

*La famiglia di fatto tra corsi e ricorsi storici**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. La nuova figura della convivenza di fatto e il riemergere della concezione romanistica del matrimonio. 3. *Conventio in manum* e matrimonio. 4. Le differenze tra matrimonio accompagnato da *conventio in manum* e matrimonio *sine manu*. 5. Analoghe differenze tra matrimonio e convivenza di fatto. 6. Il matrimonio nel Tardo Impero. 7. Nascita, diffusione ed evoluzione del concubinato. 8. Il concubinato nel diritto canonico; sua configurazione come reato nel diritto italiano e sua successiva depenalizzazione. Riflessioni conclusive.

I. *Considerazioni introduttive*

Il codice del 1865 proponeva ancora un diritto di famiglia sostanzialmente vincolato al modello c.d. 'patriarcale'¹. Né, sotto questo profilo, grossi passi avanti sono stati fatti dal legislatore del 1942. Il nuovo codice, infatti, è stato emanato in una fase che, storicamente, non era pronta per un incisivo ammodernamento degli istituti familiari, incentrati sempre sulla potestà maritale. L'esigenza fortemente avvertita nella fase successiva alla seconda guerra mondiale di un rinnovamento dei vecchi valori sociali, non più adeguati alla diversa realtà del tempo, dava tuttavia avvio ad un processo di trasformazione degli istituti familiari, a sua volta intrapreso sotto la spinta dei principi costituzionali che hanno posto in una posizione prioritaria il tema dell'uguaglianza tra i coniugi. Certo, non era facile cancellare *ex abrupto* principi e valori così radicati nella nostra società. La stessa riforma del diritto di famiglia del '75 si è posta, infatti, quanto meno nelle sue linee essenziali, nel solco della tradizione, all'interno della quale l'istituto matrimoniale era ancora visto come il cardine dell'intera struttura familiare. Il modello rimaneva dunque quello della *famiglia* quale *società naturale fondata sul matrimonio* (art. 29 Cost.), anche se al suo interno si mirava a realizzare il principio egualitario².

Da allora non vi è stata tuttavia, come del resto è accaduto in altri settori del nostro diritto civile³, una riforma organica, tesa a recepire le nuove esigenze

* I §§ dal 2 al 4 di questo lavoro sono stati destinati, con gli opportuni adattamenti, agli *Studi in onore di A. Ruggeri*, ove compariranno col titolo *Spigolature in tema di 'convivenze di fatto'*.

¹ Sul punto vedi per tutti P. Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1970, 147 ss.

² Cfr. in proposito, tra i tanti, P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e diritto* 10, 2016, 845 ss. Ivi ampia bibliografia.

³ Si pensi, ad es., al campo della successione necessaria: sul punto cfr. G. Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive* 1, Milano 2019, part. 204.

sociali connesse al disgregarsi del modello familiare tradizionale⁴. Dopo il 1975 ci sono state solo riforme settoriali, tra le quali va ricordata quella sul divorzio, istituto che si è evoluto fino all'attuale figura del 'divorzio breve'. Si tratta di interventi normativi sollecitati dalle nuove esigenze di una società 'globalizzata', ove, com'è stato a ragione sottolineato, anche le fonti primarie che orientano l'attività legislativa si atteggiavano in maniera differente. La Costituzione, infatti, da fonte primaria, ed ispiratrice della stessa riforma del '75, è oggi affiancata da fonti sovranazionali, come la Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea⁵.

L'insieme di questi stimoli ha quindi pian piano stravolto «l'antico biunivoco legame tra matrimonio e famiglia»⁶. Ed è proprio da questa nuova prospettiva che vanno visti i due importanti interventi normativi che hanno modificato profondamente il volto dei principi regolatori dei rapporti affettivi e parentali. Ci riferiamo alle novità legislative riguardanti la disciplina della filiazione: la legge n. 219 del 2012 e il d. lgs. n. 154 del 2013 che, modificando l'art. 74 c.c., ha introdotto una nuova nozione di parentela, rendendo così la filiazione, e non più il matrimonio, il presupposto costitutivo del 'gruppo' familiare⁷; e la legge n. 76 del 2016, seguita dal d. lgs. n. 5 del 2017⁸, che ha regolato le unioni civili tra persone dello stesso sesso⁹ e le convivenze.

Da questi interventi normativi, soprattutto il secondo, risulta messa in crisi la 'fattispecie' che rappresentava il perno del sistema familiare: il matrimonio, inteso, secondo il dettato dell'art. 29 della Costituzione, il fondamento della famiglia¹⁰.

⁴ Cfr. in proposito Schlesinger, *La legge sulle unioni civili* cit. 845 e nt. 2, ove bibliografia.

⁵ Cfr. ancora Schlesinger, *La legge sulle unioni civili* cit., loc. cit.; adde F.D. Busnelli, *Prefazione al Quaderno della Rivista di diritto civile: 'La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea'*, Padova 2001.

⁶ Così P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, dir. da Zatti, I, 1, Milano 2011², 5.

⁷ Art. 74 c. c., così sostituito dalla legge n° 219, art. 1: *La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 e seguenti.*

⁸ Il decreto contiene una serie di norme volte all'*Adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché modificazioni ed integrazioni normative per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettere a) e c), della legge 20 maggio 2016, n. 76.*

⁹ Per un'analisi storica di quest'ultimo fenomeno, che tuttavia esula dalla nostra indagine, cfr., tra gli altri, D. Dalla, *«Ubi Venus mutatur». Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano 1987; E. Cantarella, *La bisessualità nel mondo antico*, Roma 1988; più di recente cfr. inoltre L. Franchini, *Lo status dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, in *TSDP* 9, 2016, 1 ss., ove altra bibliografia.

¹⁰ Tant'è che, a questo proposito, si è pure ritenuto essere più giusto, anziché ricorrere all'art.

Sia le unioni civili che le convivenze, due distinti modelli di famiglia che si inquadrano nel contesto della pluralità dei modelli familiari¹¹, trovano però sempre il loro fondamento nella Costituzione, in particolare nell'art. 2, che tutela le formazioni sociali, e ciò anche se la legge del 2016 richiama tale norma solo per le unioni civili¹²; ma all'interno di essa possono trovare la loro giustificazione pure le convivenze, come del resto insegna la stessa giurisprudenza, che già da decenni le inserisce in quel contesto di tutela costituzionale¹³.

Questa nuova realtà normativa risponde all'evoluzione del «diritto vivente», in particolare all'evoluzione che il diritto di famiglia ha subito con l'evoluzione dell'ambiente sociale, un diritto non più basato sulla centralità dell'istituto matrimoniale, bensì sulla centralità della persona umana, così come tutelata anche dall'art. 3 della nostra Costituzione, che respinge qualsiasi trattamento di-

2 Cost., adottare la strada della revisione costituzionale dell'art. 29 (e del successivo art. 30) della Costituzione proprio «a ragione del sicuro mutamento della coscienza civile, che esige di tener conto dei nuovi stili di vita, e dei nuovi modelli familiari, da affiancare, di necessità, alla famiglia fondata sul matrimonio», l'unica vista appunto quale 'famiglia legittima': in tal senso, ad es., G. Bonilini, *La successione mortis causa della persona 'unita civilmente', e del convivente di fatto*, in *Famiglia e diritto* cit. 980.

¹¹ Modelli che ormai da diverso tempo sono stati fatti oggetto di approfondita analisi da parte della dottrina: cfr., tra i tanti, V. Scalisi, *La famiglia e le famiglie*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive. Atti Convegno Verona (14-15 giugno 1985)*, Padova 1986, 276 ss. (ora in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova 2014, 3 ss.); 'Famiglia' e 'famiglie' in Europa, in *Riv. dir. civ.* 2013, 7 ss. (ora in *Studi* cit. 23 ss.); *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte prima. Dalla 'famiglia-istituzione' alla 'famiglia-comunità': centralità del 'rapporto' e primato della 'persona'*, in *Riv. dir. civ.* cit. 2013, 1043 ss. (ora in *Studi* cit. 63 ss.); *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi. Parte seconda. 'Pluralizzazione' e 'riconoscimento' anche in prospettiva europea*, in *Riv. dir. civ.* 2013 cit., 1286 ss. (ora in *Studi* cit., 85 ss.); L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2011, 1105 ss.

¹² Art. 1 comma 1 L. n. 76/2016: *La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto*. È stato, infatti, a questo riguardo sottolineato «come i due istituti, attenendo essenzialmente alla stessa materia, quella genericamente familiare ed in specie delle relazioni personali tra due soggetti, presentano aspetti comuni, costituiti essenzialmente dalla ricorrenza di una coppia e quindi di una comunità, diversa dalla famiglia legittima, caratterizzata da relazioni affettive sufficientemente stabili e comunque qualificata a livello sociale e giuridico come formazione sociale»: così M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e diritto* cit. 859 e nt. 2. Vedi altresì, in proposito, A. Ruggeri, *Unioni civili e convivenze di fatto: 'famiglie' mascherate? (nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, in *Consulta online* 2, 2016, 251 s., e, più di recente, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Consulta on line* 3, 2018, part. 517 ss.

¹³ Cfr. ad es. Cass. Sez. 1, 25 gennaio 2016, n. 1266: v. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili* cit. 846.

scriminatorio verso le diverse forme di espressione dell'affettività umana della persona¹⁴.

II. *La nuova figura della convivenza di fatto e il riemergere della concezione romanistica del matrimonio*

La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze costituisce dunque, dopo quella del 1975, la più importante e rivoluzionaria riforma della recente storia del diritto di famiglia che si è avuta in Italia. Colmando un vuoto normativo che aveva situato il nostro Paese in una posizione di notevole distanza dalla legislazione della maggior parte degli Stati europei, la nuova normativa, nonostante le sue da più parti denunciate lacune e imprecisioni, oltre ad introdurre nel nostro ordinamento l'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, quale specifica formazione sociale riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Costituzione, ha quindi, come si è detto, disciplinato, in maniera più concreta e organica, anche quelle unioni non matrimoniali che danno luogo alle 'convivenze di fatto', cioè quelle convivenze stabili e durature, con o senza figli, tra due persone che si comportano come marito e moglie, ed alle quali ben si attaglia l'espressione 'famiglie di fatto'¹⁵.

Tali convivenze rappresentano il portato di un'evoluzione, designando, con terminologia più moderna, quel fenomeno che un tempo veniva indicato col termine 'concubinato', e, successivamente, 'convivenza *more uxorio*'¹⁶. Per buona parte del secolo scorso, infatti, la convivenza tra un uomo e una donna, non legati da vincolo matrimoniale, era qualificata 'concubinato', costituiva reato (essendo vista come una sorta di adulterio continuato) ed era causa di separazione per colpa, almeno per l'uomo, dato che per la donna bastava il semplice adulterio. Questo tipo di unione, dunque, rilevava solo come forma di sanzione e sempre a condizione che almeno uno dei conviventi fosse sposato. E ciò, ovviamente, a tutela della 'famiglia legittima', l'unica considerata meritevole di protezione. Ma il mutare delle esigenze sociali portava, come avremo modo di precisare più oltre, nel 1969, la Corte Costituzionale ad emanare una celebre sentenza, la n° 147, che, depenalizzando il concubinato, comportava la sua cancellazione dal novero dei reati. Mentre, più tardi, la riforma del diritto di fami-

¹⁴ Carbone, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto* cit., 858.

¹⁵ Cfr. M. Dogliotti, *Famiglia di fatto*, in *Dig. discipl. priv.* 8, Torino 1992, 188 ss.

¹⁶ Cfr. ancora Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Famiglia e diritto* cit. 868 ss.

glia del 1975 eliminava anche l'ipotesi di 'separazione per colpa', introducendo l'ipotesi generica di 'dichiarazione di addebito' per violazione degli obblighi matrimoniali (art. 151 c. 2)¹⁷.

Dopo la sentenza del 1969, eliminata la figura del concubinato, le unioni di fatto eterosessuali erano indicate con l'espressione 'convivenze *more uxorio*'. Il fenomeno veniva visto però dall'ordinamento con «una sorta di agnosticismo», derivante soprattutto dal disposto dell'art. 29 della Costituzione, che riconosce solo i diritti della famiglia come 'società naturale fondata sul matrimonio', una disposizione, quest'ultima, confermativa del disinteresse dell'ordinamento verso altri tipi di organizzazione familiare. Il che ha portato ad una sua mancata regolamentazione¹⁸. L'atteggiamento tenuto al riguardo dalla dottrina veniva confermato anche dalla giurisprudenza, che negava appunto ogni valore giuridico alla convivenza *more uxorio*; anche se, in alcuni settori, come in materia di locazione, in materia tributaria e, soprattutto in materia socio-assistenziale¹⁹, veniva riconosciuta una limitata efficacia alla convivenza di fatto: ma si trattava di modeste concessioni che comunque non intaccavano il principio generale dell'irrelevanza assoluta del fenomeno nel contesto della normativa familiare.

Questa posizione dottrinale e giurisprudenziale, tuttavia, era destinata, già nel corso degli anni settanta, a subire un'inversione di marcia sotto la spinta delle nuove istanze sociali che si venivano sempre più consolidando e che premevano per una rilettura dello stesso dettato costituzionale che permettesse di giustificare più radicali cambiamenti. Così, ad es., si veniva sostenendo la tendenziale parificazione tra prole legittima e naturale, sulla base del 3° comma dell'art 30 Cost., interpretato nei limiti tracciati dagli artt. 2 e 3 Cost., dovendosi quindi assicurare anche al figlio naturale la tutela dei diritti fondamentali della persona e la garanzia di un compiuto e armonico sviluppo della sua personalità; lo stesso principio dell'esclusività della famiglia legittima, fondata sul vincolo formale del matrimonio, cedeva il passo ad altri modelli familiari, ove il legame del 'sangue' veniva sostituito da quello degli 'affetti': il che trovava riscontro nella nuova normativa sull'adozione speciale e, anche

¹⁷ Tra i tanti, sul punto, cfr. F.D. Busnelli, *Il dovere di fedeltà coniugale*, in *Studi Auricchio*, 1, Napoli 1983, part. 238; M. Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino 1995, 23 ss.

¹⁸ Cfr. Dogliotti, *Dal concubinato* cit. 869, con bibliografia.

¹⁹ Si pensi alla sentenza della Corte Costituzionale 7 aprile 1988, n. 404, secondo cui sarebbe stato illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 2 della Cost., l'art. 6, comma 1, L. 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevedeva tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, la convivente *more uxorio*; ma si può anche aggiungere Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n. 12278, secondo cui il risarcimento del danno da uccisione di un prossimo congiunto spetta non solo ai membri della famiglia legittima della vittima, bensì anche a quelli della famiglia naturale, tra cui il convivente *more uxorio*, e gli esempi potrebbero continuare.

se da una prospettiva diversa, nella stessa disciplina dello scioglimento del matrimonio.

I tempi apparivano maturi anche per una revisione dell'atteggiamento della dottrina che, sempre alla luce della normativa costituzionale, riteneva che l'adempimento dei doveri verso i figli e le esigenze di sviluppo e arricchimento della loro personalità potevano essere garantite, ex art. 2 Cost., pure nelle formazioni sociali, quali appunto una 'famiglia di fatto' che, sotto questo aspetto, veniva ad essere equiparata alla 'famiglia legittima'.

L'espressione 'famiglia di fatto' cominciava così ad entrare nel mondo del diritto, usata in dottrina e giurisprudenza con una valenza ideologica. Famiglia di fatto, invero, non è una semplice convivenza *more uxorio*, ma è soprattutto famiglia e, come tale, portatrice di valori di solidarietà, quelli stessi che in precedenza erano considerati esclusivi della famiglia fondata sul matrimonio. In sostanza, essa risulta essere l'immagine della famiglia legittima, distinguendosi da quest'ultima solo per i modi della sua formazione, pur avendo caratteri, struttura e scopi analoghi, anche se non identici²⁰.

La riforma del diritto di famiglia accelerava tale evoluzione: nella nuova normativa emergeva, infatti, un diverso modello familiare, volto a valutare di più l'aspetto affettivo rispetto ai vincoli formali e coercitivi, evidenziandosi un notevole avvicinamento di *status* tra prole legittima e naturale, con l'ampia liberalizzazione del riconoscimento della ricerca della paternità. Ma soprattutto la dottrina prevalente individuava nell'art. 316 (introdotto dalla riforma del diritto di famiglia del '75) l'attribuzione di una piena rilevanza giuridica alla famiglia di fatto, là dove affermava che i genitori, prescindendo se fossero sposati o conviventi, potevano esercitare congiuntamente la potestà sul figlio. Oggi, peraltro, l'art. 316 c.c., modificato dal d. lgs. del 2013, introduce una disciplina unitaria della 'responsabilità', in sostituzione della 'potestà' nei confronti di tutti i figli²¹.

L'entrata in vigore della legge n. 76 completa dunque, per certi versi, questa linea evolutiva.

Non entreremo per il momento nel dettaglio delle singole disposizioni normative. Richiameremo solo il c. 36 dell'unico art. di cui la legge è composta, comma che più direttamente interessa il profilo che intendiamo sviluppare: *Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 65 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rap-*

²⁰ Sulla rilevanza attribuita alla 'famiglia di fatto' dalla dottrina e dalla giurisprudenza cfr. *amplius* Dogliotti, *Dal concubinato* cit. 869 ss.

²¹ Cfr. sempre Dogliotti, *Dal concubinato* cit. 870-872; ivi bibliografia essenziale.

porti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

Questa disposizione richiama infatti alla mente la disciplina romana del matrimonio *sine manu* che, nella realtà romana, venne progressivamente affermandosi, accanto al matrimonio accompagnato da *conventio in manum*, per poi soppiantarlo quasi del tutto, sulla base, anche in tal caso, di nuove esigenze sociali.

