutto. Non mancano quindi autori, i quali hanno respinto l'interpolazione di *legitimum tempus*, riscontrata in vari frammenti sin dal sec. XVI. Cfr. ad es. GOTHOFREDUS, *Codex Theod.* ad L. 2 de sec. nupt.; VAN BYNKERSHOEK, *Observationes iuris romani* lib. V cap. 12, in vol. II (Lugduni Batav. 1733) pag. 60 sgg., il quale nella sua revisione alla critica interpolazionistica dei suoi tempi, esamina questa questione affermando: «Nec tamen credimus quicquid est in illis, quas dixi legibus de tempore legitimo esse a manu Tribonianorum interpolantis, quum aequè X mensibus atque anno conveniat...». Data però la dichiarazione della costituzione di Leone e di Antemio che abbiamo già citato non mi sembra poter esistere dubbio sulla esattezza dell'interpolazione di *legitimum tempus*.

farsi intorno al pericolo dei ragionamenti a contrario, dobbiamo osservare che il significato del frammento è alquanto diverso da quello che gli viene generalmente attribuito. All'interpretazione comune ha dato soprattutto motivo il termine *impedimentum*, giacchè per un intuitivo processo mentale si è portati a collegarlo con le categorie degli impedimenti matrimoniali foggiate dalla dottrina e dagli interpreti delle scuole medioevali sull'esempio del diritto canonico, ma ignote sotto questa forma ai giuristi classici e di conseguenza a considerare il termine usato da Ulpiano nel significato di «impedimento dirimente».

Ora, il termine *impedimentum*, come è noto, nella lingua latina ha tanto il significato dell'italiano «impedimento», quanto quello di «impaccio», «difficoltà». Che un divieto di carattere religioso e morale, la cui violazione importa una sanzione giuridica gravissima quale la dichiarazione d'infamia da parte del Pretore, possa essere considerato da un classico come un *impedimentum* nel senso romano alle nozze sembra abbastanza logico⁽¹⁹⁾. Appare quindi pienamente giustificato l'uso di questo termine da parte di Ulpiano nella frase *impedimento nuptiis non est*, nel senso cioè di esprimere che per il lutto degli ascendenti e dei figli non era prescritta nessuna sanzione a chi contraeva matrimonio, e quindi mancava ogni ostacolo a compiere le nozze. Ciò non autorizza affatto a prendere questo termine nel significato tecnico attribuitogli dalla dottrina posteriore, di una causa che rende nullo di per se stessa il matrimonio, e ad accogliere in conseguenza il ragionamento a contrario sostenuto dalla teoria che noi combattiamo.

Ma del resto la mancanza di un fondamento sicuro di questo ragionamento risulta anche dalla testimonianza degli altri testi citati, alcuni dei quali appartenenti allo stesso Ulpiano, dalle dichiarazioni esplicite dei giuristi bizantini, dai riferimenti al diritto anteriore dello stesso Giustiniano, da quanto risulta dalle costituzioni del Basso Impero e da quanto si può dedurre dal

(19) Seguendo la terminologia canonistica, il divieto che troviamo nelle fonti romane alla vedova di sposarsi entro il periodo del lutto, potrebbe rassomigliarsi ad un «impedimento impediente», cioè una circostanza che rende illecito, ma non invalido il matrimonio.

silenzio delle fonti classiche riguardo ad un vera e propria nullità del matrimonio basata sull'inosservanza del lutto.

Infine, non è da escludere che in questo frammento, Ulpiano, come si può argomentare dal contenuto dei paragrafi seguenti, dove si esaminano quali sono le persone per la cui morte non è ammesso il lutto, volesse riferirsi alle sole norme del costume ed affermare che, secondo queste, fra i doveri che importava il lutto dei figli ed ascendenti non rientrava quello di astenersi per un determinato periodo dalle nozze.

Le costituzioni imperiali confermano la nostra ipotesi. Una legge di Gordiano ripete le sanzioni dell'editto pretorio contro la donna, la quale si unisce in seconde nozze entro il tempo stabilito per il lutto del primo marito, e contro il secondo marito, senza affatto parlare di nullità del matrimonio.

C. 2, 11, 15: *Decreto amplissimi ordinis luctu feminarum deminuto tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra tempus, quo lugere maritum moris est* (20), *matrimonium contrahere permittitur, cum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahit* (a. 239).

