

CAChr - Otto Corpus apologetarum Christianorum
 CChr Corpus Christianorum
 CSEL Corpus Scriptorum ecclesiasticorum latinorum
 GLS die griechischen christlicher Schriftsteller
 Meausi Conciliorum nova et accurata collectio
 Bury
 PG Patrologi graeca
 PL Patrologi latina
 SChr Sources chrétiennes
 TD Textes et Documents
 TU Texte und Untersuchungen zur
 Geschichte der altchristlichen Literatur -

Bruns -

— vedere testi a p. 5, 9, 12, 16

1. La storia del matrimonio e del divorzio nelle fonti cristiane è stata tracciata dall'Esmein in un'opera divenuta classica(1), nella quale sono state raccolte in modo copioso le fonti patristiche, i canoni dei concili e le norme in vigore nella pratica. Dopo di allora sono stati studiati punti particolari ed in ispecie l'influenza delle fonti cristiane sul diritto romano(2) ovvero si è proceduto ad una completa raccolta delle fonti(3). Potrebbe quindi apparire inutile procedere ad un riesame della storia del divorzio nei primi secoli dell'era cristiana, se non fosse sempre controverso l'atteggiamento della Chiesa, ritenuto dagli storici tollerante ed abbastanza comprensivo del costume dei tempi, mentre canonisti e teologi intransigenti si sono pronunciati per una tesi più rigida(4). Importante è per i fini della ricerca storica stabilire se vi sia stata una reciproca influenza tra il diritto dello Stato e la posizione della Chiesa, almeno fino a quando quest'ultima non riuscì ad affermare la sua esclusiva ~~competa~~ potestà sui rapporti matrimoniali.

- identificata, 1882; (1) *Le mariage dans le droit canonique*, I-II, 1891; 2a ed. a cura di Génestal e Dauvillier, 1929-1935.
nell'altro, (2) In particolare Basanoff, *Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le repudium* (Cod. Theod. III, 16, 1 a. 331) et le champ d'application de cette loi, Studi Riccobono III, 1936, p. 177 ss.; Peters, *Die Ehe nach der Lehre des heilige Augustinus*, 1918; Albertario, *Studi di dir. romano*, I, 236 ss.; D'Ercole, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio*, SDHI. 1939, 18 ss. 56 ss.; Castello, *Osselezioni sui rapporti fra concili della chiesa e diritto romano*, RIL. 1938, 201 ss.; Wolff, *Doctrinal Trends in Post-classical Roman Marriage Law*, ZSS. 1950, 261 ss.; Cohen, *Concerning Divorce in Jewish and Roman Law*, Proc. Amer. Ac. Jew. Research, 1952, 1 ss.; 1964, 534 ss.; Delpini, *Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina della Chiesa fino al sec. V*, 1956; Volterra cit. innanzi; Robleda, *Divortium, Ius Romanum et theoria generalis*, Periodica de re morali, canonica, liturgica, 1969, p. 351 ss. Vedi inoltre Biondi, *Diritto romano cristiano*, III, 1954, p. 163 ss., il quale non si occupa di questo tema nell'altro studio Giustiniano I Principe e legislatore cattolico, 1936, rivolto a dimostrare infondata la teoria comune della subordinazione della Chiesa da parte di Giustiniano ed a sostenere che questo imperatore dettò una legislazione conforme ai canoni, ma non spiega perché questo non sarebbe avvenuto con le leggi sul matrimonio e sul divorzio. Più ampia lett. negli scritti citati.

- (3) Ott, *Die Auslegung der neutestamentlichen Texte über die Ehescheidung*, 1914; Denner, *Die Auslegung der neutestamentlichen Schrifttexte über die Ehescheidung bei den Vätern*, 1911; fra i più recenti Pospishil, *Divorce and Remarriage. Towards a new catholic teaching*, 1967; trad. francese 1969, con un'interpretazione progressista delle fonti; Creuzel, *L'église primitive face au divorce*, 1971, libro accurato ed approfondito, con alcune forzature sulle fonti per sostenere in modo rigoroso il divieto delle seconde nozze, anche in caso di adulterio del coniuge. In esso ampia lett. p. 11 ss. cui va aggiunto Bartling, *Sexuality, Marriage and Divorce in I Corinthians 6, 12-7*, Concordia Theological Monthly, 1968, 355 ss.
(4) Nel primo senso oltre Esmein, *Le mariage* cit. II, p. 67 ss.; Scherer, *Handbuch des Kirchenrechts*, 1888, p. 545; 553. Nel secondo Perrone, *De sacramento matrimonii*, 1861, p. 416 ss.; Rosset, *De sacramento matrimonii*, 1895-6, n. 558; Wernz, *Ius canonicum*, 1928, p. 729 etc.; altre cit. in Creuzel, op. cit.

Data la natura del tema le opinioni degli scrittori sono abbastanza influenzate da convinzioni di ordine ideologico o politico, dalle vicende dei tempi, dallo stesso modo di intendere la concezione cristiana sul matrimonio. Ma le fonti sono sufficientemente chiare e basta esaminarle ~~per~~ in modo obbiettivo per giungere a conclusioni sicure. Già il Pothier del resto, alla vigilia della grande codificazione napoleonica, raccolse ampiamente le prove dagli Atti dei primi concilii della chiesa e dagli scritti dei Padri(1). Le sue idee furono in larga parte presenti nei lavori preparatori del Codice e gli argomenti sulla tolleranza della Chiesa primitiva rievocati dal Portalis nella relazione con la quale accompagnò al Consiglio di Stato il progetto sul matrimonio(2). Ma esse furono violentemente avversate dai sostenitori della tesi intransigente sull'indissolubilità del matrimonio; basterebbe ricordare come il Reio Revisore nel Regno di Napoli ha trattato le idee del Portalis nella traduzione italiana del Locré(3).

(1) *Traité du contrat de mariage*, nr. 486 ss. in *Oeuvres*, VIII, 1818, p. 346 ss.

(2) Locré, *Legislation II*, p. 465 ; vedi anche la trattazione del Laurent, *Principes de droit civil français*, III, 1878, p. 214 ss., nr. 175 ss.

(3) Napoli 1840, II p. 629 ss.

4. Tre noti testi degli Evangelii ed un passo della lettera di Paolo ai Corinti(1) sono le fonti sulle quali si fonda da secoli la dottrina della Chiesa per sostenere l'indissolubilità del matrimonio. Il più importante di tutti è il passo dell'Evangelo di Matteo, sia perchè è il più diffuso, sia perchè esso si esprime in modo da autorizzare il dubbio se in caso di adulterio della moglie fosse o meno consentito il divorzio. Se si fa una lettura senza pregiudizi del testo è giuocoforza riconoscere che entrambe le interpretazioni sono possibili, sia quella che congiunge l'inciso "nisi ob fornicationem" al repudio, intendendo con ciò la legittimità del ripudio per causa di adulterio, sia l'altra che collega alle parole seguenti, nelle quali si vieta il secondo matrimonio.

παρεκτός
λόγου
μορνείας,

Più interessante è ricordare in qual modo i primi Concili ed i Padri abbiano inteso questo precetto e vedere se la Chiesa primitiva abbia avuto una posizione tollerante per il caso di divorzio dovuto ad adulterio della moglie. Naturalmente in questo tema le opinioni degli scrittori moderni sono contrastanti, il che dimostra un diverso modo di interpretare la storia del pensiero cristiano, senza dubbio influenzato dalle opinioni dei singoli autori e dalle vicende dei tempi. Alla vigilia della grande codificazione napoleonica già il Pothier sostiene la prima

(1) Matt. XIX, 4 ss.; V, 32; Marc. X, 5 ss.; Luc. XVI, 18 Paul. I ad Cor. VII, 10 s.; 39; cfr. ad Rom. VII, 1 ss.

Per quanto riguarda le fonti evangeliche si potrebbe osservare che se i testi di Matteo e di Marco non sono sospettabili sono abbastanza coincidenti, il testo di Luca suscita qualche dubbio, perchè il precetto sul matrimonio appare inserito nel discorso senza alcun legame con l'insieme di esso.

Questi testi affermano in modo reciso un principio contrario a quello ebraico, esplicitamente menzionato, ma in genere alle concezioni diffuse in tutto il mondo classico, nel diritto romano, come in quello greco e nel greco-egizio(1), dove in modo vario era dovunque ammesso il divorzio~~(2)~~. Esso era quindi destinato ad urtarsi contro la resistenza di antiche tradizioni, di usi sociali, di norme giuridiche, che continuarono ad essere per lungo tempo in vigore. E' quindi chiaro che la Chiesa dovette incontrare non poche difficoltà per tradurre in atto le sue concezioni, né essa ebbe una dottrina uniforme ed una pratica costante. Nemmeno gli imperatori cristiani, a partire da Costantino, pur introducendo norme giuridiche contrastanti con l'antica libertà del divorzio, tradussero mai in atto il precetto evangelico dell'indissolubilità del matrimonio, né questo appare sancito nemmeno nelle vicende storiche successive alla caduta dell'impero d'Occidente. Per quanto riguarda poi la dottrina, la stessa incertezza nell'inter-

(1) Testi e lett. in Taubenschlag, The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri, 1955, p. 121 ss.

