

Stefania Pietrini

Circa alcuni interventi imperiali su dei «turpissima consortia» in età tardoantica

Al governo dell'imperatore Zenone si possono ricondurre due interessanti costituzioni del libro V del *Codex* giustiniano, che si occupano del divieto di nozze incestuose, oggetto delle brevi riflessioni proposte in questo contributo.

Mentre una di esse dai compilatori del VI secolo fu inserita sotto il titolo '*de incestis et inutilibus nuptiis*', la seconda fu da quelli accolta nel titolo VIII, sotto la rubrica '*Si nuptiae ex rescripto petantur*'. Diversamente, circa C.I. 5.5.8, da taluno ancora attribuita a Zenone¹, va precisato che, a dispetto della indicazione data dall'*inscriptio*, essa, che porta nella '*subscriptio*' la data del 475 ed è diretta al prefetto del pretorio Epinico², deve essere, in realtà, attribuita a Basilisco, come è ormai correttamente ammesso in dottrina³. Non sembra inopportuno

¹) Ribadisce la paternità zenoniana di C.I. 5.5.8 A.D. MANFREDINI, «*Certi legum conditores*» et la veuve vierge (C.I. 5,5,8), in «*RIDA.*», XXXV, 1988, p. 209 s. nt. 2; alla sensata obiezione sollevata dallo studioso contro l'attribuzione del provvedimento a Basilisco («donc, s'il est vrai que Basilisc [suivant la mise en parallèle de C.I.5,5,9 et 1,2,6] a permis des mariages avec une belle-soeur, comment aurait-il pu, durant son bref règne, les avoir interdits de façon générale entre beaux-frères et belles-soeurs») ho cercato, da parte mia, di dare una risposta soddisfacente più avanti nel testo, nel mio commento a C.I. 5.5.9. Più di recente, la costituzione viene attribuita a Zenone ancora da G. MANCINI, *Integrazione ed esclusione nell'esperienza giuridica romana. Dalle politiche di integrazione dello straniero alla generalizzazione della condizione di «straniero in patria»: le norme su capacità matrimoniale e filiazione come strumenti della frammentazione degli status in età tardoantica*, in «*Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*» (cur. F. Rimoli), Napoli, 2014, p. 357, che tuttavia non serba traccia alcuna del problema.

²) Cfr. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche: contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli, 1999, p. 186, e A. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in «*ZSS.*», LXIII, 1943, p. 252.

³) *Ex multis*, R. BONINI, *Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto postclassico e giustiniano*, in «*Studi B. Biondi*», I, Milano, 1965, p. 498 s. e nt. 38, con un opportuno ragguaglio bibliografico.

tuttavia, data la stretta connessione tra le tre costituzioni, tutte in vigore ancora in età giustiniana, procedere a un esame del testo anche di quest'ultima:

C.I. 5.5.8: Licet quidam Aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet, quod certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias re non videri contractas, et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata sunt, tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae fuerint, earumque contractores et ex his progenitos antiquarum legum tenori subiacerere nec ad exemplum Aegyptiorum, de quibus superius dictum est, eas videri fuisse firmatas vel esse firmandas.

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

C.I. 5.8.2.pr.-1: Nefandissimum scelus fratris sororisve filiae nuptiarum, quod sacratissimis constitutionibus sub gravissimae poenae interminatione damnatum est, iterato praesentis divinae sanctionis tenore modis omnibus prohibemus. Precandi quoque in posterum super tali coniugio, immo potius contagio, cunctis licentiam denegamus, ut unusquisque cognoscat impetrationem quoque rei, cuius est denegata petitio, nec si per subreptionem post hunc diem obtinuerit, sibimet profuturam.

