

FAUSTO GIUMETTI

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze

***Accusandi necessitas incumbet domino servum suum.
Questioni pregiudiziali in caso di *accusatio adulterii*.****

English title: *Accusandi necessitas incumbet domino servum suum.*

Preliminary rulings in case of *accusatio adulterii*.

Numero DOI: 10.26350/004084_000098

Sommario: 1. Premessa – 2. La disciplina dell'*adulterium* tra accusa privilegiata e *accusatio iure extranei* – 3. *Accusatio adulterii* e *repudium* – 4. Ulp. 3 *de adult.* D. 48.2.5 e Marc. 1 *de publ. Iudic.* D. 48.5.34 pr.: ipotesi di lettura – 5. *Praeiudicium*: tentativi definitivi – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

È noto che l'*accusatio adulterii* si strutturò sulla complessa parabola evolutiva che coinvolse la *lex Iulia de adulteriis coercendis*¹ attraverso linee prospettive di matrice sia giurisprudenziale che retorica, le quali, in rottura con la tradizione², rimodellarono il corrispondente *crimen*³.

* Il contributo è stato sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Il cui contenuto viene ricostruito attraverso testimonianze sia letterarie (Hor., *carm.* 3.6.17-36; 45-48; 3.24.17-36; 4.5.15-24; Ov., *am.* 3.4.1-12; 25-48; Liv., *praef.*; Flor., *epit.* 2.34; Suet., *Tib.* 35; Tac., *ann.* 2.85; 3.25; Cass Dio. 54.16.1-7) sia giuridiche; le une e le altre attentamente analizzate da G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis: studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, *passim* e da M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane. Una nuova prospettiva per lo studio della lex Voconia, della lex Iunia Norbana e della lex Iulia de adulteriis*, Saarbrücken 2014, spec. p. 98 nt. 438.

² La punibilità dell'*adulterio* affonda le proprie radici nei *primordia civitatis*; Dionigi di Alicarnasso attribuisce a Romolo una *lex regia* che avrebbe permesso la soppressione fisica della *uxor*. Patrizia Giunti ha supposto che una simile disposizione non sia attribuibile al fondatore della città ma a Numa Pompilio (P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990, pp. 55 ss. e 155 ss.). A detta della Studiosa fiorentina, il rinvio a Romolo da parte di Dionigi sarebbe spiegabile alla

La punibilità della condotta adulterina – socialmente percepita come «la più grave infrazione della morale familiare»⁴ – venne affrancata dall’avita competenza repressiva di carattere ‘privato’ racchiusa entro le mura del ‘nebuloso’⁵ tribunale domestico⁶, riservandola alla giurisdizione di un

luce del fatto che l’Alicarnense si sarebbe lasciato influenzare dalla pubblicistica augustea intenta a rappresentare il *princeps* riformatore del diritto di famiglia come “novello Romolo”. Su una tale ricostruzione v. T. Spagnuolo Vigorita, *rec.* di P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda, Milano 1990*, in *Iura*, 41 (1990), pp. 150 ss. Maria Virginia Sanna, partendo dalla lettura di *Coll. 4.2.2: Et quidem primum caput legis prioribus legibus pluribus obrogat*, si è interrogata sull’esistenza di leggi sanzionatorie dell’adulterio precedenti al plebiscito giulio (*Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi*, in *AUPA*, LIV (2010-2011), pp. 203-230; *Ead., Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum – Matrimonium iniustum*, Napoli 2012, pp. 143 ss.). Rizzelli analizzando la stessa testimonianza della *Collatio* evidenzia come ivi si registri il verbo *obrogat* e non *abrogat* e pertanto lo Studioso propone di tracciare una linea di continuità tra la *lex Iulia* e precedenti norme in tale materia, anche se lo stesso esclude che queste punissero direttamente l’adulterio, riservato alla giurisdizione domestica sino all’età del principato (*Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Iulia de adulteriis*, in *BIDR*, 90 (1987), pp. 355 ss.). Scrive al riguardo Carla Fayer: «purtroppo non siamo in grado di identificare le *plures leges* che avrebbero preceduto la *lex Iulia de adulteriis*; Plutarco *Comp. Lys et Sulla* 3,2 scrive che Silla introdusse leggi riguardanti le nozze e la morigeratezza dei cittadini, mentre lui viveva nella lussuria e in continui *adulterii*, ma la notizia è troppo indeterminata per poter supporre una *lex Cornelia de adulteriis et de pudicitia*»: C. Fayer, *La Familia Romana. Aspetti giuridici ed antiquari concubinato divorzio adulterio*, vol. III, Roma 2005, p. 215.

³ In linea del tutto generica, il termine *adulterium* indicava l’unione sessuale di un uomo con una donna consenziente come si legge in *Fest.*, s.v. *Adulter* (ed. Lindsay, p. 20); sulla configurazione della condotta orbitante nell’*adulterium* resta imprescindibile lo studio di G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis ...*, cit., p. 176; *Id.*, *Le donne nell’esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali. Una raccolta di testi*, Lecce 2000, p. 13.

⁴ L. MINIERI, «*Vini usus feminis ignotus*», in *Labeo*, 28 (1982), pp. 150-163.

⁵ Per utilizzare un’icastica espressione mutuata da P. Giunti, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, p. 100.

*publicum iudicium*⁷; innovazione descritta da Theodor Mommsen come:

⁶ Per quanto concerne la composizione di simile *consilium* le fonti sono poche: Val. Max. 2.9.2; 5.8.2-3; 5-9.1; 6.1.1; Gell. 17.21.44; Liv., *per.* 48; Tac., *ann.* 2.50.3; 13.32.2. Sulla configurazione dell'istituto, oltre ai classici contributi di E. Volterra, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, (1948), 85, pp. 103-153, spec. pp. 114 ss. (= Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli 1991, pp. 127-177); G. WESENER, *voce Iudicium domesticum*, in *PWRE*, (1962), *suppl.* 9, pp. 373 ss.; W. Kunkel, *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83 (1966), pp. 219-251, si rinvia anche alla più recente dottrina: C. Russo Ruggeri, *Ancora in tema di iudicium domesticum*, in *IAH*, 2 (2010), pp. 51-101; Ead., *Iudicium domesticum e iudicium publicum in Cic. de fin. 1,7,24*, in *LXXV SDHI*, (2009), pp. 515-534; N. Donadio, «*Iudicium domesticum*», *riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla «patria potestas»*, in *Index*, 40 (2012), pp. 175-195.

⁷ P. Giunti, *Adulterio e leggi regie*, cit., p. 261 e K. Galinsky, *Augustus' Legislation on Morals and Marriage*, in *Philologus*, 125 (1981), pp. 126-144 per cui: «The main objective of the *Lex Iulia de adulteriis* was to preserve the dignity of marriage by transferring the jurisdiction concerning marital delinquency from the private to the public sector», *ibidem*, p. 128. Circa la procedura dei *publica iudicia* v. R.A. Bauman, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London – New York 1996, pp. 116 ss., le cui tesi vengono attentamente vagliate, e in parte contraddette, da F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996, pp. 36 ss., su cui v. rc. di L. Garofalo, in *Iura*, 46 (1995 – pubb. 2000), pp. 107 ss. (= Id., *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, pp. 195 ss.). Sempre di Botta v. *Opere giurisprudenziali "De publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I, Milano 2008, pp. 281-322, nel quale lo Studioso sottolinea che il rapporto tra *crimina ex legibus iudiciorum publicorum* e relative pene durante il principato debba essere oggetto di «un ripensamento complessivo proprio tenendo in considerazione la possibilità che anche nell'ambito della sanzione una rinnovata visione della dinamica *ordo* ed *extra ordinem* conduca a risultati non necessariamente e completamente conformi a quelli finora raggiunti e maggiormente consolidati»: *ibidem*, p. 313 nt. 73. A detta di Fabio Botta il *iudicium adulterii* sembrerebbe non imbrigliabile nella *summa divisio* tra *iudicium publicum* e *iudicium non publicum*, inteso quale «giudizio introdotto da un'accusa concessa alla sola vittima del reato» (F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., p. 169), essendo la legittimazione all'accusa né generale né ristretta ma, almeno per un primo intervallo di tempo, privilegiata. Sul sintagma calato nella procedura per *quaestiones*, la dottrina, escludendone la coincidenza con quella di "geschärfte Zivilprozess" di conio mommseniano (Th. Mommsen, *Das römische Strafrecht*, Leipzig 1899, 190 nt. 4), presenta un variegato ventaglio di posizioni, differenziandosi, tra l'altro, nell'ancorare la qualità di *iudicium publicum* al carattere pubblico dell'istanza punitiva e nel ritenerla, perciò, applicabile in età repubblicana alle sole *quaestiones perpetuae* (così B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, 2^a ed., p. 165)

«einer der eingreifendsten und dauerndsten strafrechtlichen Neuschöpfungen welche die Geschichte Kennt»⁸. Ben consapevole della portata innovatrice della propria riforma⁹ Augusto si preoccupò di presentarla personalmente all'approvazione del *concilium plebis*¹⁰;

oppure nel ritenerla estensibile anche alle *quaestiones* pregraccane (v. D. Mantovani, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla "quaestio" unilaterale alla "quaestio" bilaterale*, Padova 1989, pp. 24 s. nt. 67; 59 nt. 9). Ampia discussione sull'argomento si trova in S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano 1996, pp. 13 ss. e F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., pp. 37 ss.; L. Garofalo, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova 1998, pp. 30 ss. Di occupa dello stilema *iudicium publicum* in un contesto d'indagine molto interessante D. Mantovani, 'Quaerere', 'quaestio'. *Inchiesta lessicale e semantica*, in *Index*, 38 (2009), pp. 25 ss.

⁸ Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 691.

⁹ Consapevolezza diffusa tra gli stessi autori antichi, basti leggere: Dio Cass. 54.19; Hor., *carmin.* 4.5.21; 4.15.9 ss. – sul passo orazione illuminante F. Stella Maranca, *Orazio e la legislazione romana*, in *Conferenze oraziane*, Milano 1936, p. 53 – Ov., *Fast.* 2.139; *ars.* 3.613 s.

¹⁰ Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.1: *Haec lex lata est a divo Augusto*. Ciò avvenne tra il 18 e il 17 a.C.; sull'esatta datazione del provvedimento rientrando nella politica augustea di riforma dei costumi v. P. Giunti, *Adulterio e leggi regie*, cit., pp. 223 s.; G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 10; T. Spagnuolo Vigorita, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli 2010, p. 34; Id., *La data della lex Iulia de adulteriis*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. VIII, Napoli 2001, pp. 79-96; S. M. Treggiari, *Roman marriage. Iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford 1991, pp. 263-319.; da ultimo, P. Buongiorno, *Storia di un dialogo. La data della lex Iulia de adulteriis*, in P. Buongiorno – S. Lohsse (a cura di), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten, Lecce 30-31 marzo 2012*, Napoli 2013, pp. 274-290, con bibliografia ivi indicata. La legge entrava nella *cura morum* operata nella prassi da Augusto ma che formalmente il *princeps* rifiutò, come si legge nelle sue *Res Gestae Divi Augusti* (6.21) *consulibus M. Vinicio et Q. Lucretio et postea P. Lentulo et Cn. Lentulo et tertium Paullo Fabio Maximo et Q. Tuberone senatu populoque Romano consentientibus ut curator legum et morum summa potestate solus crearer, nullum magistratum contra morem maiorum delatum recepi*; sul punto v. T. Spagnuolo Vigorita, *Casta domus*, cit., pp. 13-15. Nell'ottica di innervare il nuovo Stato di una struttura familiare più solida, Svetonio ci informa che: [...] *leges retractavit et quasdam ex integro sanxit, ut sumptuariam et de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus* [...] (Suet., *Augu.* 34), riprendendo una politica riformista iniziata da Cesare e da questi lasciata, giocoforza, interrotta, v., nella magmatica produzione scientifica sul tema, T. Spagnuolo Vigorita, *La repubblica restaurata e il prestigio di Augusto. Diversioni sulle*

premura del tutto comprensibile se si considera la funzione di pietra angolare che il provvedimento, annoverato da Quintiliano tra le *leges diligentissimae pudoris custodes*¹¹ le quali, per Giovenale, avrebbero incusso terrore persino in Venere e in Marte¹², ebbe nell'edificazione di quella *cura legum et morum*¹³ assicurata dal *princeps* ad una città spossata da continue lotte intestine¹⁴ e nella quale si avvertiva sempre più pressante l'esigenza di una regolamentazione organica dei reati sessuali¹⁵. Ma credere di estirpare dal tessuto sociale una condotta di tal fatta per mezzo di un intervento legislativo si manifestò, ben presto, una mera illusione, soprattutto per l'eterogeneità con la quale la fattispecie criminosa poteva trovare concreta realizzazione.

La configurabilità materiale del reato divenne, infatti, soprattutto in età postclassica, oggetto di un intenso sforzo concettuale che arrovellò le menti dei giuristi, occupò le cancellerie imperiali e mise a dura prova l'abilità suasoria dei retori, come dimostrano, in modo vivace, le *declamationes minores quintilianee*¹⁶.

origini della cognitio imperiale, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. VII, Milano 2007, pp. 521-543 (= Id., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, con una nota di lettura di F. Grelle, Napoli 2013, pp. 397-419).

¹¹ Quint., *inst. or.* 8.5.19.

¹² Iuv., *sat.* 2.9, nella quale le leggi augustee vengono definite *amarae omnibus*.

¹³ Realizzata oltre che con la legge in esame anche con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* e la *lex Papia Poppea nuptialis*. Sulla politica augustea in materia v. P. Jörs, *'Iuliae rogationes'*. *Due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, con una nota di lettura di T. Spagnuolo Vigorita ([1894,1882] rist. an. in *Antiqua*, vol. 36, Napoli 1985. Le pagine di Paul Jörs sono fondamentali per capire appieno la legislazione matrimoniale augustea in quanto rappresentano un mirabile connubio tra ricerca storica e riflessione giuridica; sulle ricerche di Jörs v. la bibliografia citata in C. Cascione, *Antichi modelli familiari e prassi corrente in età protoimperiale*, in F. Milazzo (a cura di), *Ubi Tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello, 4-7 giugno 2008*, Milano 2014, pp. 23-94.