~~Abb~~

pretazione del testo di Matteo non giovava al principio dell'indissolubilità, come non giovava il diverso atteggiamento rispetto al matrimonio, che ebbero i Padri.

3. Nella dottrina di Paolo il matrimonio era una condizione inferiore al celibato ed alla verginità; il secondo matrimonio era dunque decisamente vietato. Questa dottrina rimase il maggior fondamento per la concezione rigorosa dell'indissolubilità.

Ma già una diversa dottrina si esprime nelle Visioni del Pastore di Hermas (1). In essa prevale l'idea del pentimento della donna colpevole, cui si deve dare appunto la possibilità di riparare al male. Per questo l'uomo non deve prendere un'altra moglie dopo ~~essersi~~ avere dimesso l'adultera, per dare ad essa la possibilità del pentimento e quindi di tornare ad unirsi. In questo caso il marito è obbligato a riprendere con sé la moglie pentita, come era in dovere di repudiarla, in modo conforme al precetto della lex Iulia de adulteriis, dopo avere avuto conoscenza della colpa di lei (2). Il testo non dice quale sarebbe stata la condizione dell'uomo, se la donna non si fosse pentita ed avesse persistito nell'adulterio, ma ~~si deduce da esso che in tale ipotesi era concesso al marito di contrarre un nuovo matrimonio~~ (3).

(1) II, 4, 1; 5, 3 (ed. Funk, Patres Apost. I, p. 474)

(Mand. IV, 29, 4 ss.; 32, 1 n. ed. Joly, Sources)

(2) Vedi le interessanti considerazioni del Basanoff, "Les sources chrétiennes" cit. p. 181 ss.

(3) Diverse opinioni ricordate in Esmein, Le mariage cit., II, p. 53 n. 2. Tert. de pud. X condanna la pietà del Pastore: Scriptura Pastoris quae sola moechos amat. Il D'Ercole, SDHI. 1939, p. 56 s. sostiene che il Pastore sia per il divieto, ma cita solo la prima parte del testo. Anche il Croizel, d'église face au

A del voto

è se il motivo del divieto del nuovo matrimonio era per consentire alla donna di pentirsi, o se doveva essere di Christ. LIII, p. 152 n. 1; 152)

A divorce, p. 52 s. interpreta il testo nel senso del divieto; ivi altra lett.

7
(2)
6 (4)

insieme

Più rigorosa è la dottrina degli apologeti. Giustino(1), Atenagora⁷, implicitamente Teofilo (3), Tertulliano, esaltano la castità come una condizione superiore a quella del matrimonio, esprimono sfavore per le seconde nozze e considerano il secondo matrimonio del divorziato, ammesso dalle leggi civili, come un peccato di adulterio. Diversamente gli Alessandrini si ricollegano alle idee del Pastore di Hermas(5); particolarmente discussa è la dottrina di Origene, che tuttavia non si può intendere rettamente, se non considerandola nel suo ~~insieme~~ ed interpretando i singoli passi in relazione alle idee generali (6). Anche Lattanzio si avvicina alla dottrina degli Alessandrini(7) e nella Chiesa greca si afferma una interpretazione favorevole al divorzio in caso di adulterio della donna. Epifanio lo ammette esplicitamente: "In populo tolerari istud potest, ut qui uxore prima continenti esse non possunt, ea mortua secundam sibi copulent, quamquam qui unam dumtaxat habuit, maiori, Ecclesiae iudicio, honore dignum est. Sed cui mortua una non sufficit, cum occasione aliqua stupri adul

(1) Apol. I, 15 (Ed. Otto, CACH. i, p. 461; Pautigny, TD, p. 26); II, 1, 7 (Pautigny, p. 150).

(2) Legatio proChrist. 33 (PG. VI, 965; Schwarz, TU. IV, 2; Bardy, Schr. III, 162).

(3) ad Authol. III, 13 (Bardy, Schr. XX, 230).

(4) de pat. XII, 5 (Borleff, CChr. I, 312); ad uxor. II, 2, 8 (ivi, 386); adv. Marc. V, 7, 6-7 (Kroymann, CChr. I, 683). Tuttavia in adv. Marc. IV, 34 (ivi, 634) egli ammette il divorzio in caso di adulterio della moglie; così ritengono molti interpreti, come Pothier, Traité du mariage, nr. 489; Esmein, Le mariage, II, p. 53 s. e n. 3; Castelli, RIL. 1938, p. 213 etc. Altre citazioni in vario senso in Crouzel, L'église face au divorce, p. 97 ss., il quale tenta una chiara forzatura del testo per togliere ad esso il suo valore.

(5) Basanoff, Les sources chrétiennes cit., Studi Riccobono, III, p. 186.

(6) Clem. Stromat. II, XXIII, 145, 3 (GCS. II, 193); III, V, 46, 4-47, 3 (ivi, II, 218); III, VI, 50, 1-50, 4 (ivi, 219).

Orig. principalmente in ad Matt. XIV, 16 (GCS. X, 325), dove è chiaramente detto che l'adulterio scioglie il matrimonio, anche se non è detto che le seconde nozze sono permesse. Sulla tolleranza della Chiesa vedi oltre p. In senso contrario Crouzel, L'église face au divorce, 76.

(7) div. inst. VI, 23 (Brandt, CSEL. XIX, 568). Anche il D'Ercole, SDHI. 1939, p. 61 ammette che Lattanzio abbia sostenuto la possibilità del divorzio in caso di adulterio. Contro Crouzel, L'église face au divorce, p. 111 s. con la stessa forzatura del testo usata per Tert. adv. Marc. IV, 34.

terii aut alterius flagitii cum ea divor-
tium fecerit, is si alteram uxorem duxerit,
aut alieno viro nupserit, sacrarum litte-
rarum auctoritas^s ab omni culpa illos ab-
solvit, neque ab ecclesia aut aeterna vita
reiecit, sed propter imbecillitatem tolerandam
existimat, non ita tamen ut duas, altera
superstite, uxores habeat, sed ab una separa-
tus, alteram sibi legitime, si lubet, adiun-
gat(1). La traduzione latina, che risale ai
primi esegeti(2), ammette chiaramente il di-
vorzio e le seconde nozze. E' probabile che
influenzato da questa traduzione lo Holl
abbia mendato il testo greco, inserendo una
η tra le parole τελευτησάσῃ e ἐνέκεν, emenda-
mento che era peraltro già proposto dal
Petavius nel commento al testo(3). Ma non
si può nascondere che tale restituzione ris-
ponde alla logica stessa del testo, che sar-
rebbe difficilmente comprensibile, se ve-
nisse interpretato, come per ultimo sostiene
il Kreuzel, nel senso di riferire il caso
soltanto alle seconde nozze in caso di vedo-
vanza(4). In tale ipotesi non si riesce a
comprendere che cosa c'entrino i motivi di
fornicazione(πορνείας), adulterio(μοιχε-
ίας) o qualsiasi altra causa(κακῆς αἰ-
τίας), se essi si debbano ricollegare all'i-
potesi della morte della donna, modificando
l'interpunzione del testo, e soprattutto
come si giustifichi il riferimento alla
separazione fra i coniugi(χωρισμοῦ γενομένου)
che non avrebbe senso qualora la sola ipo-

(1) adv. heres. LIX, 4; testo greco in Holl.
GCS. II, 368.

(2) Condarius, ed. da Oporinus, 1534.

(3) PG. XLII, 1023.

(4) L'église face au divorce, 224 ss. con let

tesi fosse quella della morte del coniuge. Senza l'emendamento, per dare un senso al testo bisognerebbe allora intendere il termine $\tau\epsilon\lambda\epsilon\upsilon\tau\eta\gamma\acute{\alpha}\sigma\eta\iota\varsigma$ in senso figurato, cioè come fine della donna dal lato morale e spirituale.

Anche l'ipotesi che il testo possa essere corrotto ed interpolato non giova all'opinione intransigente. L'alterazione infatti starebbe a dimostrare che nel campo cristiano non tutti erano d'accordo con il divieto assoluto del divorzio e che si sentì il bisogno di introdurre l'ipotesi della colpa del coniuge in un'opera diretta a confutare un'eresia e contrastare la dottrina rigida dell'inammissibilità delle seconde nozze, anche in caso di morte del coniuge. Del resto già Origene aveva scritto che i reggitori della Chiesa consentivano il divorzio in caso di adulterio per la debolezza e l'incontinenza degli uomini, a confronto di mali peggiori(1).

