

## MATRIMONIUM E POSTLIMINIUM: BREVI CONSIDERAZIONI

*Laura D'Amati*

Pesquisadora e Doutora da Faculdade de Direito da  
Universidade de Lecce, Itália

### Resumo:

Neste trabalho encontra-se breve reflexão do matrimônio, enfatizando o cidadão romano, a permanência da mulher na casa do marido, além de circunstâncias e efeitos do ordenamento jurídico da Roma antiga; o divórcio e a condição da viúva são também comentados a partir de fontes greco-romanas.

### Abstract:

In this write takes place a brief reflection of matrimony, emphasizing the Roman citizen, the permanence of woman in husband's house, besides the circumstances and effects of the juridical order; the divorce and the widow's condition are boarded from Greek-Roman fonts.

**Unitermos** matrimônio; divórcio; vínculo conjugal; Direito Romano.

1). In relazione al problema delle sorti del matrimonio del cittadino romano *ab hostibus captus* i giuristi dell'età classica sembrano aver adottato in modo pressoché unanime la soluzione dello scioglimento.<sup>1</sup> In tal senso, è esplicito Paul. 35 *ad ed. D. 24.2.1: Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*,<sup>2</sup> e, ad una prima lettura, Triph. 4 *disp. D. 49.15.12.4: Sed captivi uxor, tametsi maxime velit, et in domo eius sit: non tamen in matrimonio est.*

---

1. Motivo per il quale la vasta letteratura sull'argomento – tranne qualche sporadica (e ormai più che datata) opinione contraria, come quelle di L.M. Hartmann, *Über Rechtsverlust und Rechtsfähigkeit der Deportierten*, in ZSS 9, 1988, 46 ss. o di G. Tamassia, *L'assenza nella storia del diritto italiano. Note*, in AG 36, 1886, 479 ss. – è concorde nell'escludere la sua prosecuzione.

2. Anche se è appena il caso di rilevare che in una declamazione di (Ps.) Quintiliano, 347.8 (9), si legge: *matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius*. Conformemente a quanto già affermato da E. Volterra, *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in BIDR 78, 1975, 245-270, ora in *Scritti giuridici III*, Napoli 1991, 360, non ritengo che una tale affermazione possa mettere in discussione il valore della testimonianza di Paolo: da essa infatti non si può trarre in alcun modo l'illazione che il matrimonio si sciogla solo per ripudio o per morte di uno dei due coniugi, escludendo in maniera aprioristica lo scioglimento a causa della prigionia di guerra.

Ma il testo di Trifonino induce ad una più attenta riflessione.<sup>3</sup> Nulla infatti, secondo il giurista,<sup>4</sup> può mantenere in vita detto matrimonio: né la volontà della moglie rimasta nella *civitas*, né il suo permanere nella casa del marito. Il tono perentorio con il quale è sottolineato lo scioglimento del matrimonio lascia ipotizzare con un certo margine di verosimiglianza l'esistenza di un orientamento in direzione opposta: e la provenienza del testo da un'opera di carattere problematico potrebbe confermare il sospetto.

Inoltre, l'esegesi del testo consente di coglierne una sua – almeno apparente – contraddizione,<sup>5</sup> sulla quale sarebbe interessante soffermarsi, sia pur di sfuggita. La donna è qualificata *uxor*, eppure non *in matrimonio est*. Ciò potrebbe indurre a considerare che con il termine *uxor*,<sup>6</sup> idoneo a rappresentare tecnicamente la condizione di donna sposata,<sup>7</sup> il giurista abbia voluto mettere in risalto come la donna

3. Già peraltro segnalata dalla dottrina: in tal senso v. da ultimo P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero in diritto romano*, in *SDHI* 58, 1992, 88.

4. La classicità del passo è stata discussa tra gli studiosi, soprattutto in passato. S. Solazzi, *Il concetto del ius postliminii*, in *Scritti C. Ferrini* II, Milano 1947, 288-360, ora in *Scritti di diritto romano* IV, Napoli 1963, 629, seguito, tra gli altri, da L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, 149, e da G. Longo, *Postille critiche in tema di captivitas*, in *Lura* 8, 1957, 29-42, ora in *Ricerche Romanistiche*, Milano 1966, 492 s., ha ritenuto le parole *maxime velit et* un glossema. Ma il Solazzi – così come messo in evidenza da P. Rasi, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946, 113 nt. 2 - non ha fornito alcuna motivazione adeguata alla sua ipotesi, e pertanto essa non può essere accolta. Né sembra da accettare la proposta di P. Bonfante, *Corso di diritto romano* I, rist. corretta della I edizione, Milano 1963, 328 nt. 3, il quale ha ritenuto invece al più interpolato solo il *maxime*. Di diverso avviso R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano 1951, 119 il quale, sulla base della considerazione che il *maxime* riferito a *velit* disturba, ha ipotizzato invece che, collegandolo congiuntamente al *velit* e all'*et in domo eius sit*, esso possa essere originale. Ma v. anche, contrario all'alterazione, S. Di Marzo, *Dirimitur matrimonium captivitate*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 2, nt. 5, il quale ha affermato conciso la genuinità del testo, ritenendo probabilmente superfluo soffermarsi in maniera più approfondita. D'altro canto, come rilevato anche da P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 88, la cui opinione mi sembra assolutamente condivisibile, non si vede in questo caso lo scopo dell'interpolazione, e dunque essa potrebbe apparire ingiustificata.

5. Che il Vassalli, in *Annali Perugia* 1914, 7 nt. 3, crede di risolvere ricostruendo così in modo arbitrario il testo: *sed captivi uxor, si velit et in domo eius sit, in matrimonio est*.

6. Il termine indica la donna presa dal marito "*liber(or)um sibi quaesendum gratia*": cfr. al riguardo A. Ernout- A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1951, s.v. *uxor*, 1341. La definizione, usata già nella *lex Aelia Sentia*, si ritrova anche in Call. 2 *quaest.* D. 50.16.220.3 (...*qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt*...) e in C.I. 5.4.9 (...*uxorem liberorum procreandorum causa*...). Essa compare, inoltre, anche nelle fonti non giuridiche: v. Plauto, *Captivi*, 899: *liberorum quaerendorum causa ei, credo, uxor datast*.