¹⁴ Tac., *ann.* 1.1.1.

¹⁵ B. Biondi, *La legislazione di Augusto*, in *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milano 1939, p. 227 nt. 3 (= Id., *Scritti giuridici. Diritto romano*, vol. II, Milano 1965, pp. 77-188; spec. p. 155).

¹⁶ Ps.-Quint., *decl. min.* 244; 247; 249; 251; 252; 262; 270; 273; 275; 277; 279; 280; 284; 286; 291; 300; 309; 310; 319; 330; 347; 354; 355; 357; 368; 370. Sulla paternità dei componimenti v. L. Pasetti – A. Casamento – G. Dimatteo – G. Krepinger – B.

Il presente contributo cercherà di analizzare due testimonianze accolte nel Digesto, l'una di Ulpiano (D. 48.2.5), l'altra di Elio Marciano (D. 48.5.34 pr.), tra loro apparentemente antinomiche, che riguardano l'*adulterium* commesso dalla *uxor* con un servo del marito¹⁷.

Pur nella consapevolezza di non poter riuscire a sciogliere con certezza una simile eventuale antinomia, l'esegesi delle due testimonianze consente di evidenziare ancora una volta la controversialità che innerva ontologicamente il diritto romano e che trova due distinte dimensioni epistemologiche.

Quella 'giurisprudenziale', magistralmente descritta da Mario Talamanca¹⁸ e da Mario Bretone¹⁹, prodotto di una speculazione scientifica radicata nella concretezza dei fatti; e quella 'giudiziale' scaturente dalle *sententiae* dei giudici ed il cui vigore prescrittivo, come le

Santorelli – C. Valenzano (a cura di), *Le declamazioni minori attribuite a Quintiliano. I (244-292)*, Bologna 2019, *passim*; il tema dell'*adulterium* viene trattato nelle *Institutiones Oratoriae* di Quintiliano in più luoghi sui quali v. A. Mette-Dittman, *Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart 1991, pp. 117-130.

¹⁷ Fattispecie tutt'altro che inconsueta come messo in evidenza A. Rousselle, *Porneia. De la maîtrise du corps à la privation sensorielle II-IVe siècles de l'ère chrétienne*, Paris 1983, pp. 128 ss.; G. Rizzelli, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica*, cit., pp. 62-65; I. Buti, "Si serva servo quasi dotem dederit". *Matrimoni servili e dote*, in M. Moggi – G. Cordiano (a cura di), *Schiavi e dipendenti nell'ambito dell'oikos e della familia: atti del 22. Colloquio Girea: Pontignano (Siena), 19-20 novembre 1995*, Pisa 1997, pp. 298 ss. Tutt'altra fattispecie da quella quivi discussa è il rapporto sessuale intrattenuto da donne libere ma sotto la potestà di alcuno con degli schiavi di altri. Anche questa eventualità non era così peregrina se – come ci informa Gaio (1.84) – dovette intervenire l'imperatore Claudio, per via di decretazione senatoria, onde tutelare i proprietari degli schiavi sedotti dalle donne, che sarebbero state ridotte, per la loro condotta, in schiavitù, v. G. Rizzelli, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica*, cit., pp. 63.

¹⁸ Tra i lavori dedicati da Mario Talamanca al tema si ricorda l'intervento tenuto dallo Studioso in '*Ius controversum*' e '*auctoritas principis*'. *Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, *Atti del convegno internazionale di diritto romano e del IV premio romanistico 'G. Boulvert'*, Napoli 2003, spec. pp. 63 ss.

¹⁹ M. Bretone, '*Ius controversum*' nella giurisprudenza classica, in *Atti Accademia nazionale dei Lincei, Memorie*, XXIII (2008), fasc. 3, serie IX, pp. 755 ss.

ha tributato autorevole e appassionata dottrina²⁰, non era di certo inferiore a quello del primo formante²¹.

2. La disciplina dell'*adulterium* tra accusa privilegiata e *accusatio iure extranei*.

L'analisi di alcuni aspetti del dettato legislativo della *lex Iulia de adulteriis* – redatta “*ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo*”²² – si rendono indispensabili onde delinearne il perimetro normativo entro il quale si tenterà di scoprire il senso dei due *responsa* ai quali si è fatto per ora solo cursorio cenno. A tal fine, in via del tutto discrezionale, si ritiene proficuo iniziare la trattazione della normativa partendo dalla repressione dell'adulterio non flagrante; questa era demandata in primo luogo al padre o al marito (*alieni* o *sui iuris*)²³ dell'adultera, i quali godevano di una legittimazione attiva che assicurava loro un'accusa cd. privilegiata²⁴ attivabile *intra dies sexaginta*²⁵ a

²⁰ A. Palma, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016, spec. pp. 9-74.

²¹ La parola è utilizzata nel senso elaborato da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, vol. I, Torino 1992, 5^a ed., spec. pp. 46 ss.

²² Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.13: *Haec verba legis "ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo" et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent.*

²³ Cfr. Pap. 1 *de adult.* D. 48.5.6.2: *Filius familiae maritus ab eo, qui sui iuris est, in ea lege non separatur.*

²⁴ La circostanza sarebbe spiegabile per Rizzelli in quanto l'*adulterium* della moglie o della figlia fosse percepito a guisa di *iniuria* perpetrata ai danni del padre o del marito (G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 37). Secondo parte della dottrina l'accusa *iure mariti* sarebbe stata prevista a guarentigia del vincolo matrimoniale e non della onorabilità del *vir* o del *pater*, così C. Terreni, *Le ragioni di una moglie tradita: note in margine a C. 9.9.1*, in *TSDP*, XI (2018), pp. 3 e ss. Ad avviso della Studiosa, innanzi alle istanze di una certa Cassia la cancelleria imperiale (di cui ci fornisce testimonianza una *lex* riportata in C. 9.9.1) avrebbe negato l'esperibilità dell'azione privilegiata in capo alla moglie contro il marito fedifrago, lasciando però ipotizzare che alla donna fosse possibile agire pubblicamente *iure extranei*; di diverso avviso Botta secondo il quale alla donna era precluso radicare un qualsiasi *iudicium publicum*: F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., pp. 360 s.; Id., *Il marito 'adulter'. Attorno alla rilevanza giuridica dei 'mariti mores' in età classica (e a un recente scritto)*, in

decorrere dalla dichiarazione di divorzio (Scaev. 4 *reg.* D. 48.5.15.2)²⁶. Nell'eventualità in cui sia il padre che il marito avessero voluto attivare entrambi l'accusa, sarebbe stato preferito il secondo e ciò anche qualora questi fosse stato anticipato dal primo nella notificazione del *libellus accusationis*²⁷; Ulpiano giustifica una simile preferenza per il fatto che il

TSDP, XIII (2020), pp. 1-41, nel quale lo Studioso esamina dettagliatamente la tesi proposta dalla Terreni; Id., *Donne e processo criminale. Le regole dell'accusa pubblica*, in M. Masia – M.V. Sanna (a cura di), *Donne e diritto. Un dibattito*, Cagliari 2019, pp. 77 ss.; sulla specifica costituzione Id., *'Stuprum per vim illatum', iniuria in corpus raptus'*. *Profili dogmatici del reato di violenza carnale nelle fonti giuridiche tra terzo e nono secolo D.C.*, in *Jus Antiquum*, II (10) (2002), p. 150.

²⁵ Cfr. Pap. *l.s. adult.* D. 48.5.12[11].6; Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.4.1; C. 9.9.6 pr.; Tac., *ann.* 2.85.

²⁶ Scaev. 4 *reg.* D. 48.5.15.2: *Marito primum, vel patri eam filiam quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur nec ulli alii intra id tempus agendi potestas datur: ultra eos dies neutrius voluntas exspectatur.*

²⁷ Vi erano comunque alcune eccezioni a questa preferenza come nel caso in cui il marito rivestisse una carica magistratuale secondo la regola generale trādita in Paul. 2 *resp.* D. 5.1.48 e Ulp. 2 *ad adult.* D. 48.5.16 [15] pr. Nel passo Ulpiano registra l'opinione di Pomponio il quale riteneva che il padre dovesse attendere in ogni caso lo scadere della carica pubblica del genero. L'opinione di Ulpiano è del tutto in linea con il *responsum* paolino di Paul. 2 *resp.* D. 5.1.48, che conosceva a sua volta una eccezione di cui offre notizia Macer. 2 *pub. iud.* D. 48.2.11 pr. Questa eccezione sarebbe applicabile anche al marito dell'adultera che persegue un'*iniuria* a suo danno; tuttavia Ulpiano non dà segno di aver recepito quest'orientamento, né risulta che altri autori abbiano operato un simile collegamento, v. al riguardo M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane*, cit., p. 110 nt. 513; F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., p. 342. Il padre è preferito al marito in tutti quei casi in cui lo stesso non possa accusare perché infame, oppure si sia accordato con la donna per evitarne la condanna ed eludere, a sua volta, l'accusa di *lenocinium* (Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.3). Per quanto riguarda invece l'introduzione alla procedura processuale attraverso il *libellus accusationis* v. B. Santalucia, *Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale*, in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del montò antico. In memoria di A. Biscardi»*, Siena, 13-15 dicembre 2001, in *Rivista di diritto romano*, I (2001), pp. 1 ss. (= A. Marcone [a cura di], *Società e cultura in età tardo antica. Atti dell'incontro di Udine, 29-30 maggio, 2003*, Firenze 2004, pp. 138-149; *Seminarios Complutense de Derecho Romano*, XIV (2002), pp. 179-193; Id., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, pp. 314-328, spec. sull'*accusatio adulterii* p. 316).

marito sarebbe stato il vero soggetto maggiormente leso dal reato²⁸:

Ulp. 8 disp. D. 48.5.2.8²⁹: *Si simul ad accusationem veniant maritus et pater mulieris, quem praeferri oporteat, quaeritur. Et magis est, ut maritus praeferatur: nam et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, in tantum, ut et si pater praevenierit et libellos inscriptionum deposuerit, marito non neglegente nec retardante, sed accusationem parante et probationibus instituyente atque muniente, ut facilius iudicantibus de adulterio probetur, idem erit dicendum.*

La stessa *ratio* informa due rescritti contenuti nella *Collatio*³⁰, l'uno di Marco Aurelio e di Commodo, l'altro di Antonino Pio³¹, con i quali si

²⁸ Sul punto v. l'attenta analisi di D.A. Centola, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Napoli 2011, p. 37 e p. 45; v. G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 37. Di particolare interesse sono le acute osservazioni di Renzo Lambertini in rapporto all'atteggiamento che il marito avesse dimostrato verso il proprio matrimonio e ciò ai fini dell'emersione di una eventuale responsabilità *ex lege Iulia*. Evidenzia lo Studioso che qualora il marito non avesse tenuto in nessun conto il vincolo matrimoniale la sua violazione con conseguente discredito per la sua immagine pubblica non avrebbe assunto alcuna rilevanza tanto che Ulp. 8 disp. D. 48.5.2.3 ammette l'impunità della *patientia* dimostrata dal marito schermandolo da una possibile accusa di lenocinio: R. Lambertini, *Poteva il marito perdonare la moglie adultera nel diritto romano tardoantico*, in *KOINONIA*, 43 (2019), pp. 592. Lambertini ritiene che non sussistano elementi decisivi per escludere la genuinità del passo (né per mettere in dubbio quella di un passo analogo: Ulp. 4 de adult. D. 48.5.30(29).4) così come crede G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., pp. 139 nt. 58; *contra* E. Volterra, *Alcune innovazioni giustiniane al sistema classico di repressione dell'adulterio*, in *Rend. Ist. Lomb.*, 63 (1930), p. 189 (= Id., *Scritti giuridici*, vol. I, con una nota di lettura di M. Talamanca, Napoli 1991, p. 336 [da cui si cita]).

²⁹ Sulla genuinità della struttura del frammento hanno espresso perplessità W. Kunkel, *Diligentia*, in *ZSS*, 45 (1925), p. 316; E. Volterra, *Per la storia dell'«accusatio adulteri iure mariti vel patris»*, in *Studi cagliari*, 17 (1928), p. 1-63 (= Id., *Scritti giuridici*, cit., pp. 219-278, spec. p. 247 [da cui si cita]), per il quale l'ampollosità dello stile contrasterebbe con il resto della legge.

³⁰ *Coll.* 4.3.6: *Sciendum est autem divum Marcum et Commodum rescripsisse eum qui adulterum inlicite interfecerit, leviori poena puniri. Sed et Magnum Antoninus pepercit, si qui[s] adulteros inconsulto calore ducti interfecerunt.*

³¹ Dei quali si rinvencono tracce in Pap. 36 quaest. D. 48.5.39(38).8: *Imperator Marcus Antoninus et Commodus Filius rescripserunt: "si maritus uxorem in adulterio*

ritenne *iustus l'impetus doloris* che avesse mosso la mano del marito uxoricida, qualificando un simile stato d'animo come circostanza attenuante idonea a sottrarre il reo dalla pena *de capite civis* prevista dalla *quaestio Cornelia de sicariis* per i casi di omicidio volontario³². Che la natura dell'*accusatio adulterii iure mariti vel patris* fosse percepita come eccezionale³³ è un dato provato dalla circostanza, riferibile con probabilità ad elaborazione giurisprudenziale successiva, per la quale l'accusa privilegiata avrebbe potuto essere esperita non soltanto dal padre e dal marito ma altresì dal *filiusfamilias*, pur in mancanza dell'*auctoritas* paterna, e dal liberto nei confronti del *patronus*³⁴.

deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet". nam et Divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: "ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit. sufficet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari".