Queste tendenze alla tolleranza ed alla comprensione non erano isolate. Giovanni Crisostomo afferma che la donna adultera non è la sposa legittima del marito, perché ha violato la legge del matrimonio(2). Egli ammette che il marito possa ripudiare la moglie per causa di adulterio, ma non parla delle seconde nozze(3). Dal silenzio si può dedurre che esse siano tollerate e comunque non apertamente condannate(4).

(1) ad Matt. XIV, 23 (GCS. X, 340).

(2) de lib. rep. 3 (PG. LI, 221).

(3) Hom. ad Matt. XVII, 4 (PG. LVII, 259); LXII, 2 (PG. LVIII, 598).

(4) Così Ott, Auslegung cit., p. 80. Contro Crouzel, L'Église face au divorce, p. 215.

Il santo vescovo di Cesarea, Basilio, sostiene che bisogna dare il perdono al marito abbandonato dalla moglie(1). Il testo non dice espressamente che il perdono riguarda il secondo matrimonio, ma ciò è implicito, altrimenti perché si dovrebbe parlare di perdono? Inoltre egli affronta un tema sul quale dovremo tornare più oltre, quello del secondo matrimonio della donna, in caso di assenza del marito soldato, evidentemente un'assenza prolungata, tale da far presumere la morte(2). In termini più generali Basilio afferma, come del resto altri autori, l'uguaglianza dell'uomo e della donna, pur rilevando che il costume è diverso. Egli vieta la rottura del matrimonio, salvo il caso di adulterio(3).

(1) *Amphil.* can. 35 (PG. XXXII,

(2) *ivi*, can. 36.

(3) can. 9. Contro l'interpretazione accolta nel testo da *ult. Kreuzel*, *L'église face au divorce*, 164.

Anche intorno al 400 Asterio, vescovo di Amasea, ammetteva lo scioglimento del matrimonio in caso di adulterio(1).

4. Ma in Occidente il principio dell'indissolubilità viene affermato in modo deciso da Agostino, il quale combatte la dottrina, secondo la quale soltanto al marito dell'adultera era consentito il divorzio, ~~ma~~ non alla moglie del marito colpevole dello stesso peccato, ~~ma~~ anche l'altra dottrina che ammette un pari diritto dei coniugi(2). Egli diede una dottrina del matrimonio come sacramento, dalla quale derivava in modo necessario l'indissolubilità, escludendo non solo l'adulterio, ma tutte le cause, che in quel tempo il diritto civile ammetteva, la malattia, la prigionia di guerra, l'assenza prolungata(3). Ma egli rilevava l'oscurità delle scritture e considerava la colpa come veniale: "In ipsis divinis scripturis ita obscurum est utrum iste cui quidem sine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur si aliam duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur"(4). Inoltre egli ammetteva di non essere giunto nella trattazione del tema a qualcosa di perfetto: "Scripsi duos libros de coniugiis adulterinis quantum potui secundum Scripturas cupiens solvere difficillimam quaestionem. ~~Quod~~ utrum enodatissime fecerim nescio. Imo vero non me pervenisse ad huius rei perfectionem sentio"(5).

~~(5) Capitulum ad Romanos. IX. c. 1.~~

(1) Hom. in Matth. (Migne, P.G. XL, 228 D).

(2) De adult. con. I, 6 ed 8 (ed. Vivès, XXI, p. 584 e 596)

(3) De adult. con. II, 10.

(4) De fide et oper. XIX (ed. Migne, P.G. XL, 228 D).

(5) Retract. ~~XVII~~ ^{XXII}, II, 57 (84)

In modo esplicito il divorzio e le seconde nozze sia nel caso di adulterio, che in quello di matrimonio dell'infedele sono ammessi da un ignoto commentatore delle *Epistulae* di Paolo detto Ambrosiaster. L'opera, attribuita ad Ambrogio in tutto il Medio Evo, fu per la prima volta considerata apocrifa da Erasmo. Essa fu scritta sotto il pontificato di Damaso (366-383) da un autore rispettoso delle leggi romane, ma molto versato nelle questioni religiose, al corrente dei problemi della vita ecclesiastica del suo tempo, avversario dei Giudei che non si sono convertiti al Cristianesimo. Si sono fatte varie ipotesi per individuarlo, tra le quali il riferimento ad un Hilarius trova conferma nei manoscritti. Ma di Ilarii vi erano vari: Decimius Hilarianus Hilarius, il diacono Hilarius di Roma, il vescovo Hilarius di Pavia(1). Ecclesiastico, come appare molto più verosimile, o laico che egli sia, egli era comunque un Cristiano non conformista e questo spiega la sua professione in un tema tanto delicato ed importante per la Chiesa primitiva.

¶ ad un diacono eretico, Pelagio od Ilario, Ottaviano, *Animadversiones criticae in Laurentii commentarium de matrimonio*, Neap. 1829; p. 387 n. 5 Gagliardo, *Inst. iuris canonici*, Neap. 1848, II,

(1) Morin, Hilarius l'Ambrosiaster, *Rev. bénédictine*, 1903, p. 114. Già nel *Decr. Grat. XXXII, 7, 5* si esprime il dubbio che I Corintha. VII sia apocrifo e si citano tutti i testi di Ambrogio, che affermano una dottrina diversa. Vedi anche per l'attribuzione

13 1 28 l'isto

~~tracce di divorzio (2).~~ ~~Da esso~~ comunque sta a dimostrare la vitalità di una concezione che era più conforme agli usi sociali ed alle regole del diritto. Che fosse così si rideva anche dalla testimonianza dello stesso Agostino; il quale ricorda che vi sono donne a maritis dimissis plerumque aliis viris nubentibus(1), come anche Geronimo, il quale dimostra indulgenza verso Fabiola, matrona Romana, "quae dimisso viro alteri nupsit"(2). Anche Origene, come si è già ricordato, prova che la Chiesa era tollerante verso chi contraeva un nuovo matrimonio dopo la rottura del primo per causa di adulterio.

5. Che fosse così è dimostrato anche dalla storia dei primi Concili. Quello di Elvira (Illiberitanum) tenutosi intorno al 300 è il primo nel quale si trova una traccia del divorzio. Esso viene considerato dal lato della penitenza da infliggere; è importante rilevare che i casi previsti riguardano soltanto le donne, non i mariti. Nell'ipotesi della donna, che abbia abbandonato il marito adultero e contratto nuove nozze, è interdetta la comunione finchè il primo marito sia in vita, a meno che non vi sia una necessità per causa di malattia(3). Anche se dal lato stilisti-

(1) de coniug. adult. II, 17.

(2) ep. LXXVII ad Ocean. (CSEL. LV, 37).

(3) can. 8 (Mansi, II, 1 ss.); Bruns, II, 3; PL. LXXXIV, 301; Vives, Conc. Visig. et Hisp. Rom. 1963).

co il testo lascia a desiderare e non possiamo dire se si tratti di un affrettato verbale del Concilio o del rimaneggiamento di un glossatore per riassumere un testo più ampio o introdurre l'accenno all'impedimento del nuovo matrimonio⁽¹⁾, non vi è motivo per dubitare della sanzione. Questa non era la nullità del nuovo matrimonio, come sarebbe stato logico se il primo si fosse considerato ancora valido, ma era semplicemente l'interdizione della comunione.

Ancora più misurata è la formulazione del Concilio di Arles del 314: "De his qui coniuges suas in adulterio deprehendunt, iidem sunt adulescentes fideles et prohibentur nubere, placet ut in quantum potest consilium eis detur, ne viventibus uxoribus suis licet adulteris, alias accipiant"⁽²⁾. L'interpretazione del testo è controversa; alcuni si fermano sulle parole et prohibentur nubere per sostenere che il Concilio abbia affermato il divieto del secondo matrimonio⁽³⁾. Altri invece si fondano sulla sanzione prevista, cioè un semplice consiglio di non contrarre nuove nozze ed intendono le parole et prohibentur nubere come un riferimento a casi avvenuti nella pratica, cioè a divieti di vescovi, che il Concilio non avrebbe approvato⁽⁴⁾. L'interpretazione è forzata ed il testo non

(1) Can. 16 (ed. Munier, Concilia Galliae a. 314-506, C. Christ. 148, 1963; Turner, Eccl. Occ. Monumenta iuris antiquissima, I, 2, 2; Mansi, II, p. 476).

(2) Ad es. Fahrner, Geschichte der Ehescheidung in Kirchenrechte, 1903, p. 23 n. 3. Lo Hefele, Conciliengeschichte, I, p. 210 intende il testo nel senso che il consiglio vincola.