7. Ma v. anche l'uso, non inconsueto nelle fonti, del termine *maritus* con riferimento a rapporti che non costituiscono *iusta matrimonia*, così come messo in risalto da G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 211 nt. 141.

continui a mantenere quella condizione nonostante la *captivitas* del marito,<sup>8</sup> e quindi a prescindere dalla circostanza che il rapporto matrimoniale – che con ogni probabilità continua ad esistere come vincolo tra i coniugi - non sia più rilevante per il diritto, in quanto da esso non possono discendere tutti gli effetti giuridici ricollegabili ad un *matrimonium iustum*.

2.) In una prospettiva analoga a quella di Trifonino sembra muoversi un passo di Giuliano, 62 Dig. D. 24.2.6<sup>9</sup>: *Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias: ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.*

I sospetti di interpolazione del passo sono apparsi a taluni studiosi particolarmente gravi e le loro intuizioni non si possono ritenere del tutto prive di fondamento.<sup>10</sup> Alcune espressioni in esso contenute<sup>11</sup> sembrano più facilmente riferibili

8. La sua *dignitas* di *uxor* (H.A. Ael. 5.11: *uxor... dignitatis nomen est*) non può essere messa in discussione dalla riduzione in servitù del marito a causa della prigionia di guerra.

9. Ha ricollegato le due testimonianze già P. Rasi, *Consensus facit nuptias* cit., 120.

10. Cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis interesse dicuntur* (E. Levy-E. Rabel, a cura di) II, Weimar 1929, 88. Ma v. anche, per citare altri autori oltre quelli ivi richiamati, J. Imbert, *Postliminium*, Paris 1945, 101, L. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit., 192 s. e P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 122. Sulla stessa linea si è mosso anche A. Watson, *Captivitas and matrimonium*, in *TI* 29, 1961, 243-259, ora in *Studies in Roman Private Law*, London and Rio Grande 1991, 49, il quale ha affermato che Giuliano avrebbe scritto qualcosa come "*uxores eorum, qui in hostium potestate(m) pervenerunt, (non) possunt nuptiarum locum retinere*. Si deve, inoltre, escludere la discutibile ricostruzione del testo proposta da H. Kreller, *Die Ehe des römischen Kriegsgefangenen*, in *Juristische Blätter*, 12, 1948, 285: *Uxores eorum, qui in hostium potestate <m> pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii [temere] <sine poena edicti> nubere non possunt. [Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare.] Si [n autem] in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc si [quinquennium] <tempus quo eludere virum moris est> a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias [ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.]* Ha respinto, invece, con tono deciso l'interpolazione O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II, Leipzig 1901, 121; così pure, anche se in maniera più pacata, C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano IV ediz. 1953, 689 nt. 6.

11. Come *causam repudii prestare* o *imminutum ius habere*.

a Giustiniano che a Giuliano, e questo rende assai difficile la ricostruzione del suo dettato originario. Si tratta, però, di comprendere se si possa riferire al giurista adrianeo quanto meno la sostanza, se non di tutto il testo, almeno della sua frase iniziale, che poi è quella che rileva ai fini dell'indagine proposta.

Il problema del quale si sta discutendo nel passo è quello del *retinere locum* da parte delle *uxores*: ma non viene risolto in maniera decisa. Si afferma infatti, ricorrendo ad una circonlocuzione che ben potrebbe rappresentare l'accomodamento di una situazione,<sup>12</sup> che le mogli di coloro che caddero in potestà dei nemici sembrano conservare la condizione di donne sposate per il solo fatto che non possono sposare altri avventatamente. Il che non vuol dire ammettere – così come rilevato già in passato dal Solazzi - una validità parziaria del matrimonio del *captivus*.<sup>13</sup> Ritengo, piuttosto, che la terminologia adottata nel passo dimostri l'interesse del giurista a mettere in risalto la condizione di *uxor* che la donna rimasta nella *civitas* continua a mantenere, nonostante lo scioglimento del matrimonio a causa della prigionia del marito.<sup>14</sup>

12. È il parere di P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 123. L'autore, inoltre, ipotizza che se i compilatori avessero voluto affermare la continuazione del matrimonio, più che ricorrere a tale circonlocuzione, avrebbero scritto in maniera decisa *in matrimonio sunt*.

13. S. Solazzi, *Il concetto del ius postliminii* cit., 633. Lo studioso ha infatti considerato che la validità parziaria non possa essere ritenuta una cosa seria. Ma sull'argomento v. pure L. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit., 193.

14. Rileva infatti l'impossibilità per queste donne di passare ad un nuovo matrimonio finché è certo che il marito sia vivo, a meno di non voler offrire esse stesse una causa di ripudio. A tal proposito, però, si deve considerare l'esistenza di diversi punti di contatto tra il problema affrontato nel prosieguo – vale a dire l'incertezza sull'esistenza del prigioniero, laddove la moglie potrà contrarre una nuova unione solo decorso un quinquennio dal tempo della cattura - e la disciplina della Nov. 22.7 del 536 d.C.: /Αλλ: κατ' τῶ τᾶς α., χμαλωσ... ας τοιοῦτων ἴσθιν, Ἐπο·ον bona gratia διαλύειν τῶν γέμων. εἴτε γρ ενδρῶ συνβα... η τοιοῦτων ετύχημα, τᾶς γυναίχῶς ἴσθιν τί πολίτε... ν μενούσης, εἴτε αβθις γυν ἴ μὲν ε., α., χμαλωσ... αν απ... οι, μῆνοι δε Ἐαν ἴρ ἴν πολίτε... ν, Ἐ μ ἴν εκριβ»ς τε κατ' λεπτοῦς λῶγος διαλύει τῶν γέμων. δουλε... ας γρ ἴσθιν πιγνομενης βατερ! τᾶς τύχης ενισῶτης τ., ν ἴσθιν των γέμων „σῶτητα μῆνειν οὔ συγχωρε·. πλ ν ελλ: φιλαν θρωπότερων τι τοιαῦτα θεωροῦντες, ὡς μὲν ἴσθιν φανεροῦν περι·ε·ναι ἄ τῶν ἴνδρα ἄ τ., ν γαμετ·ν, μῆνειν ἴσθιν α τι συνοικῶσα συγχωροῦμεν, κατ' οὔκ' ἄλευσονται προῦς δευτέρους γέμους οὔτε γυναίκες οὔτε μ., βούλοιντο δοκε·ν κατ' προπῆτειαν τοῦτο πραξαι κατ' ὀποπεσε·ν τας ποίνας, Ἐ μ εν τί τᾶς προῦ γέμου δωρεῶς φαμεν ἴσθιν... σει, δε τᾶς προικῶ. E., δε ἴσθιν καθεστ·κοι, πότερον περ... εστιν ἴ μ ἴτῶ ε., ας πολεμ... ους αφικῶμενον προῦς ὄσωπον, την ἴκατα πενταετ·... αν μενετῶν εἴτε τὸ ενδρῶ εἴτε τί γυναίκα... μεθ' ἴν, εἴτε σαφᾶ ἴσθιν τοι τᾶς τελευτᾶς εἴτε ἴσθιν μῆνοι, γαμε·ν ἴσθιν κινδύνας. Κατ' τοῦτο γρ δι τας καλουμῆνας bona gratia διαλύσει παρ: των προ ἴσθιν συνηρ... θμηται, κατ' ἴσθιν ημε·ς δε ε., ας τοῦτο

In definitiva, l'impressione che si trae è che, a prescindere dal fatto che il matrimonio del *captivus* cessa di essere *iustum*, esso sia ugualmente produttivo di alcuni effetti giuridici.