³² Su cui v. B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., pp. 145 ss. e bibliografia ivi indicata, spec. p. 145 nt. 127.

³³ Un'eccezionalità che emerge anche dal fatto che era esercitabile anche da colui che fosse già parte in di più giudizi pendenti nei quali l'accusatore fosse parte, come testimoniano Pap. 1 *adult.* D. 48.5.6.3: *Maritus etsi duo reos ex alio crimine habeat, poterit iure viri tertium accusare, quoniam ea causa non cedit in numerum ceterarum* e *Paul Sent.* 2.26.10: *Duos uno tempore uxoris adulteros accusari posse sciendum est: plures vero non posse.*

³⁴ V. M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane*, cit., p. 109, la quale crede che si possa ricevere una conferma di ciò dalla circostanza che Papiniano rinviò ad un *rescriptum* di Adriano, in merito alla possibilità del figlio di accusare *invito patre*: Pap. 1 *de adult.* D. 48.5.6.2: *Filius familiae maritus ab eo, qui sui iuris est, in ea lege non separatur. Divus quoque Hadrianus Rosiano Gemino rescripsit et invito patre filium hac lege reum facere*, sul passo v. M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane*, cit., p. 109 nt. 506. Nella ricerca della Bettinazzi viene presa in considerazione anche la possibilità che il minore di 25 anni possa intentare l'accusa. A tale riguardo la dottrina diverge, v. G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., pp. 42-44 esclude dalla accusa privilegiata il minore di 25 anni, al quale era originariamente proibita qualsiasi forma di accusa di adulterio. *Contra* F. Botta, *Legittimazione, interesse*, cit., pp. 343-346, il quale crede fosse possibile per il minore di accusare solo la propria moglie e pertanto il frammento di Ulpiano sarebbe da limitare al solo caso del minore che non stia vendicando un'*iniuria propria*. V. F. Botta, *Ancora in tema di accusatio adulterii del minor XXV annis*, in C. Cascione – C. Masi Doria (a cura di),

Spirato l'intervallo di tempo di sessanta giorni l'accusa sarebbe divenuta 'popolare' ed in quanto tale esercitabile da tutti i *cives* entro quattro mesi³⁵ dal *dies commissi delicti*, restando in ogni caso accessibile anche al padre e al marito, i quali avrebbero potuto concorrere ad accusare *iure extranei* o intervenire in una eventuale *divinatio*. Il dato corrobora appieno la tesi di Fabio Botta il quale opponendosi ad una idea di duplicità delle *accusationes* sostiene convincentemente l'univocità dell'accusa servente il pubblico interesse, che veniva accordata in via privilegiata solo in quanto *vir* e *pater* erano ritenuti i soggetti *idoneiores* a sostenerla stante l'*iniuria subita*³⁶.

Strutturalmente l'*accusatio adulterii* si presenta all'attenzione del giurista contemporaneo come atto a "formazione complessa" sol che si pensi che si rendeva indispensabile, sia nella sua configurabilità in via privilegiata sia, in parte, in quella *iure extranei*, lo scioglimento preliminare del vincolo matrimoniale³⁷. Scrive Papiniano a tal riguardo:

Pap. l. s. de adult D. 48.5.12.10: *Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quae post commissum adulterium in eodem matrimonio perseveraverit, contradictum est. quaero, an iuste responsum sit. respondit: ignorare non debuisti durante eo matrimonio, in quo*

Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna, vol. I, Napoli 2007, pp. 439-464.

³⁵ Ulp. 8 disp. D. 48.5.4.1: *Extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur: nam post sexaginta dies quattuor menses extraneis dantur et ipsi utiles*. Circa il rapporto tra *iudicium publicum* e *actio popularis*, soprattutto per quanto concerne la *lex Iulia de adulteriis*, v. C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale*, Roma 1972, pp. 58 ss., lo Studioso ricorda come sia chiamata *popularis* in un solo passo del CTh. 11.7.20 (*ibidem*, p. 60 nt. 5). Oggi si è interrogato sul tema delle azioni popolari anche in una prospettiva diacronica A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in L. Garofalo (cur.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, Padova, vol. II, 2011, pp. 713 ss.

³⁶ F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., pp. 228 ss. Lo Studioso ricorda che il marito poteva entro certi limiti subentrare nell'*accusatio adulterii* già radicata dall'*extraneus* (*ibidem* p. 218).

³⁷ C. Terreni, *Le ragioni di una moglie*, cit., p. 18 scrive: «l'*accusatio iure mariti vel patris* non costituiva un particolare tipo di accusa contrassegnata da caratteristiche sue proprie, ma solo un privilegio che escludeva per un certo tempo l'accusatore estraneo».

adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri: sed nec adulterum interim accusari posse.

Solo nell'accusa *iure extranei* era possibile, stando a quanto si legge in un responso ulpiano³⁸, aggirare il problema del mancato divorzio attraverso una pregiudiziale accusa di *lenocinium* avverso il marito (*prius lenocinii maritum accusaverit*) che, scoperto l'adulterio, non avesse provveduto tempestivamente ad allontanare la moglie fedifraga, sul cui perdono, soprattutto nel periodo tardoantico, si è interrogato, con il consueto acume, Renzo Lambertini. Riferendosi al dettato augusteo lo Studioso ha osservato che: «è dato notorio che il marito non poteva perdonare la moglie adultera colta in flagrante, in quanto se l'avesse tenuta con sé intendendo proseguire nel rapporto matrimoniale si sarebbe reso responsabile di *crimen lenocinii*»³⁹. Pertanto, il marito che si fosse dimostrato refrattario al divorzio avrebbe potuto esservi 'agevolmente' indotto da chiunque con la minaccia di intentargli un'accusa di lenocinio⁴⁰.

L'azione penale si sarebbe in ogni caso prescritta dopo il quinquennio *a die commissi criminis* che le legge aveva stabilito come termine massimo non solo per la persecuzione dell'*adulterium*⁴¹ ma anche per quella dello *stuprum*⁴² e, in generale, *omnibus admissis ex lege Iulia venientibus*⁴³.

³⁸ Cfr. Ulp. 3 *disp.* D. 48.5.27 pr.: *Constante matrimonio ab iis, qui extra maritum ad accusationem admittuntur, accusari mulier adulterii non potest: probatam enim a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.*

³⁹ R. Lambertini, *Poteva il marito perdonare*, cit., pp. 588.

⁴⁰ *Ivi*, p. 590.

⁴¹ Cfr. Paul. 2 *de adult.* D. 48.5.32: *Quinquennium non utile, sed continuo numerandum est. quid ergo fiet, si prior mulier rea facta sit et ideo adulter eodem tempore reus fieri non potuit et diu tracta lite quinquennium transierit? quid si is, qui intra quinquennium quem postulaverat, non peregerit aut praevaricatus est et alius eundem repetere velit et quinquennium transactum sit? aequum est computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumptum sit.*

⁴² Sulla distinzione tra il reato di *adulterium* e quello di *stuprum* e sull'uso promiscuo dei due termini nel dettato normativo della *lex Iulia* v. G. Rizzelli, 'Stuprum' e 'adulterium' nella cultura augustea e la 'lex Iulia de adulteriis' (*Pap. 1 adult. D. 48,5,6,1 e Mod. 9 diff. D. 50,16,101 pr.*), in *BIDR*, 89 (1986), pp. 411-441; Id., 'Adulterium'. Immagini, etica, diritto, in F. Milazzo (a cura di), *Ubi Tu Gaius ...*, cit.,

Nell'eventualità in cui gli adulteri fossero stati colti in fragranza di reato si apriva sia al padre che al marito della adultera una via alternativa ben più cruenta e che seguendo Giunio Rizzelli si potrebbe definire eufemisticamente 'stragiudiziale'⁴⁴: l'uccisione di entrambi gli adulteri nel caso del *pater*⁴⁵ (adottivo o naturale)⁴⁶; o del solo adultero, ma

pp. 200 ss.; A. Torrent, s.v. 'Stuprum', in *Diccionario de derecho romano*, Madrid 2005, pp. 1266 ss.

⁴³ Cfr. Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30.6: *Hoc quinquennium observari legislator voluit, si reo vel reae stuprum adulterium vel lenocinium obiciatur. quid ergo, si aliud crimen sit quod obiciatur, quod ex lege iulia descendit, ut sunt qui domum suam stupri causa praebuerunt et alii similes? et melius est dicere omnibus admissis ex lege iulia venientibus quinquennium esse praestitutum.*

⁴⁴ G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., p. 10. Le fonti, infatti, ci informano che la scoperta in flagranza dispensava il marito dal riunire il *consilium domesticum* e chiederne il parere: cfr. Gell. 10.23.5 su cui v. R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2002, 2^a ed., pp. 350 ss.

⁴⁵ Ma solo se il *pater* avesse provveduto all'uccisione simultanea di entrambi, simultaneità anche solo intenzionale. Cfr. *Coll.* 4.2.3: *Secundi vero capite permittit patri, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manu convenerit, [...] ut is pater eum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continenti occidat.* Sul significato di *fraus* nel significato di "contrario alla legge" v. E. Cantarella, *Adulterio, omicidio e causa d'onore in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, vol. I, Milano 1972, pp. 243-274, spec. p. 248; Ead., *La causa d'onore dalla «lex Iulia» al Codice Rocco*, in *Testimonium Amicitiae*, Milano 1992, pp. 73-94 (= Ead., in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano 2011, pp. 553-576); B. Albanese, 'Vitae necisque potestas' paterna e 'lex Iulia de adulteriis coercendis', in *Studi in onore di G. Musotto*, vol. II, Palermo 1987, pp. 343-366 (= Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Palermo 1991, pp. 1487-1522), secondo cui il passo della *Collatio* riferirebbe: «alla lettera, da *si in filia sua* in poi, espressioni della legge augustea, anche se non si possono escludere, naturalmente, omissioni e semplificazioni»; cfr. Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.24.4: *Quod ait lex " in continenti filiam occidat", sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra: debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, aequali ira adversus utrumque sumpta. quod si non affectavit, sed, dum adulterum occidit, profugit filia et interpositis horis adprehensa est a patre qui persequabatur, in continenti videbitur occidisse.* Al *pater*, invece, non era permesso, come si legge sempre nella *Collatio*, l'uccisione del solo adultero, pena l'imputazione di omicidio volontario: *Coll.* 4.2.5: *Sed si filiam non interfecerit, sed solum adulterum, homicidii reus est.* V. P. Panerio Oria, "Ius occidendi et ius accusandi" en la "lex Iulia de adulteriis coercendis", Valencia 2001, pp. 185 ss., spec. pp. 191 ss.; J.A. Gonzáles Romanillos, *El ius occidendi en la lex Iulia de adulteriis*, in

esclusivamente di bassa estrazione sociale⁴⁷, nel caso del marito, al quale non era consentito uccidere la moglie:

Iuris Antiqui Historia, (2013), 5, pp. 171 ss.; A. Torrent, 'Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet', in *Index*, 35 (2007), pp. 159-174; Id., *Derecho penal matrimonial romano y 'poena capitis' en la represión del adulterio*, in *RIDROM*, 17 (2016), pp. 239-301 (www.ridrom.uclm.es). Dalla lettura del testo della legge risulta che il *ius occidendi* era concesso al padre (naturale o adottivo) dell'adultera che fosse – o fosse stato – anche titolare della *patria potestas*; il solo padre non più titolare della *patria potestas* che poteva esercitare un simile diritto era quello che, avendo la figlia in potestà, si era fatto *auctor* della *conventio in manu* della stessa. Giovanni Lobrano ha sostenuto che la legge concedesse il *ius occidendi* anche al padre naturale della figlia data in adozione e pertanto non più titolare di *patria potestas*. Lo Studioso ritiene che il passo di Papiniano accolto in D. 48.5.23 vada interpretato «nel senso che, anche una volta compiuta l'adozione, colui che diviene (per effetto di quella soltanto) *pater naturalis* conserva nei confronti della figlia data in adozione (o almeno per quanto concerne la materia disciplinata dalla *lex Iulia*) poteri correttivi omologhi a quelli del (nuovo) *pater adoptivus*»: G. Lobrano, 'Pater et filius eadem pesona'. *Per lo studio della 'patria potestas'. I*, Milano 1984, pp. 134 ss.; della stessa opinione C. Russo Ruggeri, *La datio in adoptionem. I. Origine, regime giuridico e riflessioni politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano 1990, pp. 424 ss. *Contra* A. Burdese, *rec. di G. Lobrano, 'Pater et filius eadem pesona'. Per lo studio della 'patria potestas'. I*, Milano 1984, in *SDHI*, LI (1985), pp. 534-541, spec. p. 540; così anche R. Lambertini, *Dum utrumque occidat. Lex Iulia e uccisione in continenti degli adulteri iure patris*, Bologna 1992, spec. p. 16 e nt. 17; ID., *Ancora sui legittimati a uccidere «iure patris ex lege Iulia de adulteriis» (a proposito di un recente saggio)*, in *SDHI*, LVIII (1992), pp. 362-375, spec. pp. 372 ss.