(3) Esmein, Le mariage cit. II, p. 61 n. 4. Vén. Launoy, Regia in matrimonio potestas, Opera I, 1731, 827.

si può riferire a casi pratici; è meglio ammettere un rimaneggiamento ~~del testo~~ per introdurre la nozione dell'indissolubilità. Bisogna giungere al Concilio di Cartagine del 404, dominato dalla presenza di Agostino, per trovare affermata la dottrina rigorosa dell'indissolubilità e per la prima volta formulata la richiesta di una legge imperiale: "Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam neque dimissus ab uxore neque dimissa a marito alteri coniungantur, sed ita permaneant aut sibimet reconcilientur. Quod si contempserint, ad penitentiam redigantur: in qua causa legem imperialem petendum est promulgari" (1).

A quale era
lo stato delle

6. Ma la legislazione imperiale, ⁹ ~~era già inter-~~
~~venuta e non si comprende quindi che cosa di~~
~~altro il Concilio desiderasse~~

Il primo grande intervento sul tema del divorzio si deve a Costantino, il quale rappresenta una reazione, come dice il Bongante, energica, anzi violenta ed eccessiva, alla concezione tradizionale romana della libertà del divorzio. Si tratta della famosa c.1 Cod.Theod. II, 16 del 331: "Imp. Constant(inus) A. ad Ablatum p.p. Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere ex-

(1) Can. 8 (ed. Bruns, p. 186; Hefele, trad. franc. II, 1, 156; Mansi, II, 799)

il canone nel Decr. Grat. XXXII, 7, 5 è attribuito al Concilium Milevitanum, come poi fanno ~~vaghi~~ scrittori successivi. Nel Decr. sono omesse le parole finali con la richiesta della legge imperiale.

quisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata om̄nem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad aculeum capitis in domo mariti deponere et pro tam sua confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniat, si maechem vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posteriori uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inflata. Dat.... Basso et Ablavio cons.

Fin dal Gotofredo questa costituzione è stata considerata come un esempio eloquente dell'influenza della Chiesa cristiana sulla legislazione imperiale(1). Gli scrittori hanno supposto che essa sia dovuta al consiglio dei vescovi che stavano nell'entourage di Costantino, forse di Eusebio e di altri vescovi orientali(2). Il Volterra ha addirittura sostenuto con ~~buone ragioni~~ acute considerazioni, che la legge sia stata formulata non da membri della

(1) Comm. ad Teod. ad h.l. Vedi altre cit. in Volterra, Intorno ad alcune costituzioni di Costantino, Rend. Acc. Naz. Lincei Ser. VIII, XIII, 1958, 76 ss. Lo Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, p. 6.

(2) Basanoff, Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le repudium (Cod. Theod. III, 16, 1 a. 331) et le champ d'application de cette loi, Studi Riccobono, III, 177 ss.

b 145. pone in rilievo la disuguaglianza di trattamento fra uomo e donna e la giudica in contrasto con le idee cristiane, che erano invece per la parità. Ma tali idee si confondevano poi con quelle correnti e nella pratica non si conservavano con il necessario rigore.

cancelleria imperiale ma da ecclesiastici(1). Non tutti gli argomenti sono però convincenti. L'illustre autore rileva che la separazione del divorzio delle mogli e dei mariti è senza giustificazione, perchè si sarebbe dovuto trattare delle une e degli altri in una sola disposizione. Ma in verità la distinzione esiste anche in norme successive(2) e comunque essa ha la sua giustificazione nella diversità delle cause previste per i due casi. Se mai più pertinente sarebbe il rilievo che già in questa legge si introduce una diversità di regime nella determinazione delle iustae causae per il divorzio.

Né giusto ci pare il rilievo che i redattori del testo non sembra che si siano resi conto del sovvertimento che la norma recava al concetto giuridico del matrimonio romano. Più ancora dei giuristi sarebbero stati i membri della Chiesa a porre in luce tale sovvertimento, del quale essi erano ben coscienti proprio perchè fautori del principio evangelico così contrastante con quello romano.

Senza dubbio appare singolare che si definisca prava cupiditas il desiderio della donna di ripudiare il marito ubbriacone, dedito al gioco o donnaioolo. Ma ciò valeva per tutti, giuristi e profani del diritto, perchè si tratta di nozioni sociali non giuridiche. Evidentemente se si è usato questo termine, la sola spiegazione possibile è che esso alluda

(1) Volterra, scr. cit. 78

(2)

V. p. 23

4 fatto che il
 a fare un

alla volontà della donna di giungere allo scioglimento del matrimonio con dei pretesti, come dovevano essere considerati negli usi del tempo quelli allegati. Anche il rifiuto di considerare giusta causa di repudio il marito/donnaio non è in contrasto con la morale dei tempi; gli stessi imperatori Teodosio e Valentiniano, i quali dettarono norme meno rigide di quelle costantiniane, considerarono l'infedeltà del marito come iusta causa di divorzio, qualora vi fosse contemptum sui domi ipsa (cioè la moglie) inspiciente(1). Senza dubbio la sanzione della perdita dei beni totale, definita con la frase oportet usque ad acunculum capitis in domo mariti deponere, appare concepita in termini assai diversi da quelli meno enfatici e più tecnici, che sono propri del linguaggio giuridico. Così anche la facoltà data alla moglie ingiustamente ripudiata di invadere la casa del marito e di impadronirsi della dote della nuova moglie non è certo degna di un giurista ed è sicuramente discordante con le norme consuetee del diritto, che prevedono in genere non il farsi giustizia con le proprie mani, ma l'impiego dei mezzi giuridici predisposti dall'ordinamento. Ma da tali giuste considerazioni si può certo desumere che chi ha redatto il testo non si è ~~stato~~ attenuto a corretti criteri tecnici, ma non si può giungere alla conclusione che esso appartenga a qualche ecclesiastico della corte costantiniana(2).

(1) C.V, 17, 8, 2.

(2) Che lo stile delle costituzioni postclassiche sia enfatico e retorico è cosa nota; lo avevano rilevato già gli umanisti e sulla loro traccia il Giannone, Istoria civile del regno di Napoli, libro II introd. (ed. Marongiu 1970, I, p. 108).

7. Questa norme costantiniane furono tutt'altro che definitive. Contrastanti con la ~~moralità~~ morale del tempo esse furono ben presto abrogate da Giustiniano(1) e poi introdotte di nuovo con maggiore moderazione dagli imperatori Onorio e Costanzo nel 421(2). Come è noto essi prevedono vari casi. Se la donna ha dato il repudio al marito senza alcuna causa, essa perde la donazione nuziale e la dote ed inoltre incorre nella deportatio in insulam; le viene negato il secondo matrimonio e la possibilità di far ritorno(3). Se essa allega cause mediocri, perde la dote e la donazione e non può rimaritarsi; al marito è riconosciuto il diritto di accusa nell'ipotesi di unione illecita della moglie con altri. Se invece esistono cause gravi o magna crimina del marito, allora il repudio è lecito, non vi sono quindi nemmeno sanzioni patrimoniali ed è ammesso il secondo matrimonio dopo un quinquennio dal repudio; la motivazione è di stampo religioso: "tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione ~~fecisse~~ quam alieni adpetitione fecisse, con chiara reminiscenza dello sfavore cristiano per le seconde nozze. Se il grave crimine è commesso dalla moglie, essa può essere perseguita in giudizio, privata della dote e della donazione nuziale ed il marito può liberamente contrarre un nuovo matrimonio. Se invece non vi è il grave crimine, ma morum culpa della donna, il marito riprende la donazione, ma non

(1) Ambrosiaster, Quaest. vet. et nov. Test. CXV, 12
(2) C. Th. III, 16, 2.

(3) Così l'Interpretatio intende le parole misteriose e non certo tecniche postliminii ius negamus.

ha diritto alla dote e può contrarre un altro matrimonio dopo due anni. Se invece il divorzio avviene senza causa il marito perde la donazione ed è condannato al celibato perpetuo, poena de solitudinis maior.

La legge di Onorio e Costanzo è più elaborata e meno rigida di quella di Costantino; le cause gravi e mediocri non sono descritte, né i gravi ~~ca~~mini sono specificati ed è arbitrario intendere, che essi siano gli stessi indicati nella costituzione del 331. Si introduce in questa legge il principio, che diverrà fondamentale nella legislazione posteriore ed in ispecie in quella giustinianea fra divorzio sine causa e divorzio ex iusta causa.

Si può ritenere che questa legge sia stata una risposta dell'impero alla richiesta del Concilio di Cartagine di pochi anni prima? Un indizio si può trarre dal destinatario della costituzione, che è il praefectus praetorio Italiae, Illyrici et Africae, Flavius Iulius, Quartus Palladius, il quale tenne quest'ufficio dal 415 al 421(1). Non è quindi da escludere che questa legge sia stata una risposta alla domanda della Chiesa africana di disciplinare il diritto del divorzio. Ma come si può trarre dalle norme testè ricordate, la disciplina imperiale era ben diversa da quella che la Chiesa avrebbe potuto desiderare, in quanto essa era limitatrice del divorzio, ma non conteneva un divieto assoluto, nè respingeva la possibilità di cause molto diverse da quella, che più richiama l'attenzione dei padri, cioè l'adulterio.