3.) Ancora il pensiero di Giuliano emerge, seppur mediato, da Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 23.2.45.6; questa volta, però, in relazione ad un'ipotesi molto particolare: *Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset: et<sup>15</sup> qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim Iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate, propter patroni reverentiam: certe si in aliam servitutum patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.*

Il testo, vessato dalla critica più antica, che lo ha ritenuto quasi interamente di fattura compilatoria<sup>16</sup>, ma rivalutato – almeno in parte – in tempi più recenti a seguito di una nuova lettura critica di E. Volterra,<sup>17</sup> data la peculiarità del caso

---

σύμφαμέν. ὡςτε ἴμνταῖθα οὐδε διαίσ... J γ...νεται καιρῶς οὕτω τῶν προσέπων διεστῆτων ἐλλᾶλων, καὶ οὐδεῖς ἴμνταῖθεν κερδανεῖ, οὐτε θένι, ρ τι,ν προ·κα οὐτε<sup>1</sup> γυν ι. τι,ν προγαμα...αν ὠρεφν, ἐλλ' ᾠκαστος ἴμπ<sup>π</sup> τίν ο,,κε...ων μενεῖ. Ma a questo punto occorre fermarsi, in quanto delle sorti del matrimonio nella evoluzione postclassico-giustiniana non ci si può occupare *ex professo* in questa sede, e per questo motivo si rinvia alla dottrina specifica sull'argomento ed in particolare ad O. Vannucchi Forzieri, *Captivitas e matrimonium in Leone Magno (Ep. 159) e in Giustiniano (Nov. 22.7)*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, VII convegno internazionale*, Napoli 1988, 393 ss.

#### 15. Sed nella correzione di Th. Mommsen.

16. Per citarne alcuni: S. Solazzi, *Il divorzio della liberta*, in *Studi sul divorzio*, in *BIDR* 34, 1925, 1-28 e 295-319, ora in *Scritti di diritto romano III*, Napoli 1960, 25-26; G. Beseler, *Postliminium und Cornelia*, in *Miscellanea*, in *ZSS* 53, 1933, 198; P. Bonfante, *Corso cit.*, I, 242 e nt. 3; E. Albertario, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 218, il quale ha ricostruito il testo stravolgendo del tutto il suo significato: *si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit libertam conubium habere nubendo, quemadmodum haberet si mortuus esset. et qui Iuliani sententiam probant, dicerent habituram conubium: putat enim Iulianus dirimi eius libertae matrimonium propter patroni captivitatem*. Meno distruttivo, ma ugualmente convinto del rimaneggiamento del testo è stato U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, I. *Libertà e cittadinanza*. Roma, 1926; II. *Patria potestà-tutela-matrimonio*, Roma 1926; III. *Possesso-proprietà-obbligazioni*, Tolentino 1927; IV. *Successioni*, Roma, 1927; *Alcune repliche in tema di postliminio*, in *Studi P. Rossi*, Siena 1932, 287 ss., ora in *Studi sulla 'captivitas' e alcune repliche in tema di postliminio*, Napoli 1980, 87, che ha ritenuto interpolate le sole frasi *durare eius libertae matrimonium, dissolutum esset matrimonium*.

17. Sulla D. 23.2.45.6, in *BIDR* 75, 1972, 319 ss., ora in *Scritti giuridici cit.*, III, 207 ss., in una posizione critica rispetto a quella assunta trent'otto anni prima, quando aveva ritenuto il testo quasi interamente di fattura compilatoria: cfr. al riguardo *Sul divorzio della liberta*, in *Studi Riccobono*, III, Palermo 1936, 217, ora in *Scritti giuridici cit.*, I, 499 ss.. Ma v. anche, dello stesso autore, in un discorso di più ampio respiro, *Inustum matrimonium*, in *Studi Scherillo II*, Milano 1972, 441 ss., anch'esso ora in *Scritti giuridici cit.*, III, 177 ss., part. 185. Più in particolare, questo studioso non ha avuto esitazioni a ritenere l'uso del termine *conubium* indizio sicuro della genuinità del testo: e la sua ipotesi troverebbe conferma, tra l'altro, nelle espressioni adoperate per esprimere il concetto che la liberta non ha facoltà di unirsi in matrimonio legittimo con altri se il marito è ancora in vita, e soprattutto se la vuole ancora come moglie.

trattato, non consente di ricostruire le opinioni di Giuliano e di Ulpiano in relazione al più ampio problema del matrimonio del prigioniero. Cionostante, la sua lettura può suscitare un qualche interesse.

L' esegesi del passo compiuta dalla dottrina ha messo in risalto l' esistenza di diversi problemi interpretativi;<sup>18</sup> ed i risultati raggiunti spingono a non ritornare