In C.I. 5.5.8 si condanna una pratica, ammessa a un certo momento dagli Egiziani, che si univano in matrimonio con le mogli dei loro fratelli defunti⁴. La cancelleria ricorda come tali matrimoni fossero stati ritenuti validi da parte di alcuni '*legum conditores*' sulla base del seguente argomento: dichiarando le donne di essere rimaste vergini, si sosteneva che non vi fosse stato un matrimonio per l'assenza del congiungimento carnale⁵. Come nota, a ragione,

⁴ In maniera convincente MANFREDINI, *op. cit.*, p. 212-222, (che in ogni caso non mi pare di poter seguire su ogni punto delle sue riflessioni: come, ad esempio, la successiva nt. 187) ha respinto le tesi tradizionali, per cui o tale regola sarebbe sorta dall'istituto biblico del levirato e introdotta in Egitto in seguito all'influenza ebraica (E. VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Bologna, 1946, p. 97, e M. KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München, 1975, p. 166 nt. 38), o stabilita da un re egizio, forse di età pretolemaica (E. SEIDL, *Rechtsgeschichte Aegyptens als römischer Provinz*, Sankt Augustin, 1973, p. 213 ss., per il quale, tra l'altro, anche i '*certi legum conditores*' del testo della costituzione rimanderebbero ad antichi legislatori egiziani), dimostrando, viceversa, che essa («une disposition d'origine coutumière de date récente») nacque nell'impero romano, in età tarda.

⁵ Cfr. MANFREDINI, *op. cit.*, p. 211, 215 e 217, che traduce '*legum conditores*' con

Manfredini, quel riconoscimento dell'*exemplum Aegyptiorum*⁶, dovette comportare il diffondersi dell'uso di tali matrimoni anche al di fuori dell'Egitto: la costituzione data a Costantinopoli, in effetti, è diretta al prefetto del pretorio d'Oriente e ammonisce non tanto i '*quidam Aegyptiorum*', ma tutti coloro che abbiano seguito il loro esempio⁷. Con l'intervento di Basilisco si riportano tali rapporti (chi li ha stretti e i figli che ne fossero nati) sotto il regime delle antiche leggi, sancendo l'invalidità di tali unioni che neppure in futuro potranno mai ottenere un valido riconoscimento.

Come è noto, secondo il diritto romano, fin da antico, non poteva aversi il '*conubium*', elemento essenziale per le *iustae nuptiae*, fra persone legate da vincoli (di parentela o di) affinità (pur in conseguenza, evidentemente, di un matrimonio ormai venuto meno). Con il rafforzarsi del cristianesimo, la Chiesa, da parte sua, «saltava la vedovanza e quindi il rispetto attraverso questa del defunto»⁸.

E' nel 355, poi, che viene pubblicata a Roma C.Th. 3.12.2 di Costanzo II, contenente la prima proibizione legislativa del matrimonio con la moglie del fratello o con la sorella della moglie⁹. Ebbene, ad avviso di Manfredini, la debolezza della legislazione imperiale sul divieto di tali '*nuptiae*' e le stesse esita-

«hommes de droib»: si tratterebbe di uomini di diritto, romani, sconosciuti e appartenenti a un passato recente: la loro concezione del matrimonio (certamente contraria all'idea espressa da Ulpiano in D. 50.17.30: '*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*') avrebbe favorito l'*exemplum Aegyptiorum*' e la sua «validation». Diversamente F.P. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in «Dura», XXVII, 1976, p. 24 s. e nt. 17, ritiene che con l'espressione '*iuris*' o '*legum conditores*' il redattore di C.I. 5.5.8 si riferisse agli antichi giuristi; egli nota come il verbo '*condere*' suoni, in età tarda, quale «un traslato enfatico»: «l'intenzione celebratoria [di quella locuzione] è palese, il tono alto, rispetto a quello minore di *iuris auctores*, scopre il codice linguistico degli atti ufficiali, che impiega i traslati per produrre artificiosamente significati forti estranei all'uso comune». Nulla, tuttavia, a mio avviso, impedisce di pensare che la cancelleria si richiamasse con quella dicitura ad alcuni degli anonimi giuristi del IV o V secolo, di cui ancora oggi sappiamo troppo poco.

⁶ L'anno 355, in cui viene emanata C.Th. 3.12.2 («il tono pacato» di tale disposizione imperiale ha indotto G. DE BONFILS, *Legislazione ed ebrei nel IV secolo. Il divieto dei matrimoni misti*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 426 e nt. 126, a concludere che non dovettero essere gli ebrei gli esclusivi destinatari della disciplina da essa dettata) rappresenta, per MANFREDINI, *op. cit.*, p. 218, il '*terminus post quem*' dell'*exemplum Aegyptiorum*' e degli interventi dei '*legum conditores*' che lo sostennero.