Al contrario, forse un'influenza degli usi sociali e delle norme romane si può vedere nel canone 17 del Concilio di Toledo del 400, nel quale si riconosce di fronte alla Chiesa la legittimità del concubinato, quando esso tenga il luogo del matrimonio(2).

(1) Da ult. Palanque, *Essai sur la préfecture du prétoire du Bas Empire*, 1933, p. 97 ss.; Esmein, *PW. XXVIII*, 221.

(2) Mansi, *III*, 1001.

8. L'esistenza di orientamenti diversi della Chiesa anche nella stessa regione e nello stesso periodo di tempo si manifesta nelle decisioni contrastanti del Concilio di Angers del 453 e di Vannes del 465; nel primo si afferma il divieto generale del divorzio, nel secondo si fa eccezione per il caso del divorzio per causa di adulterio della moglie(1). Si è tentato di spiegare questa diversità sostenendo che il secondo Concilio professava una dottrina già adulterata per l'influenza dei barbari(2); ma si è potuto agevolmente respingere questa spiegazione rilevando che si trattava della stessa provincia ecclesiastica e che nella regione di Tours non dominavano affatto i barbari in quell'epoca(3). Si è dunque supposto che il primo Concilio affermi un principio generale e l'altro una eccezione. Ma nemmeno questa spiegazione ci sembra convincente. Tutta la dottrina della Chiesa nei primi secoli è dominata dal dubbio intorno all'interpretazione del testo evangelico, nel quale era appunto previsto il caso del repudio per adulterio della moglie. E' più logico ammettere che nei territori della Gallia non si era consolidato il principio più rigoroso e che il costume sociale influiva sulle decisioni ecclesiastiche, che non potevano non tener conto delle esigenze dei fedeli.

- P. 25
7. 152
- (1) Del primo can. VI (Bruns, II, p. 138; CCh 2. 148) del secondo can. II (Bruns, II p. 143; CCh 2. (XIV)
(2) Fahrner, Geschichte der Ehescheidung, p. 42.
(3) Esmein, Le Mariage, II, p. 63 n. 3; Castello, Osservazioni etc. RIL. 1938 p. 210

Del resto lo stesso è a dirsi di altre decisioni della Chiesa occidentale. Il *Synodus Sancti Patricii*(1) ed il Concilio di Agde (Agathense) del 506 ammettono il divorzio per adulterio, anzi il secondo per *culpae graviores*, che devono essere però fatte constatare dai vescovi della provincia prima di procedere al repudio. E' incontestabile che in questa decisione si sia ricevuto il principio che trovammo nella legge di Valentiniano, in cui si ammetteva il divorzio per *gravia crimina*. Viceversa non è ammesso il divorzio per infermità sopraggiunta dal Concilio di Orléans ~~(Aurelianense)~~ del 533 (2).

(Aurelia-
nense)

Ma come procedeva nel frattempo la legislazione imperiale? L'imperatore Teodosio nel 439 aveva mitigato le norme dettate da Valentiniano e Costanzo ed ammesso nuovamente in luogo dei *gravia crimina* le *culpae graves* dei coniugi ripristinando le *veteres leges* ed i *responsa prudentium*(3). In questa costituzione per la prima volta si afferma il *favor liberorum*, che deve rendere *difficilior* lo scioglimento del matrimonio. Tale principio si trova ripetuto in un'altra, molto più lunga e articolata costituzione del 449, nella quale si specificano le giuste cause del divorzio anticipando il regime giustiniano e si dettano le sanzioni per coloro che compiono un repudio al di fuori delle cause previste. Tali sanzioni consistono nella perdita della dote o della donazione nuziale, mentre viene pre-

fele, trad. franc.
II, 898)

(1) Can. XXVI (Bruns, II, p. 308; PL. LIII, 822; He-
L'età è incerta, si pensa al decennio tra il
450 e il 460: i esatti primo due.

franc. II, 991

(2) Per Agde Can. XXVI (Bruns, II p. 151; CChr.,
CLVIII, 204; Kefele, trad. L); per Orléans Can. XI.
(Mon. Germ. Conc. I, p. 63;

Esmein, Le mariage, II p. 64) ammette però il
divorzio per mutuo consenso, ma il testo non
autorizza tale interpretazione.

(3) Nov. Theod. XII.

visto che i lucri patrimoniali spettino, dopo la morte del soggetto che li ha ricevuti, ai figli (1).

Ma alla fine del secolo, evidentemente per risolvere dubbi che si erano dovuti presentare nell'applicazione della legge di Teodosio e Valentiniano II, definita consultissima, Anastasio afferma la legittimità del divorzio comuni consensu, chiarendo che la donna non doveva attendere un quinquennio per contrarre un nuovo matrimonio, come era stato prescritto nella precedente legge, ma soltanto un anno (2).

Non si può non rilevare quanto le leggi civili di questo periodo si discostassero dai precetti della Chiesa e dalle decisioni dei Concili. Dopo la prima veemente limitazione del divorzio di Costantino, le leggi successive si orientarono verso un regime meno rigoroso, ammisero la legittimità del ripudio per giusta causa e del divorzio per comune consenso. Esse non sancivano del resto la nullità del divorzio compiuto in contravvenzione delle leggi perciò del susseguente nuovo matrimonio, ma minacciavano sanzioni patrimoniali, abbandonando quelle afflittive, che erano state introdotte da Costantino. Questo regime era ad un tempo più permissivo e più duro di quello della Chiesa, che vietava il divorzio e le nuove nozze, ma puniva i fedeli con pene spirituali e rendeva possibile talvolta il divorzio per adulterio ovvero lo considerava una colpa veniale.

(2) C.V., 17, 9 del 497.

(1) C.V., 17, 8. Sulla condizione dei figli Bonini, criteri per l'affidamento della parte dei divorziati in diritto romano, AG 1971, p. 24 ss.

E' chiaro che il potere civile non intendeva introdurre norme troppo contrastanti con la morale comune ed il costume sociale e quindi stabiliva una disciplina dello scioglimento del matrimonio certo diversa da quella dell'età classica, ma pure diversa dal principio cristiano. La stessa Chiesa considerava questo tema più come oggetto del suo magistero spirituale che del diritto positivo. In casi di forti contrasti uomini energici, come Ambrogio, hanno saputo ergersi contro l'impero e ridurre all'obbedienza imperatori giudicati colpevoli(1). Nessuna traccia di tali pressanti interventi si trovano per il matrimonio. Nella stessa storia della giurisdizione episcopale, ~~nell'epoca~~ la Episcopalis Audientia, ~~che trascurava la~~ ~~non~~ rivendicazione della Chiesa (in questo periodo) a sottoporre all'autorità dei vescovi le controversie fra i coniugi sullo scioglimento del matrimonio. Un testo antico, una Epistula di Evaristo, che si ritiene sia stato vescovo di Roma agli inizi del II secolo(2) afferma la giurisdizione ecclesiastica esclusiva in materia di matrimonio(3). Ma la critica ritiene questo documento apocrifo perchè non è mai esistita una giurisdizione esclusiva in questo tema e perchè, secondo i principi allora professati, i fedeli dovevano sottomettere tutte le loro controversie a giudici della comunità cristiana(4).

1° in quel tempo

(1) De Martino, Storia della costituzione romana, V, 1985, p. 436.

(2) Secondo la nuova datazione fissata dal 1947 nell'Annuario Pontificio, tiene il pontificato dal 97 al 105: Falcone, Storia dei papi, I, 1967, p. 203.

(3) Mansi, I, 624.

(4) Vismara, Episcopalis Audientia, 1937, p. 11; *altra lett. in Gaudemet, L'église dans l'empire romain, p. 230 s.; Jaeger, Justitien et l'episcopalis audientia, RHD, 1960, p. 215.*

9.A non diverse conclusioni si giunge per la codificazione giustiniana, che in questo tema appare tormentata ed ispirata a principi restrittivi della libertà del divorzio, ma che rimane pur sempre coerente con gli indirizzi che si erano venuti affermando nel corso dell'età post-classica.

Abbiamo già ricordato come alcuni concili nel corso del VI secolo, come quelli di Agde e di Orléans, regolarono il tema del divorzio; le lotte religiose, nelle quali intervenne con tanta invadenza l'imperatore, non lasciarono tempo alla Chiesa per occuparsi del matrimonio e del divorzio. Il grande problema dell'epoca era quello della difesa della sia pur limitata autonomia della Chiesa nei confronti dell'impero e nella controversia sui Tre Capitoli, che era una disputa teologica abbastanza artificiosa, ~~per~~ nascondeva il reale problema, cioè quello della supremazia dell'Impero...