⁴⁶ Cfr. *Paul. Sent.* 2.26.1; *Capite secundo legis Iuliae de adulteriis permittitur patri tam adoptivo quam naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui deprehensum sua manu occidere*; cfr. *Pap. 1 de adult.* D. 48.5.23 pr.: *Nec in ea lege naturalis ab adoptivo pater separetur.*

⁴⁷ Cfr. *Macer 1 pub.* D. 48.5.25(24) pr.; *Coll.* 4.3.1-2; 4.12.3. Su questi passi v. E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976, pp. 171 ss. Il novero dei soggetti che era possibile uccidere fu ampliato in via interpretativa come testimoniato da *Pap. 36 quaest.* D. 49.5.39(38).9; *Tryph. 2 disp.* D. 48.5.43(42). Il *ius occidendi* divenne oggetto di copiosa speculazione retorica in sede di declamazione: v. G. Brescia – M. Lentano, *La norma nascosta. Storie di adulterio nella declamazione latina*, in A. McClintock (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna 2016, p. 141. Invero alcune fonti letterarie non fanno una distinzione sulla condizione sociale del correo, al riguardo, infatti, Orazio, nella seconda satira del libro I, descrive i gravi rischi cui andavano incontro coloro che seducevano le mogli altrui e venivano sorpresi in flagrante e che per ciò stesso potevano subire, oltre l'uccisione, le mutilazioni più atroci, cfr. *Horat., sat.* 1.2.41-42, v. R. Hassan, *La poesia e il diritto in*

*Coll. 4.10.1: Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidat, quaero. Respondit: nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur: quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur*⁴⁸,

e ciò poiché – specifica Pap. 1 *adult.* D. 48.5.23(22).4 – il marito avrebbe agito in preda a incontrollabili *calor et impetus*, che avrebbero assunto la qualifica di circostanze attenuanti in un eventuale giudizio avverso il marito che non si fosse trattenuto dall’uccisione l’adultera. Affinché l’uccisione (della moglie o dell’amante di questa di elevata condizione sociale) perpetrata dal marito fosse legittima erano richiesti due ulteriori elementi: il ripudio della moglie e la notificazione al magistrato di quanto accaduto entro tre giorni dal fatto⁴⁹. Le ragioni di simili presupposti processuali appaiono chiare: il ripudio dell’adultera era teso a dimostrare la *bona fides* del marito e ad allontanare, chiarisce Eva Cantarella, il dubbio che vi fosse stata una complicità tra i coniugi⁵⁰. Alla donna per converso, a leggere Aulo Gellio, non era permesso alzare un dito contro il marito fedifrago:

Gell. 10.23.5: In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere neque ius est.

Orazio. *Tra autore e pubblico*, Napoli 2014, p. 57. Pratiche che parrebbero confermate da Val. Max. 6.1.13, comunemente infliggibili prima della promulgazione della *lex Iulia de adulteriis*. Marziale in piena vigenza della normativa augustea parla di mutilazioni del viso, con il taglio del naso e delle orecchie, e di accecamento per l’adultero: cfr. Mart., *epig.* 2.83; 3.92.

⁴⁸ Cfr. *Paul. Sent.* 2.26.4: *Maritus in adulterio deprehensus non alios quam infames et eos qui corpore quaestum faciunt, servos etiam et liberos, excepta uxore quam prohibetur, occidere potest.*

⁴⁹ Cfr. Macer. 1 *pub.* D. 48.5.25(24).1; *Paul. Sent.* 2.26.6; *Coll.* 4.3.5.

⁵⁰ Cfr. E. Cantarella, *Studi sull’omicidio*, cit., pp. 174 s. Secondo la Maestra milanese attraverso il ripudio si otteneva la prova della *bona fides* del marito, esattamente come, attraverso la *professio*, si otteneva la prova della esistenza delle condizioni obiettive di tempo e di persona richieste perché l’uccisione non fosse punita.

Una disparità di trattamento⁵¹ tra marito e moglie che si conservò a lungo se si pensa che Lattanzio ne testimonia la vigenza quale caratteristica del diritto umano rispetto a quello divino:

Lact., inst. 6.23.23-25: [23] ut cum quis habeat uxorem, neque servam neque liberam habere insuper velit, sed matrimonio fidem servet. [24] Non enim, sicut iuris publici ratio est, sola mulier adultera est quae habet alium, marurus autem, etiam si plures habeat, a crimine adulterii solutus est. [25] Sed divina lex ita duos in matrimonium, quid est in corpus unum, pari iure coniungit, ut adulter habeatur quisquis compagem corporis in diversa distraxerit⁵².

La trasposizione in termini più propriamente giuridici dell'assunto espresso dall'apologista si riscontra in un passo di Ulpiano nel quale il giurista ritiene profondamente ingiusto (*periniquum*) che il marito esiga dalla moglie quanto lui stesso non è in grado di assicurare:

Ulp. 2 de adult. D. 48.5.14.5: Iudex adulterii ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare.

Il giudice dunque avrebbe dovuto tener conto della condotta del marito che avesse accusato di adulterio la moglie e ciò essenzialmente – a nostro giudizio – al fine dell'imputazione in un possibile *iudicium de moribus* dell'individuazione della *culpa discidii* onde poter procedere ad un quanto più equa quantificazione delle *retentiones* dotali. Sia nell'esperimento

⁵¹ Un divario eminentemente giuridico e non fattuale se si vuol dare credito alle vivaci rappresentazioni delle mogli tutt'altro che remissive dipinte nelle commedie plautine: Plaut., *Rud.* vv. 1045 ss.; *Asin.* vv. 936 e 946. Le reazioni, per così dire, 'scomposte' delle mogli tradite, dunque, dovevano essere frequenti non solo verso i mariti ma altresì nei confronti degli 'oggetti' del piacere di questi, e di ciò ne è prova lo stupore che destarono le condotte di Terzia Emilia, sposa di Publio Cornelio Scipione Africano, e della moglie di Augusto, Livia Drusilla come ci raccontano rispettivamente Val. Max. 6.7.1 e Suet., *Aug.* 71.1.

⁵² Sul passo v. C. Fayer, *La Familia Romana*, cit., p. 192 e nt. 10.

della eventuale *actio rei uxoriae* che nell'*actio ex stipulatu* si presentava infatti il problema di stabilire l'esistenza della *culpa mulieris* o della speculare *culpa viri*. A tale riguardo si precisa come quest'ultima sebbene fosse in concreto equivalente di fatto all'assenza della precedente venisse comunque individuata nei *Tituli* ulpiani in simmetria a quella *mulieris*:

Tit. Ulp. 6.10: *Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt non in petitione,*

e ciò in ossequio ad un'ispirazione ideologica che affrancava la *culpa discidii* all'iniziativa di *repudium* come si legge nei *Topica* ciceroniani⁵³:

Cic., *Top.* 4.19: *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit*⁵⁴, *tamen pro liberis manere nihil oportet,*

⁵³ V. C. Venturini, *Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente la actualidad*, in *Nova Tellus*, 31 (2013), pp. 167-186 (= Id., A. Palma [a cura di], *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, Napoli 2014, pp. 465- 477, spec. p. 469 [da cui si cita]).

⁵⁴ Numerose sono le fonti che testimoniano l'atto del *mittere / remittere repudium o nuntium*: Ulp. 33 *ad Sab* D. 24.1.32.19; Ulp. 26 *ad Sab*. D. 24.2.4; Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.22.7; *nuntium remittere*: Cic., *de or.* 1.183; 1.238; *ad Att.* 1.13.3; 11.23.3; *fam.* 14.13; Apul., *met.* 9.28; *repudium mittere*: Suet. *Cal.* 36.2; Ulp. 33 *ad Sab*. D. 24.1.32.20; Paul. 7 *resp.* D. 24.1.57; Paul. 35 *ad ed.* D. 24.2.3; Papin. 2 *de adult.* D. 24.2.8; Marc. *l.s. resp.* D. 24.3.38; Iul. 2 *ad urs. ferocem.* D. 24.3.59; Ulp. 1 *de adult.* D. 48.5.17(16); Gai. 3 *ad l. XII Tab.* D. 48.5.44(43); Gai. 1.137b; *Fragm. Vat* 107; *repudium remittere*: Suet., *Tib.* 11.4; Mod. 9 *diff.* D. 50.16.101.1. Circa le forme di espressione del *modus divortii* v. P. Giunti, *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, pp. 323-348, per la quale: «intorno ai problemi ricostruttivi legati al divorzio ed al suo funzionamento nel diritto di Roma antica la dottrina ha da sempre profuso un grande sforzo critico nel quale tutti gli aspetti rilevanti dell'istituto matrimoniale sono stati valutati al fine di dar conto dell'operatività di un'eventuale vicenda risolutiva»: *ibidem* 323. La Studiosa ricorda come «la mancanza di un preciso requisito formale non significasse, sul piano della prassi, una generalizzata anarchia in ordine alle modalità di esternazione della volontà di sciogliere il matrimonio»: *ibidem* 325 nt. 4. Sulle esterriorizzazioni dello scioglimento del vincolo v. S. Treggiari, *Roman Marriage*.

e che rinveniamo in forma più matura in Iul. 16 *Dig.* D. 24.3.30.1, Paul. 5 *quaest.* D. 24.3.44.1 nonché in Pap. 8 *resp.* D. 35.1.101.3. Tutt'altro che inusuale dunque che il marito davanti all'istanza di restituzione della dote reagisse, in presenza di figli, provocando un *iudicium de moribus*, cioè, in pratica, una valutazione della condotta femminile che si può solo ipotizzare venisse ad inserirsi in via incidentale nel giudizio complessivo. Autori come August Bechmann⁵⁵ e Karl Czyhlarz⁵⁶ hanno ipotizzato che l'*actio de moribus* fosse uno strumento concesso ad entrambi i coniugi volto a paralizzare o la pretesa ad una restituzione integrale della dote da parte della donna o quella ad una ritenzione esclusiva della stessa da parte del marito. È da aggiungere al riguardo che l'individuazione o meno della *culpa mulieris* si basava su un giudizio soggettivo dello *iudex* fondato sulla comparazione della condotta dei due coniugi. Criterio, questo, che poteva portare anche a pronunzie eterogenee come si legge sia in Ulpiano⁵⁷ che in Papiniano⁵⁸

Sulla possibilità poi per il marito di accusare la propria moglie, ed eventualmente il correo, in costanza di matrimonio, sembra prevalere la teoria dell'origine classica di tale diritto⁵⁹. Sicuramente aveva il diritto di accusare la moglie con la quale era ancora unito in matrimonio colui che fosse contemporaneamente anche il patrono della donna come si può evincere dal commento ulpiano alla legislazione matrimoniale augustea⁶⁰, ma al di fuori di questa fattispecie l'esistenza di un diritto d'accusa in capo al marito ancora sposato è negata da un rescritto di Alessandro Severo⁶¹. Come già accennato, agli estranei non era concesso

Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian, Oxford 1991, pp. 161 ss.; C. Fayer, *La Familia Romana*, cit., pp. 60 ss.

⁵⁵ A. Bechmann, *Das Römische Dotalrecht*, vol. I, Erlangen 1867, p. 88 nt. 4.

⁵⁶ K. Czyhlarz, *Das römischen Dotalrecht*, Giessen 1870, p. 338.

⁵⁷ Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.22.7.

⁵⁸ Pap. 11 *quaest.* D. 24.3.39.

⁵⁹ V. G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., pp. 67-122 *contra* A. De Dominicis, *Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'costante matrimonio' la moglie adultera*, in *SDHI*, XVI (1950), pp. 221-253.

⁶⁰ Ulp. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D. 24.2.11.2.

⁶¹ CI. 9.9.1 IMP. SEVERUS ET ANTONINUS A AD CASSIAE. *Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quae, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non*

accusare la donna che il marito avesse tenuto presso di sé, a meno di non aver ottenuto la condanna del marito stesso per *lenocinium*: la condanna del marito diveniva così presupposto processuale anche per la condanna del correo.

3. *Accusatio adulterii e repudium.*

Quello che possiamo ritenere pacifico dalla lettura delle fonti, è il fatto che il marito al fine di assicurarsi la legittimazione attiva privilegiata all'accusa avrebbe dovuto rompere il *vinculum* matrimoniale, con la conseguente restituzione dei beni dotali al netto delle eventuali *retentiones* a vario titolo conteggiate⁶².

La pendenza dell'unione non avrebbe reso possibile sottoporre a *publicum iudicium* la donna la quale dal punto di vista della legittimazione passiva doveva essere di condizione sociale rispettabile⁶³.

idem feminis privilegium detulit. PP. XIII K. AUG. LATERANO ET RUFINO CONSS. [a. 197]; sul rescritto v. C. Terreni, *Le ragioni di una moglie*, cit., pp. 1 ss.

⁶² V. C. Terreni, *Le ragioni di una moglie*, cit., p. 15: «È dunque comprensibile che, in taluni casi, egli scegliesse la colpevole tolleranza e, in altri, a pervenire con la moglie ad un accordo vantaggioso per entrambi, come sembrerebbe emergere da Pap. *lib. sing. adult.* D. 48.5.12 (11).3». La condotta del marito e quella della moglie sarebbero state comunque oggetto, proprio ai fini di individuare la *culpa discidii* e il regime dotale adottabile, di un *iudicium de moribus*, cui viene fatto cenno in Gai 4.102; Paul. 7 *ad Sab.* D. 23.4.5pr.; Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.3.15.1; CTh. 3.13.1; C. 5.17.11.2b e sulla cui bibliografia rinvio a F. Giumetti, *Prime riflessioni sulla culpa discidii e sul regime giuridico delle retentiones*, in *TSDP*, XI (2018), pp. 1-37.