III. Conventio in manum e matrimonio

È opinione diffusa tra gli studiosi di diritto romano che nei primordi della società romana vi fosse una stretta connessione tra matrimonio e *conventio in manum*, con la conseguenza che tutti i matrimoni comportavano da parte del marito o del suo ascendente l'acquisto della *manus* sulla donna. E ciò in quanto sarebbe stato inconcepibile, per quell'epoca, che la donna, sposandosi, restasse estranea alla famiglia del marito e al suo gruppo agnaticio e, se *alieni iuris*, restasse sottoposta al potere di un altro capofamiglia, mentre, se *sui iuris*, mantenesse la sua autonomia personale e patrimoniale²².

Da Gai 1.110 apprendiamo poi che *olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*, cioè la *conventio in manum* poteva avvenire in tre modi, o mediante l'*usus*, o attraverso la *confarreatio*, una cerimonia solenne, o una *coemptio*, una sorta di compravendita simbolica.

La *confarreatio*²³, a giudizio di Gaio (1.112)²⁴, prevedeva un solenne e com-

²² Cfr. per tutti C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote 2*, Roma 2005, 196 ss. Occorre ricordare, comunque, che, nonostante la loro originaria connessione, matrimonio e *conventio in manum* rimangono, per buona parte della moderna scienza romanistica, due istituti diversi. È soprattutto il Volterra, infatti, ad aver dimostrato come questi due istituti poggiano su atti giuridici diversi, aventi effetti giuridici differenti (v., tra i numerosi contributi dell'A. in materia, per tutti, E. Volterra, s.v. *Matrimonio (dir. rom.)*, in *E.D.* 25, Milano 1975 (= *Scritti giuridici* 3, Napoli 1991, 223 ss.)). L'ipotesi di E. Cantarella, *Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*, in *RISG* 43, 1959-1962, 181 ss., di una indistinzione tra i due istituti è limitata alla *confarreatio*, mentre il tentativo di U. Bartocci, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica*, Roma 1999, volto a rappresentare *usus*, *confarreatio* e *coemptio* come forme matrimoniali non è apparso in dottrina soddisfacente. In proposito si vedano però anche le interessanti riflessioni di L. Capogrossi Colognesi, *Matrimonium, «manus» e trinoctium*, in *Marriage: Ideal – Law – Practice. Proceedings of a conference held in memory of H. Kupiszewski*, Warsaw 2005, 63 ss.

²³ Sulla *confarreatio* cfr. ancora Fayer, *La familia romana* 2 cit. 223 ss., con bibliografia precedente, cui adde R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, 54 s.; Id., *Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica*, Napoli 2018, 227 ss.; S.A. Cristaldi, *Confarreatio e svolgimento delle nozze*, in AA.VV. *Religione e diritto romano. La cogenza del rito*, Tricase (Le) 2014, 153 ss.

²⁴ Gai 1.112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur; conplura praetera huius iuris*

plesso rituale religioso, il cui momento essenziale, che dava poi il nome all'atto, era il sacrificio del *panis farreus*, una focaccia di farro, antichissimo cereale coltivato nel Lazio, offerta a Giove, che in tal caso era indicato con l'epiteto *Farreus*. Affinché il rituale si svolgesse in maniera completa, occorreva compiere anche gesti rituali, accompagnati da solenni parole (gesti e parole a noi sconosciuti) e alla presenza di 10 testimoni. Il giurista afferma inoltre che questo rito era ancora in vigore ai suoi tempi, in quanto i *flamines maiores*, ossia i flamini di Giove, di Marte e di Quirino ed i *reges sacrorum* dovevano essere scelti fra coloro che fossero nati da genitori confarreati, si fossero cioè uniti in nozze *confarreate* e che essi stessi avessero effettuato tale rito. Officianti questo rito sarebbero stati gli sposi stessi, i quali avrebbero quindi avuto, entrambi, un ruolo di protagonisti²⁵. La donna si sarebbe così, *sua sponte*, assoggettata alla *manus* del marito, entrando a far parte della sua *familia* e dei suoi *sacra privata*.

Nel § successivo (1.113) Gaio ci parla della *coemptio*²⁶. La donna, afferma Gaio, per *coemptio* si assoggetta alla *manus* mediante mancipazione, cioè una specie di vendita fittizia; infatti, alla presenza di non meno di cinque testimoni cittadini romani puberi, e del *libripens*, il pesatore pubblico, anch'esso cittadino romano pubere, il futuro marito (o il suo ascendente) *emit mulierem*, assoggettandola alla sua *manus*. Ci si avvaleva, dunque, della *mancipatio* la cui formula sarebbe stata modificata allo scopo, in modo tale che la donna non perdesse la sua condizione di persona libera e non diventasse schiava di colui che la comprava. Lo stesso Gaio (1.114) definisce infatti tale *coemptio* fatta *matrimoni causa*. Gli studiosi si pongono il problema del ruolo rivestito anche in tal caso dalla donna, visto che al riguardo le Istituzioni di Gaio tacciono. Alla tesi del ruolo passivo (nel senso che se *alieni iuris* la donna sarebbe stata mancipata dal padre, o se *sui iuris* la donna avrebbe mancipato se stessa con l'*auctoritas* del tutore), si contrappone l'opinione di coloro che le attribuiscono un ruolo attivo, nel senso che sarebbe stata la donna ad attuare la *mancipatio* di se stessa

ordinandi gratia cum certis et sollempnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. Vedi anche Tit. Ulp. 9.1.

²⁵ Sul ruolo attivo della donna nella *confarreatio* cfr. I. Piro, «*Uso*» in *manum convenire*, Napoli 1994, 41 ss.; Fayer, *La familia romana* 2 cit. 225 s. e nt. 109; conforme A. Corbino, *Il matrimonio romano in età arcaica e repubblicana*, in *Index* 40, 2012, 157 e nt. 10.

²⁶ Gai 1.113: *Coemptio vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum convenit.* Cfr. Fayer, *La familia romana* 2 cit. 245 ss., con bibliografia; adde Astolfi, *Il matrimonio* cit. 55 s.; Id., *Il matrimonio nel diritto* cit. 301 ss.

al marito, naturalmente con l'intervento del padre, se *alieni iuris*, o del tutore se *sui iuris*, i quali avrebbero prestato semplicemente la loro *auctoritas* all'atto. Assunto, quest'ultimo, più condivisibile, in quanto non soltanto sostenuto da alcuni passi della *Collatio*, relativi all'applicazione dello *ius occidendi iure patris* stabilito dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis*, che attestano il ruolo di *auctor* del padre quando la figlia in potestà poneva in atto la *conventio in manum*²⁷, e che dunque confermano, indirettamente, il ruolo attivo dalla stessa rivestito nella *coemptio*, bensì anche avvalorato dal ruolo attivo che la donna aveva, a detta di Gaio, nella *coemptio* fiduciaria²⁸, nonché nella stessa *confarreatio*.

Riguardo all'*usus*, che Gaio descrive per primo (1.111)²⁹, di esso nel II sec. d.Cr., cioè all'epoca del giurista antoniniano, non esisteva che il ricordo. A questo proposito Gaio afferma che la donna che rimaneva *nupta* (maritata) per un intero anno nella casa coniugale, cadeva *in manum* del marito in quanto veniva usucapita per annuo possesso. Le parole del giurista inducono a supporre pertanto che in un lontano passato, attraverso l'*usus*, tutti i matrimoni comportavano l'assoggettamento della donna alla *manus* maritale, instaurandosi quest'ultima automaticamente, attraverso la convivenza ininterrotta per un anno come marito e moglie. Il che, si badi, non significa che la donna era considerata una *res* da usucapire. Non bisogna invero dimenticare che i romani delle origini non avevano una netta percezione della differenza tra potestà sulle persone e proprietà sulle cose. Nell'ottica originaria era pertanto la *potestas* indifferenziata, che il *pater* esercitava con uguale intensità su persone e cose, che permetteva l'acquisto anche della potestà su una donna libera³⁰. Sempre secondo il racconto

²⁷ Coll. 4.2.3 e 4.7.1.

²⁸ Cfr. Gai 1.114 e 115 b. Sul ruolo attivo esercitato dalla donna nella *coemptio* cfr. I Piro, «*Usus*» cit. 43 ss.; Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 253 ss.

²⁹ Gai 1.111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo <usum> cuiusque anni interrumperet.* Vedi sempre Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 270 ss.; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto* cit. 257 ss.

³⁰ Rinvio al riguardo per tutti ai miei *Profili di diritto privato tra antico, moderno e postmoderno*, Milano 2016, part. 151 s., ove ampia bibliografia. Conforme, pure di recente, G. Nicosia, *Ex iure Quiritium*, Catania 2018, 138 ss. (cfr. anche, dello stesso A., *Il possesso* 1, Catania 2008², 64 ss.), il quale ritiene che ancora all'epoca delle XII Tavole persistesse una concezione unitaria di *res*, intesa come entità comprendente sia persone che cose. Il riflesso di tale concezione sarebbe poi rappresentato dall'*usus* così come regolato dalle XII Tavole (Tab. 6.3). Ma noi non possiamo escludere che quest'ultima disposizione si limitasse semplicemente a disciplinare in maniera più strutturale ipotesi di *usus* che, in base ai più antichi *mores*, si realizzavano, per esigenze diverse, come quello riguardante l'acquisto della *manus* su una donna, in un anno o, come nel caso di un fondo, in due. D'altronde, lo stesso Gaio (1.111) fa intendere che l'*usus* relativo all'acquisto della

giano, inoltre, trascorso un anno di convivenza matrimoniale e costituitasi la *manus* sulla *nupta*, costei entrava a far parte della famiglia *loco filiae*.

L'alta antichità di questo modo di acquisto del potere sulla donna è confermata non solo dalla sequela dei modi di acquisto della *manus* che ci prospetta Gaio, ma anche da quanto affermano alcuni archeologi, come il Torelli, secondo cui il sistema più arcaico delle *nuptiae*, tra l'XI e l'VIII sec. a.Cr., avrebbe coinciso con il rito del *raptus* e la pratica sociale dell'*usus*³¹. La *manus* avrebbe in origine individuato pertanto la presa materiale della donna nel ratto, in una apprensione che autorizzava l'*usus* di lei ai fini della procreazione. La nascita del primo figlio (dopo un anno) avrebbe poi sancito l'acquisto della *manus* sulla *uxor*; divenuta ora *materfamilias* e, come tale, legittimata ad entrare a far parte pienamente del gruppo parentale del marito e allo stesso vincolata in una posizione giuridica simile, anche se forse non identica, a quella di una *filia (filiae loco)*³².

Gaio, nella seconda parte del passo, afferma comunque che la legislazione decemvirale offrì alla donna, che non desiderava cadere *in manum mariti*, la possibilità di evitarlo ricorrendo ogni anno al *trinoctium*³³, cioè allontanandosi per tre notti consecutive dalla casa maritale, avvertendo altresì che l'*usus* ai suoi tempi non era più in vigore in quanto in parte abrogato da leggi³⁴, in parte dalla desuetudine³⁵. Le espressioni utilizzate dal giurista non lasciano pertanto dubbi sul fatto che era anche in tal caso la donna a decidere se rimanere semplice

manus era presupposto dalla legislazione decemvirale, la quale, avrebbe invece inteso disciplinare *ex novo* l'*usurpatio*, cioè l'espedito escogitato per bloccare gli effetti dell'*usus*.

³¹ In tal senso M. Torelli, *Lavinio e Roma. Riti iniziatrici e matrimonio tra archeologia e storia*, Roma 1984, 117 ss.; ma cfr. anche L. Peppe, *Storia di parole e storie di istituti nel diritto matrimoniale romano arcaico*, in *SDHI* 63, 1997, 123 ss., part. 170 ss. Si ricordi in proposito il rito simbolico della *raptio*, connesso alla *deductio in domum mariti*, su cui v. Festo, v. *Rapi* (p. 364 L.), ove appunto si legge *Rapi simulatur virgo ex gremio matris, aut, si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum traditur, quod videlicet ea res feliciter Romulo cessit*: cfr. in proposito Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 513 s., e, più di recente M. De Simone, *Una congettura sull'arcaico 'Filiam abducere'*, in *AUPA*, 55, 2012, part. 358 s. A giudizio degli antichi, infatti, questo simulato rapimento rievocava l'episodio del ratto delle Sabine, attuato appunto a scopo matrimoniale. Sulla vicenda del ratto delle Sabine cfr. altresì I Piro, «*Usu*» cit. 111 s.

³² Cfr. ad es. Gai 1.111; 114; 115 b; 136. Sul punto v. per tutti I Piro, «*Usu*» cit. 71 ss.; Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 200 ss., part. 210 s.; Corbino, *Il matrimonio romano* cit. 157; De Simone, *Una congettura* cit. 332, nt. 38; G. Nicosia, *Quasi pretii loco*, in *AUPA* 60, 2012, 2 s.

³³ Su cui v. *amplius* I Piro, «*Usu*» cit. 129 ss.; C. Fayer, *La familia romana* 2 cit. 275 ss.; Capogrossi Colognesi, *Matrimonium* cit. 67 ss.

³⁴ Non si sa a quali leggi il giurista si riferisca: cfr. in proposito L. Franchini, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005, 23 e nt. 12, ove bibliografia.

³⁵ Sul punto *amplius* Franchini, *La desuetudine* cit. 20 ss., il quale insiste sul ruolo centrale che ebbe la giurisprudenza ai fini della scomparsa dell'istituto.

nupta o ricadere, *filiae loco*, sotto la *potestas* maritale. Nel caso in cui si fosse avvalsa dell'espedito del *trinoctium* è certo poi che la stessa avrebbe conservato i *sacra* della sua famiglia di origine e non avrebbe altresì perduto i legami agnatizi e le aspettative successorie con essa.

La legge decenvirale, introdotto l'espedito del *trinoctium*³⁶, avrebbe dunque permesso la separazione del matrimonio dalla *conventio in manum*, consentendo che a quest'ultima non si arrivasse, tollerando però che l'uomo e la donna restassero comunque uniti in matrimonio, cioè uniti in una *res facti*, in una convivenza di fatto. E ciò plausibilmente ad opera soprattutto della giurisprudenza pontificale, che avrebbe appunto reso possibile che il matrimonio non accompagnato dall'acquisto della *manus* si presentasse come figura autonoma, rientrando a pieno titolo nella sfera dello *ius civile*³⁷. Da qui la nascita del c.d. 'matrimonio *sine manu*'. Tutto ciò a meno che la donna, attraverso i riti della *confarreatio* o della *coemptio*, non intendesse divenire *in manu mariti* direttamente e stabilmente in conseguenza delle *nuptiae*.

L'istituto romano del matrimonio accompagnato da *conventio in manum*, nelle sue forme della *confarreatio* (cerimonia religiosa) e della *coemptio* (cerimonia laica), riecheggia pertanto, per certi versi, il nostro istituto matrimoniale, col suo duplice rilievo, religioso (essendo per la Chiesa cattolica un sacramento, e come tale disciplinato dal *Codex canonici*) e giuridico (c.d. matrimonio civile); mentre il matrimonio *sine manu* determinerà, come vedremo, lo svilupparsi di una figura che può essere accostata all'attuale convivenza di fatto.

IV. Le differenze tra matrimonio accompagnato da 'conventio in manum' e matrimonio 'sine manu'

Va intanto precisato che, per quanto concerne il matrimonio c.d. *sine manu*, le fonti ci forniscono un'immagine di esso nella quale si pone in rilievo non l'aspetto in sé della convivenza, quanto piuttosto quello dell'intenzione dell'uomo e della donna di convivere come marito e moglie³⁸. Questo carattere as-

³⁶ Espedito che si inquadra bene nel contesto storico dell'epoca decenvirale e postdecenvirale, ove si assiste ad una svolta in senso evolutivo del diritto, che porterà le donne ad acquistare una posizione sempre più rilevante nella società romana: vedi al riguardo anche le considerazioni di Capogrossi Colognesi, *Matrimonium* cit. 73 ss.; cfr. pure Fayer, *La familia romana* 2 cit. 284 s.

³⁷ Sul ruolo che la scienza giuridica pontificale avrebbe esercitato al riguardo v. anche le riflessioni di Capogrossi Colognesi, *Matrimonium* cit., part. 70.

³⁸ Che, infatti, la convivenza in sé non avesse quell'essenzialità che molti autori gli hanno attribuito, costituendo più lo scopo precipuo cui il matrimonio tendeva che un elemento essenziale,

solamente informale dell'istituto implica che per la sua costituzione non si richiedeva alcuna formalità, neppure iniziale. Tuttavia, al fine di determinare sia il momento iniziale di tale unione che il suo perdurare, i giuristi classici si riferiscono ad elementi esteriori da cui poteva desumersi l'esistenza di tale *affectio*, da intendersi, ovviamente, non nel significato di 'amore', bensì piuttosto di un sentimento generato da considerazioni pratiche di convenienza e opportunità³⁹.