Molto attiva invece appare la legislazione imperiale, che ebbe fasi e momenti diversi, secondo una linea di sviluppo che condusse a restrizioni sempre maggiori della libertà del divorzio. "entre nel Digesto ci si limita a modifiche non gravi dei principi classici. Ma non tutti i mutamenti supposti dai romanisti, che mirano ad accentuare l'influenza del Cristianesimo sulla legislazione di Giustiniano, sono da accogliersi.

^ nel Codice si compiono passi più decisivi ~~perché~~ nelle Novelle si attua in pieno il nuovo regime del divorzio.

(1) Vedi gli Autori cit. in Ind. Interp. ad h.l.
(2) Anche il Biondi, Diritto romano cristiano, iii, pal77 ammette che i classici non potevano attribuire effetti giuridici al calor iracundiae. Il Solazzi, Studi sul divorzio, Scritti, III p.34 n.4 non afferma affatto che le parole siano interpolate, come gli si attribuisce nell'Index Interp.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Per quanto riguarda il divorzio della liberta sposata al patrono, è difficile credere che le fonti non provino l'indissolubilità del matrimonio per volontà unilaterale della liberta, ma ciò non autorizza a ritenere che in questo caso la legislazione giustiniana abbia un precedente storico, che i compilatori avrebbero avuto cura di porre in evidenza, perchè Giustiniano non si discostò dall'orientamento iniziato da Costantino, che non contemplava la nullità del divorzio, ma sanciva delle pene per i contravventori(1).

10. Le leggi imperiali contenute nel Codice si ispirano infatti ai principi che furono affermati per la prima volta nella costituzione di Costantino, anche se questa non viene riferita e sono accolte soltanto le leggi di Teodosio e Valentiniano sulle cause che legittimano il divorzio e quella di Anastasio sul divorzio per mutuo consenso.

Le leggi di Giustiniano sono del 528, 533 e 534 aggiungono altre cause a quelle previste nelle costituzioni precedenti e cioè l'impotenza dell'altro coniuge, l'aborto procurato e fatti contro la pudicizia. Si stabilisce altresì l'uguaglianza dei coniugi per le sanzioni e si vieta il divorzio senza il consenso del pater familias, ricordando una analoga disposizione di Marco Aurelio(2). E' quindi chiaro che nel Codice prevale una tendenza di maggiore larghezza per

(1) testo fondamentale è D.24,2,11,pr.(Ulp.3 ad leg.Iul. et pap.). Per la critica oltre il Levy e gli AA.cit.in Index Intern. Solazzi, Studi sul divorzio, BIDR.1925,p.295 ss.=Scritti, III,p.21 ss.; La legge augustea sul divorzio della liberta, BIDR.1948,p.327 ss.=Scritti, V p.

85 ss.; Volterra, Sul divorzio della liberta, Studi Riccobono, III,p.203 ss.; Wolff, Doctrinal Trends, ZSS.1950,p.279 ss.; Biondi, Conferenze augustee, p.222 ss.; Diritto romano cristiano, III,p.178 ss.

(2) C.17,5,9;10;11.

le cause del divorzio.¹ Tale tendenza non subisce sostanziali modifiche nella prima delle Novellae dedicate alla disciplina del matrimonio, cioè quella del 536 (1). Secondo questa legge vengono considerate cause legittime di divorzio quelle previste dalla costituzione di Teodosio del ~~449~~ 449, nonché le altre che erano già state sancite dalla costituzione dello stesso Giustiniano del 533 (2).

Un mutamento nel senso di rendere più limitato il divorzio e restringere le cause che lo rendono legittimo si ha invece con la Nov. 117 del 542. La motivazione consiste nel fatto che le norme precedenti rendono troppo facile lo scioglimento del matrimonio e che perciò occorre eliminare quelle cause, quae indignae visae sunt. Così le sole cause ammesse sono nei confronti della moglie l'adulterio, la cospirazione contro l'imperatore ad insaputa del marito, l'essersi recata al bagno ed a banchetti con altri uomini, od in luoghi di divertimento senza il permesso del marito, aver pernottato fuori di casa contro la volontà del marito, l'attentato alla vita del marito. Nei confronti del marito sono la cospirazione, l'attentato alla vita della moglie, alla sua castità, l'incitamento all'adulterio, relazioni illecite con altra donna nella stessa casa coniugale, o nella stessa città frequentemente, se non ~~abbia~~^{si è} posto termine alla tresca dopo essere stato incolpato una prima ed un seconda volta.

Le sanzioni sono patrimoniali e personali e vengono inasprite con successive disposizioni. La pena sancita dalla Nov. 117, 13 per la donna è

(1) Nov. 22, 15-16).

(2) C. 5, 17, 11. V. anche 5, 17, 20 del 528

la chiusura in convento a vita per disposizione del vescovo, qualora essa persista nel suo comportamento; tale pena è estesa anche al marito con la Nov. 134, 11 del 556, in virtù del principio della parità delle sanzioni per uguali colpe, principio che era stato già sancito per gli effetti patrimoniali dalla Nov. 127, 4 del 548. Nella già citata Nov. 134, 11 si vieta poi il repudio fuori dei casi consentiti dalla legge e si dichiara invalido quello illegale.

Oltre ai casi di divorzi per giusta causa, la legislazione giustiniana prevede anche ~~la~~ poche ~~che~~ ~~case~~ di divorzio cosiddetto bona gratia, che sono l'impotenza, la scelta della vita monastica, la prigionia di guerra, la riduzione in schiavitù di uno dei coniugi, l'assenza del marito al campo per dieci anni, dopo lettere dell'amoglie e notificazione al comandante militare ed infine una supplica all'imperatore (1). Il divorzio per mutuo consenso permesso

nella Nov. 22, 3 sul fondamento del principio che tutto quello che si stringe si può sciogliere, τὸ δεδέν κεν αὐτόν, viene alla fine vietato con la Nov. 117, 10 ~~xx~~ salvo che nel caso del voto di castità. Il testo è tuttavia incerto per le sanzioni, in quanto riserva ai figli il patrimonio dei divorziati oppure in mancanza di figli dispone che esso sia devoluto al fisco, ma poi allude ad altre pene legittime, senza specificare di quali pene si tratti. Con maggiore sensibilità per le umane miserie l'imperatore Giustino subito dopo pur esaltando la pietà del suo predecessore, abolisce il divieto, prestando ascolto alle preghiere di quelli che lamentavano le tristi condizioni della loro unione: inter se coniugum horrentes et abominantes et proelia discordiasque propter hoc domo contingere accusantes (2). Segno eloquente che l'estrema restrizione

(1) Nov. 22, 5-7; cfr. C. I, 3, 32, 15 del 531 e D. 24, 1, 60 (Herm. 2 ep.) interpolato; inoltre Nov. 22, 14 per l'assenza e 22, 9 per il Liberto. Quanto all'assenza viene così modificato il regime introdotto da Costantino, C. 5, 17, 7 che prevedeva un più breve termine e non richiedeva la supplica all'imperatore.

(2) Nov. 140 del 566. Bonini, Il divorzio consensuale dalla "Novella Iustiniani 117, 10" alla Novella Iustini 140", BIDR. 1972, p. 41 ss.

Nuova edizione delle opere di Giustiniano in
 ecclesiastica e Giustiniano a cura di A. Meloni e di Luigi, in
 degli Istituti di Giustiniano, Subordini III, 1977, 129 ss.
 (nota per la p. 545)

era fortemente avversata dalla coscienza sociale del tempo.
 Come può spiegarsi la progressiva tendenza di Giustiniano ad un maggior rigore nella disciplina del divorzio e perchè da una più liberal disciplina egli si spinse fino al divieto del divorzio per mutuo consenso contro tutte le più radicate convinzioni sociali e morali? In mancanza di testimonianze dirette e nel silenzio delle fonti storiche, la risposta non può che essere ricercata nelle vicende del tempo. Non si può non rilevare che le norme più rigide ~~furono~~ ~~ma~~ dettate con la Novella del 542 coincidono con le più forti lotte nel seno della Chiesa tra Monofisiti e Cattolici e precedono di poco la decisione di Giustiniano di condannare i cosiddetti Tre capitoli, cioè gli scritti di Teodosio di Mopsuestia, di Teodoreto di Ciro contro Cirillo in difesa di Nestorio e la lettera del presbitero Ibas al vescovo Mari in difesa di Teodosio(1). Questa incredibile decisione imperiale probabilmente ispirata dal vescovo Teodoro Askida, il quale nonostante le sue convinzioni, aveva accettato la ~~la~~ condanna imperiale ~~di Origene~~ della dottrina di Origene e quindi dei suoi seguaci con l'intento di colpire i capi più intransigenti nella lotta contro l'origenismo ed in particolare i palestinesi seguaci della scuola antiochena accusati di nestorianismo. La decisione sui Tre Capitoli è del 543, ma la lotta durava da tempo ed è quindi legittimo collegare le norme restrittive sul matrimonio a questi aspri contrasti di ordine teologico. E' noto che l'intervento di Giustiniano contro esponenti di dottrine, che erano state riconosciute ortodosse nel Concilio di Calcedonia provocò forti reazioni soprattutto in Occidente ed indusse al silenzio il papa Vigilio,

(1) Vedi la Costituzione dell'editto, secondo la

pòendo le premesse del suo sequestro e del forzato viaggio a Costantinopoli della fine del 545(1).