Il testo ci parla di una remissione di lutto ordinata dal Senato e specifica che tale remissione riguarda solo gli abiti da lutto, dai quali si esentano le donne, non riguarda invece il divieto di fare matrimonio che rimane immutato: per chi trasgredisce, è comminata l'infamia. L'espressione *duxit uxorem*, e ancora il fatto di distinguere se l'uomo ha compiuto le nozze sapendo o meno dell'obbligo al lutto, mostrano che il matrimonio viene punito, ma che civilmente è pienamente valido. Come abbiamo infatti già osservato a proposito di D. 3, 2, 11, 4 se è immune da sanzione chi compie il matrimonio nell'ignoranza del lutto, è evidente che tale sanzione non riguarda la validità

(20) Il GOTOFREDO loc. cit. sostiene l'interpolazione della frase *tempus-moris est*. L'opinione mi sembra però affatto arbitraria, giacché l'espressione usata da Gordiano concorda con quella che ritroviamo nel testo dell'editto del Pretore.

del secondo matrimonio. Sembrerebbe in realtà strano immaginare che una simile causa di nullità dovesse dipendere soltanto dalla *scientia* del trasgressore.

Alla medesima conclusione ci portano anche due costituzioni di Graziano, Valentiniano e Teodosio.

C. 5, 9, 1 (= C. 6, 56, 4): *Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis. 1. Praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem ne det neque ei testamento plus quam tertiam partem relinquat. 2. Omnium praeterea hereditatum legatorum fideicommissorum suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. haec namque ab heredibus vel coheredibus aut ab intestato succedentibus vindicari iubemus, ne in his, quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. 3. His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate, quamquam haec, quae mulieri a priore viro relinquuntur et per immaturum matrimonium vacuata esse coeperunt, primo a decem personis edicto praetoris enumeratis, id est adscendentibus et descentibus et ex latere usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde praesumi a fisco iubemus. 4. Eandem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato, vel legitimas vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare* (a. 380) (21).

(21) A questa costituzione evidentemente si riferiscono i §§ 16 e 61 del Libro Siriaco-romano di diritto, dei quali riporto il primo nella traduzione latina del Ferrini: «*Quae res infamem facit uxorem? Si moriatur maritus eius, si ausa sit et fuerit viro alii, antequam completi sint ei decem menses post mortem mariti sui, infamis est et auferunt ei honorem νόμοι. Et si quid scripserit ei maritus eius ληγάτων in διαθήκη, demunt ei νόμοι, quia non caste se gessit pro marito suo per decem menses*».

Il paragrafo infatti, oltre esprimersi assai analogamente, contiene le disposizioni dichiarate nella costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio, le quali non compaiono nelle fonti anteriori. Questo paragrafo ha per noi una grandissima importanza in quanto ci dimostra che il prolungamento del termine da dieci mesi ad un anno deve esser stato per la prima volta stabilito con la seconda costituzione del 381 dai medesimi imperatori e in ogni modo dopo il 380. Non è da escludere che in C. 5, 9, 2 (= C. Th. 3, 8, 1) i compilatori del Codice Teodosiano non ci riportino che un brano di una costituzione assai più lunga nella quale antecedente-

C. Th. 3, 8, 1 (= C. Iust. 5, 9, 2): *Si qua ex feminis perdito marito intra anni spatium alteri festinarit innubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, lametsi id ipsum exiguum putemus), probrosis inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat. Et sciat nec de nostro beneficio vel adnotatione sperandum sibi esse subsidium* (a. 381).

Come si vede, in queste costituzioni gli Imperatori aggiungono alla dichiarazione d'infamia nuove e gravi pene pecuniarie contro la donna che si sposa entro il periodo del lutto per la morte del marito e nella seconda estendono il tempo stabilito da 10 mesi ad un anno, ma non negano affatto la validità del secondo matrimonio. Siamo nel caso identico a quello che sorge dalla costituzione di Leone e di Antemio riportata nel medesimo titolo (C. 5, 9, 6) contro le seconde nozze in genere. Anche qui gli Imperatori stabiliscono severe sanzioni contro coloro che passano a seconde nozze, ma non affermano affatto che a questo successivo matrimonio si possa negare efficacia civile. Il fatto di trovare le disposizioni di Graziano, Valentiniano e Teodosio sotto la rubrica « de secundis nuptiis », mostra che per il secondo matrimonio della vedova compiuto entro il periodo del lutto doveva vigere il medesimo criterio.