⁷ MANFREDINI, *op. cit.*, p. 211 s. L'autore ritiene verosimile che quelle unioni riprovate dal legislatore non fossero state del tutto estirpate ancora in epoca giustiniana; il che avrebbe giustificato l'inserimento della nostra legge nel *Codex Repetitae Praelectionis*.

⁸ Come rammenta DE BONFILS, *Legislazione*, cit., p. 427, con l'esclusione di tali matrimoni la Chiesa poneva in essere «una forma di fedeltà perenne» al defunto.

⁹ Cfr. M. DE DOMINICIS, *Satura critica sulle fonti postclassiche*, in «Studi E. Volterra», I, Milano, 1971, p. 528.

zioni dell'insegnamento cristiano in argomento favorirono la reazione rappresentata dall'«*exemplum Aegyptiorum*».

Dalla porzione di testo conservata in C.I. 5.5.8 non siamo in grado di sapere se con quel provvedimento il legislatore minacciasse delle pene¹⁰, e quali, per chi continuasse a vivere in tali riprovevoli rapporti, in dispregio della legge, o se per essi dei castighi o delle sanzioni pecuniarie fossero prescritti dalle «*antiquae leges*», a cui Basilisco allora restituiva vigore; dal dettato di C.I. 5.5.8 non è chiaro neppure, a onor del vero, se quelle unioni configurassero una fattispecie di incesto (cui anche è intitolata la rubrica di C.I. 5.5, ove «*incestis*» potrebbe essere l'ablativo del sostantivo «*incestus*» e non del corrispondente aggettivo), o più semplicemente una mera ipotesi di «*inutiles nuptiae*», per le quali l'unica sanzione parrebbe appunto la nullità stessa del matrimonio, con le pur gravissime conseguenze che ne sarebbero derivate in capo ai figli, che giammai avrebbero potuto stimarsi legittimi e quindi vantare delle aspettative ereditarie sul patrimonio paterno.

Una prova della equiparazione di tale fattispecie a delle figure di nozze incestuose (quindi non una originaria ricomprensione in esse) sembra venire, tuttavia, da una costituzione di Onorio e Teodosio – una delle antiche leggi cui, verosimilmente, si richiamava il legislatore per ribadirne la validità in C.I. 5.5.8 – trådita dal *Teodosiano*. Già nel 415, infatti, C.Th. 3.12.4, vietava il matrimonio con la vedova del fratello o con il vedovo della sorella, mentre parificava a un colpevole di incesto chi avesse tenuto uno di tali comportamenti. Ma anche per tale *lex* l'unica sanzione pare essere quella della invalidità del matrimonio con l'impossibilità di considerare legittimi e «*sui*» i figli, che mai avrebbero potuto in alcun modo ereditare dai propri padri («*Tanquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris coniugis amissionem sororem eius in matrimonium proprium crediderit sortiendam; pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani eius nuptias crediderit adspirandum: illo sine dubio insecuturo, quod ex hoc contubernio nec filii legitimi habebuntur, nec in sacris patris erunt, nec paternam ut sui suscipient hereditatem*»).

Altre figure di nozze, ora esplicitamente qualificate incestuose sono vietate, poi, da C.I. 5.5.9 di Zenone, che nel *Codex* segue immediatamente la *constitutio* del 475¹¹; con essa l'imperatore dispone l'abrogazione di ogni re-

¹⁰ Cfr. GUARINO, *Studi*, cit., p. 253.

¹¹ Circa la definizione dei periodi durante i quali Sebastiano ricoprì la carica di prefetto, si veda BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 476 s. e nt. 27 s. Per A. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano*, in «AUPA.», LV, 2012, p. 266 nt. 206 – che qui segue S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano, 2001, p. 186 ss e nt. 84 –, la costituzione non sarebbe successiva al biennio 476-477.

scritto o *pragmatica forma*¹² e costituzione che in tempo di tirannide avevano permesso ad alcuni di imporre il nome di matrimonio a unioni scellerate, come quella con la figlia del fratello o della sorella¹³, o con colei che aveva vissuto come moglie del fratello o altre di tal genere¹⁴; per il legislatore le donne con cui si sono stretti rapporti di questo tipo non potranno in alcun modo essere stimate quali mogli legittime, né dovrà mai più essere raggirata la legge per riconoscere leciti questi o altri simili *'consortia'*¹⁵.