Se si tien conto di tali vicende si può pensare che Giustiniano, mentre stava per impegnarsi in una violenta disputa dottrinale, abbia voluto con la nuova legislazione sul matrimonio dimostrare la sua più rigorosa intransigenza ed ortodossia in un tema, sul quale la Chiesa occidentale aveva mostrato maggiore durezza di quella orientale. Se invece il nuovo regime del divorzio fosse stato suggerito dall'persistenza di tendenze del costume sociale e da un'accresciuta pressione ecclesiastica, non ci spiegheremmo perché il successore di Giustiniano, subito dopo il suo avvento al trono, non abbia perso tempo ad abrogare le disposizioni concernenti il divieto del divorzio per reciproco consenso ed abbia ristabilito la piena legittimità di questo tradizionale tipo di divorzio, adducendo nel preambolo della Novella proprio la resistenza del costume.

(1) Per tutti Daniélou-Marrou, Nouvelle histoire de l'Eglise, I, 1963; Falconi, Storia dei papi e del papato, II, 1968, p. 67.

Sugli scritti teologici di Giustiniano vedi l'edizione di Schwartz, Drei dogmatischen Schriften Justinians, 1939, ora in Subsidia al Legum Iustinianum Vocabularium II, 1973; su di essi Amarelli, Giustiniano: un teologo al vertice dell'impero? Labeo, 1975, 238 ss. ed ivi lett.

nelle lettere di Giustiniano al Santo Sinodo contro i tre capitoli (Subsidia III, 141 ss.) al § 10 si afferma che Vigilio avrebbe condannato i tre capitoli. Sintomatico è che l'imperatore sotto il regno di lui che

† nuove

alla
pg. 100

P. 81 ss.

egli conserva
il chirografo
nella cronaca

11. Interessante è rilevare come nei rapporti concreti l'opinione popolare reagisse alle misure restrittive del divorzio ed allo sfavore verso di esso derivante dai precetti cristiani. I documenti provenienti dall'Egitto sono espressivi e noti agli studiosi. Già dall'inizio dell'età imperiale troviamo atti di divorzio nei quali le parti si concedono di contrarre un nuovo matrimonio(1). Questo non derivava in tempi nei quali l'influenza del cristianesimo non si faceva sentire dal principio dell'indissolubilità, ma dalla convenienza delle parti di evitare qualsiasi contestazione per il futuro.

Ma nell'epoca tarda le norme del diritto e le convinzioni religiose inducono le parti a stabilire obblighi di comportamento verso l'altro coniuge. Nel 566 o 573 d.C. in un atto di donatio propter nuptias un tale si impegna verso la sposa a "non a coniugio repellere praeter causas adulterii vel ignominiosum morum vel corporis infirmitates per tres pluresve idoneos liberos viros privatos in civitate degentes comprobatae" (2). In un altro caso il padre della moglie invia il repudio al genero "impiis quibusdam studiis, quae nec Deo nec hominibus placent" e perchè questo contrasta con il desiderio di assicurare alla figlia "tranquillam placidamque vitam" (3). Siano o meno le parole desunte dalla lettera di Paolo ai Tesalonicesi (4), interessa di più rilevare che la causa del divorzio è imprecisata e generica e non si adatta a nessuna delle cause specifiche previste nelle co

(1) BGU. 4, 1102, 31-34; 1103, 22-25 (del 13-14 a. C.); PLips. 27, 25-26 (del 123); POx. 6, 906, 7-8 (del 2°-3° sec.); PGrenf. 2, 76, 10-11 (del 305-6); PCair. 2, 67154, 23-25 (età di Giust.); 67153, 25-26 (568); PFlor. 93, 23-24 (569); PCair. 3, 67311, 23-24 (569-

570); I, 67121, 11-13 (del 573), dove vi è prevista la facoltà di dedicarsi alla vita religiosa. Tali testi sono raccolti dal Sblazzi, Studi sul divorzio, Scritti, III p. 32 n. 35. Il Taubenschlag, The Law of greco-roman Egypt, p. 124 n. 85 cita alcuni di questi testi, nonché S.B. 8024, 18 del 391; PLond. 1712, 17 (del 569) e 1731, 10 (del 585). Anche il T. Ricorda l'elezione della vita monastica, ma la collega con l'obbligo della Nov. 117, 10, che tuttavia era una sanzione e non una scelta. *Atta del. in Biondi, p.*

(2) PLond. 5, 1711 in Arangio Ruiz, FIRA, III, p. 43 n. 18, lin. 30 ss. nella versione latina.

(3) POx. I, 129; Arangio Ruiz, FIRA, III, p. 56 n. 21.

(4) Così già Mitteis, Hermes, 1899, p. 105 ss.; ~~Mitteis~~ poi Biondi, Diritto romano cristiano, III, p. 186. Il passo di Paolo è Iad. Thess. 2, 15..

PFlor. 93.
è fase I, 91
"Amici?"

rel. 569

P BIDA, 1972,
67 n. 59, il
virale è cndr
anche PFlor.
I, 91 = PLond.
V, 1713 e PHer-
mopolis Rees
= CPJ. IV, 1513 rel. 586.

vedi le fonti e la 2^a col del
fontes N. Anagnino

Bonini de P. ~~Land~~ V 1712 (569)

P. Flor I 91 (= P. Land V, 1713 = Sum-

ma II, 2, 297 = Anagnino L 22
(a. 569) -

Molte P. ~~Cairn~~ II 6453 (= 67253)

II 67311 (569-70) II 67121 (573)

P. ~~Herzog~~ Rees = C. P. IV 513 (586)

stituzioni, nè si può dire quali fossero gli impia studia. Ancor più interessanti sono i testi nei quali i coniugi affermano, quasi a giustificazione della loro volontà di divorziare, che tutto è stato opera del diavolo. È interessante, per intendere gli usi popolari e le credenze del tempo, riferire le parole di uno di questi testi nella versione latina: "Iampridem invicem in matrimonii et vitae societatem nos coniunximus iusta cum spe et ad legitimorum liberorum bonam procreationem, plecidum et sempiternum duraturum esse putantes mutuum consortium in omne utriusque nostrum vitae tempus; ex contrario nescimus quomodo spes nos fefellit et turpis pravique diaboli causa passi sumus nos vexantis ut alter ab altero discederemus" (1). Opera del diavolo e tuttavia divorzio, questa sembra essere la morale del tempo!

cf. coniugi
 (1) PFlor. I, 93 in Arangio Ruiz, FIRA, III, p. 58 n. 22 ed ivi altri doc. cit.; V, inoltre Taubenschlag, The Law etc. p. 123 n. 77. Analogo pensiero in Libanius, Decl. 46 VII, 588 (Förster).

è uoc. Plain Maspéro, II, 67121; 67153; nonché PHermap. Rees = C.P.J. III, 513;

12. Con la compilazione giustiniana si chiude un periodo storico nella storia del regime giuridico del divorzio e se ne apre un altro, nel corso del quale Occidente ed Oriente si separano sempre più nettamente. Nei secoli successivi il principio dell'indissolubilità si afferma nella Chiesa cattolica e domina quindi l'Occidente, mentre nella Parte orientale in seguito alla progressiva divisione della Chiesa da quella di Roma ed infine allo scisma vale un principio diverso, che abbiamo trovato già formulato da Epifanio, Asterio e Basilio(1). Ma la distinzione non fu rigida e schematica; mentre in Oriente il Concilio Trullanum accolse ad un tempo l'opinione di Basilio ed il can. 48 della raccolta Apostolica, che vietava in modo assoluto le seconde nozze, assieme alla decisione del Concilio di Milevi(2), in Occidente le vicende furono pur sempre travagliate ed il principio, sebbene affermato dai dottori, non sempre venne in modo rigoroso sanzionato nei Concili e nella pratica. Abbiamo già ricordato i Concili Sancti Patricii, Agathense ed Aurelienses; possiamo aggiungere, escluso il Concilio di Nantes del 658, le cui disposizioni sono ritenute di età posteriore(3), quello di Hereford del 673, nel quale si consiglia semplicemente al marito, che ha ripudiato la moglie per causa di fornicatio, di non contrarre nuove nozze, si Christianus esse recte voluerit(4). Più tardi nel 744 il Concilio di Soissons ammette il repudio della moglie in caso di adulterio(5).