---

18. Primo fra tutti l' interpretazione della formulazione *vereor ne*, che qualche studioso non ha avuto esitazioni ad intendere in senso negativo, nello stesso modo in cui avrebbe fatto se al suo posto vi fosse stato il *vereor ne non*. Il riferimento è in particolare a U. Ratti, *Studi sulla captivitas* cit., 88, a E. Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6* cit., part. 213 ss., e a C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania 1948, 247; ma mi sembra di poter ritenere in tal senso anche S. Solazzi, *Studi sul divorzio* cit., 25 e R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia* (4 ediz.), Padova 1996, 183. Nonostante il diverso avviso di E. Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6* cit., 208 nt. 1, una tale lettura non può essere assolutamente accolta, in quanto stravolgerebbe del tutto l' esposizione di Ulpiano. Si è molto discusso anche sulla locuzione *invito patrono*, in riferimento al *principium* e soprattutto al § 5 del testo ulpiano nel quale si legge: *Deinde ait lex 'invito patrono': invitum accipere debemus eum, qui non consentit ad divortium: idcirco nec a furioso divertendo solvit se huius legis necessitate nec si ab ignorante divorterit: rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit*. Ma sul punto si rinvia a R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia* cit., 179. Tutto il discorso ruota intorno al valore da attribuire al termine *invitus* contenuto nella legge. Il vocabolo, che corrisponde al greco ἐκκοῦσιος, indica - come segnala G. Petrone, in *Enciclopedia Virgiliana*, Roma 1985, II, s.v. *invitus* - chi non acconsente (al divorzio): ma, a parere di Ulpiano, è più corretto considerare l' *invitus* come chi è dissenziente. Ponendosi, dunque, dal punto di vista del giurista, l' espressione *invito patrono* non deve essere riferita al solo caso in cui il *patronus* non abbia acconsentito espressamente al divorzio, ma pure a quello in cui per qualche motivo sia stato impossibilitato a farlo. Nonostante Ulpiano sembri orientato a considerare in modo assai ampio la portata dell' espressione *invito patrono*, pur con qualche titubanza, non può considerare *invitus* il patrono prigioniero dei nemici: piuttosto il patrono che si trovi in tale condizione, al pari di quello morto, non potrebbe essere in grado di impedire alla liberta di avere il *conubium*: ed il problema potrebbe anche porsi in relazione al riconoscimento di una volontà giuridicamente rilevante al patrono diventato *servus hostium*. Giuliano pone, invece, sullo stesso piano il *patronus invitus* e quello *captivus*: motivo per il quale al patrono prigioniero dovrebbe essere applicata la stessa normativa prevista per il patrono che è contrario al divorzio della propria liberta, vale a dire la privazione del *conubium* in caso di nuove nozze. Più controversa è la ricostruzione della seconda parte del passo. Come già accennato in precedenza, Ulpiano riferisce il pensiero di Giuliano, specificando che il matrimonio tra il patrono e la liberta, per la riverenza dovuta al patrono, continua anche durante la sua prigionia. La circostanza che Giuliano abbia fondato sulla *reverentia* la propria motivazione è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, ed in particolare da parte di S. Solazzi, *Il divorzio della liberta* cit., 25 (sull' espressione v. anche E. Bund, *Untersuchungen zur methode Julians*, Böhlau Verlag Köln Graz 1965, 152 e nt. 49). Lo studioso, utilizzando gli schemi della *lex Iulia et Papia*, ha affermato che la *reverentia* poteva, tutt' al più, negare il *conubium* alla liberta, ma non mantenere in vita il matrimonio contro la sua volontà, continuando a vincolarla in modo assoluto. A questo punto, si impone una precisazione. L' interpretazione della norma che disciplina in generale il regime giuridico di tale divorzio è particolarmente complessa a causa della difficoltà nella sua ricostruzione: al riguardo, ritengo verosimile l' opinione di chi ritiene che, se la liberta vuole divorziare dal proprio patrono, per passare liberamente a nuove nozze debba avere da questo il consenso al divorzio (cfr. in tal senso R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia* cit., 181); nel caso in cui, invece, il divorzio avvenga *invito patrono*, è ipotizzabile che la limitazione consista nel fatto che essa non possa avere, in caso di nuove nozze, il *conubium*. Le difficoltà aumentano nel caso del patrono prigioniero dei nemici, a proposito del quale non vi è alcuna esplicita previsione legislativa; pertanto, ogni diversa motivazione addotta dal giurista non deve essere necessariamente frutto di una alterazione del testo, ma solo il segnale di una sua personale valutazione. D' altro canto, non può essere escluso che Ulpiano abbia voluto approfittare del caso prospettato

ulteriormente sull'argomento. Si deve, però, richiamare l'attenzione sulla frase finale del frammento: ogni altra forma di schiavitù del patrono scioglie senza alcun dubbio il matrimonio con la liberta. La classicità dell'espressione *alia servitus* in essa contenuta è stata negata aprioristicamente, soprattutto in passato.<sup>19</sup> Ma i dubbi risentono, assai verosimilmente, di un clima di eccessiva sfiducia nei confronti dei testi, vista la mancanza di qualsivoglia argomento a supporto della pretesa interpolazione.

Si pone pertanto il problema di comprendere il rapporto tra la *servitus* e la *servitus hostium*; e la circostanza che Ulpiano qualifichi *alia* la *servitus* derivante dalla *captivitas* potrebbe essere un rilevante indizio a favore della considerazione che essa sia riconducibile ad una stessa categoria superiore.<sup>20</sup>

Sotto diverso profilo, qualche approfondimento impone il collegamento del *certe* con l'intero passo: è controverso, infatti, se il vocabolo riprenda più in generale l'argomentazione di Ulpiano, oppure specificatamente quella di Giuliano. L'impressione che si ricava da tutto il contesto è quella di una continuazione del discorso da parte di Ulpiano:<sup>21</sup> mentre il matrimonio tra la liberta e il patrono prigioniero ha una disciplina controversa, oggetto di discussione tra i giuristi, quello tra la liberta e il patrono ridotto

per mettere in risalto come secondo una certa dottrina, riconducibile a Giuliano, il matrimonio tra la liberta e il proprio patrono non cade per il solo fatto della prigionia del patrono, formulando così – in relazione ad un discorso più generale - un esempio di permanenza del matrimonio nonostante la prigionia. Il passo va, infatti, letto in relazione ad Ulp. 3 l. *Iul. et Pap.* D. 24.2.11 pr.: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* esclude che la liberta abbia la facoltà di divorziare dal patrono. Ulpiano intende la disposizione nel senso che, se la liberta divorzia, perde il *conubium* e, dunque, non può risposarsi validamente; ed al riguardo è agevole il confronto con il § 1. Giuliano nega l'*actio de dote* forse perché non reputa sciolto il matrimonio. D'altro canto, si deve considerare che la formulazione legislativa consente un'interpretazione del genere: tale formulazione evidenzia, infatti, l'esistenza di un regime specifico del matrimonio della liberta, che si considera perdurare anche nel caso di prigionia del patrono. Ritiene questo un caso particolare nel quale perdura il matrimonio del prigioniero G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis, Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 208. Sull'argomento v. pure in particolare H. Ankum, *La captiva adultera, Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA* 3 s., 31, 1984, 200 ss.