Come da taluno si è, a ragione, ritenuto, anche sulla base del confronto testuale con C.I. 1.2.16 (identica l'espressione *'tyrannidis tempore'* che ricorre in entrambe le costituzioni), il provvedimento zenoniano doveva rappresentare una pronta reazione ad alcune disposizioni nel recente passato emanate da Basilisco¹⁶, con le quali quest'ultimo aveva scelto evidentemente di andare incontro ad alcune delle richieste, che come può immaginarsi dovevano essergli state presentate con non irrilevanti pressioni, di poter continuare a seguire le consuetudini provinciali, ancora fortemente radicate in molte località periferiche dell'impero¹⁷.

¹² Come precisa F. ARCARIA, *Sul potere normativo del prefetto del pretorio*, in «SDHI», LXIII, 1997, p. 338, qui le *'pragmaticae formae'* sono certamente da intendersi quali *'pragmaticae sanctiones'*. Cfr. anche M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Le Novelle di Valentiniano III*, I. *Le fonti*, Padova, 1988, p. 156 nt. 223.

¹³ Dalla assenza in C.I. 5.5.9 e C.I. 5.8.2 (diversamente da quanto prescriveranno C.I. 5.14.7 e *Iust. inst.* 1.10.3) di una norma che proibisca le nozze con la *'fratris neptis'*, ipotesi che ben si sarebbe potuta verificare nella realtà, BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 506 s., stima probabile che in età tarda il matrimonio con la nipote dal fratello sia rimasto lecito, come lo era, a partire dall'imperatore Claudio, nell'epoca del principato.

¹⁴ Diversamente da altri, per GUARINO, *Studi*, cit., p. 253, con l'espressione *'aut alia huiusmodi committerentur'* il legislatore alluderebbe alle ipotesi inverse rispetto a quelle esplicitamente illustrate: «unione tra zia e nipote» e «donna con il marito della sorella» (e non evidentemente «donna e fratello della moglie» come scrive erroneamente Guarino). Da parte sua, BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 497 nt. 32, se segue Guarino nel riconoscere che questa *lex* non pone una generica proibizione di unioni matrimoniali incestuose, non ne accoglie l'interpretazione dell'espressione appena citata, reputando che essa alluda, piuttosto, «ad altre, non facilmente precisabili, concessioni individuali».

¹⁵ C.I. 5.5.9 e C.I. 5.27.5.1 (di cui ci siamo già occupati) sono citate da DE BONFILS, *Legislazione*, cit., p. 427, quali esempi particolarmente significativi della circostanza che, nei testi delle costituzioni imperiali in cui ricorre il termine *'consortium'*, esso mai può essere interpretato quale sinonimo di *'matrimonium'*: anzi, come precisa nell'articolo *La 'terminologia matrimoniale' di Costanzo II: uso della lingua e adattamento politico*, in «Labeo», XLII, 1996, p. 258 ss, in quelle testimonianze legislative *'consortium'* individua, senza alcuna titubanza, la relazione illegittima, per la quale non valgono gli effetti che discendono dallo *ius matrimonii*.

¹⁶ BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 497 e nt. 31, ove altra bibliografia. Nella stessa direzione, più di recente, P.G.M. LOBIATI, *La prassi giuridica cristiana nel Tardo Impero*, in «Ius», III, 2015, p. 349.