Ancora, la cosiddetta « Interpretatio Visigotica » a C. Th. 3, 2, 1 ripete le medesime norme, non accennando nemmeno essa in alcun modo all'invalidità del secondo matrimonio.

In conclusione, quindi, dall'esame delle fonti pregiustinianee risulta l'esistenza di un divieto al matrimonio della vedova durante il lutto del primo marito, divieto la cui trasgressione porta — lo ripetiamo ancora — ad una sanzione contro i colpevoli, ma non intacca dal punto di vista giuridico le seconde nozze.

mente si doveva stabilire il nuovo periodo. Infatti, gli Imperatori con le parole *parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus*.... sembrano riferirsi ad una disposizione precedente. A meno che, siccome negli antichi tempi si parlava indifferentemente di un anno o di dieci mesi — in origine l'anno era così diviso, come abbiamo precedentemente constatato —, gli Imperatori volessero qui, più che modificare il termine, dare disposizioni sul modo d'interpretarlo.

Il rispetto quindi del lutto non costituisce affatto, contrariamente a quanto si sostiene, un requisito essenziale per l'esistenza delle *iustae nuptiae*.

Ma l'affermazione esplicita della validità delle nozze contrattate dalla vedova durante il lutto la ritroviamo nelle Novelle di Giustiniano e, più ancora recisa, nei commenti dei giureconsulti bizantini.

Nella Nov. 22, cap. 22 e 40, l'Imperatore emana alcune disposizioni per la vedova, la quale passa a seconde nozze dopo di aver giurato di non rimaritarsi, e per la vedova, la quale compie il secondo matrimonio prima che sia trascorso un anno dalla morte del marito. Dalle parole di Giustiniano risulta chiara la validità del secondo matrimonio. Lo stesso confronto con il caso della vedova che viola il giuramento ce lo dimostra.

Nov. 22 cap. 22: *Εἰ μὲν οὖν ἄπαιδες μείναιεν ἐκ τῶν προτέρων ἢ καὶ ἐξ ἀμφοτέρων τῶν γάμων, οὐδεμία πολυπραγμοσύνη περὶ τὰ δεύτερα· ἀλλ' ἄνδρες μὲν ἀπελεύσονται παντοίως πάσης παρατηρήσεως ἐλεύθεροι, γυναῖξί δὲ μόνον ἐπικείσεται θέος τὸ μὴ πρὸ τοῦ ἐναυσιαίου χρόνου πρὸς δεύτερον ἐλθεῖν συνοικέσιον, ἢ γινώσκειν ὡς, εἴ τι τοιοῦτο πράξαιεν καὶ ἄωρους συναλλάξαιεν γάμους, ὑπέξουσι ποινάς, ἄλλας μὲν. εἴπερ ἄπαιδες ἐκ τῶν προτέρων ὡς συνοικεσίῳ, μείζους δὲ, εἰ καὶ παῖδες ὑπέιεν* (segue quindi l'enumerazione delle pene patrimoniali).

cap. 40: *... ἡμεῖς δὲ θαυμάζομεν, εἰ γυναῖκα οὕτως ἀσεβῆ καθεστῶσαν, ὡς καὶ αὐτόθεν ἔρκων ἀμελήσαι, καὶ οὕτω πρὸς ἄωρον γάμον ἐλθεῖν τριῶν τῶν μεγίστων ἡμελημένων, θεοῦ τε, καὶ τῆς τοῦ τελευταίου μνήμης καὶ τῆς τῶν καίδων στοργῆς, οὕτως ὀλίγαις ὑπέβαλον ποιναῖς, καὶ τὴν μὲν πρὸ τοῦ πενθίμου γηγαμένην χρόνου καὶ οὐδὲ πάντως μητέρα παίδων καθεστῶσαν τιμωροῦνται πικρῶς, ἀλλὰ κἂν εἰ παῖδας οὐκ ἔχοι διὰ μόνην τὴν σεμνότητα ταῦτα πράττοντες, γυναῖκα δὲ οὕτως ἐκκεχυμένην ἐπιθυμίαις οὐ ταῖς αὐταῖς γοῦν ὑπέβαλον ποιναῖς, ὅποιās ὑπομένουσιν αἱ πρὸ τῶν πενθίμων χρόνων εἰς ἕτερον συνοικέσιον ἀποκλίναςαι. Ὡστε νομοθετοῦμεν τὰς οὕτως ἐπιπορεῖν τοῦ λοιποῦ τολμῶσας γυναῖκας πρὸς ταῖς ἡδὴ προειληφύσας ποιναῖς καὶ ταύτας ὑφίστασθαι πάσας ἅς ἐμπροσθεν εἶπομεν ἐπὶ τῶν πρὸ τοῦ πενθίμου χρόνου γαμουμένων γυναικῶν, τὴν τε ἀτιμίαν καὶ τὰ ἄλλα πάντα ταύταις ἐπάγοντες, καὶ λύσιν αὐταῖς τῶν ποινῶν διδόντες τὴν αὐτὴν ἡνπερ κάκειναις, τὸ δεῖσθαι βασιλέως καὶ τὴν ἡμίσειαν μοῖραν διδόναι τοῖς παῖσι*