⁶³ V. M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintilianee*, cit., p. 100 e nt. 449, a detta della quale: «La repressione dell'*adulterium* in base alla legge Giulia era limitata all'ipotesi in cui l'adultera fosse una donna rispettabile, cui è possibile che il testo della legge si riferisse con il termine *mater familias*»; «La *mater familias* si contrappone quindi alla *meretrix* e alla concubina, non invece alla vedova o alla vergine, che erano prese in considerazione dalla norma augustea, anche se probabilmente nella diversa categoria del *crimen stupri*», *ibid.*. Circa la relazione tra l'esercizio dell'accusa di adulterio e la condizione sociale della donna v. G. Bassanelli Sommariva, *Brevi considerazioni su CTh. 9.7.1*, in *AARC*, 7 (1988), pp. 309 ss.; A.D. Manfredini, *Costantino, la tabernaria, il vino*, in *AARC*, 7 (1988), pp. 325 ss.; M.V. Sanna, *L'adulterio della tabernaria*, in *Diritto@Storia*, 10 (2011-2012), pp. 1 ss.; L. Solidoro, *La prostituzione femminile nel diritto imperiale*, in Ead., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino 2014, pp. 3 ss.; U. Agnati, *Costantino e le donne della locanda (CTh. 9.7.1= C. 9.9.28)*, in *TSDI*, 8 (2005), pp. 1 ss. D'altronde sia la *lex Iulia de adulteriis* che quella *de maritandis ordinibus*

In proposito resta tutt'ora discusso in dottrina il caso dell'applicabilità della fattispecie a una donna che non fosse una *uxor iusta*, come, per esempio, una concubina o una moglie straniera o ancora una *sponsa*⁶⁴. Se l'unilateralità o meno dello scioglimento del matrimonio non aveva rilevanza, ricopriva al contrario una posizione sostanziale la pubblicità con la quale si notiziavano i terzi del venir meno dell' *affectio maritalis* come testimoniano i seguenti passi:

Paul. 2 *de adult.* D. 24.2.9: *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet [...]*,

e

Ulp. 47 *ad ed.* D. 38.11.1.1: *Item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.*

Paolo precisa che nessun *divortium* è da ritenersi *ratum* se non avvenuto alla presenza di sette cittadini romani puberi, e Ulpiano conferma che se lo scioglimento del vincolo matrimoniale non si è realizzato *certo modo* allora non può ritenersi efficace. La *ratio* della prescrizione è stata messa in relazione da Patrizia Giunti con le limitazioni delle alienazioni del

tendevano dopo il sanguinario periodo delle guerre civili ad invocare il ritorno al modello positivo della moglie fedele come evidenza T. Spagnuolo Vigorita, *Casta domus*, cit., pp. 25 ss.; Id., *Joersiana IV: Livia, Augusto e il plebiscito Voconio*, in *Index*, 40 (2012), pp. 257-270; F. Cenerini, *Le matrone diventano Augustae: un nuovo profilo al femminile*, in F. Cenerini – F. Rohr Vio (a cura di), *Matronae in domo et in re publica agentes. Spazi e occasioni dell'azione femminile nel mondo romano tra tarda repubblica e primo impero. Atti del Convegno di Venezia 16-17 ottobre 2014*, Trieste 2016, p. 27. Cfr. Aug., *Res gest.* 8: *legibus novis / multa exempla maiorum.*

⁶⁴ V. E. Volterra, *Per la storia dell'«accusatio adulterii ...»*, cit., pp. 1-63 [= Id., *Scritti giuridici ...»*, cit., pp. 219-278]; Id., *In tema di «accusatio adulterii»*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. II, Milano 1930, pp. 109-126 [= Id., *Scritti giuridici ...»*, cit., pp. 313-328]; J.A.C. Thomas, *Accusatio adulterii*, in *Iura*, 12 (1961), pp. 65-80; H. Ankum, *La «sponsa adultera». Problèmes concernant l'«accusatio adulterii» en droit romain classique*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, Pamplona 1967, pp. 161-198; F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., pp. 201-215; G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis*, cit., pp. 184-218.

fondo dotale previste dalle *leges Iuliae*⁶⁵ e Carlo Venturini ha sostenuto che l'introduzione di un certo grado di formalità per il divorzio fosse assolutamente necessaria per operare una distinzione quanto più possibile univoca tra le unioni lecite e quelle illecite, perché intrattenute da una donna ancora sposata⁶⁶. Simile pubblicità era resa imprescindibile proprio al fine d'individuare il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine decadenziale di sessanta giorni entro il quale il coniuge tradito o il *pater* della fedifraga avrebbero potuto radicare in via privilegiata il giudizio⁶⁷. Come più volte precisato il marito che venuto a conoscenza dell'adulterio avesse *retenta in matrimonio* la *uxor* sarebbe stato perseguibile per il *crimen* di *lenocium*⁶⁸, reato in cui sarebbe incorso anche l'eventuale successivo marito che avesse contratto nuove nozze pur essendo a conoscenza della condanna in capo alla donna o l'ex marito che avesse restaurato l'antico legame coniugale. A mitigare la portata della norma era però intervenuta l'attività prudenziale dei giuristi, che, facendo

⁶⁵ Cfr. P. Giunti, *Il modus divortii nella legislazione augustea. Aspetti problematici, ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, pp. 323-348, la quale evidenzia come la solennità del *modus divortii* condizionasse la validità del divorzio stesso (*ivi*, p. 325).

⁶⁶ Cfr. C. Venturini, *Divorzio informale e 'crimen adulterii' (Per una riconsiderazione di D. 48.5.44[43])*, in *Iura*, 41 (1990), pp. 25-51 (= *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 4 (1992), pp. 133-156; A. Palma [a cura di], *Studi di diritto delle persone*, cit., pp. 119-144, spec. pp. 125 ss. [da cui si cita]).

⁶⁷ Sul punto v. C. Terreni, *Le ragioni di una moglie*, cit., p. 29 nt. 59.

⁶⁸ Le fonti ci rappresentano in più luoghi la possibilità della composizione pecuniaria dell'adulterio soprattutto se accertato in flagranza sebbene la legge di Augusto avesse cercato di far cessare la consuetudine della transazione pecuniaria fra l'adultero e il marito, raffigurando nel comportamento di quest'ultimo un caso di lenocinio: cfr. Hor., *sat.* 1.2.43; 1.2.133; Quint., *decl.* 279. Secondo A. Esmein, *Le délit d'adultère a Rome et la loi Julia de adulteriis*, Paris 1886, pp. 82 ss. nonostante la proibizione della transazione pecuniaria imposta dalla *lex Iulia de adulteriis*, la consuetudine che l'adultero sorpreso tacitasse il marito con l'offerta di denaro, essendo profondamente radicata, avrebbe continuato ad esistere; dello stesso parere F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, pp. 455 ss.; *contra* A.D. Manfredini, *Gli oltraggi all'adulterio: un «argumentum a maiore ad minus» [D. 48.5.23(22).3]*, in J.-F. Gerkens – H. Peter – P. Trenk-Hintergerger – R. Vigneron (éds.), *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, vol. I, Liège 1999, p. 331 nr. 7; v. C. Fayer, *La Familia Romana*, cit., p. 208 e nt. 72.

leva sulla necessaria sussistenza del dolo per la configurabilità della fattispecie criminosa aveva ristretto le maglie di applicazione della previsione normativa a *qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit*⁶⁹.

Il *crimen* si configurava, pertanto, osserva Venturini, nel più ristretto caso del marito che avesse costretto la *uxor* ad una forma di *meretricium* o avesse proceduto «ad una pacifica *dimissio* dell'adultero sorpreso in flagrante (D. 48.5.30 pr.; PS. 2.26.8 = Coll. 4.12.7 : cfr. D. 48.2.3.3; D. 48.5.34.1)»⁷⁰. Era rimasto sanzionabile pertanto solo il comportamento di

⁶⁹ Cfr. Ulp 8 *disp.* D. 48.5.2.2: *Lenocinii quidem crimen lege iulia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit*, Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30.3: *Qui quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, plectitur: nec enim mediocriter deliquit, qui lenocinium in uxore exercuit* e in Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30.4: *Quaestum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor: sive enim saepius sive semel accepit, non est eximendus: quaestum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. quod si patiatu uxorem delinquere non ob quaestum, sed neglegentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur.* V. C. Venturini, "Accusatio adulterii" e politica costantiniana. (Per un riesame di CTH 9,7,2, in *SDHI*, LIV (1998), pp. 66-109 (= Id., A. Palma [a cura di], *Studi di diritto delle persone*, cit., pp. 27-75, spec. p. 37 nt. 21 e p. 41 nt. 37 [da cui si cita]) il quale crede che questa restrizione circa la configurabilità del reato per via giurisprudenziale sia da ascrivere ad un allarme sociale prodotto nella società coeva dalla legislazione augustea, *contra* T.A.J. Mc Ginn, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, New York 1998, pp. 245 ss. (replica in C. Venturini, *Innovazioni postclassiche in materia di 'accusatio adulterii'*, in F. Lucrezi – G. Mancini (a cura di), 'Crimina' e 'delicta' nel tardo antico. *Atti del Seminario di Studi: Teramo, 19-20 gennaio 2001*, Milano 2003, p. 23 nt. 15; sempre sul punto, in conformità alla teoria di Venturini, v. C. Terreni, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2008, p. 254 nt. 42.

⁷⁰ C. Venturini, *Legislazione tardo antica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in AA.VV., *Comportamenti e immaginario della sessualità nell'Alto Medioevo*, Spoleto, 31 marzo – 5 aprile 2005, Spoleto 2006, pp. 177-221 (= Id., A. Palma [a cura di], *Studi di diritto delle persone*, cit., pp. 335-367, spec. p. 350 [da cui si cita]). Sulla repressione dell'adulterio in età tardoimperiale v. F. Pergami, *La repressione dell'adulterio nella legislazione tardoimperiale*, in *Index*, (2012), 40, pp. 493 ss. (= Id., *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2014, pp. 29 ss.).

colui che: «*excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis* (D. 48.5.30 pr.), restando escluso quello del marito che *patiatur uxorem suam delinquere non ob quaestum, sed negligentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem* (D. 48.5.30.4)»⁷¹. Lo Studioso ha ipotizzato che Costantino, proprio al fine di reprimere più efficacemente l'adulterio, abbia abbandonato questa via in modo tacito, pur lasciandola formalmente percorribile, per sollecitare l'interesse economico del marito, prospettandogli la conservazione dell'intera dote dell'adultera condannata⁷².

4. Ulp. 3 de adult. D. 48.2.5 e Marc. 1 de publ. Iudic. D. 48.5.34 pr.: ipotesi di lettura.

È venuto il momento di analizzare i passi di Ulpiano e Marciano⁷³, conservati in uno dei *libri terribiles* del Digesto⁷⁴, relativi al caso in cui una donna avesse commesso adulterio con un servo del proprio marito. I due giuristi elaborarono al riguardo due *responsa* che, ad una prima lettura, potrebbero far sorgere alcuni dubbi relativi all'*accusatio*. Si seguirà nell'esposizione la sistematica giustiniana e pertanto s'inizierà la trattazione con il frammento di Ulpiano. Il giurista severiano rinvia ad un rescritto di Marco Aurelio⁷⁵ con il quale l'imperatore vincolava

⁷¹ C. Venturini, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino*, cit., p. 350.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Sulla produzione di questo giurista v. L. De Giovanni, *Giuristi Severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989, pp. 13 ss.; sulle istituzioni scritte del giurista, al fine di comprenderne il pensiero, L. De Giovanni, *Per uno studio delle Institutiones di Marciano*, in *SDHI*, XL (1983), pp. 91 ss.; Id., *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum*, 94.2 (2006), pp. 487 ss.; R. Lambertini, *Sull'esordio delle Istituzioni di Marciano*, in *SDHI*, LXI (1995), pp. 271-283; da ultimo l'approfondita analisi di D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma 2019, *passim*; L. Maganzani, *Etica e diritto nella formazione del giurista: l'età severiana*, in *Jus*, 2 (2019), pp. 21-44.

⁷⁴ Cfr. *Const. Tanta* §VIII.

⁷⁵ Sulla attività normativa di Marco Aurelio resta imprescindibile la lettura di F. Arcaria, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, *passim*, che ricorda il suddetto rescritto alle pp. 2 nt. 6, 3 nt. 10, 5 nt. 12.

(*necessitas*) il *dominus* a promuovere dapprima l'accusa avverso lo schiavo infedele:

Ulp. 3 *de adult.* D. 48.2.5: *Servos quoque adulterii posse accusari nulla dubitatio est: sed qui prohibentur adulterii liberos homines accusare, idem servos quoque prohibebuntur. sed ex rescripto Divi Marci etiam adversus proprium servum accusationem instituere dominus potest. post hoc igitur rescriptum accusandi necessitas incumbet domino servum suum: ceterum iuste mulier nupta praescriptione utetur.*

Viene precisato che innanzi all'azione promossa dal marito l'adultera qualora si fosse risposata (*mulier nupta*)⁷⁶ avrebbe potuto legittimamente (*iuste*) sollevare la *praescriptio* volta a paralizzarla⁷⁷ in quanto discussa preliminarmente, come si legge in Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.16.⁷⁸, alla sua *inscriptio inter reos*. Parrebbe d'intendere dal passo che contro la donna che successivamente al divorzio si fosse risposata non avrebbe potuto essere esperita l'*accusatio adulterii* se prima non si fosse agito contro lo schiavo. In questo caso la *praescriptio* non sarebbe stata quella propria del processo formulare, ma si sostanzia in quelle «difese opponibili all'accusatore in un processo penale nel corso della fase preparatoria del processo stesso e che *ante solent tractari quam quis inter reos recipiatur* (Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.16 [15].7)»⁷⁹. Si può presumere, azzardandosi ad applicare alla procedura di allora le categorie della moderna

⁷⁶ Dopo aver esaminato Ulp 1 *ad l. Iul. adult.* D. 48.5.2 pr. e Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.20[19].2-3 la Bettinazzi crede che: «dai passi non sia revocabile in dubbio, che in relazione a questa fattispecie l'aggettivo *nupta* si riferisca a quella donna che sia sposata nel momento in cui si eserciti l'azione, circostanza del tutto indipendente dalla sua condizione all'epoca della commissione del reato (cfr. Iulian. 86 *dig.* D. 48.5.5; Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.18[17].6)»: M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane*, cit., p. 115 nt. 547.

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*

⁷⁸ Ulp. 2 *de adult.* D. 48.5.16.7: *Praescriptiones, quae obici solent accusantibus adulterii, ante solent tractari, quam quis inter reos recipiatur: ceterum posteaquam semel receptus est, non potest praescriptionem obicere.*

⁷⁹ M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane*, cit., p. 124 nt. 603. Sulle funzioni e i diversi utilizzi della *praescriptio* nel processo cognitorio v. P. Garbarino, *La questione di competenza nel processo civile romano*, Napoli 2018, spec. pp. 60 ss. e 73 ss.

processualistica, che si trattasse di una questione “pregiudiziale di rito”, che, se risolta in accoglimento delle ragioni della donna, avrebbe reso improcedibile l'accusa⁸⁰.