Tra i molteplici modi che potevano essere sufficienti a rendere socialmente e giuridicamente apprezzabile l' *affectio maritalis* vi era l' *honor matrimonii*, de-

appunto, di esso, trova un riscontro concreto in diverse fonti, a cominciare dalle commedie plautine. In un passo dello *Stichus* (vv. 31 ss.), ad es., si parla di un padre che aveva sposato due sue figlie a due fratelli. Questi, caduti in rovina, nella speranza di rifare fortuna, avevano intrapreso un lungo viaggio ed erano trascorsi tre anni senza che di loro si avesse qualche notizia. Bene, le mogli non avevano cessato, per questo, di ritenersi tali, restando sempre in fiduciosa attesa di un ritorno dei mariti, mentre il padre voleva loro imporre il divorzio. Essendo viva nelle due donne l' *affectio maritalis*, la volontà di essere mogli, il matrimonio dunque sussisteva, nonostante la lunga assenza dei mariti e il silenzio sulla loro sorte. Un'attestazione esplicita della non essenzialità della convivenza per l'essenzialità del matrimonio si ha poi in un testo di Ulpiano, contenuto in D. 24.1.32.13, ove il giurista sottolinea che l'abitare separatamente poteva capitare più di frequente presso le classi elevate che non in quelle popolari; egli è comunque dell'opinione che se i coniugi, pur non vivendo insieme, conservavano l' *honor matrimonii*, comportandosi quindi come marito e moglie, il loro matrimonio si considerava valido, con la conseguenza che le donazioni (proibite nell'ordinamento romano tra i coniugi) che si fossero nel frattempo fatte non avrebbero avuto valore, non identificandosi l'essenza del matrimonio nel rapporto sessuale, appunto, ma nell' *affectio maritalis*, che a sua volta trovava la sua esplicitazione nell' *honor matrimonii*. Alcune fonti, inoltre, ammettono che un matrimonio pienamente valido poteva sorgere anche tra persone assenti. Così Pomponio in D. 23.2.5 afferma che la donna poteva sposarsi ad un uomo assente mediante lettera o intermediario qualora fosse condotta nella casa di lui; essendo assente l'uomo, la sua volontà di avere quella donna per moglie espressa *per litteras vel per nuntium* era resa dunque nota e socialmente apprezzabile mediante l'ingresso della donna nel luogo del domicilio maritale; analogamente, la donna, *deducta in domum mariti*, esternava la sua volontà di assumere titolo e rango di moglie rispetto all'uomo assente. *Amplius* sul punto R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951, 85 ss.; ma v. anche Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 335 ss., con letteratura, e Astolfi, *Il matrimonio* cit. 81 ss.

³⁹ Cfr. sul punto ancora Fayer, *La familia romana* 2 cit. 559 ss. Sulla concezione giuridica del matrimonio romano cfr. altresì, tra i lavori più recenti, M. Humbert, *La concezione giuridica del matrimonio romano, modello per il legislatore odierno?*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, Atti Convegno Copanello 3-7 giugno 2000, Napoli 2004, 293 ss.; O. Behrends, *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio romano fra spiritualità preclassica e consensualismo classico*, in *Marriage* cit., 7 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *Matrimonium* cit. 73 ss.; T. Giaro, *Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio*, in *Marriage* cit., 83 ss.; O. Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio romano in età imperiale (I-V secolo D.C.)*, Roma 2013, 126 ss. R. Fiori, *La struttura del matrimonio romano*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, Atti Convegno Copanello 4-7 giugno 2008, Milano 2014, 323 ss.; L. Fascione, *Alcune osservazioni sul matrimonio nel diritto romano*, in *Scritti in ricordo di G. Mancini* 1, Lecce 2019, 401 ss.

finito da Nerazio (D. 12.4.8) l'*habitus matrimonii*. Esso consisteva soprattutto nel reciproco comportamento dell'uomo e della donna; nell'abituale contegno esteriore fra sposi che valeva ad ottenere rispetto e considerazione sociale; nella *reverentia* che l'uno doveva all'altra; nella partecipazione della donna alla dignità e al rango sociale del marito: consolare, senatoria, ecc.⁴⁰ Pertanto, se la donna era di condizione più elevata del marito, scendeva al rango sociale di questi⁴¹. Il domicilio dell'uomo diventava quello della moglie⁴².

Altro modo, senz'altro il più solenne e manifesto, era la *deductio in domum mariti*, rito religioso e sociale al tempo stesso, che di regola accompagnava la costituzione di ogni matrimonio. L'importanza della *deductio*, che era sociale, in quanto dava pubblicità all'unione e la rendeva nota a tutti, lo era anche dal punto di vista giuridico, poiché il diritto si poteva avvalere della stessa per determinare l'esistenza o il momento iniziale del matrimonio, anche se ad essa non si dava un valore costitutivo⁴³.

In un rescritto dell'imperatore Probo, contenuto in C. 5.4.9, indirizzato ad un certo Fortunato, ad es., l'esistenza del matrimonio è determinata dalla conoscenza che i vicini del richiedente avevano che la donna che conviveva con lui si trovava nella sua casa *liberorum procreandorum causa*⁴⁴, ossia per generare una discendenza legittima. Gli avversari di Fortunato negavano l'esistenza del suo matrimonio, perché non erano state redatte le *tabulae nuptiales* né *tabulae* in occasione della nascita di figli; ma l'imperatore rescrisse che se dal comportamento che Fortunato e la sua donna avevano pubblicamente di fronte ai vicini e ad altri si poteva desumere l'esistenza della loro volontà di costituire un'unione coniugale stabile con il fine di procreare figli, anche in assenza di documenti

⁴⁰ Cfr. Ulpiano in D. 1.9.1.1 e 1.9.8, su cui v. per tutti Fayer, *La familia romana* 2 cit. 363 s.

⁴¹ Cfr. Vat. Frag. 104, su cui v. per tutti ancora Fayer, *La familia romana* 2 cit. 364.

⁴² Si leggano, ad es., D. 23.2.5 (Pomp. 4 *ad Sab.*); D. 50.1.22.1 (Paul. 1 *sent.*); D. 5.1.65 (Ulp. 34 *ad ed.*); D. 50.1.32 (Mod. 4 *diff.*). Su questi passi v. per tutti O. Licandro, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, 346 ss., con bibliografia precedente; *adde* Fayer, *La familia romana* 2 cit., 364 s. e ntt. 128 e 129; De Simone, *Una congettura* cit. 328, nt. 26.

⁴³ In tal senso v. ad es. Orestano, *La struttura giuridica* cit. 162 ss., secondo cui la *deductio* «forniva una efficace presunzione per determinare il momento d'inizio del matrimonio». Sulla *deductio in domum mariti* cfr. comunque *amplius* Fayer, *La familia romana* 2 cit. 512 ss., con bibliografia precedente; *adde* Astolfi, *Il matrimonio* cit. 56 ss.; *Il matrimonio nel diritto* cit., 39 ss.; De Simone, *Una congettura* cit. 327 ss.; Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 145 ss.

⁴⁴ Sulla formula '*liberorum procreandorum causa*', presente nei testi giuridici e nei documenti della prassi, cfr., oltre C. Fayer, *La familia romana*, 2 cit., 371 ss., M. De Simone, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *AUPA*, 54, 2010-2011, 29 ss.; Ead., *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino 2017, 49 ss.

scritti il loro matrimonio era valido e la figlia nata da questa unione era legittima e sottoposta alla potestà del padre⁴⁵.

Documenti scritti, riferentesi al matrimonio, erano le *tabulae* relative alla costituzione di dote, dette comunemente *tabulae dotales* o *nuptiales*. Anch'esse erano considerate modi di esternazione dell' *affectio maritalis*, da cui si desu-me-va l'esistenza di un matrimonio, e in tal senso furono utilizzate dal diritto, come mezzo di prova che l'unione tra un uomo ed una donna era matrimonio⁴⁶. Mentre, sotto il profilo puramente sociale, rappresentavano l'espressione di un elemento economicamente indispensabile perché una donna potesse trovare marito ed essere considerata appunto moglie e non *concubina*. Comunque, pur potendo anche mancare o essere redatte dopo la costituzione del matrimonio, queste *tabulae* vennero assumendo, nella valutazione sociale, un'importanza tale per cui ad un certo momento si dubitava che la loro assenza invalidasse il matrimonio. Verte su questo problema, infatti, un quesito rivolto agli imperatori Settimio Severo e Caracalla, da una certa Trophima, il cui padre aveva dato il consenso alle nozze, ma non aveva firmato l'*instrumentum*, per cui la donna temeva che il suo matrimonio non avesse validità; gli imperatori però la rassicurano, riaffermando la non necessità giuridica delle scritture per l'esistenza di un matrimonio valido⁴⁷.

Due papiri ci hanno poi restituito, in lingua latina, anche se in forma frammentaria, due contratti di matrimonio: trattasi di PSI 6, 7730, del I sec. d.Cr., e di P. Mich. inv. 508+ 2217, dell'inizio del II sec. d.Cr⁴⁸. In entrambi i contratti matrimoniali i padri, cittadini romani, danno in matrimonio le rispettive figlie a due cittadini romani, facendo esplicito riferimento allo scopo della procreazione di prole legittima, con la formula *liberorum procreandorum causa*. Segue l'elenco dei doni dotali, con l'indicazione del valore e del peso. I doni sono distinti in gioielli, in indumenti, in oggetti d'uso, in proprietà e schiavi. Da P. Mich. Inv.

⁴⁵ C. 5.4.9 (*Imp. Probus A. Fortunato*): *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem*. Sul testo, da ultimi, Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 371 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012, 9; Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 274.

⁴⁶ Cfr. D. 20.1.4 = 22.4.4 di Gaio. Su queste *tabulae nuptiales* v. sempre Fayer, *La familia romana* 2 cit. 376 ss.; adde Astolfi, *Il matrimonio* cit. 62 ss., part. 67 ss.; Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 247 ss.

⁴⁷ Cfr. C. 5.4.2 (*Imp. Severus et Antoninus AA. Trophimae*): *Si nuptiis pater tuus consensit, nihil oberit, quod instrumento ad matrimonium pertinenti non subscripsit*, su cui v. Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 10; Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 273 s.

⁴⁸ Su questi documenti cfr. sempre Fayer, *La familia romana* 2 cit. 380 s.

508+ 2217 risultano inoltre firmatari sette testimoni. Bene, i documenti della prassi di cui si discute dimostrano in modo chiaro come si fosse soliti redigere queste scritture matrimoniali non solo per permettere di regolamentare l'aspetto patrimoniale dell'unione attraverso l'apporto economico che la donna forniva al marito con la dote, bensì pure per fornire la prova dell'unione matrimoniale stessa.

In mancanza comunque degli elementi che abbiamo menzionato, che potessero essere usati come elementi di prova per stabilire se l'unione fra un uomo e una donna fosse basata sulla loro intenzione di essere marito e moglie, si poteva anche ricorrere ad una sorta di *presunzione di matrimonio*, in base alla quale, nel dubbio, la convivenza con donna *ingenua* e onorata si interpretava appunto come matrimonio. In tal senso depone un frammento di Modestino, conservato in D. 23.2.24, ove si afferma proprio che *in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*, cioè che la relazione stabile con una donna libera deve essere ritenuta non concubinato, ma matrimonio, sempre che la donna non si sia prostituita⁴⁹.

Perché poi l'unione di un uomo e di una donna basata sulla reciproca *affectio maritalis* (o *consensus*) producesse effetti giuridici propri di un *iustum matrimonium*, primo fra tutti quello di far nascere figli che cadessero in potestà del padre, erano richiesti, oltre il *consensus*, anche la pubertà degli sposi⁵⁰ ed il *cunubium*, ossia quei requisiti che, secondo la terminologia moderna, sono la capacità fisica o naturale e la capacità giuridica.

Di questi requisiti ci parlano i *Tit. Ulp. 5.2: Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*

Il *conubium* è un istituto sconosciuto al diritto moderno, vigendo oggi il principio di uguaglianza dello stato giuridico degli uomini, per cui ogni essere umano in quanto tale, avendo raggiunto l'età legalmente fissata, può costituire con un altro essere umano, dello stesso sesso o di sesso diverso un'unione che, a seconda dei casi, sarà un matrimonio, una unione civile o una convivenza. Ma il principio di uguaglianza non esisteva nel mondo pagano. Pertanto, perché fra un uomo e una donna si creasse un *iustum matrimonium* si richiedeva che entrambi avessero la capacità, riconosciuta dal diritto, di dar vita ad una unione giuridicamente valida, avessero cioè, nei loro reciproci confronti, il *conubium*,

⁴⁹ Sul passo v. Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 386 s.

⁵⁰ Sul punto rinvio per tutti a Fayer, *La familia romana*, 2 cit. 412 ss.; Astolfi, *Il matrimonio* cit. 233 ss.; *Il matrimonio nel diritto* cit. 119 ss.; I. Piro, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno*, Soveria Mannelli 2008, part. 75 ss.;

requisito essenziale e positivo per creare con una persona di sesso diverso un'unione coniugale avente valore giuridico: (cfr. Tit. Ulp. 5.3: *Conubium est uxoris iure ducendae facultas*)⁵¹.

Dopo aver menzionato e specificato cos'è il connubio, i Tit. Ulp. precisano che i cittadini romani hanno il connubio tra di loro, mentre lo hanno con i Latini e con i *peregrini* solo se sia concesso; segue l'elenco delle persone con le quali non può esistere *conubium*: innanzi tutto gli schiavi e poi coloro che sono uniti da vincoli di parentela e di affinità, con la conseguenza che i figli nati da genitori tra i quali non c'era *conubium* avrebbero seguito non la condizione giuridica del padre, ma della madre⁵². In più si richiedeva, oltre al requisito della pubertà che avrebbero dovuto avere sia l'uomo che la donna, il consenso dei nubendi⁵³. Esso rappresentava l'elemento costitutivo del matrimonio, e avrebbero dovuto prestarlo i soggetti interessati se *sui iuris*, altrimenti, se fossero stati in potestà, sarebbe stato necessario che l'avente potestà avallasse il loro consenso prestando il suo *iussum*⁵⁴.

V. Analoghe differenze tra matrimonio e convivenza di fatto

Bene, i requisiti richiesti al fine di instaurare quella situazione di fatto giuridicamente rilevante che i romani chiamavano *matrimonium*, ad una attenta

⁵¹ Sul *conubium*, cfr., tra i tanti, Fayer, *La familia romana* 2 cit. 389 ss., con bibliografia precedente; adde Astolfi, *Il matrimonio* cit. 124 ss.; *Il matrimonio nel diritto* cit., 57 ss.; Corbino, *Il matrimonio* cit. 160 s.; De Simone, *Studi sulla patria potestas* cit. 34 ss.; 200 ss.

⁵² Tit. Ulp. 5.4: *Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. 5: Cum servis nullum est conubium. 6: Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus sint conubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint. Eam, quae noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit, uxorem ducere non possumus. 7: Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahi: ideoque liberi in potestate eius non fiunt, sed quasi vulgo concepti spurii sunt.*

⁵³ Vedi sul punto Astolfi, *Il matrimonio* cit. 25 ss., 71 ss., 118 ss.; Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 81 ss.

⁵⁴ Detto *iussum*, in epoca più antica inteso come un vero e proprio comando, venne infatti col tempo, in connessione all'evolversi della concezione originaria della *patria potestas*, sempre più assumendo il significato ed il ruolo di una semplice autorizzazione: cfr. al riguardo G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano 2008, 35 s., con bibliografia; adde Astolfi, *Il matrimonio* cit. 105 ss.; Id., *Il matrimonio nel diritto*, cit., 125 ss. Per quanto riguarda gli interventi augustei in materia cfr. altresì G. Coppola Bisazza, *La posizione giuridico-ideologica della donna nella legislazione augustea e le innovazioni giustinianee*, in *Koinonia*, 40, 2016, 166 s., 198.

riflessione rispecchiano, con le dovute differenze legate alla raggiunta uguaglianza di tutti gli uomini e ad una concezione assistenziale e non più potestativa della funzione genitoriale, quelli indicati dalla legge del 2016 la quale stabilisce, appunto, che *si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.*

È necessario, infatti, perché si possa parlare di *convivenza* così come disciplinata dalla legge, che la coppia, nella realtà sociale di appartenenza, sia vista come unita stabilmente da legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, che non sia vincolata da rapporti di parentela, affinità o adozione, e da vincoli di diversa portata, come lo sono appunto il matrimonio e l'unione civile.

Prescindendo dagli altri elementi che caratterizzano la 'convivenza legalizzata' e sui quali ci soffermeremo tra breve, ciò che va subito evidenziato è che il legislatore ha voluto porre una netta separazione tra convivenze effettuate in costanza di un altro matrimonio o di un'altra unione civile, che quindi non ha inteso tutelare, pur non considerandole illecite (come un tempo), e le convivenze *tout court*, alle quali ha voluto dare una disciplina giuridica, e quindi una rilevanza giuridica, ponendole, seppure su piani diversi, in rapporto coll'istituto del matrimonio. Oggi esistono in Italia, dunque, a parte le unioni civili tra persone dello stesso sesso, due istituti attraverso i quali trovano tutela giuridica i diritti dei soggetti coinvolti: il matrimonio e la convivenza.

Il matrimonio, fondamento della famiglia legittima ex art. 29 della nostra Costituzione, e la convivenza, fondamento di quella formazione sociale tutelata ex art. 2 Cost., in cui i conviventi estrinsecano il loro desiderio di essere uniti e di adempire a quei doveri di solidarietà di coppia, senza che tuttavia ciò comporti vincoli più forti, come quelli che si creerebbero se fossero sposati.

Riguardo al matrimonio, la legge italiana non ne dà una definizione, e ciò a differenza delle fonti romane. Il titolo 2 *de ritu nuptiarum* del libro 23 del Digesto si apre infatti con l'enunciazione di Modestino, a giudizio del quale *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. Analogamente, nelle *Institutiones* di Giustiniano (1.9.1) si legge: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*⁵⁵. Ma il fine essenziale dell'unione matrimoniale, quale traspare dai passi su menzionati, identificabile nella costi-

⁵⁵ Su queste definizioni v. per tutti Fayer, *La familia romana* 2, cit. 350 ss., con letteratura; adde Astolfi, *Il matrimonio* cit., 3 ss.; *Il matrimonio nel diritto* cit., 24 ss.; Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 55 ss.

tuzione di una comunione di vita ‘spirituale e materiale’ tra i coniugi, si ricava ugualmente, seppure indirettamente, proprio dalla legge sul divorzio (art. 1), che ricollega lo scioglimento del vincolo dall’accertamento della cessazione di tale comunione. Pur non essendo più indissolubile, tale vincolo rimane comunque esclusivo (monogamico).