19. In tal senso v. S. Solazzi, *Studi sul divorzio* cit., 25 nt. 15. L. Mitteis, *Römisches Privatrecht I* cit., 131 e nt. 19, si spinge a proporre la sostituzione di *veram ad aliam*: ma si tratta di una lettura "assolutamente fantastica" (così U. Ratti, *Studi sulla captivitas* cit., 12). Priva di ogni motivazione è anche la proposta di S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, rist. anast. Roma 2002, 273 nt. 1, che invece ad *aliam* sostituirebbe *iustam*.

20. L'argomento, qui appena sfiorato, necessita di un'analisi più approfondita che tenga conto di tutti i complessi rapporti tra le diverse cause di riduzione in servitù. Rinvio, pertanto, ai risultati raggiunti nel mio lavoro monografico dedicato alla condizione del *servus hostium*, che dovrebbe essere pubblicato quasi contemporaneamente a questo contributo.

21. P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 119, non esita a ricondurre l'affermazione ad un più ampio discorso di Ulpiano sulle sorti del matrimonio a seconda delle vicende del patrono; ed aggiunge pure che tale richiamo giustificerebbe l'uso del congiuntivo *dissolutum esset*.

in schiavitù non lascia spazio a dubbio alcuno, in quanto è pacifico che si scioglia inesorabilmente.<sup>22</sup>

4.) È interessante, altresì, la lettura di un passo di Ulpiano, 2 *de adult.* D. 48.5.14 (13).7, la cui esegesi è particolarmente complessa, ma sul quale la dottrina si è soffermata con particolare attenzione, giungendo a risultati soddisfacenti, nel quale si afferma: *Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium, commisisse arguat, benignius dicitur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur.*

Il caso prospettato è quello di una donna che, catturata dai nemici,<sup>23</sup> nel corso della prigionia ha commesso adulterio<sup>24</sup>: nei suoi confronti, si legge nel testo,

---

22. In margine, è appena il caso di richiamare la diversità di opinioni della dottrina sulla interpretazione della legge. E. Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6 cit.*, 215, ha sostenuto che, a differenza del caso in cui il matrimonio era sciolto per volontà o per morte del patrono, dove la liberta conservava il *conubium*, nel caso in cui la liberta avesse divorziato *invito patrono* questo matrimonio era comunque sciolto al pari di ogni altro, ma essa non aveva più il *conubium*, nel senso che non poteva costituire con altri un matrimonio legittimo. Su posizioni apparentemente analoghe si è mosso in un primo momento S. Solazzi, *Il divorzio della liberta cit.*, 2. Poi, tornando sull'argomento a distanza di tempo (*La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile*, in *BIDR* 51-52, 1948, 327-351, ora in *Scritti di diritto romano cit.*, 85 ss.), lo studioso ha precisato che il nuovo matrimonio della liberta che aveva divorziato contro la volontà del patrono sarebbe stato contrario alle norme augustee: e per questo motivo i coniugi non avrebbero potuto godere dei benefici accordati da queste leggi, e né avrebbero potuto auspicare all'esenzione dalle pene del celibato. In buona sostanza, il divorzio avrebbe sciolto il matrimonio col patrono per diritto civile, rendendo pienamente legittime anche le nuove nozze eventualmente contratte dalla liberta. Ma tali nozze, giuste per tutti i rapporti di diritto civile, sarebbero state inutili agli effetti della *lex Iulia et Papia*. Su posizioni completamente opposte E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, 137 ss., il quale ha invece ritenuto che la legge augustea vietasse il divorzio della liberta *invito patrono*, e non le nuove nozze: tesi fortemente contrastata dalla dottrina successiva, ed in particolare da A. Watson, *Captivitas and matrimonium cit.*, 251 s.. S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Palermo 1919, rist. anast. Roma 1972, 83, è invece dell'opinione che il precetto della legge non obbligava la liberta a rimanere unita al proprio patrono, anche se la faceva ritenere ancora unita in matrimonio, in quanto le vietava di sposare un altro. R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia cit.*, 173, vede, piuttosto, una vera e propria concatenazione tra la invalidità delle seconde nozze ed il perdurare, nonostante il divorzio, delle prime. Lo studioso sostiene, infatti, che il primo matrimonio della liberta che ha divorziato contro la volontà del patrono continui a sussistere, nonostante la diversa volontà di questa: e qui si troverebbe un riscontro oggettivo nella dichiarazione di nullità delle seconde nozze. Non mi sembra, però, di poter condividere l'esistenza di un simile nesso. Se è vero che l'invalidità delle prime nozze permette la validità delle seconde, non è altrettanto vero il contrario. L'invalidità delle seconde nozze non sta a significare necessariamente che le prime siano ancora valide.

23. Potrebbe non essere priva di fondamento la proposta di G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis cit.*, 211 nt. 139, il quale non ritiene di escludere che la donna che ha commesso l'adulterio si possa essere trovata in una condizione diversa da quella della prigioniera, come ad esempio in una condizione di ostaggio.

24. Non condivido l'opinione di V. Bandini, *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi U. Ratti*, Milano 1934, 501, secondo il quale nel caso trattato dal giurista prigioniero era il marito. Una tale ipotesi, contro la quale già si è già schierato H. Ankum, *La captiva adultera, Problèmes concernant l'accusatio*



può essere intentata dal marito l'accusa privilegiata,<sup>25</sup> purché essa non abbia subito violenza da parte degli *hostes*.<sup>26</sup> Le supposte contraddizioni del passo con la disciplina classica del matrimonio del prigioniero, oltre che con il regime accusatorio proprio del reato di adulterio, hanno fatto ipotizzare alla dottrina più antica gravi interpolazioni.<sup>27</sup> Non è mancato, però, chi ha reputato – non senza ragione – il testo genuino.<sup>28</sup>

A questo punto, non ritengo che il passo possa mettere in discussione la circostanza che la prigionia di guerra sciogla il matrimonio del *captivus*: ritengo soltanto che in questo caso specifico, come anche in altri considerati dalla dottrina, giuristi ed imperatori abbiano ritenuto di riconoscere taluni effetti al matrimonio del *civis ab hostibus captus*.<sup>29</sup> Questo perché sono del parere, in definitiva, che la circostanza che si verifichi un determinato (e peculiare) effetto del matrimonio non comporta che si debbano verificare necessariamente anche tutti gli altri.

5.) Ora, stabilito che il matrimonio del prigioniero non rimane in vita, si devono tentare di comprendere le ragioni per le quali lo scioglimento appare inevitabile.