Nel passo di Ulpiano viene enunciato inoltre un precetto di non poca rilevanza: l'imputabilità di uno schiavo in un *publicum iudicium* per un reato suscettibile di repressione d'ufficio in via di *cognitio extra ordinem* attivatasi a seguito di *delatio*⁸¹. Occorre allora chiarire come e perché sia possibile un'accusa in un pubblico processo nei confronti di una persona di condizione servile. Costituisce infatti dato sin troppo noto che in sede di processo penale non era previsto che uno schiavo fosse processato come gli uomini liberi⁸² e ciò stante la possibilità di applicargli, in quanto *res*⁸³, in via diretta una misura coercitiva da parte del *dominus* quale titolare della *dominica potestas* o da parte di altri soggetti – magistrati o *tresviri capitales* – che fossero investiti di *publica potestas*.

⁸⁰ V. M.G. Bianchini, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, pp. 80 s.; W. Kolitsch, *Praescriptio und exceptio außerhalb des Formularverfahrens*, in *ZSS*, 76 (1959), pp. 273 ss.

⁸¹ Sulla struttura del *iudicium publicum* nel sistema della *cognitio extra ordinem* come strutturatasi in età augustea v. S. Giglio, *Il problema dell'iniziativa nella «cognitio» criminale. Normative e prassi da Augusto a Diocleziano*, Torino 2009, 2^a ed., pp. 3 ss.; B. Santalucia, *Augusto e i iudicia publica*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, pp. 261-277 (= [in lingua spagnola] *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, IX-X (1997-1998), pp. 339-355; Id., *Altri studi di diritto penale*, cit., pp. 279-295); S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano, (IV-V secolo)*, Milano 1996, pp. 13 ss.; G. Zanon, *Le strutture accusatorie della 'cognitio extra ordinem' nel Principato*, Padova 1988, pp. 10 ss.

⁸² I quali almeno sino al II secolo d.C. non potevano essere sottoposti a tortura: C. Russo Ruggeri, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'Impero*, Milano 2002, *passim*.

⁸³ Sebbene Emanuele Stolfi abbia parlato di una forma di “reificazione imperfetta”: E. Stolfi, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzione greche e romane*, in *TSDP*, II (2009), p. 2 nt. 14, su questi aspetti relativi alla *summa divisio personarum* gaiana v. anche U. Agnati, «*Persona iuris vocabulum*». *Per un'interpretazione giuridica di «persona» nelle opere di Gaio*, in *Rivista di Diritto Romano*, IX (2009), pp. 1 ss.

Perché, allora, per Ulpiano il servo avrebbe dovuto essere accusato dal *dominus* come se si fosse trattato di un qualsiasi uomo libero?

Si rende necessario, per cercare di rispondere alla domanda, chiarire il significato che il sintagma *iudicium publicum* assume nel pensiero di Ulpiano e per fare ciò resta imprescindibile lo studio che Botta ha condotto sul complesso tema dell'accusa nei *publica iudicia*⁸⁴. Lo Studioso evidenzia, partendo dall'esegesi di Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap. D. 23.2.43.10* concernente il divieto statuito attraverso un *senatus consultum* di *nuptiae legitimae* tra i membri del Senato e le donne accusate in un *publicum iudicium*, come venga qualificato *publicum iudicium* ciò che *iudicio cuilibet ex populo experiri licet*, sottolineando il criterio qualificativo della legittimazione diffusa. Botta analizza anche i casi d'incapacità all'accusa verso uomini liberi e tra i soggetti impossibilitati a rivestire il ruolo di pubblico accusatore vengono ricordati, per l'età repubblicana, donne⁸⁵, pupilli⁸⁶ ed infami.

⁸⁴ Mi riferisco a F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., pp. 37 ss.

⁸⁵ V. F. Lamberti, «*Mulieres*» e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e 'presenze silenziose', in *Index*, (2012), 40, pp. 244 ss., spec. p. 246; E. Cantarella, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Perugia 1983, p. 190; J.F. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, London-Sydney 1986, pp. 257 s.; L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, Milano 1984, p. 79 nt. 192, il quale osserva che: «dal confronto tra D. 50,17,2 (ove senza giustificazione si dice che donne ed impuberi non devono ricoprire *civilia officia*), D. 3,1,1,5, sempre di Ulpiano [...] e D. 5,1,12,2 di Paolo [...] emerge una pluralità e/o sovrapposizione di criteri di esclusione che meriterebbe di essere approfondita» *ibidem* 100. Sullo *ius postulandi* delle donne v. A. Guarino, *Le donne saccenti*, in Id., *Iusculum Iuris*, Napoli 1985, p. 208. Sul reale nome della donna presa in considerazione (Carfania o Afrania?) cfr. L. Labruna, *Un editto per Carfania?*, in A. Guarino – L. Labruna *Synthese Vincenzo Arangio Ruiz*, vol. I, Napoli 1964, pp. 420 s. (= Id., *Admnicula*, 3^a ed., Napoli 1995, pp. 172 s.); E. Cantarella, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, 3^a ed., Milano 2003, pp. 94 ss.; Ead., *Afrania e il divieto dell'avvocatura per le donne*, in R. Raffaelli (a cura di), *Vicende femminili in Grecia e a Roma*, Ancona 1995, pp. 527 ss.; G. Pugliese, *I pretori tra trasformazione e conservazione*, in *Atti Copanello. Roma tra oligarchia e democrazia 1986*, Napoli 1989, p. 197; V. Viparelli, *Donne avvocato a Roma (Val. Max. 8.3)*, in C. Cascione – C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius*, cit., vol. VIII, pp. 5843 ss.; T.J. Chiusi, *La fama nell'ordinamento romano. I casi di Afrania e di Lucrezia*, in *Storia delle donne*, 6/7 (2010-2011), p. 89 ss.; Ead., *'Famia' and 'infamia' in the Roman Legal System: The Case of Afrania and Lucretia*, in *Judge and Jurist*, III –

Pertanto, in ragione della natura diffusa della legittimazione ad esperire l'*accusatio adulterii*, la configurabilità di un *publicum iudicium* avverso uno schiavo può giustificarsi in ragione dell'improcedibilità della medesima accusa contro la donna correa. E ciò perché potevano verificarsi alcune situazioni nelle quali la donna non fosse (più) accusabile, ad esempio, la già richiamata eventualità di nuove nozze antecedentemente l'esperimento dell'*accusatio*⁸⁷. In questa circostanza solo dopo aver ottenuto la condanna dell'adultero sarebbe stato lecito procedere contro la donna e ciò anche qualora si fosse risposata. È possibile alla luce di queste considerazioni ricostruire il significato del passo: se l'adulterio fosse stato commesso con lo schiavo e la donna fosse convolata a nuove nozze, la condanna dell'adultera si sarebbe potuta conseguire a condizione che lo schiavo fosse stato precedentemente processato.

E perché ciò?

Per tentare di rispondere alla domanda è indispensabile leggere il seguente parere di Marciano nel quale il giurista riporta un rescritto di Antonino Pio che, a detta di Hans Ankum, avrebbe costituito «une mesure exceptinelle de protection de la femme suspecte d'adultère»⁸⁸:

Roman Law and Roman Legal History, Oxford 2013, pp. 148 ss.; C. Cascione, *Matrone «vocatae in ius»: tra antico e tardoantico*, in *Index*, 40 (2012), p. 239 nt. 9. La donna, oltre ad Afrania e Carfania, viene chiamata Carfinia: a lei, infatti, con questo nome, sembra riferirsi Iuv., *sat.* 2.69 ss.

⁸⁶ F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità*, cit., p. 234; sulla legittimazione delle donne all'accusa pubblica

⁸⁷ L'utilizzo, d'altronde, delle *quaestiones servorum*, oltre che nei processi criminali più gravi (Paul. 2 *de adult.* D. 48.18.8 pr.), in qualunque processo criminale è generalmente ammesso. Adriano ammise il ricorso alle *quaestiones servorum* alla sola condizione dell'esistenza di *alia argumenta* a carico del *reus* (Ulp. 8 *de off. procons.* D. 48.18.1pr.-1); ma anche in materia civile (si pensi alla *libertas fideicommissa* Tryph. 4 *disp.* D. 48.18.19 pr. e Paul. 3 *decr.* D. 48.18.20), dove il ricorso alla *quaestio* è ammesso alla duplice condizione che non sia altrimenti possibile scoprire la verità e, rispettivamente, che la medesima *quaestio* non sia attivata all'inizio istruttoria⁸⁷. Simile utilizzo era riconosciuto anche alle *questiones in caput domini* in ogni *cognitio* criminale U. Vincenti, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, pp. 13 ss., spec. pp. 121 s.

⁸⁸ H. Ankum, *La captiva adultera. Problemes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *RIDA*, 32 (1985), p. 164 nt. 64.

Marc. 1 *de publ. iudic.* D. 48.5.34 pr.: *Si quis adulterium a servo suo commissum dicat in eam, quam uxorem habuit, Divus Pius rescripsit accusare potius mulierem eum debere, quam in praeiudicium eius servum suum torquere.*

Marciano chiarisce che qualora qualcuno affermi che la propria *uxor* abbia commesso *adulterium* con un suo servo allora il divino Antonino Pio ha stabilito, tramite rescritto, che il marito tradito debba *accusare mulierem* piuttosto che sottoporre a tortura (*torquere*) il servo. Tra i due passi sembrerebbe emergere una possibile antinomia: l'uno (quello di Ulpiano) prevede l'accusa verso il servo prima di quella contro la ex moglie; l'altro (quello di Marciano) richiama il dispositivo di Antonino Pio che stabilisce la poeriorità dell'azione contro la moglie rispetto alla reazione verso lo schiavo al fine – parrebbe leggersi – di preconstituirsì un *praeiudicium*. Dunque per meglio comprendere la portata precettiva dei due passi l'esegeta si deve interrogare sul significato del vocabolo *praeiudicium* per poi precisarne la portata semantica nella cornice dell'inciso: [...] *accusare potius mulierem eum debere, quam in praeiudicium eius servum suum torquere.*

5. Praeiudicium: tentativi definitivi.

Forse perché ritenuta materia per oratori (ed ancor peggio per *advocati*), i giuristi romani non hanno dedicato al tema del *praeiudicium* il dovuto interesse che avrebbe meritato. Anche per questo motivo è impresa quantomai ardua cercare di tracciare i contorni dell'istituto che stante l'ambiguità semantica che lo connota sfugge ad ogni tentativo definitorio. Ed infatti nel lessico giuridico romano il vocabolo *praeiudicium* viene utilizzato per indicare una serie di circostanze eterogenee⁸⁹ ma che

⁸⁹ V. M. Marrone, «*Praeiudicium*», in *Labeo*, 24 (1978), pp. 74-85 (= Id., G. Falcone [a cura di], *Scritti giuridici*, vol. II, Palermo 2003, pp. 1033 s.), nel quale il Maestro siciliano esordisce rilevando come: «la parola '*praeiudicium*' assume nelle fonti giuridiche classiche significati diversi», *ibid.* Sul significato giuridico della parola O. Bülow, *De praejudicialibus formulis*, Breslau 1859, pp. 14 ss.; J. Triantaphyllopoulos, «*Praeiudicium*», in *Labeo*, 8 (1962), pp. 220 ss.; H. Pissard, *Le questions préjudicielles en droit romain*, Paris 1907, pp. 200 ss.; K. Hackl, *Praeiudicium in klassischen römischen Recht*, Salzburg-München 1976, pp. 240 ss.; M. Varvaro, *Una congettura*

possono essere accumulate per la loro strumentalità nell'influenzare il giudice nella valutazione dei fatti dedotti in giudizio⁹⁰. Per questo motivo attraverso l'uso del termine *praeiudicia* è possibile rinvenire nelle fonti sia espedienti retorici (*vita anteacta*)⁹¹ che mezzi più propriamente giuridici. E relativamente a questa seconda accezione un dato sembra registrabile dalle stesse fonti: il ricorso al termine riferendosi alle *res iudicatae*⁹².

sull'applicazione del *praeiudicium* 'quanta dos sit', in *AUPA*, L (2005), p. 274 nt. 14; N. Donadio, 'Praeiudicia' e 'divisio actionum', in L. Garofalo (a cura di), 'Actio in rem' e 'actio in persona'. In ricordo di Mario Talamanca, vol. II, Padova 2011, pp. 453-522; M.T. Nicotri, *Giudicato e pregiudizialità. Eseggesi di Iul. 24 'Dig.' D.37.10.4*, in L. Garofalo (a cura di), 'Res iudicata', vol. I, Napoli 2015, pp. 477-496, spec. pp. 481-485; M.L. Biccari, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017, pp. 92 ss.

⁹⁰ Sulla valutazione discrezionale del giudice nella valutazione della prova, soprattutto per quanto riguarda il regime delle *cognitiones*, v. U. Vincenti, «*Duo genera sunt testium*», cit., pp. 13 ss., spec. pp. 138 ss. Ricordiamo quanto scrive Wenger nel suo manuale istituzionale: «il diritto procedurale classico segue la teoria della libera valutazione della prova. Per principio – non senza limitazioni – il giudice si può e si deve formare a proprio criterio la sua opinione sulla forza probante degli elementi di prova»: L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, München 1925, trad. it., Milano 1938, p. 198.

⁹¹ La *vita anteacta* allora era teorizzata nei manuali di oratoria forense ed oggi si trova pienamente normativizzata. Infatti, l'art. 133 c.p. ai fini della determinazione della pena tra il minimo ed il massimo edittale (art. 132 c.p.) impone al giudicante di tener conto della capacità a delinquere del reo desumendola dalle precedenti condanne penali dallo stesso riportate, sul punto A.D. Manfredini, *De anteacta vita*, in L. Desanti – P. Ferretti – A.D. Manfredini (a cura di), *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano 2009, pp. 269 ss.; C. Russo Ruggeri, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA*, LX (2017), pp. 117-162.