Nel nostro ordinamento, poi, mentre la disciplina del rapporto è unica quanto agli effetti, la celebrazione dell’atto può avvenire con ‘forme’ diverse: con la celebrazione davanti ad un ufficiale dello stato civile (artt. 106-107c.c.), oppure con la celebrazione davanti ad un ministro del culto cattolico, secondo le regole del diritto canonico, purché segua la trascrizione dell’atto nei registri dello stato civile (c.d. matrimonio concordatario), o ancora davanti ad un ministro di culto diverso da quello cattolico (art. 83 c.c.), o davanti ad una autorità estera, secondo le forme previste dalla legge dello stato in cui la celebrazione avviene. La celebrazione del matrimonio, in qualunque forma avvenga, deve altresì essere preceduta dalla pubblicazione che, per entrambe le due forme, consiste nell’affissione di un atto, contenente le generalità degli sposi, alla porta della casa comunale per almeno otto giorni, fatta a cura dell’ufficiale di stato civile. La celebrazione non può avvenire prima del quarto giorno successivo al compimento della pubblicazione, servendo essa soprattutto a rendere edotti i terzi che, se interessati, possono fare eventuali opposizioni (pubblicità notizia). A questa pubblicità si accompagnano, per il matrimonio concordatario, le pubblicazioni del matrimonio canonico, che avvengono mediante affissione di un avviso con le generalità degli sposi alle porte della chiesa parrocchiale. Dal matrimonio scaturiscono inoltre diritti e doveri tra i coniugi, espressamente previsti dalla legge, tra cui quello della fedeltà, dell’assistenza, della collaborazione e della coabitazione (artt. 143 ss. c.c.)⁵⁶.

A questa normativa, riguardante il matrimonio, va ora aggiunta quella, certamente più semplificata, delle convivenze di fatto che negli ultimi decenni, come si è detto, hanno rappresentato un fenomeno di sempre più ampia e crescente diffusione. La nuova legge si caratterizza infatti proprio per l’introduzione di una regolamentazione più organica del rapporto di coppie non coniugate. Ora, a parte la scelta legislativa di utilizzare la terminologia ‘conviventi di fatto’, in quanto riferita a soggetti che in ogni caso risultano «parti di un rapporto formalizzato e legalmente disciplinato»⁵⁷, la rilevanza di questa convivenza di fatto, ai fini dell’invocabilità degli effetti che ad essa vengono ricollegati dalla legge del

⁵⁶ Sul matrimonio, sia civile che concordatario, la letteratura è sterminata: rinvio per tutti a A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano 2017³, 1221 ss., e C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 2018², 731 ss., ove bibliografia più recente.

⁵⁷ Cfr. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili* cit. 847.

2016, richiede la sussistenza, come già detto, di una serie di presupposti, taluni di carattere positivo (coinvolgimento di due sole persone, maggiore età delle stesse, sussistenza di stabili legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale) ed altri di carattere negativo (assenza di vincoli di parentela, affinità, adozione, oltre che matrimoniali o derivanti da una unione civile).

Per quanto concerne il riferimento all'impedimento dato da parentela, affinità e adozione, non essendo ben specificato il grado, non è facilmente comprensibile se il legislatore abbia inteso richiamarsi a quelli previsti a proposito dell'unione civile (ex comma 4 della stessa legge) o del matrimonio (art. 87 c.c.). Nel che può individuarsi una mancanza di precisione al riguardo⁵⁸.

I conviventi di fatto, inoltre, come già accennato, non devono essere vincolati da matrimonio o da un'unione civile. Così il legislatore ha voluto porre una netta distinzione tra convivenze instaurate tra soggetti separati, che non possono invocare i diritti accordati dalla legge n. 76, e quanti invece sono privi di legami pregressi, con ciò rispettando quel principio monogamico che sta alla base della nostra tradizione giuridica⁵⁹.

Il comma 36 prevede ancora che i conviventi, entrambi maggiorenni⁶⁰, siano uniti stabilmente da un legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale. La stabilità evoca l'idea di un impegno serio e duraturo tra due persone che, legate da sentimenti di affetto, abbiano a comportarsi come coniugi, pur in assenza di qualsiasi formalizzazione⁶¹. Il comma 36 omette tuttavia di precisare quando possa dirsi di essere in presenza di un rapporto di coppia stabile, demandando all'apprezzamento dell'interprete ogni valutazione al riguardo. A questo fondamentale presupposto fa peraltro riferimento il successivo c. 37, alla stregua del quale *ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui*

⁵⁸ In tal senso L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto* cit. 924; ma v. anche Trimarchi, *Unioni civili e convivenze* cit. 865; G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Famiglia e diritto* cit., 943.

⁵⁹ La previsione contenuta nel comma 36, ulteriormente ribadita nel comma 57, lett. a, e nel comma 59, lett. c, ha però suscitato in dottrina non poche discussioni. Si è, infatti, parlato di un vero e proprio «guasto dovuto a questa impostazione»: cfr. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze* cit. 864 s.; 866 s.; ma v. anche Balestra, *La convivenza di fatto* cit. 924 s.; L. Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto* cit., 931 ss.; Oberto, *La convivenza di fatto* cit. 944 s.; Id., *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino 2016, 61 ss., che criticano, a nostro giudizio a torto, questa limitazione.

⁶⁰ Cfr. sul punto part. M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze* cit., 865; v. anche Bianca, *Istituzioni* cit. 753.

⁶¹ Sul requisito della stabilità cfr. Balestra, *La convivenza di fatto* cit. 925 ss.; ma v. anche Trimarchi, *Unioni civili e convivenze* cit. 866.

al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e all'art. 13, comma 1 lett. B, DPR 30 maggio 1989, n. 223⁶². La previsione del comma 37 genera indubbiamente incertezze sulla natura della dichiarazione contemplata dalle richiamate norme del regolamento anagrafico della popolazione residente. L'atto del relativo accertamento pone, infatti, un interrogativo: gli effetti della convivenza previsti dalla legge discendono dalla convivenza stessa o dalla registrazione anagrafica «quale presupposto esclusivo della riconoscibilità giuridica della situazione materiale?». Bene, la risposta data a questa domanda dai Tribunali di Verona (dicembre 2016) e di Milano (maggio 2016) sembra porsi sulla stessa linea delle fonti romane che non ritenevano essenziale alcuna formalità per la costituzione del vincolo matrimoniale. L'*affectio maritalis* poteva, invero, come si è detto, essere desunta da molteplici indizi esteriori, tra i quali la stipula di *tabulae nuptiales* o *dotaes*, aventi comunque sempre funzione probatoria e non costitutiva. Analogamente, i Tribunali di Verona e di Milano hanno inteso la registrazione una semplice modalità ricognitiva, ritenendo che l'accertamento della convivenza, quale situazione di un fatto, possa avvenire *aliunde*. La giurisprudenza si è quindi orientata ad attribuire alla riferita dichiarazione una natura meramente probatoria e non costitutiva, traendo conferma dal fatto che la legge in questione la richiede come *strumento privilegiato di prova della stabile convivenza all'esterno, che si aggiunge al presupposto fattuale dell'unione fondata su legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*⁶³.

Il comma 36 tratteggia la convivenza come una situazione in cui i partner sono stabilmente uniti, oltre che da vincoli affettivi di coppia, anche da legami di reciproca assistenza morale e materiale. Il riferimento all'assistenza non può comunque considerarsi un presupposto autonomo rispetto al precedente, posto che un rapporto affettivo di coppia non può prescindere da una disponibilità alla reciproca assistenza morale e sostanzinarsi in comportamenti corrispondenti. Essa però non configura un obbligo, ma viene spontaneamente prestata in ragione del vincolo affettivo che lega i partner, e ciò di contro all'obbligo vero e proprio che hanno i coniugi ex art. 143, c. 2. Per quanto concerne inoltre l'obbligo di fedeltà, non previsto dal catalogo dei doveri derivanti dall'unione

⁶² Toccherà dunque agli uffici anagrafici provvedere all'iscrizione delle convivenze di fatto, alla registrazione dell'eventuale contratto di convivenza ed al rilascio delle relative certificazioni: cfr. Balestra, *La convivenza di fatto* cit. part. 923 s.

⁶³ In tal senso T. Verona, 2 dicembre 2016, e in termini analoghi già T. di Milano 31 maggio 2016: v. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili* cit. 847; Carbone, *Riconosciute le unioni* cit. 854 s.; Balestra, *La convivenza di fatto* cit. 927 e nt. 38; Trimarchi, *Unioni civili e convivenza* cit. 865 s.; Bianca, *Istituzioni* cit. 752.

civile, essendo le persone dello stesso sesso tenute solo all'obbligo reciproco dell'assistenza morale e materiale e alla coabitazione, nonché, sotto il profilo patrimoniale, all'obbligo di contribuzione ai bisogni comuni (art. 1, c. 11, legge n. 76), esso non è previsto nemmeno per i conviventi. Tuttavia la domanda, se si debba escludere qualsiasi rilevanza alla fedeltà in questi tipi di unione, trova una risposta negativa in quanto, come giustamente si è sottolineato, «quello stabile legame affettivo di coppia improntato alla reciproca assistenza morale e materiale che ... deve sussistere tra i conviventi di fatto, non può ... non recare con sé anche un impegno di esclusività e di rispetto»⁶⁴.

La cessazione della convivenza consegue al venir meno di uno dei presupposti che la legge richiede ai fini della sua configurabilità: cioè quando i partner tra di loro o uno di loro si sposano o contraggano una unione civile. A parte poi la morte, cui, tra l'altro, la legge ricollega una serie di prerogative a vantaggio del convivente superstite, anche il venir meno del legame affettivo e della reciproca assistenza morale e materiale, in virtù della sopraggiunta crisi di coppia, può rappresentare una causa di cessazione della convivenza di fatto⁶⁵.

Analogamente, nel mondo romano la semplice unione matrimoniale veniva meno, non solo con la morte di uno dei coniugi, bensì anche col venir meno di quell'*affectio maritalis* che la caratterizzava (divorzio)⁶⁶, mentre, qualora il matrimonio fosse stato accompagnato da *conventio in manum*, si richiedevano delle formalità. Alla *confarreatio* si contrapponeva, infatti, la *diffareatio*⁶⁷, alla *coemptio* l'emancipazione della donna.

⁶⁴ Balestra, *La convivenza di fatto* cit. 928 s., part. 929. *Amplius* in proposito anche Lenti, *Convivenze di fatto* cit. 933 ss.

⁶⁵ Sulle cause che possono determinare la cessazione della convivenza cfr. *amplius* Balestra, *La convivenza di fatto* cit. 930.

⁶⁶ Come i riti nuziali non erano necessari ai fini dell'instaurazione del matrimonio, così le pratiche sociali che potevano anche accompagnare il divorzio (quali, ad es., dichiarazioni pubbliche dirette o fatte pervenire alla controparte) non avevano rilevanza costitutiva: cfr. per tutti, con fonti, Corbino, *Il matrimonio romano* cit. 162. *Adde* comunque, per l'epoca augustea, Astolfi, *Il matrimonio* cit. 157 ss.; 313 ss.

⁶⁷ Di questa cerimonia si hanno scarse notizie. Sulla base di quanto attestato da Paul.-Fest. p. 65 L., si trattava di un sacrificio mediante il quale avveniva la separazione fra marito e moglie; il nome *diffareatio* deriva dal fatto che nel sacrificio si faceva uso di una focaccia di farro, il *libum farreum*. Essendo la *confarreatio* strettamente legata alla religione nazionale dei Romani, essa ne seguì le sorti. Non abbiamo al riguardo notizie precise sulla sua eliminazione, che è certamente da connettere all'abolizione dei *sacra* pagani da parte di Teodosio nel 394: cfr. in proposito Fayer, *La famiglia romana* 2 cit. 239 ss.; sull'istituto v. comunque anche I. Piro, *Unioni confarreate e «diffareatio»*. *Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia*, in *Index*, 25, 1997, 265 ss.; Corbino, *Il matrimonio romano* cit. 162; R. Marini, *Contrarius consensus*, Milano 2017, 27 ss.; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto* cit. 144 ss., 242 ss.

La legge prevede inoltre la stipula di un *contratto di convivenza*⁶⁸ che richiama molto da vicino quei contratti matrimoniali di cui si è parlato, frequenti nella realtà romano-classica e volti a regolamentare i rapporti tra i coniugi, soprattutto sotto il profilo patrimoniale, prevedendo la costituzione della dote da parte della donna come supporto agli oneri matrimoniali.

Il comma 50 inizia a trattare dell'argomento con un'affermazione di principio: *I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza*. Ci troviamo dunque di fronte ad un nuovo contratto tipico, anche se il legislatore non ha inteso inserirlo nel *corpus* del codice civile. Va segnalata poi la chiara presa di posizione in tema di contenuto di detto contratto, volta appunto ad escludere dallo stesso rapporti diversi da quelli patrimoniali: il che trova una sua plausibile giustificazione nel fatto che un cenno ai profili non patrimoniali si coglie altrove, in particolare nel già citato comma 36, che parla di reciproca assistenza, non solo materiale ma anche morale. In quella sede non si stabilisce però la sussistenza di un dovere giuridico in tal senso, limitandosi la disposizione a prevedere che, perché possa parlarsi di *convivenza di fatto*, le parti debbono essere *unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale*. La riforma non mostra perciò di fare di tale *reciproca assistenza morale e materiale* un vincolo giuridico, né questo discende, *a fortiori*, dal contratto di convivenza. D'altronde, anche *l'indicazione della residenza* non sembra formare un obbligo (comma 53, lett. a): il contratto può infatti contenerla, con la conseguenza che tale mancata fissazione non è sanzionata, a differenza di ciò che accade tra coniugi, ove simile comportamento, se riferibile ad un coniuge, è punibile (anche se non automaticamente) con l'addebito della separazione personale⁶⁹.

A parte l'indicazione della residenza (lett. a), il contratto può contenere le

⁶⁸ Sull'argomento v. per tutti Oberto, *La convivenza di fatto* cit. 945 ss., con precedente bibliografia; adde, più di recente, Torrente - Schlesinger, *Manuale* cit. 1347 ss.; Bianca, *Istituzioni* cit. 756 ss.; V. Rossi, *I contratti di convivenza*, in *Scritti in ricordo di G. Mancini*, cit. 2, 813 ss.

⁶⁹ Il comma 51 prevede poi che *il contratto ..., le sue modifiche e la sua risoluzione siano redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestino la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico*. Questa disposizione in materia di forma, ponendosi in controtendenza rispetto all'opinione avanzata in dottrina circa la possibilità di desumere la conclusione di un contratto di convivenza dal comportamento dei partner, «come espressione di una loro concorde volontà attuosa» (cfr. A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli 1988, 52), evidenzia come ogni accordo riconducibile alla fattispecie in esame dovrà non solo risultare da un'esplicita manifestazione di volontà delle parti, ma dovrà rivestire la forma richiesta dalla legge (così Oberto, *La convivenza di fatto* cit. 947).

modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo (lett. b) disposizione, questa, che mostra di ricalcare quanto l'art. 143 c. 3 c.c. stabilisce per i soggetti uniti da un rapporto matrimoniale, prevedendo in sostanza che possa costituire oggetto di vincolo negoziale ciò che tra conviventi non forma oggetto di obbligo civile *ex lege*, ma solo di obbligazione naturale, così trasformando un'obbligazione naturale in un'obbligazione civile⁷⁰. Sub c si legge altresì che il contratto può contenere *Il regime patrimoniale della comunione dei beni*, quello stesso previsto in automatico tra coniugi. Il regime di comunione, che è legale, entrerà dunque in funzione per i conviventi solo a condizione che ciò sia stato espressamente pattuito nel contratto di convivenza redatto nei modi e nella forma descritti dalla legge.

D'altronde, anche nel mondo romano la comunione di vita dei coniugi aveva un rilievo patrimoniale. Se con la *conventio in manum* la donna, assieme ai figli, era una potenziale contitolare del patrimonio familiare in vita del marito, divenendone effettiva proprietaria alla sua morte, in qualità di erede legittima (*filiae loco*)⁷¹, col diffondersi del matrimonio *sine manu*, a parte l'apporto che *ad sustinenda onera matrimonia* offriva la moglie o chi per lei con la costituzione della dote (di cui il marito acquistava la proprietà, anche se la doveva utilizzare per esigenze familiari)⁷², pur non potendosi parlare nei suoi riguardi di una contitolarità, la donna godeva ugualmente, a sua volta, dei beni del marito e ne curava l'amministrazione, come si desume, ad es., dall'atto simbolico della consegna delle chiavi della dispensa fatta dal marito, chiavi che egli riprendeva in caso di ripudio o che la donna era tenuta a restituire in caso di divorzio⁷³. Il che giustifica la frequenza con la quale, soprattutto le fonti non giuridiche, alla stessa veniva attribuita la qualifica di *domina*⁷⁴.

⁷⁰ Oberto, *La convivenza di fatto* cit. 949 ss.; ivi altra bibliografia.

⁷¹ Si legga a proposito della *confarreatio* quanto dice Dionigi di Alicarnasso (2.25.2-5), su cui v. sempre C. Fayer, *La familia romana*, 2 cit., 303 ss.; Astolfi, *Il matrimonio* cit., 269 s.; *Il matrimonio nel diritto* cit., 241; 441 s.