*adulterii en droit romain classique*, in *RIDA* 31, 1984, 193 ss., sarebbe infatti sostenuta da una forzata ricostruzione del passo: *si quis plane uxorem suam, cum 'ille' apud hostes esset adulterium commisisset arguat, dicitur posse eum accusare sed non iure viri*. Non è, però, mancato chi, come M.R. De Pascale, *Ulpiano equivocato*, in *Labeo* 42, 1996, 417, ha ritenuto di poterla sostenere ugualmente, senza bisogno di ricorrere ad alcuna modifica del dettato pervenutoci.

25. Sull'ipotesi formulata da E. Volterra, *In tema di accusatio adulterii*, II, *L'adulterium dell'uxor in captivitate*, 1930, ora in *Scritti giuridici* I cit., 327, di concessione al marito dell'accusa *iure extranei* v. le convincenti obiezioni di G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis* cit., 207. Ma v. pure l'ipotesi di H. Ankum, *La captiva adultera* cit., 197 ss., secondo il quale qui il caso trattato è quello di una cittadina romana, catturata dai nemici, che torna in patria e ricostituisce il matrimonio con il marito. Questi, scoperto l'adulterio commesso dalla moglie durante la prigionia, vuole esperire contro di lei l'accusa privilegiata, ed Ulpiano ritiene che possa essere legittimato a farlo. Ma anche su tale ipotesi v. G. Rizzelli, *op. cit.* 209.

26. Su quest'aspetto v. da ultimo G. Rizzelli, *In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet* (*Sen. contr. 2.7.3*). *Donne, passioni, violenza*, in *Aa. Vv.*, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2003, 132 nt. 82.

27. Tra gli altri, cfr. E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur in BIDR* 33, 1923, 1-77, ora in *Studi di diritto romano* I, Milano 1933, 76, U. Ratti, *Studi sulla 'captivitas'* cit., 88, E. Volterra, *In tema di accusatio adulterii* cit., 324 ss., S. Solazzi, *Il concetto dell'ius postliminii* cit., 633 ss., L. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit., 194, P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 125 ss. Ma v. anche le più recenti osservazioni di F. Botta, *Stuprum per vim illatum. Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d. C.*, in *Violenza sessuale* cit., 79 ss.

28. In tal senso cfr. J.A.C. Thomas, *Accusatio adulterii*, in *Iura* 12, 1961, 75, M. Kaser, *Das römische Privatrecht* II, München 1971, 179 nt. 4, e G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis* cit., 210.

29. Non ritengo, pertanto, di poter accogliere l'opinione di H. Ankum, *La captiva adultera* cit., part. 204, il quale considera la fattispecie prospettata nel testo, insieme a Pomp. 15 *ad Sab. D.* 24.3.10 pr., ad Ulp. 33 *ad Sab. D.* 24.1.32.14 e 2 *de adult. D.* 48.15.14 (13).7, un'eccezione ad un principio generale. Inoltre, lo studioso aggiunge pure il famoso rescritto di Settimio Severo e Caracalla di cui è notizia in *C.I.* 8.50 (51).1, e di cui Ulpiano tratta in 12 *ad Sab. D.* 38.17.1.3 e in 4 *ad l. Iul. et Pap. D.* 49.15.9 e Marciano in 14 *Inst. D.* 49.15.25.

Il problema si pone per il fatto che nella casistica relativa al matrimonio del prigioniero non vi sono testimonianze esplicite al riguardo: circostanza che ha spinto la dottrina a formulare le più svariate interpretazioni. Sintetizzandole, esse possono essere distinte, grosso modo, in due orientamenti principali: il primo, che ravvisa la causa dello scioglimento nella cessazione della convivenza tra i coniugi;<sup>30</sup> il secondo, che invece la riconduce alla *capitis deminutio* che produrrebbe la prigionia, ed alla conseguente impossibilità di considerare la volontà del *captivus* come una volontà giuridicamente rilevante.<sup>31</sup> Non sono mancati, inoltre, tentativi di conciliare i due opposti orientamenti, ravvisando la causa dello scioglimento sia nello stato di incapacità del prigioniero che nella impossibilità della convivenza tra i coniugi.<sup>32</sup>

Quanto al primo risultato, non ritengo che nella letteratura sia giuridica che non giuridica si possano rinvenire fonti che lo supportino adeguatamente: anzi, a ben guardare, ve ne sono alcune che depongono in senso assolutamente contrario. Diversi sono i casi attestati nei quali il matrimonio, nonostante la oggettiva impossibilità della coabitazione, rimane in vita. E' irrilevante, ad esempio, la mancanza di convivenza tra i coniugi nel caso del soldato allontanatosi dalla casa coniugale a causa della milizia;<sup>33</sup> anzi, alle mogli dei soldati era addirittura proibito dalla disciplina militare di seguire il marito;<sup>34</sup> ed il ricordo della sposa lontana spingeva il marito ad atti di grande valore.<sup>35</sup>

30. Tra i cui esponenti vi sono anche studiosi quali L. Mitteis, *Römisches Privatrecht* cit., 131 nt. 19, e E. Levy, *Vershollenheit und Ehe in antiken Rechten*, in *Gedächtnisschrift für E. Seckel*, Berlin 1927, 149, ora in *Gesammelte Schriften* 2, Böhlau Verlag Köln Graz 1963, 61 s.

31. Dottrina che vede tra i suoi più ferventi sostenitori R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano* cit., 119 ss.

32. In tal senso si sono espressi L. Sertorio, *La prigionia di guerra* cit., 60, S. Solazzi, *Il concetto del ius postliminii* cit. 628 ss., il quale non ritiene di poter scindere l'argomento da quello della inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio, G. Longo, *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, in *Studi in onore di L. Nina*, *Annali Università di Macerata* 19, 1955, 269 ss, ora in *Ricerche romanistiche* cit. 323 ss., e C. Gioffredi, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, 141.

33. Su cui ampiamente v. C. Castello, *Sul matrimonio dei soldati*, in *Riv. It. per le Scienze giuridiche*, XV n.s., 1940, 27 ss.

34. In tal senso v. Serv. *Ad Aen.*, 8.668; Propert. 5.3.45; Cic. *Cat.* 2.10.23; *Livi epit.*, 57; Dio fr. 57.33; App. *Hisp.* 85; Flor. 1.33 (2.18); Edod. 3.8.5; Sen. *Contr.* 9.2 (25); Tac. *Ann.* 3.33.34; Svet. *Aug.* 24. Ma su di esse v. già R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio* cit., 100 nt. 278.