⁹² Sul tema della *res iudicata* oltre alla voce di G. Pugliese, voce *Giudicato (I. Giudicato civile)*, in *ED*, vol. XVIII, Milano 1969, pp. 727 ss. (= Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Napoli 1985, pp. 137 ss.) e al contributo dello stesso autore 'Res iudicata pro veritate accipitur', in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2 (1967), pp. 503 ss. si rinvia ai contributi di Matteo Marrone: *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV (1955), pp. 7 ss.; Id., *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo 1965, 2^a ed., *passim*; Id., *Res in iudicium deducta - res iudicata*, in *BIDR*, 98-99 (1995-1996), pp. 63-81 (= Id., G. Falcone [a cura di], *Scritti giuridici ...*, vol. II, cit., pp. 585-605; Id., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle origini delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana*

Per meglio intendere come venisse adoperato il termine *praeiudicium* è necessario ricercare l'uso che se ne fa nelle opere retoriche.

Cicerone più volte si trova a dover smontare il castello accusatorio edificato a danno dei propri assistiti attraverso un astuto rinvio ai *praeiudicia*⁹³ e nel lessico ciceroniano il significato del termine *praeiudicia* pare avvicinarsi molto a quello di *res iudicatae*; queste sono elencate dall'Arpinate nel suo trattato sull'oratore⁹⁴ tra le prove 'documentali' inartificiali:

Cic., *de orat.* 2.27.116: *tabulae, testimonia, quaestiones, pacta conventa, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa.*

Così Quintiliano in due passaggi delle *Institutiones oratoriae*⁹⁵, ai quali, per il loro valore epistemologico sulla dottrina delle prove, Giovanni Cossa ha dedicato una recente e fine analisi⁹⁶, ricomprenderà i

alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo, vol. II, Napoli 1997, pp. 3-28 (= Id., *Scritti giuridici*, vol. II, cit., pp. 629-656); Id., *Su struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. V, Napoli 2001, pp. 273-290 (= Id., *Scritti giuridici*, vol. II, cit., pp. 797-809). Preziosi in materia i contributi contenuti in L. Garofalo (a cura di), *'Res iudicata'*, voll. I-II, cit., *passim*, che analizzano il problema del giudicato sotto eterogeni aspetti; A. Palma, *Il luogo delle regole*, cit., spec. pp. 49-61.

⁹³ Per i luoghi ciceroniani nei quali si rinviene il lemma v. H. Merguet, *Handlexikon zu Cicero*, Leipzig 1905, p. 548; E.I. Bekker (von), *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1971, pp. 249 ss. e spec. 377;

⁹⁴ Sulle teorizzazioni riversate da Cicerone nel *De oratore* v. M. Talamanca, *L'oratore, il giurista, il diritto nel De Oratore di Cicerone*, in *Ciceroniana*, (2009), pp. 95 ss.; L. Calboli Montefusco, *Cicerone, De oratore: la doppia funzione dell'ethos dell'oratore*, in *Rhetorica*, 10 (1992), pp. 254 ss.; fondamentale resta la lettura di E. Narducci, *Cicerone e l'eloquenza romana. Retorica e progetto culturale*, Roma-Bari 1997, pp. 3 ss.; Id., *Eloquenza, retorica, filosofia nel 'De oratore', saggio introduttivo a Cicerone, Dell'oratore*, trad. it. a cura di M. Martina, M. Ogrin – I. Torzi – G. Cettuzzi, Milano 2016, pp. 5 ss.; Id., *Cicerone, la parola e la politica*, Roma 2009, pp. 182 ss. (spec. p. 196 per ulteriore bibliografia).

⁹⁵ Su questi passi e su altri nei quali Quintiliano utilizza la parola *praeiudicium* v. M. Skřejpek, *Praeiudicium nell'opera di Quintiliano*, in C. Cascione – C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius*, cit., vol. VII, pp. 5229-5244.

⁹⁶ G. Cossa, *Riflessioni sulla distinzione tra prove 'tecniche' e 'atecniche' in Grecia e a Roma*, in *SDHI*, LXXXIII (2017), pp. 299-324; di rilevante interesse il contributo di M. Miceli, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale*, in

praeiudicia tra le prove atecniche. Infatti, l'oratore distingue, riprendendo una classificazione già operata da Aristotele⁹⁷, tra mezzi di prova 'atecnici' (*ἀτεχνοί* o *probationes inartificiales*) e 'tecnici' (*ἐντεχνοί* o *probationes artificiales*) o 'artificiali':

Quint., *inst. or.* 5.1.1-2: [1] *Ac prima quidem illa partitio ab Aristotele tradita consensum fere omnium meruit, alias esse probationes quas extra dicendi rationem acciperet orator, alias quas ex causa traheret ipse et quodam modo gigneret; ideoque illas atechnous, id est inartificiales, has entechnous id est artificiales, vocaverunt.* [2] *Ex illo priore genere sunt praeiudicia, rumores, tormenta, tabulae, ius iurandum, testes, in quibus pars maxima contentionum forensium consistit. Sed ut ipsa per se carent arte, ita summis eloquentiae viribus et adlevanda sunt plerumque et refellenda. Quare mihi videntur magnopere damnandi qui totum hoc genus a praeceptis removerant.*

Le *probationes* 'atecniche' (o inartificiali) sono quelle che venivano presentate al giudice così com'erano, senza alcuna elaborazione da parte del retore, essendo indipendenti dalla propria *ars* (*ut ipsa per se carent arte*); quelle artificiali erano invece costruite o 'inventate' dal retore, secondo lo schema argomentativo che in termini moderni si può identificare con quello della prova presuntiva o indiziaria di cui parlano gli artt. 2727 e 2729 c.c. e l'art. 192, II comma, c.p.⁹⁸. Tra le prime

Index, (1998), 26, pp. 241 ss.; Ead., *Tipologia della «prova» e dei «riti» all'interno dei sistemi processuali di tipo accusatorio. La prova retorica: struttura, funzione, razionalità*, in P. Cerami – G. Di Chiara – M. Miceli, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino 2003, pp. 76-156; la *Studiosa* è tornata recentemente in argomento in P. Cerami – M. Miceli, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, fonti, codici. Prospettive romane e moderne*, Torino 2018, pp. 371-407; G. Di Chiara, *Ad faciendam fidem: i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*, in P. Cerami – G. Di Chiara – M. Miceli, *Profili processualistici*, cit., pp. 158-202.

⁹⁷ Arist., *Rhet.* 1355 b 35.

⁹⁸ V. A. Giuliani, v. *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *ED*, vol. XXXVII, Milano 1988, pp. 518 ss.; B. Cavallone, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Rivista di diritto*

compaiono i *praeiudicia*, i *rumores*, i *tormenta*, le *tabulae*, il *iusiurandum*, i *testes*. Proprio per la loro origine extraprocessuale questi strumenti di prova debbono essere confutati attraverso un ancor più faticoso impegno persuasivo da parte dell'oratore (*ita summis eloquentiae viribus et adlevanda sunt plerumque et refellenda*).

Nel paragrafo successivo intitolato *De praeiudiciis* Quintiliano precisa che vi sono tre tipi diversi di *praeiudicia*.

Quint., *inst. or.* 5.2.1: *Iam praeiudiciorum vis omnis tribus in generibus versatur: rebus quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur, ut de rescissis patrum testamentis vel contra filios confirmatis: iudiciis ad ipsam causam pertinentibus, unde etiam nomen ductum est, qualia in Oppianicum facta dicuntur et a senatu adversus Milonem: aut cum de eadem causa pronuntiatum est, ut in reis deportatis et adsertione secunda et partibus centumviralium quae in duas hastas divisae sunt.*

Alcuni *praeiudicia* sono chiamati comunemente *exempla* per il loro valore paradigmatico e consistono nei fatti giudicati in fattispecie affini e che perciò sono utilizzabili in ipotesi simili, sebbene diverse, da quelle per le quali sono stati emessi⁹⁹; altri sono quelli che hanno attinenza con la causa discussa (*ad ipsam causam pertinentia*) e dai quali deriva il nome stesso di *praeiudicia* (*unde etiam nomen dictum est*). Quintiliano in riferimento a questi rinvia a fini esemplificativi ad alcune delle più note orazioni ciceroniane: la *pro Cluentio*¹⁰⁰ e la *pro Milone*¹⁰¹. Cicerone inferisce la correttezza della condanna di Oppianico, fratellastro dell'imputato, dal fatto che fossero già stati condannati per *veneficium* ai danni di Cluenzio, sia Scamandro che Fabrizio, fedelissimi alleati ed amici di Oppianico. In questo caso il *praeiudicium* presenta una natura 'ibrida'

processuale, 67 (2012), pp. 107 ss. (= ID., *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, Pisa 2016, pp. 281 ss.)

⁹⁹ Per i quali Franca De Marini Avonzo ha parlato di una forma di 'giurisprudenza' nell'accezione contemporanea, v. *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum. Ricerche tardo diritto classico*, in *BIDR*, LIX-LX (1956), pp. 127 ss.; vc. "Praeiudicium", in *NNDI*, vol. XII, Torino 1966, pp. 51 ss.

¹⁰⁰ Cic., *Clu.* 48 ss.

¹⁰¹ Cic., *Mil.* 12-14.

in quanto fa riferimento non solo ad una sentenza emessa precedentemente in una *quaestio* presumibilmente *de veneficiis* ma pure alla *vita anteacta* di Cluenzio, dipinto come incallito corruttore di giudici. Nel caso di Milone l'oratore si sforza di dimostrare che il *senatus consultum de republica defendenda*¹⁰² qualificante le uccisioni avvenute sulla via Appia alla stregua di *crimina* contro la *republica* non avrebbe dovuto influenzare i giudici contro Milone. Il fatto che emerge da entrambi questi esempi è l'applicabilità del *praeiudicium* come strumento probatorio, privo di valore vincolante¹⁰³, discrezionalmente valutabile dal giudice alla stregua di una qualsiasi altra prova documentale o testimoniale.

Infine, l'ultima categoria di *praeiudicia* elencati da Quintiliano, come ha evidenziato Franca De Marini Avonzo e più di recente la Biccari, si riferisce «a ipotesi non perfettamente chiarite, e inoltre di carattere eccezionale»¹⁰⁴ sulle quali la dottrina si è da tempo interrogata, come testimoniano i contributi al riguardo di Heinrich Siber¹⁰⁵, Giovanni Pugliese¹⁰⁶ e Matteo Marrone¹⁰⁷, le cui posizioni vengono analizzate dalla

¹⁰² Circa la portata normativa del provvedimento v. C. Masi Doria, *Salus populi suprema lex esto. Modelli costituzionali e prassi del Notstandsrecht nella Res Publica Romana*, in M.F. Cursi (a cura di), *Eccezione e regola. Un dialogo interdisciplinare*, Napoli 2009, p. 116, ora in C. Masi Doria, *Poteri Magistrature Processi nell'esperienza costituzionale romana*, Napoli 2015, p. 12 ss.; Ead., «*Periculum rei publicae*», in *Index*, 45 (2017), pp. 3-23, spec. p. 18, dove si fa riferimento a questa espressione piuttosto che a quella più diffusa di *senatus consultum ultimum*; R. Scevola, *Intorno alla controversa natura del senatusconsultum ultimum e alle sue eventuali connessioni con l'originaria accezione del termine-concetto 'colpo di Stato'*, in *Cahiers Adriana Petracchi. Quaderni di studi storici*, vol. III, 2012-2013, p. 131-201.

¹⁰³ M.L. Biccari, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica*, cit., pp. 96 ss. Sulla vincolatività dei precedenti v. U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, 2^a ed., Padova 1995, spec. pp. 114 ss.; Id. (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova 1998, con particolare attenzione ai contributi dello stesso Vincenzi (pp. 1-27) e di Letizia Vacca (pp. 29-53).

¹⁰⁴ F. De Marini Avonzo, *Coesistenza e connessione*, cit., pp. 129 ss.; M.L. Biccari, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica*, cit., p. 95.

¹⁰⁵ H. Siber, *Praeiudicia al Beweismittel*, in *Festschrift Wenger*, vol. I, München 1944, pp. 46 ss.

¹⁰⁶ G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, XI (1968), pp. 368 ss.

¹⁰⁷ M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV (1955), pp. 123 ss.

Biccari nel suo recente studio sulla formazione dell'*advocatus*¹⁰⁸. Si tratta di casi che aiutati dal tenore del seguente passo potremmo ricondurre in parte alle *res iudicatae*:

Quint., *inst. or.* 5.2.2.: *Confirmantur praecipue duobus: auctoritate eorum qui pronuntiaverunt, et similitudine rerum de quibus quaeritur; refelluntur autem raro per contumeliam iudicum, nisi forte manifesta in iis culpa erit; vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam, et ipse pronuntiaturus, nec libenter exemplum quod in se fortasse reccidat facit.*

Si tratterebbe di decisioni che assumono una loro vincolatività per due motivi: l'autorità di coloro che le hanno emesse e la affinità (*similitudo*) con il caso nel quale vengono utilizzate. Infatti secondo Quintiliano i giudici sono soliti recepire e confermare le sentenze dei loro colleghi, soprattutto se particolarmente autorevoli, ciò facendo però trasmettono talvolta eventuali errori giudiziari. Infatti nessun giudice vorrà, rendendo una sentenza difforme rispetto a quelle precedenti, infrangere una continuità valoriale per il timore che qualcun altro possa riservare lo stesso trattamento alla sua stessa decisione¹⁰⁹. Ciò costituiva una delle

¹⁰⁸ M.L. Biccari, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica*, cit., pp. 95 ss.