⁷² Sul tema della dote, da ultimi, Fayer, *La familia romana* 2 cit. 673 ss., e Astolfi, *Il matrimonio* cit. 274 ss. Sugli interventi augustei e giustiniani in materia v. altresì Coppola Bisazza, *La posizione giuridico-ideologica* cit. 166 ss.; 198 ss.

⁷³ Cfr. Cic. *Philip.* 2.28.69: *Illam suam suas res sibi habere iussit ex XII tabulis claves ademit exegit*; ancora nel IV sec. d. Cr. le chiavi rappresentavano il simbolo dell'amministrazione della casa. S. Agostino (*Conf.* 9.8.17), infatti, ricorda alle donne sposate *cum autem ad maritos veneritis factae dominae apothecarum et cellariorum*. Se pertanto le mogli volevano divorziare lo potevano esplicitare restituendo le chiavi al marito. Così Ambr. *Epist.* 6.3 (P.L. 16, 889): *Hinc frequens iurgium: quo mulier offensa, claves remisit, domum revertit*. Su queste fonti v. Astolfi, *Il matrimonio* cit. 270 e 311; Id., *Il matrimonio nel diritto* cit., 145 ss.

⁷⁴ In proposito *amplius* Astolfi, *Il matrimonio* cit. 270 ss.

Ma torniamo al diritto attuale. Il contratto di cui si discute può altresì risolversi, come previsto dal comma 59, per: a) *accordo delle parti*; b) *recesso unilaterale*; c) *matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona*; d) *morte di uno dei contraenti*.

In base a quanto stabilito dal comma 65, inoltre, in caso di rottura della convivenza *inter vivos*, è previsto che il giudice stabilisca *il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti, qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento*. In tali casi, *gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'art. 438, secondo comma, del codice civile*. *Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'art. 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente ... è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle*.

Prescindendo da questa disposizione, legata tra l'altro all'ipotesi in cui sia stato stipulato un contratto di convivenza e vi sia stata una rottura della stessa *inter vivos*⁷⁵, il legislatore non prevede alcuna norma a favore del convivente superstite, in caso appunto, di rottura della convivenza per morte di uno dei conviventi. Il convivente superstite gode infatti di prerogative assai più deboli rispetto al coniuge e alla persona unita civilmente, che il legislatore ha incluso nella categoria dei legittimari, a differenza, appunto, di quanto non ha previsto con riferimento ai conviventi. Il che può trovare una giustificazione nella circostanza che non merita attenzione e prerogative, sul versante della successione ereditaria, chi non contragga matrimonio – e l'allusione è all'uomo e alla donna contrari a codesto vincolo – o non concluda un'unione civile. L'uomo e la donna, dunque, che contraggono 'soltanto' una riconosciuta convivenza di fatto, sanno, *a priori*, che dovranno regolare, con gli strumenti negoziali previsti dall'ordinamento, *in primis* il testamento, gli interessi patrimoniali, e non patrimoniali, che residuano alla morte di uno dei conviventi⁷⁶.

Il che rimanda ancora una volta al differente regime patrimoniale tra coniugi legati da matrimonio accompagnato da *conventio in manum* o da semplice legame matrimoniale. Solo le donne *in manu* potevano infatti vantare delle aspettative successorie tutelate, essendo incluse tra gli *heredes sui*. Sotto questo profilo esse godevano di una posizione diversa rispetto alle donne unite in una semplice relazione matrimoniale, rimanendo queste ultime in tal caso giuridicamente estranee al compagno⁷⁷.

⁷⁵ Oberto, *La convivenza di fatto* cit. 957.

⁷⁶ Su questa problematica *amplius* Bonilini, *La successione mortis causa* cit. 980 ss., part. 987 ss., con altra bibliografia sull'argomento.

⁷⁷ Fayer, *La familia romana* 2 cit. 208 ss.; adde Astolfi, *Il matrimonio* cit. 269 ss.; Id., *Il matrimonio nel diritto* cit., 240 ss.; 441 ss.; Corbino, *Il matrimonio romano* cit. 157 s.

VI. Il matrimonio nel Tardo Impero

All'inizio dell'età postclassica, mentre i modi di acquisto della *manus* andavano subendo un progressivo processo degenerativo⁷⁸, Diocleziano ribadiva con vigore il principio vigente nel diritto classico della non necessità di forme particolari per la validità del matrimonio, soprattutto degli *instrumenta dotalia* che sin dall'epoca classica erano stati visti come un elemento indicativo del matrimonio. Con la costituzione, conservata in C. 5.4.13, l'imperatore conferma infatti che nozze valide possono contrarsi anche senza strumenti dotali, che i soli strumenti dotali non costituiscono le nozze e ribadisce che vi possono essere valide nozze pure in assenza di un documento scritto, la cui mancanza, dunque, non annullava la validità di altri elementi esteriori probatori⁷⁹. Un principio, questo, che anche il legislatore del 2016 ha inteso applicare, sancendo la non necessaria stipula di un contratto di convivenza ex art. 1, c. 50 ai fini della valida instaurazione di una convivenza di fatto, per la quale sono richiesti solo i requisiti previsti dal c. 36.

Quali siano state le motivazioni che hanno indotto l'Imperatore a legiferare in questa direzione non è possibile sapere con sicurezza; forse, come pure si è affermato in dottrina⁸⁰, egli intese reagire contro l'infiltrazione di usi e tradizioni estranei all'ordinamento romano. Non v'è dubbio, infatti, che sia il cristianesimo che gli usi giuridici provinciali abbiano avuto, pure in riferimento a questo istituto, una notevole influenza sulla valutazione sociale dei suoi preesistenti principi. Se nel diritto classico l'obiettivazione del consenso non era legata né a forme né a modi tassativamente determinati e qualunque elemento era ritenuto socialmente sufficiente a far considerare matrimonio una unione tra persone di sesso diverso, purché vi fossero i requisiti richiesti di cui ci parlano in modo chiaro i *Tituli ex corpore Ulpiani*, l'età postclassica si caratterizza invece per la tendenza a disporre forme specifiche volte all'obiettivazione del consenso, e ciò sia sulla scia degli usi provinciali che, appunto, tendevano a far valere la necessità di forme documentali relative a costituzioni di dote o a donazioni

⁷⁸ Sull'argomento v. per tutti Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 3 ss.; Id., *Il matrimonio nel diritto* cit. 251 ss.

⁷⁹ C. 5.4.13 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Onesimo*) (*sine die*): *Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non interpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est, cum omitta quoque scriptura cetera nuptiarum iudicia non sunt irrita.*

⁸⁰ Cfr. soprattutto R. Orestano, *La struttura giuridica* cit. 385 ss.; ma v. anche Fayer, *La familia romana* 2 cit. 607 ss. Sul provvedimento imperiale cfr. comunque anche Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 274 s.

nuziali⁸¹, sia del cristianesimo, che invece tendeva a far prevalere la necessità di una celebrazione rituale.

Documenti scritti concernenti sia la dote che la donazione nuziale si vennero pertanto diffondendo nel mondo postclassico con la conseguenza che, mentre le c.d. *tabulae dotales* o *nuptiales* erano state viste nel diritto classico come uno dei tanti modi di obiettivazione dell' *affectio maritalis*, nel diritto postclassico, invece, sia gli *instrumenta dotis* che le *donationes ante nuptias*, assieme ad altri elementi, assunsero un ruolo primario ai fini dell'esistenza di una legittima unione coniugale. Un primo intervento in questa direzione si ha con la costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 428⁸². In essa si conferma il principio classico secondo cui *consensus facit nuptias*, ma questo risulta sufficiente solo per le persone di uguale condizione sociale; viene pertanto implicitamente riconosciuto che nel caso di matrimonio fra persone di diversa condizione sociale occorre altri elementi, quali anzitutto l'atto scritto o una cerimonia nuziale. Ma anche per la validità del matrimonio fondato sul solo consenso la costituzione richiede ora qualcosa in più: la *fides amicorum*, evidentemente preconstituita all'unione, quale prova da cui desumere in qualunque momento successivo la certezza legale del matrimonio. La legge imperiale esprime pertanto chiaramente l'esigenza sentita dalla società del tempo di dare una certa *solemnitas* ai matrimoni, e una conferma di ciò la si può ricavare anche dalle fonti extragiuridiche appartenenti a questo periodo (fine IV e principio V sec.) dalle quali traspare una necessità, sicuramente sociale, ma anche giuridica, delle scritture nuziali e delle cerimonie⁸³.

⁸¹ È noto che, accanto alla dote, nel periodo postclassico si vennero infatti diffondendo anche le donazioni nuziali, consistenti in un apporto maritale alla vita matrimoniale: la prima costituzione che tratta dell'istituto risale al 368 (CTh. 3.5.9 (*Imp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum, p.p.*). Si tratta di donazioni soltanto maschili, poste in essere nell'immediatezza del matrimonio e subordinate alla sua conclusione, o dallo *sponsus* o dal suo *pater familias* o da altri per lui. Il loro scopo sarebbe stato quello di sostenere e favorire la famiglia che si formava e, in caso di morte di uno dei coniugi, di permettere al coniuge superstite di mantenere sé e gli eventuali figli: v. Fayer, *La familia romana* 2 cit. 739 ss.

⁸² Essa è riportata sia in CTh. 3.7.3 che in C. 5.4.22. (*Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Hierio p.p.*) (a. 428): *Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliqua nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias initio matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediende consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur*. Su questa fonte v. per tutti, oltre Orestano, *La struttura giuridica* cit. 454 ss., Fayer, *La familia romana* 2 cit. 609 ss., con bibliografia precedente; più di recente v. anche Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 14 ss., e Cuneo Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 231 ss., 275 s.

⁸³ In tal senso testimoniano S. Girolamo, *Ep.* 69.5 (P.L. 22, 658 s.), il quale ritiene valido ed efficace il matrimonio contratto prima del battesimo, purché sia tale anche per l'ordinamento

Sulla linea di quanto affermato da Teodosio II e Valentiniano III circa la necessità di strumenti dotali o di cerimonie nuziali per la validità di matrimoni tra persone di rango diverso si pone anche Giustino, lo zio di Giustiniano, con la costituzione contenuta in C. 5.4.23 e datata 520-523⁸⁴. Ivi si consente alle donne di teatro (*scaenicae*), che avessero rinunciato a questa professione, alle loro figlie e alle figlie di donne di teatro defunte, di contrarre valide nozze, purché autorizzate dall'imperatore. Giustino si rivolge a coloro che *sive dignitate praediti sint sive alio modo scaenicas in matrimonium ducere prohibeantur*, cioè ai titolari di una carica e ad altre persone di rango, cui era stato vietato da Costantino di sposare *scaenicae*⁸⁵. Bene, Giustino ammette la validità di tali matrimoni purché siano accompagnati dalla confezione degli strumenti dotali: ai § 1 si legge infatti ... *dum tamen dotalibus omnimodo instrumentis, non sine scriptis tale probetur coniugium*. Il § 7 riguarda poi il modo di celebrazione del matrimonio fra persone *impares honestate*⁸⁶. Di contro alle *priscae leges*, cioè agli antichi principi che sancivano la non essenzialità di formalità ai fini della legittimità di una unione matrimoniale, l'imperatore ribadisce e conferma il principio già presente nella costituzione teodosiana e cioè che per i matrimoni fra persone di diversa condizione sociale occorrono gli strumenti dotali, con ciò salvando il matrimonio con le donne di teatro, che Costantino aveva severamente proibito, legittimando, com'è notorio, in questo modo l'unione tra Giustiniano e Teodora, donna appunto di teatro.

Giustiniano, a sua volta, nel Digesto e nel Codice, attesta come basti il *consensus* ai fini della validità del matrimonio. Particolarmente allusiva al riguardo

giuridico, cioè esso sia accompagnato dalle *coniugales tabulae* e dagli *iura dotalia*; S. Ambrogio, *Expos. Evang. sec. Luc.* 2.5 (P.L. 15, 1635), secondo cui la celebrazione delle nozze non serve per evidenziare la fine della verginità, ma la *coniugii testificatio*, cioè la regolarità del matrimonio; e S. Agostino, *De genesi ad litt.* 11, 41, 57 (P.L. 34, 452), che, per la validità di un'unione perfetta, menziona, oltre la *solemnitas votorum*, la *celebritas convivii et dotis aestimatio*, appunto anche la *conscriptio tabularum*. Vedi ancora al riguardo, sulla scia di Orestano, *La struttura giuridica*, cit., part. 461 s., Fayer, *La familia romana* 2, cit. 615 e nt. 1126.

⁸⁴ I manoscritti del *Codex* recano nell'*inscriptio* il nome di Giustiniano; ma che la paternità dell'intervento imperiale sia da attribuire a Giustino è confermato dalla costituzione giustiniana 5.4.29.8 e da Procopio, *Hist. arc.* 9.51: così Fayer, *La familia romana* 2, cit. 620 e nt. 1156.

⁸⁵ C.Th. 4.6.3 = C. 5.27.1 (*Imp. Constantinus A. ad Gregorium*) (a. 336).

⁸⁶ C. 5.4.23.7: *Immo et illud removendum esse censuimus, quod etiam in priscis legibus, licet obscurius, constitutum est, ut matrimonia inter impares honestate contrahenda non aliter quidem valeant, nisi dotalia instrumenta confecta fuerint, his vero intercedentibus omnimodo firma sint sine aliqua distinctione personarum, si modo liberae sint et ingenuae mulieres, nullaque nefarium vel incestarum coniunctionum suberit suspicio*. Su questa costituzione v. oltre R. Orestano, *La struttura giuridica* cit. 375 ss., Fayer, *La familia romana* 2, cit. 620 s., con letteratura; adde Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 24 ss.

è la *lex* del 533, riportata in C. 5.17.11⁸⁷. Da questa costituzione risalta infatti ancora la concezione giuridica del matrimonio fondato sull'*affectio maritalis*, per l'obiettivazione del quale non si richiede il ricorso a forme tassative, in particolare non si richiede la costituzione di dote, comprovata o meno dalla redazione degli strumenti dotali. Nel che può ravvisarsi l'espressione di quel classicismo che ha contrassegnato la legislazione giustiniana di questo periodo: tant'è che persino per il matrimonio *inter impares honestate personas* non si richiede più il ricorso alla confezione degli strumenti dotali ai fini della sua validità. Nel diritto giustiniano della Compilazione, dunque, il vincolo stabile con una qualunque donna libera è interpretabile come matrimonio, con la sola eccezione delle prostitute, la cui unione è concubinato. Solo in alcuni casi indicati tassativamente, Giustiniano esige l'obbligo di obiettivare l'*affectio maritalis* con la confezione degli strumenti dotali: tra questi quello del passaggio dal concubinato al matrimonio in tema di legittimazione dei figli per susseguente matrimonio⁸⁸, e quello del matrimonio con le *scaenicae* e con le loro figlie⁸⁹, per il quale già Giustino aveva richiesto la necessità di *dotalia instrumenta*, oltre all'intervento di un rescritto imperiale di dispensa dal precedente divieto; Giustiniano abroga solo la necessità di esigere la dispensa imperiale⁹⁰.

Nelle Novelle l'Imperatore di Tauresio torna più volte sull'argomento⁹¹. Ma è soprattutto la Nov. 117, del 542, l'ultima in argomento, sulla quale è opportuno soffermarsi, in quanto con essa si chiude il processo evolutivo del diritto giustiniano sul matrimonio e le sue forme. Nel cap. 4 si fissano infatti i casi in cui si reclama, ai fini della validità del matrimonio, la confezione degli strumenti dotali stabilendo appunto che tale necessità va limitata solo ai matrimoni dei maggiori dignitari, di coloro cioè *qui maximis dignitatibus decorati sunt usque ad illustres*, precisando però che se qualcuno di essi, prima di essere elevato a così alta *dignitas*, avesse contratto le nozze *ex affectu solo*, tali nozze sarebbero

⁸⁷ (*Imp. Iustinianus Hermogeni magistro officiorum*) pr.: *Iubemus, ut, quicumque mulierem cum voluntate parentium aut, si parentes non habuerit, sua voluntate maritali adfectu in matrimonium acceperit, etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint nec dos data fuerit, tamquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum coniugium eorum habeatur: non enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur*: cfr. Fayer, *La familia romana* 2 cit. 622 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 29 ss.

⁸⁸ Cfr. C. 5.27.10 (a. 529); 5.27.11 (a. 530); I. 1.10.13. Sull'istituto della legittimazione per susseguente matrimonio v. in generale G. Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo-imperiali e giustinianee*, Milano 1990, e, più di recente, Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 265 ss.

⁸⁹ Su queste eccezioni v. anche Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 31 ss.

⁹⁰ Cfr. sul punto Coppola Bisazza, *La posizione giuridico-ideologica* cit. 224 s.

⁹¹ *Amplius* in proposito Fayer, *La familia romana* 2 cit. 624 ss.

rimaste valide anche dopo l'assunzione della *dignitas* e legittimi i figli procreati. Esentati dalla necessità di redigere gli strumenti dotali sarebbero stati coloro che, pur rivestendo *maximae dignitates*, fossero però barbari; ad essi era concessa la facoltà, se lo avessero voluto, di contrarre matrimonio *etiam nudo affectu*. Tutti gli altri, indipendentemente dalla classe sociale, dalla *dignitas* rivestita e dall'occupazione esercitata, fatta sempre eccezione per i *maximis dignitatibus decorati*, avrebbero potuto contrarre matrimonio con gli strumenti dotali, se questo era il loro desiderio o se ne fossero in grado; se ritenevano invece di agire diversamente, le loro nozze, basate *ex solo affectu*, sarebbero state ugualmente valide e legittimi i figli procreati⁹².