τῶν οἰκείων, οὐδέ τῆς χρήσεως παρ' αὐταῖς μενούσης. καὶ ἀπλῶς ἴσθην αὐτὴν τίθεμεν διὰ τὴν τῶν γάμων ἄωρίαν τῆ πρὸ τοῦ πενθίμου χρόνου γηραμένη.

Più evidente ancora il regime delle seconde nozze della vedova risulta dalla Nov. 39 cap. 2. Qui anzi Giustiniano richiama le disposizioni contenute in tre costituzioni di Imperatori anteriori (διατάξεις τρεῖς τῶν πρὸ ἡμῶν αὐτοκρατόρων). Probabilmente, intende riferirsi alle costituzioni di Graziano, Valentiniano e Teodosio contenute nel suo Codice (C. 5, 9, 1 e 2), di cui una è geminata (C. 6, 56, 4). Qui l'Imperatore intende di reprimere un caso non contemplato precedentemente dalle leggi in materia, quello della vedova rea di fornicazione entro l'anno del lutto, ed a questo scopo ordina che la colpevole venga sottoposta alle medesime pene stabilite per la vedova che passa a nuove nozze entro l'anno del lutto.

Γυνὴ γὰρ εἰς ἀνδρὸς ἐλθοῦσα τοῦτον ἀπέβαλεν, ὡς ἔοικε, καὶ ἔτι περιόντος αὐτοῦ τὸ μὴ σωφρονεῖν ἐννοοῦσα. οὐπω γὰρ ἐξίγοντος τοῦ ἔτους κατὰ τὸν ἐνδέκατον μῆνα περαιούμενον ἔτεκεν, ὥστε οὐκ εἶναι δυνατόν εἰπεῖν ὡς ἐκ τοῦ τελευτήσαντος γένοιτο τὸ βρέφος. οὐ γὰρ ἂν εἰς τοσοῦτον ἡ κήσιν ἐξετάθη χρόνον. καὶ ἐπειδὴ, καὶ τοῦτο ἔν ἐστι τῶν ἐπιτιμίων τῶν τοῦς ἄωρους γάμους πραττόντων τὸ τὴν γαμετὴν ἐκπίπτειν εὐθὺς τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς τῆς παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐπιδοδομένης, ὥστε καὶ αὐτίκα ταύτην ἀπολλύναί καὶ μηδὲ τὴν χρῆσιν ἔχειν, εἰκότως οἱ παῖδες οἱ τῷ θαυμαστῷ τῆς μητρὸς τοκετῷ περιουρισμένοι τὴν γοῶν προγαμιαίαν τοῦ πατρὸς ἠξιοῦν λαβεῖν δωρεάν, καὶ μὴ κερδαίνειν ἠφείλειν τὴν γυναῖκα παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ὅν οὕτω θάττον ἡτίμασεν.