35. Virg. *Aen.*, 10. 280-81. Vi sono inoltre due passi di Ulpiano che sembrerebbero escludere la necessità della convivenza dei coniugi considerati in particolar modo dall'Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio* cit., 105 ss.. Il primo è 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.13: *Si mulier et maritus diu seorsum quidam habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptias*, e l'altro è 34 *ad ed.* D. 25.2.15 pr: *Nihil interest, utrum simul an separatim habitaverunt, cum actio rerum amotarum competat etiam adversus*

Tra i due orientamenti appare, pertanto, pur con qualche riserva, legata alla convinzione del mancato verificarsi della *capitis deminutio del captivus*,<sup>36</sup> più verosimile il secondo. Il *captivus*, diventato *servus hostium*, non è più in grado di manifestare quella volontà giuridicamente rilevante ai fini dell'esistenza di un *matrimonium iustum*. D'altro canto, è ben noto il principio *cum servis nullum est conubium*,<sup>37</sup> ed è altresì noto che, nei primi secoli dell'impero, il *conubium* è il presupposto essenziale del matrimonio.

6.) Le considerazioni sin qui svolte spingono ad ulteriori riflessioni. Si deve infatti tentare di comprendere il motivo per il quale le sorti del matrimonio del *servus hostium* sono le stesse di quelle del *servus* derivante da altre cause: in definitiva, occorre domandarsi perché in relazione a questo istituto non sembra esservi alcuna differenza di regime giuridico tra il *captivus* e quello di chi ha subito la *capitis deminutio maxima*.<sup>38</sup>

A tal proposito, un valido aiuto può essere fornito da due testimonianze, una di Pomponio e l'altra di Paolo, nelle quali è attestata l'inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio. Si tratta di Pomp. 3 *ad Sab.* D. 49.15.14.1: *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.* e di Paul. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D. 49.15.8: *Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur.*

---

*eam, quae ex ea domo subtrahit, in qua non simul cum viro habitavit.* In realtà, non ritengo che tali passi – sui quali non è il caso di soffermarsi, in quanto la loro esegesi approfondita distrarrebbe dall'indagine proposta – possano costituire una prova rigorosa dell'irrelevanza della convivenza nel matrimonio: la loro presenza, più legata al caso di specie che ad un principio generale, può essere però un indizio a favore della possibilità di derogarvi.

36. Sull'argomento v. da ultima, su posizioni opposte, M.F. Cursi, *Captivitas e capitis deminutio. La posizione del servus hostium tra ius civile e ius gentium*, in *Iuris vincula. Scritti in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2002, 297 ss., con ampia e dettagliata bibliografia.

37. Come si legge in *Tit. Ulp.* 5.5.

38. Sulle conseguenze in caso di *capitis deminutio media* del *civis* la dottrina non è concorde. Con particolare riferimento alla *deportatio* di uno dei due coniugi che, com'è noto, viene equiparata alla *interdictio aquae et igni*, mi sembra di poter aderire alla opinione di A. Schiavone, "Matrimonium" e "deportatio". *Storia di un principio*, in *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società nazionale in Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, Napoli 1967, 421 ss., secondo il quale il mancato scioglimento del vincolo matrimoniale del *deportatus* è orientamento di pensiero già affermato nel corso della giurisprudenza classica; ed al proposito lo studioso ha altresì dimostrato che la dottrina dell'*amissio civitatis* del *deportatus* è stata elaborata, con fini sistematici, non prima dell'età severiana.

Nel primo passo si legge che il *postliminium* non agisce tra marito e moglie come invece agisce nei rapporti tra padre e figlio. La reintegrazione del matrimonio è infatti solo possibile con un nuovo consenso dei coniugi: considerazione che ritorna, in termini più o meno analoghi, nel testo di Paolo, dove si specifica altresì che il matrimonio viene ripristinato solo se la moglie lo vuole, e sempre che non sia passata a nuove nozze dopo il tempo stabilito.<sup>39</sup> È appena il caso di rilevare che sia il riferimento al tempo sia quello – che ad esso segue immediatamente – alle pene previste in caso di divorzio potrebbero apparire come un segnale di rimaneggiamento del passo:<sup>40</sup> ma, poiché per comprendere i motivi che determinano l'esclusione dell'operatività del *postliminium* nel matrimonio un simile inciso è del tutto ininfluenza, se ne può prescindere senza che ciò comporti conseguenza alcuna.

Di conseguenza, limitando l'analisi al nucleo comune dei due testi, in entrambi si afferma che, a differenza della *patria potestas*, il matrimonio non può essere reintegrato automaticamente *iure postliminii*.<sup>41</sup> In via preliminare, la dottrina si è interrogata sui motivi della trattazione congiunta della *patria potestas* e del matrimonio. A questo proposito ritengo di poter seguire l'opinione di chi, come

39. Termine che potrebbe identificarsi nel quinquennio di Iul. 62 *Dig. D.* 24.2.6. Le ipotesi sulla origine del quinquennio sono state diverse. Da quella che ha avuto maggiore seguito (che vede tra i suoi maggiori sostenitori P. Bonfante, *Corso cit.*, I, 329), secondo la quale esso risalirebbe alla legislazione giustiniana, a quella di S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano cit.*, 93 ss., il quale ritiene – però non senza fraintendimenti – che l'espedito del quinquennio sia stato suggerito dalla costituzione di Onorio, Teodosio e Costanzo del 421 d. C. (C. Th. 3.16.2 pr.), o ancora a quella – tra tutte a mio parere la più verosimile – di C.G. Bruns, *Die Verschollenheit*, in *Kleinere Schriften*, Weimar 1882, 56, che lo fa risalire addirittura alla *lex Iulia et Papia*, dal cui commentario è tratto il passo in esame. In tal caso, però, non si potrebbe escludere che il matrimonio del quale si discute fosse quello rilevante ai fini della legge, che prevedeva termini ben definiti da rispettare per non incorrere nelle penalizzazioni e godere dei vantaggi previsti.

40. In tal senso v. in particolare P. Bonfante, *Corso I cit.*, 329 s. Diversamente, invece, si è posta la dottrina sulla genuinità del passo di Pomponio: a suo favore si è pronunciato senza alcun dubbio E. Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940, 44 nt. 72, e, in una scia di opinioni ad esso conformi, anche G. Longo, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Sodalitas, Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli 1984, V, 2366. Su posizioni più moderate H.J. Wolff, *Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage*, in *ZSS* 67, 1950, 307, il quale ha ritenuto l'espressione *sed consensu reintegratur matrimonium* insufficiente dal punto di vista classico. V. inoltre, dello stesso autore, *Written and Unwritten Marriages in Hellenistic and postclassical Roman Law* (Havard Pennsylvania 1939) 93 nt. 337.