¹⁷ Per BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 498 e nt. 36, ove è altra letteratura, C.I. 5.5.9, con riguardo al periodo del governo di Basilisco, rivela, in definitiva, uno stato di particolare

Tra le figure di nozze incestuose appena ricordate rientra, quindi, quella con colei che aveva abitato *nuptiali iure* con il fratello, di colui, evidentemente, con cui ora si unisce¹⁸; la mancanza di ogni accenno a un precedente decesso del fratello non consente di circoscrivere tale fattispecie a quella disapprovata dalla costituzione precedente¹⁹: il legislatore qui prende in considerazione, più genericamente, le nozze con la moglie del fratello (un turpissimo ‘*consortium*’), una volta, evidentemente, che il matrimonio con questo si sia sciolto, come può facilmente concludersi, non soltanto per morte del marito, ma anche per divorzio. E allora si deve presumere che durante l’usurpazione di Basilisco dovettero ammettersi – forse tramite dei rescritti, rilasciati a potenti personaggi che, come pare verosimile, dovevano avere rivolto insistenti *preces* in tal senso alla sua cancelleria (ma anche attraverso delle ‘*pragmaticae formae*’) – dei matrimoni non soltanto (in violazione di quanto lo stesso Basilisco aveva disposto in C.I. 5.5.8) con la vedova del proprio fratello defunto, ma persino, una volta che fosse intervenuto il divorzio, con la *uxor* di quello ancora vivente (fattispecie, quest’ultima, che senza dubbio doveva apparire ancora più spregevole agli occhi del legislatore rispetto all’altra, cui soltanto si riferiva esplicitamente la riprovazione della *lex generalis* tramandata da C.I. 5.5.8)²⁰. Come nota Bonini, anche la locuzione ‘*quibusdam personis*’ di C.I. 5.5.9 induce a supporre che «si sia trattato ... di provvedimenti non generali»²¹.

D’altra parte, non può neppure trascurarsi che C.I. 5.5.9, oltre agli ‘*omnia rescripta*’ (‘*vel pragmaticae formae*’), si richiamava esplicitamente anche alle ‘*impiae constitutiones*’; e, allora, se tale richiamo non fu una indicazione del tutto superflua (qualora con essa si fossero volute indicare solo le ‘*leges particulares*’, evidentemente già ricomprese nell’espressione ‘*rescripta quoque omnia vel pragmaticae formae*’) di chi redasse la legge, non potrà escludersi, altresì, che Basilisco – vietate le unioni con la vedova del proprio fratello con una legge generale (da lui stesso, poi, trasgredita tramite alcune concessioni individuali) – avesse permesso, viceversa, attraverso delle disposizioni di carattere gene-

«disordine amministrativo e legislativo, di cedimento alle usanze provinciali, di aberranti concessioni individuali».

¹⁸ Cfr. CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli*, cit., p. 266 nt. 206, e GUARINO, *Studi*, cit., p. 224 nt. 237 e p. 227 e nt.263. Diversamente MANFREDINI, *op. cit.*, p. 215.

¹⁹ In maniera parzialmente diversa, per BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 497, il divieto di nozze fra cognati di C.I. 5.5.9 concerne più specificamente quelle «con la vedova del fratello defunto».

²⁰ Anche per L. DESANTI, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in «BIDR.», LXXXIX, 1986, p. 460 s. e nt. 46, C.I. 5.5.9 e C.I. 5.8.2 (di cui stiamo per occuparci nel testo) documentano inequivocabilmente, per il V secolo, «la prassi della concessione di dispense nuziali».

²¹ BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 499.

rale (la cui applicazione ben poteva essere limitata, tuttavia, a quanti abitavano in una certa località dell'impero: anch'essi in un certo senso '*quaedam personae*'), le nozze con la figlia del fratello o della sorella²².

Circa il divieto del matrimonio con la moglie (o la vedova) del proprio fratello, poi, permangono dei dubbi, al di là della previsione della nullità delle nozze proibite, sulle pene che avrebbero eventualmente dovuto colpire i trasgressori della proibizione.