Per quanto concerne la posizione della Chiesa, essa accolse del diritto matrimoniale romano tutto quello che non era contrario ai suoi principi⁹³. Così, riguardo alla celebrazione delle nozze, recepì alcuni riti ed usi pagani, depurandoli da tutti quegli elementi di idolatria che li caratterizzavano, attribuendo loro un valore cristiano, ritenendo pertanto legittimi i matrimoni che lo erano anche per l'ordinamento civile. La validità giuridica delle nozze dei cristiani continuò quindi a dipendere dall'ordinamento civile. La Chiesa del primo millennio non ritenne infatti di poter attribuire al matrimonio una legittimità canonica che fosse svincolata dall'ordinamento civile; non impose perciò nemmeno una forma determinata di celebrazione che la potesse porre in contrasto con la tradizione giuridica e sociale del tempo che, appunto, non prevedeva alcuna formalità *ad substantiam* per la validità del matrimonio. Cercò semplicemente di incoraggiarne la pubblicità, invitando i fedeli a non unirsi *clam*, e

⁹² Nov. 117.4 (trad. Auth.): *Quia vero legem dudum protulimus iubentem aut dotalia fieri documenta aut alias probationes procedere factas apud ecclesiae defensores, per quas nuptias competat confirmari, aut certe sacramenta praebere, in praesenti perspeximus melius disponere ea quae de his pridem sancita sunt. Et propterea iubemus eos qui maximis dignitatibus decorati sunt usque ad illustres non aliter nuptias celebrare nisi dotalia scribantur instrumenta, nisi tamen aliquis antequam mereretur huiusmodi dignitates ex affectu solo duxit uxorem. Tales enim nuptias ante dignitatem factas et post dignitatem legitimas manere praecipimus, et ex his natos legitimos esse filios; postquam vero honorati fuerint aliqui huiusmodi dignitatibus, non aliter ducere uxores nisi cum dotalibus instrumentis. Hanc autem legis subtilitatem concedimus subiectis nostrae reipublicae barbaris, licet dignitatibus huiusmodi decorati sint, ut etiam nudo affectu possint ipsi volentes contrahere nuptias. Reliquos autem omnes praeter eos qui maximis, sicut dictum est, dignitatibus decorati sunt, cuiuslibet sint dignitatis aut militiae aut studii, si quidem voluerint aut potuerint, non prohibemus cum dotalibus instrumentis ducere uxores; si autem etiam hoc non custodierint, et ex solo affectu celebratas nuptias firmas esse sancimus, et ex eis natos legitimos esse filios iubemus: cfr. C. Fayer, *La familia romana* 2 cit. 630 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 39 ss.*

⁹³ Sulla posizione della Chiesa in questo periodo cfr. Orestano, *La struttura giuridica* cit. 399 ss.; v. anche Fayer, *La familia romana* 2 cit. 634 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 49 ss.; Cunenno Benatti, *Ricerche sul matrimonio* cit. 211 ss.

quindi non chiedendo altro se non che il consenso fosse dato pubblicamente⁹⁴.

Nell'ottica cristiana, però, il matrimonio rievoca l'unione di Cristo e della Chiesa⁹⁵ e, come tale, assurge alla dignità di *sacramentum*, cioè di un impegno assunto con giuramento dal quale scaturisce quel vincolo sacro che unisce indissolubilmente gli sposi e li obbliga ad una fedeltà reciproca inviolabile⁹⁶. Ciò che distingue, dunque, il matrimonio cristiano è l'essere un vincolo indissolubile ed è tale in quanto si fonda sull'indissolubile unione fra Cristo e la sua Chiesa, di cui è immagine e simbolo. L'aver il cristianesimo accresciuto di contenuto etico, di valore religioso, di spiritualità la nozione di matrimonio ha conseguentemente spinto la Chiesa a lottare sempre con maggiore impegno per affermare, prima verso i fedeli e poi verso lo Stato, sia il principio della pubblicità del matrimonio che il proprio intervento nella sua celebrazione.

Anche dopo l'editto di Milano del 313, che concesse la libertà di culto, pur mutando la situazione dei cristiani, questi continuarono dunque ad attenersi alle leggi e alle consuetudini civili per quanto concerne la regolamentazione delle loro unioni. Si introdusse però gradualmente l'uso di far intervenire alle loro nozze i ministri più qualificati della comunità, ossia i vescovi ed i sacerdoti, con il compito di pronunciare le parole di benedizione. Tant'è che è attestato come nel corso del IV e del V sec. i fedeli fossero ormai soliti far partecipare appunto il clero alle loro nozze e farle benedire⁹⁷. Nel matrimonio cristiano furono inoltre conservati alcuni elementi propri del matrimonio pagano: in particolare la Chiesa mantenne l'uso di redigere per iscritto lo strumento dotale, rendendolo uno degli elementi più utili per raggiungere quella pubblicità e quella certezza dell'esistenza legale del matrimonio. Essa stessa si fece quindi propugnatrice dell'uso di tali scritture come prova sia dell'unione che della legittimità della filiazione. Esplicito a tale riguardo è Agostino, *Sermo* 51.13.22⁹⁸, quando afferma che le *tabulae nuptiales*

⁹⁴ Cfr. in proposito il canone 1 del Concilio di Laodicea risalente al 320 d.Cr. (J.D. Mansi, *Sacrorum Conciliorum Nova Amplissima Collectio*, 2, Firenze 1757,564): *Oportere ex ecclesiastico canone eos, qui libere et legitime secundo matrimonio coniuncti sunt et non clam uxores deduxerunt cum exiguum tempus praeterierint, et orationibus et ieiuniis vacaverunt, eis ex venia dari communionem.*

⁹⁵ Paul. *Epist. ad Ephes.* 5.25-26: *Viri, diligite uxores vestras sicut et Christus dilexit ecclesiam et semet ipsum tradidit pro illa et eam sanctificaret mundans in lavacro aquae in verbo.*

⁹⁶ Per l'uso del termine *sacramentum* riferito al matrimonio cfr., sulla scia di Paul. *Epist. ad Ephes.* 5.32, Tertulliano, *Exhort. cast.* 5.3-4 (P.L. 2.1008); ma v. anche Lattanzio, *Epist.* 61.7 (P.L. 6.1080), e soprattutto Agostino, *Pecc. orig.* 34.39 (P.L. 44.404); 37.42 (P.L. 44.406); *Contra Dal-Pelag* 3.25.57 (P.L. 44.732); *Bon. coniug.* 24 (P.L. 40.394); cfr. *amplius* Fayer, *La familia romana* 2 cit. 640 ss.

⁹⁷ Cfr. in proposito le fonti citate da Fayer, *La familia romana* 2 cit. 654 ss.

⁹⁸ Aug. *Sermo* 51.13.22 (P.L. 38.345): *Caeterum, qui uxoris carmen amplius appetit, quam praescribit limes ille liberorum procreandorum causa, contra ipsas tabulas facit, quibus eam dixit uxorem. Recitantur tabulae, et recitantur in conspectu omnium attestantium, et recitantur:*

attestano lo scopo delle nozze: la procreazione della prole; esse stesse costituiscono poi la prova sia del carattere matrimoniale dell'unione sia dello scopo per il quale la donna viene consegnata dal padre al futuro marito. Nelle opere di Agostino sono d'altronde numerosi i riferimenti alle *tabulae nuptiales* contenenti la formula *liberorum procreandorum causa*, e a lui dobbiamo la notizia dell'usanza che fosse il vescovo, quale padre comune, a sottoscrivere tali *tabulae*⁹⁹, che venivano lette alla presenza degli astanti e dalla cui lettura era considerato iniziato il matrimonio¹⁰⁰. Per la Chiesa, dunque, le *tabulae nuptiales* finirono per assumere valore morale e probatorio, rispondendo all'intento di dare forma pubblica al matrimonio, escludendo così la possibilità di matrimoni occulti.

VII. *Nascita, diffusione ed evoluzione del concubinato*

Le relazioni sessuali tra un uomo e una donna che non fossero state intraprese con scopo matrimoniale assumevano il carattere di mere unioni di fatto non aventi rilevanza giuridica. Tra queste i Romani distinsero il *concubinato*, una unione di fatto, appunto, che in tanto esisteva in quanto esisteva il fatto¹⁰¹. Tale unione era contraddistinta dalla mancanza dell'*affectio maritalis*, e quindi dell'*honor matrimonii*; pertanto la donna non partecipava al rango ed alla dignità sociale dell'uomo e i figli eventualmente nati da questa unione erano illegittimi¹⁰². Essa è d'epoca altrettanto antica quanto il matrimonio, che ori-

liberorum procreandorum causa; et vocantur tabulae matrimoniales. Nisi ad hoc dentur, ad hoc accipiantur uxores, quis sana fronte dat filiam suam libidini alienae? Sed ut non erubescant parentes, cum dant, recitantur tabulae; ut sint soceri non lenones. Quid ergo de tabulis recitatur? Liberorum procreandorum causa. Tergitur frons patris atque serenatur; audita voce tabularum.

⁹⁹ Aug. *Sermo* 332.4 (P.L. 38.1463): *Verum est; istis tabulis subscripsit episcopus: ancillae vestrae sunt uxores vestrae, domini estis uxorum vestrarum.*

¹⁰⁰ Aug. *Confess.* 9.9: (Monica) *veluti per iocum graviter admonens (amicas), ex quo illas tabulas quae matrimoniales vocantur, recitari audissent, tamquam instrumenta quibus ancillae factae essent, deputare debuisse.*

¹⁰¹ Sul concubinato vedi per tutti Fayer, *La familia romana* 3 cit. 3, 11 ss., con letteratura pregressa. Più di recente cfr. anche S.A. Cristaldi, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano 2014, 143 ss.; F. Lamberti, *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in AA.VV., *Unioni di fatto dal diritto romano ai diritti attuali. Atti dell'incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015*, Torino 2016, 1 ss.

¹⁰² Sugli aspetti giuridico-antropologici della distinzione tra figli legittimi e illegittimi v. le interessanti considerazioni di L. Maganzani, *Per uno «sguardo antropologico» del giurista. Il rapporto padre-figlio nel mondo romano*, in AA.VV., *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna 2016, 99 ss.

ginariamente, come si è detto, dovette essere accompagnato sempre da *conventio in manum*. Una conferma di questo stato di cose la riscontriamo in un passo di Gellio il quale ci riferisce di una disposizione, risalente all'epoca regia, che avrebbe sanzionato il comportamento della *paelex*, termine che indicava la donna che intratteneva una relazione concubinaria, successivamente denominata anche *concupina*. In *Notti Attiche* 4.3.3¹⁰³, infatti, l'a. ricorda che secondo un'antichissima legge, emanata da Numa, era chiamata *paelex* e ritenuta svergognata colei che fosse *iuncta consuetaque* con un uomo *in cuius manu mancipiove*¹⁰⁴ *alia matrimonii causa foret*, cioè colei che fosse compagna abituale di vita di un uomo nella cui *manus* si trovasse un'altra donna a causa di matrimonio. Il che dimostra non solo l'alta antichità del fenomeno, ma conferma anche quanto abbiamo detto in precedenza, e cioè che in epoca regia esisteva un matrimonio accompagnato sempre da *conventio in manum* al quale si sarebbe potuta affiancare una relazione extramatrimoniale stabile tra l'uomo e una *paelex*. La legge di Numa Pompilio avrebbe infatti inteso distinguere i due ruoli, ponendo la donna *conventa in manum* su un piano più alto della *paelex* a cui sarebbe stato vietato di praticare il culto di Giunone, riservato alle donne sposate: con la conseguenza che, in caso di inosservanza, la *paelex* avrebbe dovuto offrire, *crinibus demissis*, un'agnella alla dea.

Già nel III sec. a.Cr. abbiamo poi notizie di unioni stabili tra un uomo e una donna diverse dal matrimonio, che vengono chiamate *concupinatus* e nelle quali la donna viene indicata con il termine *concupina*. Plauto, nelle sue commedie, lo usa diverse volte: ad es., nel *Miles gloriosus*, nel descrivere la relazione tra Filocomasio (una giovane donna ingenua) con Pìrgopolinice (il *miles*), un rapporto stabile e caratterizzato dalla convivenza nella stessa casa¹⁰⁵. Ma in tal senso testimonia anche l'*Epidicus*, ove un soldato chiede di acquistare ed affrancare

¹⁰³ Gell. *N.A.* 4.3.3: '*Paelicem*' autem appellatam probosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accepimus: '*Paelex*' aedem Iunonis ne tangito: si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito. In tal senso v. anche Paul.-Fest. s.v. *Pelices* (Lind. 248). Sull'origine greca del termine (= *παλλακή*) v. invece Paolo in D. 50.16.144. Su queste fonti cfr. per tutti Fayer, *La familia romana* 3 cit., 14 ss.; più di recente R. Laurendi, *Leges regiae e ius Papirianum. Tradizione e storicità di un corpus normativo*, Roma 2013, 83 ss.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit., 144 ss.; Astolfi, *Il matrimonio nel diritto*, cit., 11 ss.

¹⁰⁴ L'espressione *in manu mancipiove* usata da Gellio va intesa senz'altro in senso non tecnico, come allusiva alla generica *conventio in manum*. Sulle diverse opinioni espresse al riguardo rinviamo comunque a Fayer, *La familia romana* 2 cit. 286 s., nt. 325, e Cristaldi, *Unioni non matrimoniali*, cit., 146, nt. 7.

¹⁰⁵ Il termine *concupina* è adoperato infatti in diversi luoghi e sempre usato per descrivere questa relazione tra Filocomasio e Pìrgopolinice: Arg. 1. v.11; Arg. 2. v. 15; vv.140, 146, 336, 362, 416, 458, 470, 508, 549, 814, 937, 973, 1095, 1145.

una schiava proprio al fine di farne la sua *concupina*¹⁰⁶. Analogamente, nel *Poenulus*, un giovane intende acquistare una schiava per farne la sua *concupina*¹⁰⁷. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi¹⁰⁸.

Nelle commedie plautine, in effetti, il concubinato appare una relazione autonoma rispetto al matrimonio, ma non incompatibile con esso. Che nel *Miles*, Pirgopolinice, prima d'iniziare una nuova relazione con una donna che egli intendeva sposare, si chieda come deve comportarsi nei confronti della donna che già aveva a casa sua come concubina¹⁰⁹ è infatti da connettere all'esigenza di vivacizzare la vicenda e non ad una incompatibilità tra le due relazioni che, comunque, inevitabilmente potevano determinare il sorgere di situazioni conflittuali¹¹⁰.

D'altronde, anche successivamente, all'epoca di Cicerone in particolare, questa incompatibilità non c'era. Interessante, al riguardo, il caso descritto nel *de oratore* (1.40.183)¹¹¹. Ivi l'Arpinate racconta di un *paterfamilias* che, tornato a Roma dopo aver lasciato in Spagna la moglie incinta, si risposa senza comunicare alla prima moglie la sua volontà di divorziare. Dopo qualche tempo questi, padre di due figli di madri diverse, muore senza lasciare testamento. La questione che l'Arpinate affronta (senza risolverla direttamente), riguarda la condizione del figlio nato dalla seconda moglie e di quest'ultima: la quale sarebbe stata da considerare come una concubina se si fosse stabilito che lo scioglimento del primo matrimonio avrebbe dovuto avere luogo soltanto per mezzo di una espressa formula giuridica e non con nuove nozze.

Cicerone, dunque, nel mettere in evidenza l'esigenza, al fine di evitare qual-

¹⁰⁶ *Epid.* vv. 463 ss.: *Mil. Mihi illam ut tramittas, argentum accipias: adest. / Nam quid ego apud te vera parcam proloqui? / Ego illam volo hodie facere libertam meam, / mihi concubina quae sit.*

¹⁰⁷ *Poen.* v. 102 s.: *Illam minorem in concubinatum sibi / volt emere miles quidam qui illam deperit.*

¹⁰⁸ Sul punto *amplius* Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 157 ss.

¹⁰⁹ Cfr. *Mil.* v. 973: *Quid illa faciemus concubina quae domist?*, e vv. 1094 ss: *Quid nunc mihi es auctor ut faciam, Palaestrio, / de concubina? nam nullo pacto potest / prius haec in aedis recipi quam illam amiserim.*

¹¹⁰ Diversamente Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 160 s.

¹¹¹ Cic. *De orat.* 1.40.183: *Quid, quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocrisne res in contentionem adducta est, cum quaereretur de duobus civium capitibus, et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre quae, si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum duceretur?* Sul testo v. per tutti C. Fayer, *La familia romana* 3 cit. 64 s., e Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 161 ss., con ampia letteratura.

siasi equivoco, che il marito comunicasse espressamente alla prima moglie la sua volontà di divorziare da essa prima di iniziare una nuova relazione matrimoniale, non considera comunque incompatibili le due diverse relazioni contemporanee: il matrimonio, appunto, e il concubinato. L'unico inconveniente sarebbe stato infatti quello per cui la seconda relazione, se concubinaria, non avrebbe potuto far sorgere aspettative ereditarie *ab intestato* sul figlio nato da questa, proprio perché illegittimo.

Ma anche Svetonio, nella sua *vita Augusti*, racconta della relazione tra Antonio e Cleopatra in costanza del matrimonio del primo con Ottavia: anzi, in una presunta lettera inviata da Marco Antonio al futuro Augusto, Marco, nell'affermare come non ci fosse nulla di sconveniente nel fare l'amore con la regina d'Egitto, la qualifica addirittura come sua moglie (*uxor mea est*), sottolineando come pure Ottaviano non era uno stinco di santo e che, accanto alla moglie Livia, teneva rapporti carnali con tante altre donne¹¹².