¹⁰⁹ In questo contesto particolare rilievo ha la mancata motivazione delle sentenze, né dalla formula né da una clausola edittale, né da altra fonte autoritaria può desumersi un obbligo del giudice a pronunziarsi sulla pretesa dell'attore, approvandola o disconoscendola, cioè dotandola di una motivazione. Secondo M. Kaser, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien 1978, p. 127: «Die Argument der Juristen dagegen sind den Laien entweder unbekannt oder geistig nur begrenzt zugänglich». Al riguardo M. MARRONE, *Sulla struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in L. Vacca (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario Aristec, Perugia 25-26 giugno 1999*, Torino 2000, pp. 21 ss., rileva che l'essenza di un vero e proprio obbligo non implicava che il giudice non potesse motivare la decisione, per quanto sommariamente. Anzi, addirittura sembra possibile riscontrare un mutamento nello stile delle sentenze, da quelle interpretative di età repubblicana a quelle più sinteticamente motivate di età classica. La ragione si suppone sia legata alla circostanza che «non avendo i giuristi mai adottato il punto di vista retorico circa il valore delle sentenze, nel corso dell'età classica l'idea delle *res iudicatae* quali fonti o *exempla* si sia andata a poco a poco estinguendo anche nella prassi; e al contempo sia stato sempre meno frequente il caso di sentenze

ragioni a detta del retore del consolidarsi di un “diritto giudiziale” che nasceva per l’appunto dalla reiterazione delle *res iudicatae* le quali, come afferma Palma, «nel loro ripetersi conforme, con il supporto delle argomentazioni giurisprudenziali e l’avallo degli organi giudicanti, spesso conducevano al formarsi di un principio giuridico dotato di una forza normativa analoga a quella della consuetudine»¹¹⁰. Quintiliano indica pertanto ai suoi allievi come possano evitare che il giudice si basi su precedenti decisioni giudiziarie nel formare il proprio convincimento, avendo nello stesso tempo cura di non offenderne la suscettibilità. A questo scopo consiglia di non formulare alcuna critica sulla erroneità della *res iudicata*, o se ciò è impossibile allora imputarla all’incapacità e trascuratezza delle parti e dei loro avvocati, oppure sull’inattendibilità dei testimoni escussi. Dovranno puntare invece sulle differenze tra la fattispecie anteriore e quella che loro interessa ed infine, eventualmente, ricordare alcuni famosi esempi di errori giudiziari, pregando il giudice di volersi formare un’opinione personale piuttosto che seguire quella altrui¹¹¹.

La considerazione d’ordine psicologico con la quale Quintiliano spiega la frequenza dell’impiego di sentenze anteriori come mezzo per formare il proprio convincimento da parte di un secondo giudice non dovette troppo impressionare i Romani: il rispetto per la suscettibilità della classe giudicante, sul quale Quintiliano mette l’accento, doveva essere equilibrato, da un lato, dal più importante e obiettivo rispetto per l’interesse generale, e, dall’altro lato dall’osservazione di vantaggi che indiscutibilmente ha una costante e concorde giurisprudenza.

interpretative», *ivi*, p. 34. In M. Marrone, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l’honneur de C.A. Cannata*, Genève 1999, pp. 53 ss., lo stesso Studioso sulla base delle numerose testimonianze classiche con riferimenti a sentenze corredate di motivazioni espresse afferma: «tutto lascia pensare che quella di motivare la sentenza fosse una prassi costante; per quanto riguarda il processo formulare addirittura sin dai tempi della sua applicazione. Una prassi [...] che dovette stimolare i giuristi a prospettare questioni e problematiche nuove»; tali riferimenti bibliografici trovano integrazioni e approfondimento in P. Starace, *Giudici e giuristi nel processo civile romano*, cit., p. 36 ntt. 14 ss.

¹¹⁰ A. Palma, *Il luogo delle regole*, cit., p. 60. Sulla vincolatività della *res iudicata* v. A. Salomone, *Riflessioni in tema di ‘auctoritas rei iudicate*, in L. Garofalo (a cura di), *Res iudicata*, vol. I, cit., pp. 99-133.

¹¹¹ Quint., *inst. or.* 5.2.3; 11.1.75-78.

Da quanto teorizzato da Quintiliano possiamo trarre la conclusione che il giudice può liberamente servirsi del *praeiudicium* come mezzo di prova; spetta invece all'avvocato cercare di scartarlo quando esso sia sfavorevole al cliente. Ciò corrisponde pienamente a quanto sappiamo sul regolamento dell'istruzione probatoria nel processo romano dell'*ordo iudiciorum*: è noto che mentre la valutazione delle prove è totalmente lasciata all'arbitrio del giudice, questi non ha invece nessuna possibilità di iniziativa all'assunzione di esse, dovendosi accontentare di quelle presentate dalle parti¹¹². Mutuando dalle categorie dogmatiche elaborate dal pensiero giusnaturalistico sviluppatosi in Germania tra le fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, si potrebbe dire che la *Verhandlungsmaxime* avrebbe informato il processo romano a discapito di quella disciplina della prova basata sulla *Untersuchungsmaxime*¹¹³, e ciò soprattutto nel processo di *cognitio*¹¹⁴.

6. Conclusioni.

Fatta questa ricognizione sull'utilizzo del termine *praeiudicium* come poter combinare in modo armonico – al netto della natura controversiale del diritto raccolto dai giustinianeî – il rescritto di Antonino Pio tramandato, in modo tutt'altro che univoco¹¹⁵, dal passo di Marciano con quello di Marco Aurelio riportato da Ulpiano?

Le considerazioni svolte potrebbero far supporre, con un certo grado di probabilità, che la legislazione di Marco Aurelio avesse incamerato la precedente disposizione perfezionandone la portata normativa: non solo il

¹¹² Sulla formazione del convincimento del giudice attraverso un esame diacronico delle fonti antiche e moderne v. K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München 1967, pp. 10 ss.

¹¹³ Per una ricostruzione storica dei due principi e per la loro ricaduta nel processo moderno v. B. Cavallone, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in Id., *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, Pisa 2016, pp. 281-297, spec. pp. 287 s.

¹¹⁴ U. Vincenti, «*Duo genera sunt testium*», cit., spec. pp. 154 ss.

¹¹⁵ V. V. Marotta, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, p. 285.

padrone non doveva sottoporre a tortura il servo ma doveva instaurare a suo danno un *publicum iudicium* alla stregua di un uomo libero¹¹⁶. L'innovazione normativa si rese probabilmente necessaria proprio per permettere la successiva accusa contro l'adultera risposatasi, così come il medesimo testo sembra lasci chiaramente intendere osservando che *post hoc ... rescriptum accusandi necessitas incumbet domino servuum suum: ceterum iuste mulier nupta praescriptione utetur*¹¹⁷.

In simile prospettiva pare potersi affermare che il *praeiudicium* a cui fa menzione Marciano rinvî ad una eventuale *res iudicata* originata da un processo contro lo schiavo e che l'ex marito avrebbe potuto utilizzare avverso la moglie fedifraga che avesse contratto nuovo matrimonio, la quale senza questo presupposto processuale avrebbe potuto ottenere una dichiarazione di improcedibilità della domanda schermandosi, in via di *praescriptio*, con le nuove nozze. A detta di Valerio Marotta invece Ulpiano avrebbe fatto riferimento ad una *quaestio* pregiudiziale, fatta eseguire dal proprietario degli schiavi, assistito da un *consilium* di amici, che durante il processo contro la ex moglie avrebbero reso testimonianza dei risultati ottenuti¹¹⁸.

Entrambe le ricostruzioni si sposerebbero ad ogni modo con la personalità dei due imperatori richiamati, promotori di una nuova *humanitas*, che a partire da Claudio passando per Adriano¹¹⁹, stava

¹¹⁶ Dello stesso pensiero M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane*, cit., p. 115.

¹¹⁷ C. Venturini, "Accusatio adulterii" e politica costantiniana, cit., p. 41 nt. 36.

¹¹⁸ V. Marotta, *Multa de iure sanxit*, cit., p. 286. Lo Studioso crede che non fosse improbabile «che il rescritto di Antonino Pio, imponendo, quale condizione di procedibilità della *quaestio* servi e fondamento del suo pieno valore processuale, l'*accusatio* formale della donna, avesse già compiuto un primo passo verso l'abolizione della tortura stragiudiziale, sempre esposta al pericolo che si alterassero le risultanze dell'interrogatorio»: *ibid.*

¹¹⁹ Sul tema dell'*humanitas* nella legislazione imperiale v. A. Palma, *Humanior interpretatio. "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, *passim*; L. Garofalo, *L' "humanitas" nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, pp. 1 ss.; da ultimo con aggiornata bibliografia il volume di M. Frare, *L'humanitas romana. Un criterio politico normativo*, Napoli 2019, *passim*; sul binomio *humanitas* – diritti umani nel mondo antico v. U. Vincenti, *Diritto romano e diritti umani*, in C. Cascione – C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius*, cit., vol.

sempre più maturando nella sensibilità giuridica delle cancellerie imperiali e che trovava piena corrispondenza nella elaborazione responsoriale dei giuristi¹²⁰. Di questa nuova sensibilità gli schiavi, rappresentanti nell'ordinamento romano il "degré zéro"¹²¹ nella *divisio personarum*, rappresentarono i destinatari privilegiati. Motore delle scelte di politica del diritto di età imperiale, il *favor* dimostrato verso lo schiavo ha consentito agli studiosi di affermare l'esistenza di quell'atteggiamento umanitario del diritto romano di età imperiale, di quella sua peculiare inclinazione al riconoscimento della dignità dell'Uomo¹²², da cui i teorici degli antichi *Human Rights* traggono il loro principale argomento¹²³. Ciò ha permesso a Tony Honoré di disegnare il profilo di un giurista quale Ulpiano nei termini di un autentico "pioneer of Human Rights"¹²⁴ nel riconoscimento dei diritti dell'individuo, al centro di una catena di elaborazioni concettuali capaci di fare del valore della persona umana e del richiamo all'*humanitas* l'asse portante del sistema politico-ideologico di età imperiale. In questo nuovo orizzonte ideologico giuristi e principi si collocano sullo stesso piano, palesando un'evidente tensione a coniugare il rispetto della tradizione con una nuova attenzione a valori poggiati sull'*humanitas* che non poteva consentire il perpetuarsi della tortura come mezzo di prova. I due passi

VIII, pp. 5835 ss., a detta del quale sarebbe metodicamente scorretto proiettare nell'esperienza antica l'idea di diritti dell'Uomo, germinata attraverso la speculazione giusnaturalistica.

¹²⁰ Sulle concezioni filosofiche, soprattutto stoiche, di cui sono imbevute le opere dei due giuristi v. F. Gallo, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, LIV (1988), pp. 1-36.

¹²¹ Traggo l'espressione da J. Gaudemet, *Le Monde antique et les droits de l'Homme. Quelques observations*, in H. Jones (éd.), *Le Monde antique et les droits de l'Homme, Actes de la 50^e session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*, Bruxelles 16-19 septembre 1996, Bruxelles 1998, p. 182.

¹²² V. R. A. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome*, London-New York 2000, *passim*.

¹²³ Attenta ricognizione sulla dottrina relativa all'emersione dei *Human Rights* nell'antichità si trova in P. Giunti, *I diritti umani e il diritto romano: quali categorie per quali prospettive*, in S. Corrêa Fattori – R. Corrêa Lofrano – J.L. Nassif Magalhães Serretti (ed.), *Estudos Em Homenage a Luiz Fabiano Corrêa*, São Paulo 2014, pp. 299-330; recentemente si è occupata del problema L. Solidoro, *Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso della categoria 'persona'*, in *TSDP*, XII (2019), pp. 1-54.

¹²⁴ T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, New York-Oxford 2002, *passim*.

analizzati segnalano nel combinato disposto argomentativo proposto una palese penetrazione della *ratio humanitatis* nello strumentario responsoriale di Ulpiano e di Marciano. Ha recentemente osservato Laretta Maganzani che: «Ulpiano, Marciano [...] nelle loro opere istituzionali [...], sempre sulla scorta degli ideali stoici di cosmopolitismo e unità del genere umano, contrappongono la condizione di libero e quella di servo, ascrivendo la prima alla natura – per cui tutti gli uomini sono uguali – e la seconda al *ius gentium*: il che, da quanto possiamo sapere, non accadeva nelle opere giurisprudenziali dei secoli precedenti»¹²⁵.

In particolare analizzando alcuni passi dei due giuristi severiani, la Studiosa evidenzia come nel loro pensiero la *libertas* individuale sia conforme alla natura in quanto vi è l'espresso riconoscimento dell'uguaglianza fisica, morale e intellettuale tra tutti gli uomini¹²⁶. Dalle due testimonianze analizzate emergerebbe, pertanto, non solo la complessità della riflessione giurisprudenziale maturata sull'applicazione della *lex Iulia de adulteriis* ma si può pure ragionevolmente concludere sull'appartenenza alla cultura giuridica del terzo secolo di valori di equilibrio assorbiti ed adottati a fondamento di decisioni che superavano il *ius strictum* e che indirizzavano non solo la riflessione giurisprudenziale ad un nuovo modo d'intendere l'Uomo.

Abstract: The paper deals with the *accusatio adulterii*. In particular, after having reconstructed the discipline of adultery provided for by *lex Iulia de adulteriis coercendis*, the article dwells on the case of adultery committed by a woman with a slave of her husband. With regard to this case, the contribution proposes an exegesis of Ulp. 3 *de adult.* D. 48.2.5 e Marc. 1 *de publ. Iudic.* D. 48.5.34 pr. Starting from the information that the two fragments of the Digest offer us, it briefly deals with the meaning of the term *praeiudicium* in Roman trial. In the conclusions, the humanitarian tendencies of classical Jurisprudence are taken into consideration, in consideration of the treatment of the slave indicated by Ulpianus and Aelius Marcianus.

Key words: *adulterium; lex Iulia de adulteriis coercendis; accusatio adulterii iure mariti vel patris; accusatio adulterii iure extranei; Ulpianus; Aelius Marcianus; slavery in Roman society; praeiudicium; humanitas.*

¹²⁵ L. Maganzani, *Etica e diritto*, cit., p. 33.

¹²⁶ *Ivi.* 34.