Da un lato, infatti, la minaccia di imprecise pene gravissime viene sì rinnovata da Zenone in C.I. 5.8.2, ma le fattispecie criminose lì perseguite sono soltanto le prime due figure di nozze proibite da C.I. 5.5.9²³ (quelle dello zio con la nipote '*ex fratre*' ed '*ex sorore*'), dall'altro, doveva essere ancora in vigore, per quanto atteneva alle pene (e dunque anche a essa il legislatore verosimilmente intendeva richiamarsi), C.Th. 3.12.3 del 396²⁴, con la quale la cancelleria di Arcadio puniva, insieme ad altri rapporti²⁵, il matrimonio

²² Diversamente per BONINI, *loc. ult. cit.*, non vi sarebbe alcun contrasto fra la circostanza che i provvedimenti di Basilisco abrogati da Zenone sarebbero stati «sempre e soltanto provvedimenti non generali» (come sembra suggerire l'uso dell'inciso '*quibusdam personis*') e d'«elencazione» di C.I. 5.5.9 «delle forme assunte da tali provvedimenti». Se è pur vero, come egli nota, che «*constitutiones* è termine di significato generale a indicare i provvedimenti legislativi imperiali», dovendosi ammettere che qui esso sarebbe, allora, impiegato solo nel senso di '*leges particulares*', non si risponde all'obiezione da me sollevata nel testo. Pur rimanendo sul generico (ella dice infatti del riconoscimento, operato da Basilisco, quali matrimoni di alcuni «rapporti incestuosi») anche BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Le Novelle*, cit., p. 138, ammette che se di regola dovette trattarsi «di concessioni singolari fatte di volta in volta su richiesta dei privati interessati ... non si può escludere a priori che Basilisco ... abbia rilasciato in proposito anche qualche concessione generale».

²³ Mentre Diocleziano (*Coll.* 6.4.5) pur vietando il matrimonio con la figlia della sorella aveva taciuto circa la deroga concessa dal senatoconsulto Claudiano del 49 d.C per le nozze con la nipote '*ex fratre*', già Costanzo nel 342 proibì entrambe le unioni con la '*poena capitalis*' (C.Th. 3.12.1, su cui, fra gli altri, BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 491 s., e più di recente, C. BOUDIGNON, *Darf der Kaiser seine Nichte heiraten: Eine politisch-religiöser Disput über Inzest und Ehepolitik im Byzanz des siebten Jahrhunderts*, in «Männlich und weiblichschuf Er sie» (*cur.* M. Morgenstern, C. Boudignon, C. Tietz), Göttingen, 2011, p. 224, che propone un confronto con la prassi del Levirato, e CUSMÀ PICCIONE, *Vincoli*, cit., p. 255 nt. 175 – ove sono indicazioni bibliografiche –, il quale discute, fra l'altro, la risalente ipotesi di un'influenza della Chiesa sulla legge data da Costanzo), che Arcadio nel 396 (C.Th. 3.12.3, su cui, *ex multis*, MANFREDINI, *op. cit.*, p. 219, e MANCINI, *Integrazione*, cit., p. 352) sostituì con delle sanzioni patrimoniali: in particolare, la privazione della *testamenti factio* della capacità di donare nonché con la confisca della dote.

²⁴ Parlando dell'interesse all'inserimento della costituzione di Arcadio nel *Codex* del VI secolo, BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 494, sottolinea come C.Th. 3.12.3 sia, oltretutto, la sola disposizione da cui possono ricavarsi «le conseguenze giuridiche delle nozze incestuose all'epoca della compilazione».

²⁵ Lascia perplessi G. COLANTUONO, *Note sul canone 2 del concilio di Neocesarea: la proibizione delle seconde nozze fra cognati nella tarda antichità*, in «RDR», VI, 2006, p. 12 (*estr.*), a

con la moglie del proprio fratello, (seppure solo con pene, ma non da poco, di natura patrimoniale)²⁶ che fosse deceduto o dal quale la donna avesse divorziato²⁷ (fattispecie che doveva rientrare nella generica previsione della legge, non contenendo essa, diversamente da C.I. 5.5.8, ma già da C.Th. 3.12.4, riferimenti espliciti all'ipotesi della morte di quello)²⁸: *'manente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quoquomodo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis posthac consobrinae suae vel sororis aut fratris filiae uxorisve vel eius postremo, cuius vetitum damnatumque coniugium est, sese nuptiis funestavit, designato quidem lege supplicio, hoc est ignium et proscriptionis, careat, proprias etiam, quamdiu vixerit, teneat facultates: sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur, ut nihil prorsus praedictis, ne per interpositam quidem personam, vel donet superstes vel mortuus derelinquat. dos, si qua forte solenniter aut data aut dicta aut promissa fuerit, iuxta ius antiquum fisci nostri commodis cedat. testamento suo extraneis nihil derelinquat, sed sive testato sive intestato legibus ei et iure succedant, si qui forte ex iusto et legitimo matrimonio editi fuerint, hoc est de descendantibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis, de ascendentibus pater, mater, avus, avia, de latere frater, soror, patruus, amita. testandi sane ita demum habeat facultatem, ut his tantum personis pro iuris ac legum, quod voluerit, arbitrio relinquat, quas succedere imperialis praecepti tenore mandavimus; ita tamen, ut hereditate de-*