Se il concubinato fu un fenomeno abbastanza frequente in epoca repubblicana, l'inizio di una sua maggiore diffusione in tutti gli strati sociali, specialmente nei più elevati, coincise comunque con l'epoca augustea. Secondo l'opinione maggiormente seguita dagli storici del diritto, l'ampliarsi di questo fenomeno sarebbe appunto da connettere ad una indiretta conseguenza della legislazione matrimoniale augustea. La *lex Iulia de adulteriis*, infatti, enumerando una serie di persone *in quas stuprum non committitur*, indirettamente indicava quelle donne con le quali era possibile una relazione concubinaria senza incorrere nelle pene previste per lo stupro; analogamente, la *lex Iulia et Papia*, stabilendo alcuni divieti di natura sociale che impedivano il matrimonio, faceva sì che il concubinato fosse l'unica relazione possibile¹¹³.

Le donne che si potevano tenere come concubine senza timore di commettere stupro erano d'altronde proprio quelle con le quali era impossibile il matrimonio, come le schiave e quelle prive di conveniente dignità sociale, con cui la *lex Iulia et Papia* proibiva il matrimonio o a tutti gli ingenui o ai soli appartenenti

¹¹² Suet. *Aug.* 69.2: *Scribit etiam ad ipsum haec familiariter adhuc necdum plane inimicus aut hostis: «quid te mutavit? quod reginam in eo? uxor mea est. Nunc coepi an ab hinc annos novem? Tu deinde solam Drusillam inis? Ita valeas, uti tu, hanc epistolam cum leges, non inieris Tertullam aut Terentillam aut Rufillam, aut Silvam Titiseniam aut omnes. An refert, ubi et in qua arrigas?»*. Sul brano da ultima Lamberti, *Convivenze* cit. 6 ss.

¹¹³ In tal senso v. Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 163 ss., con argomentazioni convincenti. Cfr. al riguardo comunque anche, tra gli autori più risalenti, P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 1, rist. Milano 1963, 315 ss.; B. Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3, Milano 1954, 125 ss.; tra i più recenti, L. Sandirocco, *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, in *Labeo* 50, 2004, 202 ss.; Fayer, *La familia romana* 3 cit. 20 ss., e Lamberti, *Convivenze* cit. 10 ss.

all'ordine senatorio, come ad es. le mezzane, le attrici e le figlie di attrici, le donne condannate in pubblici giudizi, le adultere, condannate o meno, le meretrici. Riguardo poi alle liberte, non solo lecito, ma anche degno di rispetto era il concubinato col proprio padrone: a queste ultime era infatti riservato il *nomen* di matrone e la dignità ed il titolo di mogli. Le fonti attestano inoltre che si poteva tenere in concubinato non solo la liberta propria, ma anche quella altrui¹¹⁴. Il concubinato era comunque lecito pure con una donna libera ma *obscuro loco nata* o che fosse stata una meretrice, quindi la donna di bassa estrazione sociale o di costumi degradati, cioè una donna, come la mezzana, *in quas stuprum non committitur*. Se poi si voleva instaurare una relazione concubinaria con una donna *honestae vitae et ingenua*, fenomeno diffuso soprattutto nel tardo antico¹¹⁵, si richiedeva una dichiarazione, *testatio*, da cui doveva risultare chiaramente questa intenzione; altrimenti, senza tale dichiarazione, o la donna si teneva come moglie o si rischiava di incorrere nel reato di *stuprum*. La *testatio* avrebbe dunque avuto la funzione di esplicitare la volontà dell'uomo di tenere quella donna, con la quale poteva sposarsi, come concubina, appunto, e non come moglie.

Non appare d'altronde risultasse impossibile ancora in età imperiale la coesistenza tra matrimonio e concubinato. In tal senso testimonia Papiniano nei suoi *libri responsorum*¹¹⁶. Il giurista severiano ci informa infatti di una moglie che, al momento della conclusione del matrimonio, aveva stipulato con lo sposo duecento per il caso in cui, in costanza di matrimonio, questi avesse ripreso la consuetudine della relazione con una concubina. Nel suo responso Papiniano afferma che non c'era ragione per la quale in forza di quella stipulazione concepita secondo i buoni costumi, la moglie, verificatasi la condizione, non potesse conseguire la somma stipulata. Dal che si ricava chiaramente che, nonostante la coesistenza tra le due relazioni fosse considerata contraria ai *boni mores*, in ogni caso concubina e moglie potevano coesistere contemporaneamente e che l'unico rimedio che la moglie aveva di opporsi a ciò era quello di cautelarsi preventivamente mediante un'apposita *stipulatio, stipulatio*, appunto, che sarebbe stata concepita *ex bonis moribus*.

¹¹⁴ Sui rapporti tra patrono e liberta v. soprattutto C. Masi Doria, *Matrimoni e tresche libertine. Qualche osservazione sul rapporto patrono-liberta*, in *Marriage* cit. 123 ss.

¹¹⁵ Cfr. D. 48.5.35 pr. (Mod. 1 reg.), e D. 25.7.3 pr. (Marcian. 12 inst.), su cui v. anche Fayer, *La familia romana* 3 cit. 22 ss., e, più di recente, Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 187 s.

¹¹⁶ D. 45.1.121.1 (Pap. 11 resp.): *Stipulationis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit*. Sul frammento v. per tutti Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 172 s., il quale aggiunge anche alcuni interessanti testi epigrafici che menzionano assieme alla moglie la concubina.

Dalla relazione concubinaria scaturivano, ovviamente, effetti diversi rispetto a quelli nascenti da un'unione matrimoniale. La posizione sociale della concubina era infatti molto diversa rispetto a quella della moglie: non le spettava l'appellativo di *uxor*, né partecipava al rango e alla dignità sociale del marito rispetto al quale non aveva altresì alcun obbligo di fedeltà. Oltre poi a non essere tenuta a contribuire agli oneri della vita in comune attraverso l'apporto di una dote, alla stessa non si applicavano le disposizioni riguardanti i rapporti patrimoniali tra coniugi: infatti, nonostante in linea generale potesse ricevere donazioni, non aveva nessuna aspettativa ereditaria *ab intestato*, pur se rimaneva salda la sua capacità di *capere ex testamento*¹¹⁷. Riguardo inoltre alla condizione dei figli nati da queste unioni concubinarie, essi, in quanto *spurii*, erano *sui iuris* sin dalla nascita, non potendo la madre esercitare la *patria potestas* su di loro, anche se ne acquistavano il nome e ne seguivano la condizione, mentre rispetto al padre non erano considerati *cognati* nemmeno dal pretore ai fini della *bonorum possessio unde cognati*¹¹⁸. Il che non escludeva che il genitore non potesse adottarlo, eventualmente, contemplarlo nel suo testamento¹¹⁹.

Il concubinato ebbe una larga diffusione per tutta l'epoca classica, fino all'inizio del IV sec. Questa relazione, pur essendo avversata dai Padri della Chiesa, che non mancarono di condannarla¹²⁰, non lo fu dalla Chiesa ufficiale. La riluttanza di quest'ultima a prendere posizione sul problema trova la sua giustificazione nell'essere essa consapevole di avere a che fare con un diffuso ed imponente fenomeno sociale, che consigliava la massima prudenza¹²¹. Ma un mutamento di rotta si ebbe con gli imperatori cristiani, a cominciare da Costantino. Quest'ultimo, infatti, nel 326 ebbe a legiferare in questi termini: *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere*, vietando così al marito di tenere una concubina in costanza di matrimonio¹²².

¹¹⁷ Cfr. ancora Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 177 s., con fonti e letteratura. Adde Lamberti, *Convivenze* cit. 16 ss.

¹¹⁸ Cfr. D. 38.8: v. sul punto Maganzani, *Per uno «sguardo antropologico»* cit. 105.

¹¹⁹ Cfr. sempre, per tutti, Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 178 s.; Lamberti, *Convivenze* cit. 24 ss.

¹²⁰ Cfr. Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 128 s.; v. anche Sandirocco, *Il concubinato* cit. 208 ss., e, più di recente, G.M. Oliviero Niglio, *Lo status femminile nei canoni conciliari e nella legislazione imperiale della tarda antichità*, Roma 2016, 227 ss.

¹²¹ In tal senso v. Fayer, *La familia romana* 3 cit. 28 s., e, più di recente, Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 179 s.

¹²² C. 5.26.1 (*Imp. Constantinus A. ad populum*). Sull'atteggiamento di Costantino in materia cfr. *amplius* M. Navarra, *Testi costantiniani in materia di filiazione naturale*, in *A.A.C.* 7, 1988, 159 ss.; L. Sandirocco, *Il concubinato* cit., 205 ss.; Fayer, *La familia romana* 3 cit. 29 ss.; S. A. Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 180 ss.; Oliviero Niglio, *Lo status femminile* cit. 201 ss.

In termini analoghi¹²³ si esprimerà d'altronde anche Giustiniano il quale, in C. 7.15.3.2 del 531, affermerà: *Omnibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iura nec nostra concedunt*. Sulla scia dei precedenti interventi imperiali (*antiqua iura*), in costanza di un matrimonio pure per l'Imperatore di Tauresio non sarebbe stato pertanto consentito avere una concubina¹²⁴.

Gli imperatori di quell'epoca ebbero tuttavia a cuore soprattutto della sorte dei figli nati da queste unioni concubinarie. Al 477 data la costituzione di Zenone, accolta in C. 5.27.5, che, presumibilmente sulla scia di Costantino, prese in considerazione la situazione dei figli naturali e la loro eventuale legittimazione per susseguente matrimonio¹²⁵. La *lex* considera il caso di donne *ingenuae* che vivevano in concubinato con uomini non sposati né aventi prole legittima da precedente matrimonio. Essi, qualora l'avessero voluto, potevano contrarre

¹²³ In tal senso v. anche il redattore delle Paul. Sent. 2.20.1: *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest*. Non va a questo proposito passato sotto silenzio che l'operetta postclassica, alla quale il testo appartiene, venne ritenuta idonea ad essere utilizzata nei tribunali dell'impero proprio da Costantino (cfr. C.Th. 1.4.2, su cui v. il recente contributo di I. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, 14 ss.). Sul testo in questione v. per tutti Fayer, *La familia romana* 3 cit. 30 s.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 176, nt. 158.

¹²⁴ Fayer, *La familia romana* 3 cit. 31, e, più di recente, Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 189.

¹²⁵ C. 5.27.5 (*Imp. Zeno A. Sebastiano p.p.*) pr.: *Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et eum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam: pactis, quae matrimonii tempore super dotalibus vel ante nuptias donationis rebus subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus, ut una cum fratribus suis postea ex isdem parentibus forte progenitis, aut soli, si nullus alius sit procreatus, dotis et ante nuptias donationis pro tenore legum nec minus factorum emolumenta recipiant. 1. Hi vero qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimos filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare*. Sulla *lex* in esame v., tra gli AA. più recenti, Navarra, *Testi costantiniani* cit. 161 ss.; Fayer, *La familia romana* 3 cit. 37 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 265 ss.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 184 ss.

legittimo matrimonio con le loro concubine e rendere così i figli nati dall'unione concubinaria *sui e in potestate patris*. Questi ultimi sarebbero stati di conseguenza chiamati alla successione paterna tanto *ex testamento* quanto *ab intestato*, insieme con gli eventuali altri figli legittimi nati dopo la trasformazione del concubinato in matrimonio, cui venivano pertanto equiparati. Nell'ottica imperiale, però, la *legitimatio per subsequens matrimonium* avrebbe riguardato solo il passato, che l'Imperatore voleva appunto regolarizzare, ed era applicabile solo ai figli nati da concubine *ingenuae* prima dell'emanazione della legge; non potevano infatti giovare del beneficio concesso coloro che, intrattenendo una relazione concubinaria con donna *ingenua* al momento della pubblicazione della legge, non avessero ancora avuto figli; per avere figli legittimi essi dovevano ricorrere ad un preventivo matrimonio, sempre che l'uomo non avesse figli legittimi o moglie. La costituzione di Zenone conferisce pertanto alla legittimazione per susseguente matrimonio «un carattere transitorio e di sanatoria ed una portata limitata», riferendosi a casi già esistenti, che si volevano sanare, e solo ai figli già nati da una concubina *ingenua*; per il futuro occorreva che il concubinato si convertisse in matrimonio prima che i figli nascessero: sarebbe stato questo, infatti, l'unico modo perché potessero dirsi legittimi. Nella parte finale della legge si afferma poi che, per coloro che avessero voluto far nascere i figli da una concubina *ingenua* differito il matrimonio, era esclusa, dopo questa legge, ogni possibilità di richiedere all'imperatore il riconoscimento per essi della condizione di *iusti ac legitimi*.

Con Anastasio, nel 517, la *legitimatio per subsequens matrimonium* acquisterà però il carattere della stabilità, divenendo applicabile anche per il futuro e potendo riguardare pure i *liberi naturales* nati da una concubina non *ingenua*. L'imperatore, infatti, stabilì che fossero considerati legittimi ed in potestà del loro padre i figli nati o concepiti da quella concubina che al momento della emanazione della legge fosse tenuta *uxoris loco*, purché il padre fosse privo di figli legittimi nati da precedenti matrimoni. A questi figli veniva riconosciuta una piena capacità di acquisto, potendo ricevere dal proprio padre ogni liberalità sia *inter vivos* che *mortis causa* e potendo pure succedergli *ab intestato*. Quanto previsto nella *lex* sarebbe altresì valso anche per il futuro, purché però la conclusione del matrimonio con la concubina fosse avvenuta *dotalibus instrumentis confectis*, cioè con la confezione degli strumenti dotali¹²⁶.

¹²⁶ Cfr. C. 5.27.6 (*Imp. Anastasius A. Sergio p.p.*) pr.: *Iubemus eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimosque habere propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos si voluerint transferre, ab intestato quoque eorum ad hereditatem vocandos, nec aliquam quaestionis seu altercationis exer-*

Nonostante l'atteggiamento sfavorevole assunto dallo zio Giustino I, il quale nel 519 abrogherà la precedente normativa¹²⁷, abolendo la legittimazione per susseguente matrimonio e stabilendo che per il futuro lo *status* di figlio legittimo spettasse solo ai figli nati da matrimonio legittimo, il nipote Giustiniano intese risolvere tutte le unioni concubinarie in formali matrimoni, estendendo di conseguenza al concubinato, sulla scia degli orientamenti in tal senso della giurisprudenza tardo classica¹²⁸, i requisiti delle *iustae nuptiae*. Per l'imperatore, infatti, il concubinato poteva instaurarsi solo tra persone tra le quali era possibile il matrimonio¹²⁹. Egli fece inoltre anche sua la tendenza, sviluppatasi a partire dal tardo antico, volta a tollerare l'instaurazione del concubinato pure con donne *ingenuae et honestae*, a condizione che se ne facesse pubblica dichiarazione (*testatio*), non considerando pertanto tali unioni *stuprum*¹³⁰. E come il matrimonio, esso doveva essere monogamico: in costanza di matrimonio, dunque, non sarebbe più stato possibile avere una concubina¹³¹. Analogamente, l'uomo non sposato non poteva avere contemporaneamente più concubine¹³². Giusti-

*caendae sub qualibet astuta subtilique legum vel constitutionum occasione super his vel agnatis seu cognatis genitoris eorum vel quibusdam aliis superesse facultatem in posterum: nihilo minus, quisquis huiusmodi mulierem uxoris loco dotalibus instrumentis confectis habuerit, pro eius subole similem eandemque formam custodiri, ne adimatur ei licentia sibi quodammodo per liberos proprios suum patrimonium acquirendi. 1.: Filios insuper vel filias iam per divinos adfatus a patribus suis in abrogationem susceptos vel susceptas huius providentissimae nostrae legis beneficio et iuvamine potiri censemus, su cui v. Navarra, *Testi costantiniani* cit. 465 ss.; Fayer, *La familia romana* 3 cit. 40 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 273 ss.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 186.*

¹²⁷ Vedi C. 5.27.7 pr. (*Imp. Iustinus A Martino p.p.*), su cui *amplius* Fayer, *La familia romana* 3 cit. 42 ss.; Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 279 ss.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 186 s.

¹²⁸ Riguardo all'età già Ulpiano (D. 25.7.1.4), infatti, aveva dichiarato: *Cuiuscumque aetatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit*. Analogamente, in tema di impedimenti matrimoniali, lo stesso giurista (D. 23.2.56) si era così espresso a proposito della figlia della sorella: *Etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur*; mentre riguardo alla liberta, concubina del proprio patrono, divenuta successivamente concubina del figlio o del nipote di lui, il giurista di Tiro aveva affermato (D. 25.7.1.3): *Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est*. Cfr. sul punto anche Fayer, *La familia romana* 3 cit. 52; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 189.

¹²⁹ Nov. 12.4 (a. 535) (trad. *Auth.*): *habuerit quandam consuetudinem ad aliam mulierem, quam licebat etiam legitime ducere uxorem*.

¹³⁰ Vedi retro nt. 115.

¹³¹ Cfr. C. 7.15.3.2, cit. nel testo, ma v. anche Nov. 18.5 del 536 e Nov. 89.12.5 del 539: *neque uxore legitima ... si uni concubinae coabitaverit*.

¹³² Nov. 18.5; Nov. 89.12.4

niano disciplinò altresì in modo più stabile l'istituto della legittimazione dei *liberi naturales* riconoscendo sia la *legitimatio per subsequens matrimonium*¹³³ che quelle *per oblationem curiae* e *per rescriptum principis*¹³⁴. Sotto il profilo patrimoniale, inoltre, consentì l'elargizione alla concubina e ai figli naturali di metà del patrimonio, in assenza di figli legittimi e di genitori, in loro presenza un'oncia, mezza di fronte alla sola concubina¹³⁵. Riconobbe infine, in mancanza di moglie e figli legittimi, alla concubina e ai figli naturali, il diritto di succedere *ab intestato* nella misura di due once; in presenza di figli legittimi, un diritto agli alimenti¹³⁶.