Già queste disposizioni confermano che il matrimonio della vedova compiuto entro l'anno del lutto è giuridicamente valido. Infatti, la distinzione fra il caso in cui la donna si unisce in secondo matrimonio ed il caso in cui, pur non sposandosi, vive libidinosamente, sembrano deporre esplicitamente in questo senso. Ma più evidente ancora ciò appare dalle parole seguenti di Giustiniano. L'Imperatore si preoccupa di reprimere un cavillo a cui ricorrevano le vedove colpevoli di fornicazione entro l'anno del lutto: sostenevano cioè di non dover essere sottoposte a pena, in quanto la legge riguardava solo quelle che compievano nel medesimo periodo « nozze legittime » (νομίμος γάμος). Ora, considerando che questa Novella si richiama a leggi anteriori, abbiamo un nuovo elemento per affermare che anche in epoca

precedente secondo il diritto romano il matrimonio compiuto dalla donna entro l'anno dalla morte del primo marito era punto, ma era pienamente valido per tutti gli effetti.

Ἡ δὲ (ἀλλὰ πῶς εἶπωμεν τὰ παρ' αὐτῆς ἐρυθριώμεν) οὐκ ἀξίαν ἔλεγεν ἑαυτὴν εἶναι: τῆς ἐκπτώσεως, διότι τὸν νόμον ἠπίστατο περὶ νομίμων διαλεγόμενον γάμων, ἑαυτῇ δὲ γάμον οὐ γενέσθαι παρὰ τὸν πρότερον, ἀλλὰ τὸν τοκετὸν τοῦτον εἶναι φυσικῆς ἐπιθυμίας πάρεργον.

Più avanti, nel comminare la sanzione, stabilendo che vengano sottoposte alle medesime pene delle vedove che compiono il matrimonio entro l'anno, Giustiniano ha cura di ripetere ancora chiaramente che questo matrimonio è un matrimonio legittimo: ἐπάγομεν ἐκπτώσιν αὐτῇ τῆς πρὸ τῶν γάμων δωρεᾶς καὶ ἐπὶ τοῦτου τοῦ θέματος, ἦν ἐπὶ τῶν νομίμοις προσιουσῶν εἴσω τοῦ πενθίμου χρόνου γάμοις ἔταξεν ὁ νόμος.

E nel § 1, dichiara di nuovo che la donna la quale partorisca entro l'anno di lutto sia sottoposta alle medesime pene ὡς ἂν εἰ δευτέροις ἔτυχε πρὸ τοῦ πενθίμου χρόνου νομίμοις ἔμιλήσασα γάμοις.

Ed ecco le dichiarazioni quanto mai esplicite degli scolasti bizantini alle leggi del Digesto sopra citate.

Bas. XXI 2, 13, 7 (Heimb. II 446) scolio a D. 3, 2, 13, 4: ἐπὶ μέντοι τῆς τοῦ πενθίμου ἐνιαυτοῦ δευτερογαμησῆς ὁ γάμος ἔρρωται.

Bas. XXI 2, 11, 5 (Heimb. II, 444) scolio di Niceo a D. 3, 2, 11, testo che si riporta alle disposizioni riguardo al matrimonio della vedova della Nov. 22: ... ὅτι δὲ συνίσταται γάμος ὁ πρὸς τὴν ἐντὸς τοῦ πενθίμου χρόνου γαμοῦσαν συναλλαττόμενος, παρίσθησι σαφῶς ἡ νεαρά ἢ κειμένη ἐν τῷ ἰδ. tit. τοῦ κη' βιβ. ἐκείνη γὰρ, εἰ τὸν πρὸς αὐτὴν γάμον ἀούστατον ἤδει, οὐκ ἂν συνεχώρει τῇ δευτερογαμοσῇ πρὸ τοῦ πενθίμου ἐπιδοδοῦναι προῖκα τῷ ταύτην γαμοῦντι, οὐδὲ τὸ μέτρον τῆς προικὸς καὶ διωρίζετο· ἀλλ' ὡς τοῦτον εἰδυῖα συνιστάμενον, ἀτιμίᾳ τε ταύτην καθυποβάλλει, καὶ ἄλλαις ποιναῖς ταῖς δηλουμέναις ἐκείσε· πρὸς δὲ καὶ τῷ μὴ δύνασθαι περαιτέρω τῆς τρίτης μοίρας τῆς οἰκείας περιουσίας διδοῦναι προῖκα, τιμωροῦσα κὰν τούτῳ ταύτην· πάντως γὰρ ἡ ὀλίγην διδοῦσα προῖκα καὶ ὀλίγην λαμβάνει προγαμιαίαν δωρεάν.