intendere che C.Th. 3.12.3 punisse l'unione matrimoniale con una nipote in linea diretta: la costituzione (al pari di quanto faranno C.I. 5.5.9 e 5.8.2) vietava, tra le altre ipotesi, il matrimonio con la figlia del fratello o della sorella, prevedendo, ovviamente, oltre alle sanzioni patrimoniali (ricordate *supra*, nt. 23), la nullità del matrimonio e l'illegittimità dei figli. La versione che di tale *lex* è collocata nel *Codex* del VI secolo (C.I. 5.5.6) omette il divieto delle nozze tra cugini, in epoca giustiniana ormai stimate lecite (cfr., *ex multis*, BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 494 s. e nt. 22, il quale reputa di minor rilievo il taglio «dell'inizio e della fine della costituzione», e GUARINO, *Studi*, cit., p. 252).

²⁶ Cfr., fra gli altri, COLANTUONO, *Note*, cit., p. 12, che parla di «rigide restrizioni alle proprie facoltà patrimoniali e testamentarie». Come ha posto in evidenza BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 493 s. e nt. 18 (ov'è altra letteratura), con C.Th. 3.12.3 «si introduceva, in relazione ad uno dei casi di maggior rilievo di *iniustae nuptiae*, quello del matrimonio incestuoso, la prima eccezione al regime classico della *incapacitas*».

²⁷ H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», LXXXIV, 1967, p. 89 nt. 73, rammenta come per alcuni studiosi la parentela in linea collaterale «herausgebildet wurde», nel diritto imperiale, solo sotto l'influenza del cristianesimo: il che sarebbe attestato, anche secondo B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III. *La famiglia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 95, dalle costituzioni discusse in queste pagine (il che, tuttavia, a me non pare affatto).

²⁸ Prima di Zenone, quindi, la nullità del matrimonio fra affini fu sancita, in via generale, da Arcadio (C.Th. 3.12.3); viceversa, più specificamente, come si è ricordato nel testo, quella del matrimonio con la vedova del fratello o con il vedovo della sorella da Teodosio nel 415 (C.Th. 3.12.4); in argomento, fra gli altri, MANFREDINI, *op. cit.*, p. 220, E.M. POLO ARÉVALO, *El vínculo de parentesco como fundamento de incapacidades y prohibiciones para contraer matrimonio*, in «Revista internacional de derecho romano», VIII, 2012, p. 255 nt.55, e MANCINI, *Integrazione*, cit., p. 353.

functi penitus arceatur, si quis ex his, quos memoravimus, in contrahendis incestis nuptiis participatum atque consilium iniisse monstrabitur, successuro in locum illius, qui post eum gradum proximus invenitur. id sane, quod de viris cavimus, etiam de feminis, quae praedictorum se consortiis commaculaverint, custodiatur. memoratis vero personis non exstantibus, fisco locus pateat. ad cuius legis nexum et condicionem pertinere iubemus, si qui forte iam dudum ante promulgationem huiusce legis illicitis memoratarum nuptiarum sceleribus commaculati quoquo modo latere potuerunt.

In C.I. 5.8.2, diretta al prefetto del pretorio Basilio²⁹, forse del 486³⁰ si viene, quindi, a confermare, come si è accennato, il divieto assoluto (*'modis omnibus'*) di sposarsi con la figlia del fratello e della sorella³¹.