Così operando, l'Imperatore fece dunque del concubinato un istituto alternativo al matrimonio¹³⁷, proprio in un'epoca in cui quest'ultimo era contrassegnato, come si è visto, da una forte presenza della Chiesa alle nozze. Lo spirito della legislazione giustiniana è infatti ben recepito dalla Glossa ad l. 24 D. 23.2: ... *duo enim tantum coitum sunt liciti secundum leges, scilicet cum concubina, et uxore; alii omnes sunt illiciti* ...

VIII. *Il concubinato nel diritto canonico; sua configurazione come reato nel diritto italiano e sua successiva depenalizzazione. Riflessioni conclusive*

Avendo la Chiesa introdotto come elemento essenziale del matrimonio la benedizione, non ammettendosi altra unione se non quella che avveniva *in facie ecclesiae*, il dualismo non venne dalla stessa tollerato. Una unione senza la benedizione della Chiesa, infatti, fu considerata concubinato nel senso pagano dell'espressione, cioè unione extramatrimoniale, vietata indipendentemente dalla monogamia e dai requisiti. Pertanto, una unione accompagnata dalla benedizione nuziale sarebbe stata matrimonio, ogni altra unione fornicazione. Su questa base Leone VI il Filosofo (886-912), con le *Novellae* 89 e 91, richiamandosi

¹³³ Egli ripristinò, infatti, come istituto ordinario la legittimazione per susseguente matrimonio voluta da Anastasio e abrogata da Giustino emanando due costituzioni, C. 5.27.10 (*Imp. Iustinianus Demostheni p.p.Or.*), del 529 e C. 5.27.11 (*Imp. Iustinianus Iuliano p.p. Or.*), del 530, su cui *amplius* Fayer, *La familia romana* 3 cit. 44 ss., Astolfi, *Studi sul matrimonio* cit. 281 ss.

¹³⁴ Su questi ultimi due istituti cfr. per tutti Fayer, *La familia romana* 3 cit. 47 ss., con letteratura.

¹³⁵ *Nov.* 89.12

¹³⁶ *Nov.* 89.12.6 e 89.15.

¹³⁷ Che l'intento di Giustiniano sia stato quello di fare del concubinato una unione autonoma, alternativa al matrimonio, è quanto in passato aveva sostenuto soprattutto Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 135 ss. Per differenti orientamenti dottrinali in materia cfr. Fayer, *La familia romana* 3 cit. 52 s.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 187.

ai precetti cristiani, abolì il concubinato, una unione, appunto, riprovata dalla Chiesa. Diversa sorte ebbe invece il concubinato in Occidente, ove sopravvisse fino al XII secolo. Il dualismo esistente in questa materia tra Chiesa e Stato è ben rilevato dalla Glossa che abbiamo su citata, ove dopo le parole riferite, aggiunge: ... *secundum decreta unus tantum, scilicet cum uxore, cum alia vero fornicatio*¹³⁸.

Risulta dunque chiara la posizione della Chiesa e dello Stato di fronte a questo fenomeno del concubinato. Sulla scia della legislazione giustiniana, per lo Stato esso veniva tollerato nella misura in cui si poneva come alternativo al matrimonio, essendo indifferente che l'uomo e la donna vivessero assieme come concubini e non uniti nel sacro vincolo matrimoniale. Era invece avversata la contemporanea presenza dei due legami e in quest'ottica il concubinato è stato represso nella legislazione penalistica italiana, a partire da quella del 1889.

Ma prima di passare alla nostra legislazione in materia, occorre spendere qualche parola sul concubinato nel diritto canonico. Il concubinato dei laici rientrò infatti, fin dai primi secoli, nella terza delle tre classi di delitti (*idolatria, homicidium, fornicatio*) che la Chiesa considerava punibili. Nel tempo tuttavia essa divenne meno intollerante verso quelle unioni che potevano essere matrimonio, pur non avendo la dignità di questo. L'orientamento prevalso nella legislazione ecclesiastica fu sancito nel concilio di Toledo del 400 (can. 17)¹³⁹ e recepito da Graziano¹⁴⁰: era sufficiente che l'unione fosse monogamica, cioè che l'uomo fosse di una sola donna, la quale poteva essere *uxor* o *concubina*, purché la *concubina* si avesse *pro uxore*.

Fu la Chiesa ad adeguarsi ai principi giustiniani, interpretando l'unione concubinaria come una convivenza basata semplicemente sull'*affectio maritalis* e quindi come una sorta di matrimonio non solenne¹⁴¹?

¹³⁸ Cfr. Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3 cit., 138; Sandirocco, *Il concubinato* cit. 224 s.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali* cit. 191.

¹³⁹ Bruns, *Canones Apostolorum et Conciliorum veterum selecti* I, Berlino 1839, 206: *Si quis habens uxorem fidelis concubinam habeat, non communicet: ceterum is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habeat, a communione non repellatur, tantum aut unius mulieris aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit coniunctione contentus; alias vero vivens abjiciatur donec desinat et per poenitentiam revertatur*. Cfr. in proposito soprattutto Sandirocco, *Il concubinato* cit. 198 s.; 212 ss.; ma v. anche Biondi, *Il diritto romano cristiano* 3 cit. 128; Fayer, *La familia* 3 cit. 29; Oliviero Niglio, *Lo status femminile* cit. 223 ss.

¹⁴⁰ Decretum Grat. 34.4: *Is, qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur; tamen ut unius mulieris, aut uxoris aut concubinae, sit coniunctione contentus*: cfr. Sandirocco, *Il concubinato* cit. 227 ss.

¹⁴¹ La tesi del concubinato come matrimonio non solenne quale criterio di interpretazione del canone 17 del Concilio di Toledo è stata accolta in dottrina da diversi autori: v. al riguardo Sandirocco, *Il concubinato*, cit. 227 s., nt. 138.

Al di là della risposta che si vuol dare a questa domanda, è certo comune che nel tempo la posizione della Chiesa in materia fu più intransigente verso le unioni non contratte *in facie Ecclesiae*¹⁴². A Benedetto XIV si deve far risalire infatti la prima condanna del matrimonio civile e l'uso della qualifica di *concubinarii* nei confronti di coloro che contraevano tale matrimonio¹⁴³. Analoga posizione assunsero i suoi successori, da Pio IX¹⁴⁴ a Leone XIII¹⁴⁵. D'altronde, ancora oggi, nonostante l'apertura dimostrata soprattutto dall'attuale Pontefice verso le convivenze¹⁴⁶, i coniugi conviventi, in quanto

¹⁴² Vedi *amplius* P.G. Caron, s.v. *Concubinatio (diritto canonico)*, in *NNDI*. 3, Torino 1959, 1159 ss.; più di recente E. Dieni, *Le unioni «di fatto»: quale rilievo per il diritto canonico?*, in *Diritto e politica ecclesiastica* 1, 2002, 139 ss.; V. Parlato, *Note su matrimonio e unioni civili nella concezione cattolica e nel diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (www.statoechiese.it)*, 6, 2014, 1 ss.

¹⁴³ Benedictus Papa XIV, *Constit. 'Redditae'*, 17 settembre 1746 § 3. (*Sanctissimi Domini Nostro Benedicti Papae XIV Bullarium*, 3, Romae 1753, 584).

¹⁴⁴ Cfr. E. Dentziger-C. Bannwart, *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Friburgi Brisgoviae 1922, 472, *Syllabus seu collectio errorum modernorum*: prop. 71: *Tridentini forma sub infirmitatis poena non obligat, ubi lex civilis aliam formam praestituit et velit hac nova forma interveniente matrimonium valere*; 73: *Vi contractus mere civilis potest inter Christianos constare veri nominis matrimonium, falsumque est, aut contractum matrimonii inter Christianos semper esse sacramentum, aut nullum esse contractum, si sacramentum excludatur*. Ma v. anche *Lettera data dalla Santità di N. S. a S. M. Re Vittorio Emanuele sotto li 9 settembre 1852 sul matrimonio civile (Pii IX Pontificis Maximi Acta, Romae 1854-78, 3, 294-302)*; *Resp. S. C. Concil.*, 31 luglio 1867, in *Acta Sanctae Sedis*, 1867-68, 3, 243-45: *Civile, ut aiunt, matrimonium, in locis quibus Tridentinum Decretum Tametsi viget, quod servatum non fuerit, Romae appellari civili contubernium*.

¹⁴⁵ Cfr. *Epistola Encyclica «Inscrutabili»*, 21 aprile 1878 (*Leonis XIII Pontificis Maximi Acta, Romae 1881-1903, 1, 44-58*); Id., *Epistola Encyclica «Arcanum»*, *De matrimonio christiano*, 10 febbraio 1880 (*Ibid.* Romae 1881-1903, 2, 10-40).

¹⁴⁶ Nel discorso di apertura al Convegno ecclesiale della Diocesi di Roma del 16 giugno 2016 Papa Francesco, in risposta ad una domanda sulla crisi del matrimonio, dopo aver avvertito il c.d. matrimonio riparatore, ha infatti aggiunto che nella campagna argentina, nella zona del Nordest, c'è una superstizione: i fidanzati, se hanno un figlio, convivono. Poi, quando il figlio deve andare a scuola, fanno il matrimonio civile. E poi, da nonni, fanno il matrimonio religioso. E ciò perché, dicono, fare subito il matrimonio religioso spaventa il marito. «Dobbiamo lottare anche contro queste superstizioni. Eppure davvero dico che ho visto tanta fedeltà in queste convivenze, tanta fedeltà; e sono sicuro che questo è un matrimonio vero, hanno la grazia del matrimonio, proprio per la fedeltà che hanno». Parole, queste, che in parte rievocano l'importanza attribuita all' *affectio maritalis*, fondamento dell'unione coniugale, di matrice romanistica. Ma ancor più palesemente si è espresso nella *Esortazione apostolica Amoris Laetitia* del 19 marzo 2016, ove il S. Pontefice ha evidenziato l'esigenza della Chiesa di dover guardare, sempre con equilibrio e circostanziata fiducia, alla somministrazione dell'eucaristia ai divorziati risposatisi civilmente: sul punto v. D. Bilotti, *L'Esortazione apostolica Amoris Laetitia. Osservazioni a prima lettura*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* cit. 25, 2016, 20 ss.

concubini, sono sottoposti alle sanzioni previste dalle leggi ecclesiastiche¹⁴⁷.

Il codice penale italiano vigente, invece, come già aveva fatto il codice penale del 1889, considerava soprattutto l'infedeltà della moglie (adulterio ex art. 559), mentre puniva l'infedeltà del marito solo in presenza di dati requisiti. Sorgeva così la figura del reato di concubinato, disciplinata dall'art. 560 del codice penale, consistente nel comportamento del marito che *tiene una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove*. Veniva dunque sanzionato il comportamento di chi teneva contemporaneamente sia una moglie che una concubina, non precludendosi però la possibilità che un uomo avesse una relazione con una donna senza essere unito a lei da vincolo matrimoniale: l'importante appunto era che non fosse sposato. Ancora si era, infatti, in una fase in cui l'unica organizzazione familiare che si riteneva degna di tutela era quella fondata sul matrimonio, in cui dominava la figura del marito e del padre e che bisognava proteggere da contaminazioni esterne. Il che legittimava dunque la sanzione dell'adulterio e del concubinato, gli ostacoli posti al riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio e alla stessa ricerca della paternità¹⁴⁸.

La diversità di trattamento tra l'uomo e la donna aveva però determinato il sorgere di critiche, soprattutto dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che all'art. 29, c. 2, proclamava solennemente che *il matrimonio è ordinato sulla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*. Prevalse tuttavia l'esigenza di permanenza di tale differenza di trattamento e ciò non per una pretesa parzialità della legge nei confronti del sesso 'debole', quanto piuttosto per la diversità delle conseguenze pratiche che potevano derivare dall'adulterio delle mogli, soprattutto per quanto concerne l'incertezza della prole¹⁴⁹. Ma mentre appariva difficilmente contesta-

¹⁴⁷ Cfr. *Codice delle Leggi ecclesiastiche*, a cura di V. Del Giudice, Milano 1952, 1042-1043, art. 1: *I cattolici che intendono contrarre matrimonio sono gravemente obbligati a celebrare il solo matrimonio religioso, dal quale si ottengono gli effetti civili, non essendovi alcuna ragione, scusa o pretesto di ometterlo, attese le cautele di cui la Chiesa l'ha circondato, per renderlo in tutto atto a conseguire il suo scopo religioso e sociale*; art. 2: *Qualora gli sposi cattolici osassero contrarre civilmente, sia pure con l'intenzione di celebrare in appresso il matrimonio religioso, saranno trattati come pubblici peccatori ed il parroco si regolerà a norma del can. 1066*.

¹⁴⁸ Per un quadro degli orientamenti presenti in questa fase cfr. Dogliotti, *Dal concubinato* cit. 868 e la bibliografia riportata dall'A. a nt. 5.

¹⁴⁹ Vedi per tutti G. D. Pisapia, s.v. *Concubinato (dir. pen.)*, in *E.D.* 8, Milano 1961, 861 ss. La punizione dell'adultera, senza che al marito fosse vietato avere relazioni con altre donne, purché non maritate, deriva d'altronde anch'essa dalla tradizione romanistica. Se infatti nel periodo più antico questa punizione era lasciata alla repressione domestica, l'adulterio divenne di azione pubblica al tempo di Augusto che, con la *lex Iulia de adulteriis*, risalente plausibilmente tra il 18 e il 17/16 a.Cr., lo punì in quanto appunto causa d'inquinamento della prole, oltre che lesivo dell'onore del singolo e della pubblica morale. Altrettanto incisivo fu l'atteggiamento degli impe-

bile che l'adulterio della moglie costituisse fatto più grave di quello del marito, non poteva negarsi che il dovere di fedeltà dovesse essere reciproco ed identico per i due coniugi (anche alla luce della parificazione tra i due sessi che già il diritto canonico aveva riconosciuto), e che l'impunità del marito per una relazione occasionale implicasse il riconoscimento di una superiorità non più rispondente ad una concezione moderna dei rapporti matrimoniali. Nonostante un preesistente giudizio conservatore, la Corte Costituzionale, di fronte alla questione riproposta da più giudici, con sentenza del 1968, n. 126, riconobbe che la discriminazione sancita dal 1° comma dell'art. 559 non garantiva l'unità familiare e, risolvendosi in un privilegio assicurato al marito, veniva a violare il principio di parità; dichiarò pertanto l'illegittimità costituzionale del 1° e 2° comma dell'art. medesimo. Questa decisione rendeva inevitabile l'esame dei limiti di validità del delitto di relazione adulterina (art. 559, 3° comma), di contenuto più ampio rispetto a quello di concubinato. Investita della questione, la Corte, con sentenza del 3 dicembre 1969, n. 147, l'ha risolta in modo radicale, affermando l'illegittimità costituzionale della relazione adulterina e del concubinato, i quali pertanto non costituiscono più illecito penale. L'adulterio conservava tuttavia ancora un rilievo civilistico, come presupposto della separazione per colpa (art. 151 c.c.)¹⁵⁰, ma la riforma del diritto di famiglia del '75 ha modificato detto articolo, introducendo la figura della 'dichiarazione di addebito', alla quale si è già accennato. Il resto è storia che già conosciamo.

La convivenza *more uxorio* è passata sotto silenzio da dottrina e giurisprudenza, tranne per qualche aspetto (disciplina delle locazioni, materia tributaria e assistenziale, ecc.). Ma nuove esigenze sociali hanno portato ad un sempre maggiore riconoscimento della famiglia di fatto, che ha trovato finalmente una sua disciplina normativa con la legge Cirinnà.

Dal riferimento alla necessaria sussistenza di un legame affettivo di coppia, nonché dalla doverosa assenza tra i soggetti interessati di determinati vincoli, puntualmente elencati nel comma 36 della legge in esame, si desume con chiarezza l'intenzione del legislatore di escludere dalla regolamentazione legislativa tutte quelle unioni diverse dal matrimonio, o dalle unioni civili, quantunque tut-

ratori successivi, soprattutto di Costantino e di Giustiniano. A quest'ultimo si deve in particolare la reclusione dell'adultera in monastero. Vedi in proposito Coppola Bisazza, *La posizione giuridico-ideologica* cit. 190 ss.; 226 ss. Sulla punizione dell'adulterio in età giustiniana v. altresì da ultima M. Scognamiglio, *La reclusione in monastero dell'adultera*, in *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di M. C. Folliero* 2, Torino 2018, 267 ss. Per ulteriori approfondimenti cfr. *amplius* Fayer, *La familia romana* 3 cit. 189 ss.

¹⁵⁰ Vedi in proposito, per tutti, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale* 2, 1, Milano 1972⁶, 344 ss.

tavia sempre caratterizzate da un rapporto stabile tra persone che non intendono o non possono, per divieti legislativi, incasellare la propria vita affettiva in alcuno dei modelli disciplinati legislativamente e che preferiscono o sono costretti a continuare a convivere *more uxorio*. Il che permette di concludere come ancora una volta l'ordinamento sia intervenuto a fare solo dell'unione concubinaria tra persone non legate da vincoli di matrimonio (o da una unione civile) un legame rilevante giuridicamente e posto in alternativa al matrimonio. Non protegge invece quelle relazioni 'concubinarie' tra soggetti a loro volta uniti da altri vincoli, che già dal tardo impero, e soprattutto nel diritto giustiniano, non ebbero tutela. Tutto ciò in virtù della concezione monogamica dell'unione coniugale che continua a dominare la scena della società occidentale.

Giovanna Coppola
Università di Messina
gcoppola@unime.it