41. Concordando così con ciò che risulta da Gai. Inst. 1.129: *Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*

l'Orestano,<sup>42</sup> ha ritenuto di poterlo giustificare ammettendo che esso possa essere servito ai giuristi per mettere in risalto l'antitesi che intercorre tra i rapporti che entrano in uno stato di pendenza e i rapporti che invece si estinguono: ed il *postliminium*, poiché opera con lo strumento della pendenza,<sup>43</sup> non può operare nel matrimonio.<sup>44</sup> Detto rapporto, infatti, fondato sui due elementi della convivenza dei coniugi e (soprattutto) della loro volontà continuativa, per la sua stessa natura non poteva entrare in uno stato di pendenza.

Ciò stabilito, è interessante rilevare che sia Pomponio che Paolo si sono soffermati sulla circostanza che il matrimonio si può ripristinare solo rinnovando il consenso dei coniugi. L'Urso,<sup>45</sup> traendo evidentemente spunto da questa affermazione, ha sostenuto – ed il suo discorso è assolutamente condivisibile – che il *postliminium*, che è *ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae*...<sup>46</sup> se fosse stato operativo anche nel matrimonio, avrebbe imposto ai coniugi una situazione la cui esistenza può dipendere, invece, esclusivamente dalla libertà del consenso. E per questo, l'applicazione automatica del *postliminium* al matrimonio sarebbe stata contraria alla sua natura o, quanto meno, inutile. Così interpretata, la logica che ispira i due giuristi è perfettamente in linea con quella che non riesce ad evitare lo scioglimento del matrimonio a seguito della *captivitas* di uno dei due coniugi.

---

42. *La struttura giuridica del matrimonio cit.*, 147.

43. Anche su tale aspetto rinvio al mio lavoro monografico sulla condizione del *servus hostium* già in precedenza richiamato.

44. Non può essere accolta l'opinione di chi, come C. Accarias, *Précis de droit romain* I, terza ediz., Paris 1882, 95, ha ricondotto invece la causa dell'inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio alla separazione materiale dei coniugi, in quanto, a prescindere da ogni altra considerazione, se la si volesse accogliere, non si riuscirebbe a giustificare la contrapposizione con la *patria potestas*, sulla quale invece i giuristi classici hanno tanto insistito. D'altro canto, non ritengo possa essere d'aiuto a tale ipotesi la circostanza che se la convivenza dei coniugi non si interrompe il *postliminium* è operante, in quanto, a ben guardare, i passi che potrebbero supportare una tale obiezione (quali C.I. 8.50 (51)1, Marc. 14 *Inst.* D. 49.15.25 e 4 *ad l. lul et Pap.* D. 49.15.9) si occupano della sua concessione ai figli nati dall'unione.

45. *Il matrimonio del prigioniero cit.*, 120. Si deve, inoltre, aggiungere che l'autore – il quale è stato sicuramente influenzato in tutta la sua analisi dal pensiero del Watson - parte dal presupposto che se i giuristi non affrontano il problema della inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio questo deriva, con ogni probabilità, dalla circostanza che il motivo di fondo era troppo semplice e naturale per occuparsene.

46. Stando alla definizione classica di Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19 pr.: *Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. nam quod bello amisimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. idque naturali aequitate introductum est, ut qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.*

7.) In definitiva, volendo ipotizzare una conclusione, ritengo che l'impossibilità di applicare il *postliminium* al matrimonio del *civis ab hostibus captus* derivi proprio dalla natura stessa del matrimonio.

Se l'impostazione proposta è corretta, ne deriva – almeno finché il nostro occhio può risalire – un ruolo determinante del *postliminium* nella disciplina della *captivitas*: laddove, infatti, esso non è operante, necessitando tale istituto dello strumento della pendenza, la posizione del *servus hostium* non si distingue da quella di chi ha subito la *capitis deminutio maxima*.<sup>47</sup>

Si deve, infine, aggiungere – sia pur di sfuggita - che diversi studiosi, quando hanno discusso dell'inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio, hanno voluto mettere in risalto il parallelismo con la sua inapplicabilità anche al possesso.<sup>48</sup> In realtà, com'è noto, un tale parallelismo non lo si ritrova in alcun testo:<sup>49</sup> tutt'al più, separatamente, in qualche passo viene affermato che il matrimonio e il possesso non godono del *postliminium*.<sup>50</sup> E questo indizio è troppo labile per ipotizzare una disciplina omogenea dei due istituti.

São Paulo, novembre 2003.

---

47. P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (8 ediz.), Paris 1929, 211 s., affrontando il problema degli effetti della *capitis deminutio*, tiene a precisare che non è la *capitis deminutio* che scioglie il matrimonio, ma è il nuovo stato dell'individuo non gli permette di essere più in matrimonio romano.

48. In tal senso v., tra gli altri, P. Bonfante, *Corso* cit., I, 328. Ma v. pure C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano 1953, 689 nt. 4.

49. Probabilmente, come ha già rilevato l'Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio* cit., 140 nt. 382, l'equivoco è stato generato, con ogni probabilità, da Triph. 4 *Disp.* D. 49.15.12, dove nel paragrafo 2 si parla del possesso, nel 4 del matrimonio ed infine, nel paragrafo 6 si afferma: *cetera quae in iure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur, ac si numquam iste hostium potitus fuisset*. Le critiche mosse dallo studioso a tale ipotesi sono così esaurienti che è superfluo soffermarvisi ulteriormente, ma solo si richiamano espressamente. D'altro canto, non ritengo che il rigore dogmatico dell'Orestano possa essere messo in crisi dalle generiche obiezioni mossegli da J. A. Arias Bonet, *La no reintegracion iure postliminii del matrimonio*, in *AHDE* 25, 1955, 570 ss.

50. In tal senso è significativo Pap. 3 *quaest.* D. 4.6.19: *Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquirit, ab hostibus captus sit placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio*. Ma v. pure lav. 1 *epist.* D. 41.2.31.1, la cui classicità – com'è a tutti noto - è assai dubbia: *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possiderit*. Sul passo v., in particolare, A. Guarino, *Sul "ius singulare postliminii"*, in *ZSS* 61, 1941, 58 ss.