Una fonte assai posteriore, il Manuale di Harmenopulo, invece, sembra in apparenza seguire un criterio diverso, giacché

pone sotto il titolo « περι γάμων κερωλυμένων » anche il caso della vedova, la quale non può passare a seconde nozze entro il tempo stabilito per il lutto (22). Evidentemente, Harmenopulo, volendo raccogliere in un titolo tutti i divieti matrimoniali, ha posto anche questo fra gli altri, ma con ciò però non pare voler significare che il rispetto dell'anno di lutto costituisca un requisito per l'esistenza delle *iustae nuptiae* (la dottrina e la categoria degli *impedimenta matrimonii* è ignota al giurista). Il ritrovare però questo divieto accanto ad altri, i quali importano non solo una pena per i trasgressori, ma rendono nulle le nozze contratte, ha forse spinto alcuni degli interpreti occidentali che applicavano la dottrina degli *impedimenta* al diritto romano, a porre fra questi anche l'anno stabilito per il lutto della vedova.

Infine, può essere interessante richiamare il concetto canonico, il quale in questa materia si allontana decisamente dal sistema romano. Morto l'uomo, la vedova è libera e può sposare chi vuole. È il principio dichiarato da

S. P a o l o, ad Corinth. I 7, 39: Γυνή δεδεσται ἐφ' ὅσον χρόνον ζῆ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς· ἐὰν δὲ κοιμηθῆ, ὁ ἀνὴρ αὐτῆς ἐλευθέρα ἐστὶν ὃ θέλει γαμηθῆναι, μόνον ἐν Κυρίῳ.

e pienamente seguito dai commentatori, i quali lo applicano nel diritto.

Grat i a n. § *hinc colligitur*. c. 7 C. II q. 3, il quale nega che possa esser dichiarata infame la vedova che passa in seconde nozze « cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori, et iure poli mortuo viro mulier soluta est a lege viri: nubat cui vult. » (23).

U r b a n u s I I I in c. 4 X *de secund. nupt.* 4, 21 « Super illa vero quaestione, qua quaesitum est, an scilicet mulier possit sine infamia nubere infra tempus luctus secundum leges diffinitum, sollicitudini tuae respondemus, quod, quum Apostolus

(22) H a r m e n. IV 7, 32: Αἱ τῶν πενθομένων καὶ αἱ τῶν μὴ πενθομένων ἀνδρῶν γαμεταὶ κωλύονται ἐπὶ τῷ πενθίμῳ καιρῷ γαμίσθαι.

(23) Importante notare che Graziano, riferendosi al diritto laico, non accenna affatto alla nullità del matrimonio, ma solo alla comminazione dell'infamia.

dicat: mulier, viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui, et in Domino nubat, cui voluerit, per licentiam et auctoritatem Apostoli eius infamia aboletur » (24).

(24) Cfr. anche c. 5 X eod. di Innocenzo III, il quale ripete le medesime disposizioni. « Quum secundum Apostolum mulier, mortuo viro suo, ab eius sit lege soluta, et nubendi cui vult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem: non debet legalis infamiae sustinere iacturam, quae, licet post viri obitum infra tempus luctus, scilicet unius anni spatium, nubat, concessa sibi tamen ab Apostolo utitur potestate, quum in his praesertim saeculares leges non dedignentur sacros canones imitari ».

Per quanto riguarda il C. C. italiano, l'art. 57: (« Non può contrarre nuovo matrimonio la donna, se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, eccettuato il caso espresso nell'art. 107. Cessa questo divieto dal giorno che la donna abbia partorito ») stabilisce, sull'esempio del Cod. Civile francese, un impedimento proibitivo. La trasgressione non rende infatti nullo il matrimonio, ma espone alle sanzioni comminate nell'art. 128. Dopo il Concordato 11 febbraio 1929 fra la S. Sede e l'Italia, la legge 27 maggio 1929 n. 847 ammette nel suo capo I (art. 2) relativo al matrimonio civile la possibilità della dispensa dall'impedimento indicato nell'art. 57, dispensa accordata dal Re o dall'autorità a ciò delegata, quando concorrano gravi motivi. Cfr. per il diritto canonico anche l'Istruzione 9 luglio 1929 della Sacra Congregatio de sacramentis (in *Apollinaris* II 4-5-1929 pag. 306 sgg.) n. 19 e n. 26, dove è lasciata al « prudente giudizio » del Vescovo l'autorizzazione per il matrimonio della vedova prima del decorso dei dieci mesi della vedovanza.