Dal tenore della costituzione può desumersi, altresì, che anche dopo l'emanazione di C.I. 5.5.9, la cancelleria doveva avere continuato a concedere delle deroghe individuali alla severa proibizione delle nozze con la figlia del fratello o della sorella. Zenone, infatti, dopo avere minacciato ai violatori del divieto le *'gravissimae'* punizioni già previste da precedenti *leges* imperiali (che, almeno stando a C.Th. 3.12.4, si limitano in ogni caso a, pur severe, misure patrimoniali), viene solennemente a proibire a chiunque, per il futuro, di domandare una qualche autorizzazione a contrarre un tale matrimonio, sottolineando come qualora un tale permesso venisse, tuttavia, surrettiziamente ottenuto, esso non avrebbe potuto essere di alcun aiuto a chi lo aveva domandato; non sarebbe valso, dunque, ad aggirare il divieto.

Per nessuna delle fattispecie proibite in queste costituzioni sembra sancita, nell'ultimo quarto del V secolo, una pena afflittiva; l'intervento dell'imperatore esprime un forte biasimo e una netta condanna di unioni che dovevano essere ancora estremamente diffuse in varie regioni dell'impero; rinnovare la previsione della *'capitalis sententiae poena'* di C.Th. 3.12.1 del 342³² (tolta di mez-

²⁹) Riferimenti bibliografici su Basilio anche in BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 500 nt. 43.

³⁰) La data non è nota (cfr., per tutti, N. WILEY, *Through a Glass, Darkly: Reading Justinian through his Supreme Court Citations*, in «Elon Law Review», VIII, 2016, p. 486), ma BONINI, *loc. ult. cit.*, propende per il 486 (o «un anno successivo fino al 489»). Similmente, R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, 2012, p. 100, parla di un anno compreso tra il 486 e il 489.

³¹) Il numero delle interdizioni imperiali di tali unioni, da Nerva a Giustiniano, provverebbe, ad avviso di Y. THOMAS, *Mariages endogamiques à Rome. Patrimoine, pouvoir et parenté depuis l'époque archaïque*, in «RHD», LVIII, 1980, p. 347 e nt. 9 (ov'è un refuso nella citazione di C.I. 5.8.2), che esse nella realtà si moltiplicarono.

³²) Diversamente da quanti hanno pensato che tale espressione alludesse alla *deportatio in insulam* (*ex multis*, GUARINO, *Studi*, cit., p. 252 nt. 406, per il quale con essa va identificato il vecchio castigo del supplizio *'ignium et proscriptionis'*, abolita da C.Th. 3.12.3), BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 492 s. e nt. 14 s. (ove si trovano ulteriori indicazioni bibliografiche), preferisce l'opinione di chi ha ritenuto che essa indicasse la pena di morte. La gravità di tale pena anche in rapporto alle più lievi sanzioni sancite dai concilii ecclesiasti-

zo da Arcadio già nel 396) avrebbe senz'altro incontrato un grande disfavore in numerosi strati della popolazione, ma forse anche fra i membri dei gruppi dirigenti locali, la cui cultura non era ormai più genuinamente romana.

Quelli che si sono passati in rassegna paiono proclami di un *basileus* (fosse egli il tiranno Basilisco o il legittimo augusto Zenone) che pur confidando nella loro buona possibilità di riuscita, non riesce a esserne certo. Insomma, chi esercita il potere da un lato non può arrendersi dinanzi a tali riprovevoli usanze, dall'altro, tuttavia, sembra non possa condannare a una severa pena afflittiva coloro che non riescono a percepire il disvalore della etica matrimoniale cui si conformano, così abissalmente distante da quella romana³³.

ci potrebbe spiegarsi, a suo avviso, con l'opportunità di perseguire «abusi orientali» (C.Th. 3.12.1 «è indirizzata infatti ai provinciali fenici»).

³³ Dall'esame di C.I. 5.5.9, risulta evidente, a detta di BONINI, *Considerazioni*, cit., p. 500 e nt. 44 (ov'è altra bibliografia), «una componente di ispirazione ecclesiastica», dimostrata anche da elementi formali, quale l'impiego del termine '*impius*', nel significato di «contrario alle direttive della Chiesa», e di '*culpabilis*', vocabolo ricorrente spesso in senso molto generico negli scritti patristici.