(1) Sopra, pag.

(2) c. 87 (Labbe, Conc. VI p.

1180)

(3) Seckel, Benediktus Levita, *œues* Arch. 1901, p. 39; Esmein, *Histoire du mariage*, II, p. 64.

(4) C. 10 (Bruns, II, p. 310).

(5) C. 9 (Boretius, p. 30). Il testo è certamente

alterato ed ha dato luogo a divergenti interpretazioni e restituzioni: Esmein, *Histoire du mariage*, II, p. 64 n. 7 ed ivi cit. La più semplice restituzione è quella che rispetta il più possibile la tradizione manoscritta: *nec maritus, vivente sua muliere, aliam non accipiat, nec mulier, vivente viro suo, alium accipiat; quia maritus mulierem suam non debet dimittere, excepta causa fornicationis deprehensa*. Ma è chiaro che il testo per i molti errori stilistici non può appartenere ad una mano colta e va attribuito ad un amanuense, che non conosceva il latino.

Vismara - 11. Ernesto

60 - cimitero Wien (?) separazioni

Orientale

disegni di Alberto Jucker (68
centro di vescovi 69

126 - sotto Theodore

Schweizer storia delle rinvenute e delle epistole
della Chiesa in Italia² 1917

Modi Ricorda nei poteri civili dei vescovi
nelle altre nazioni durante l'alto ME
1930 (Papa Pio XI di St

Salvo la giurisdizione patrimoniale e la
giurisdizione della Chiesa prima del
1884

Tagliofani, Problemi della
cultura e dell'economia longo-
barda - 1964

Donini, Sturgia etc., Boll 1972

CAMERA DEI DEPUTATI

Carta da minuta

Posizione rispetto alle seconde nozze
Humbert, Le remariage à Rome,
1972, p. 301 ss.

Mrs Zoghby, nei lavori del Consiglio Vat.

II - Fesquet, di Journal du Conseil
1966, 30 sett. - 5 ott. 1965, p. 898 ss.

Posizione tollerante della Chiesa per il matrimo-
nio del coniuge abbandonato dall'altro

(Humbert, p. 307 ss. in lett. e 308, 3.)

Brux Canones apost. et concilior.

Lex Wiolq. (Mon. Germ. Hist. Leges I, 1
1902.

Bretius, Capitularia

Formulae (Mon. Germ. Form.)

Capitularia (Mon. Germ. Cap.)

Adorno

1 m

Branti)

Scaduto

Tenolo

Il divorzio e il cristianesimo in Occidente
1882, 1890 (non perit) 123 pagine
Il matrimonio nel diritto canonico

1941

Joyce

Die christliche Ehe, 1933, 275 n.

Habulohe

Einfluss des Christentums auf
das Corpus Juris Civilis 1937, 132 n.

Döning

Lehrb. d. deutsch. Kirchenrechts 1878,
606 n.

Joukers

(da Wolff: 267 n. 33) wegen l'äu-
flusses des Christentums

Vogt

Zur Frage des christl. Einflusses
auf die Festsetzung Konstantins des
großen, Festschr. Werringer II,

CAMERA DEI DEPUTATI

Salvioli

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Carta da minuta

250
4
100

Thishman. Das Eherecht der
orientalischen Kirche 1864 -

Boutin. Capitulaire

Reisen. Gesch. d. canon. Eherecht
bis zum Verfall der Glosse-
literatur

Abb. N. Yves de Chartres (p 5)

~~Scodut, Il divorzio o il cristianesimo~~
1882 -

~~Phmeri~~, Geschichte der Ehescheidung
in Kirchenrechte 1903 -

Soudet Etude sur l'histoire de la juridic-
tion matrimoniale 1933

Abb. | Senato della Repubblica - Archivio Storico.
nell'Arch. Piner. Emmeri 14 83 n. 4

CAMERA DEI DEPUTATI

§ 3. 5, 37 (lex Nunti
facto tit. de uz. gest.)

"dic secundum leges esse divortium,
sed secundum cau. non fit, nisi

ex causa consanguinitatis, et sic

non dirimitur matrimonium, sed
magis nullum declaratur. Item

propter adulterium. sed nunc non
fit divortium, quia claram accipere

non potest, licet delictum reddere

non teneatur " Vet. (Venetus 1591,

p. 57 i)

§ 3. I

alias sunt leges

Caesaris, alias Christi,

aliud Papianus, aliud

Paulus nostri praesent

§ 3. II, 1695

de cunctis (et de Joellinger)

per la no.

Atthymus (plano cistern
Mell'et N. M. Aurelio) - D.
Schwartz 1891 - cf. Gebhardt
und Harnack, Texte und
Anfügbe IV, 2 -

Pastore N. Hermas

è il libro V delle Visiones

ed. Hilgenfeld Novum Testamen-
tum IV, 2 (1881) - cf. Gebhardt
Harnack Petrum apost. opera
IV, 1877 - Funk Patres apostolici
1901 - Tröd. in Hennecke (Weinel
Neutestam. Apokryphen I, 217 n.
295 n.

in Cruppersu e Verberie

Louise. Gesch. d. Deutschen Kinder.

Freien Gesch. d. Kon. Ehrrechts bis

zum Verfall d. Grosseliteratur p 462 n 2

Launoij, Regis. in matrimonium
potestas

Edictum Pisture XXX (Mon fene Cop
II, p. 323 s.)

Prozire Recueil des formules

usées dans l'empire des Roms

(Formulse Merkliaunce M G. Form. p 248)

decodando del potere statale Esalen I, 13 s

del matrimonio in 16 -

CAMERA DEI DEPUTATI

Carta da minuta

9

La Chiesa veneta comincia con l'ammettere nel 465 il divorzio per causa di adulterio(1), ma più tardi nel 796 prevale un rigoroso divieto di contrarre il secondo matrimonio, sebbene si ammetta il repudio(2).

Il Concilio di Roma dell'826 del pari sembra ammettere il divorzio in causa di adulterio, ma non le nuove nozze(3): in tal modo comincia a farsi strada l'idea della separazione personale fra i coniugi per colpa, senza giungere allo scioglimento vero e proprio del matrimonio. Principi analoghi si trovano nei Concili dell'età successiva, in quello di Parigi dell'829(4) di Toledo dell'861(5), di Tribur dell'895(6) e nel secondo Capitulare di Theodulphus d'Orléans (7).

P
(6)

Tuttavia nella pratica non doveva essere facile imporre l'osservanza del principio rigido dell'indissolubilità ed i papi sono spesso chiamati a riaffermarlo di fronte a casi concreti, che dimostrano tiepidezza o dubbi nelle Chiese locali, talvolta provocati dalle calamità dei tempi, che strappavano le persone dalle loro dimore. Per di più nei territori dove si erano costituiti regni barbarici si applicavano le norme dei loro diritti e questo aveva sicuramente influenza anche nella pratica della Chiesa.

(1) Syn. Venetica c.2 (ed.

(2) Syn. Foroiuliensis c.10 (ed. Labbe, Conc. VII, p.1006). Cfr. Brandileone, Saggi p.257.

(3) Mon. Germ. Conc. II, p.582

(4) III, 2 (Mon. Germ. Conc. II, p.671)

(5) c.46 (Mon. Germ. Cap. II, p.240)

(6) c.21 C. XXXII qu.5

(7) PL. CV, 213

Chiare tracce dello stato di cose esistente nella pratica della Chiesa si trovano nelle stesse lettere dei Papi, i quali confermano il principio dell'indissolubilità nei confronti di vescovi incerti o tolleranti su gravi cause di scioglimento del matrimonio⁽¹⁾. Ma talvolta gli stessi Papi sembrano in qualche misura inclini ad ammettere il divorzio. Così Innocenzo I nell'ipotesi della prigionia della moglie dichiara nullo il secondo matrimonio del marito se la prima era ancora vivente nec divortio electa⁽²⁾. Del pari Gregorio II in una epistola a S. Bonifacio nel caso di una moglie che per causa di malattia non era in grado di rendere il debito coniugale al marito, dopo aver consigliato di restare in tale stato e ricorrere all'astinenza^{quia}, soggiunge: Sed quia hoc magnorum est, ille qui se non poterit continere, nubat magis⁽³⁾. Nessun indizio autorizza a credere che si trattasse di un caso di malattia preesistente al matrimonio e quindi tale da impedire la consumazione del matrimonio stesso⁽⁴⁾.

(1) Innocenzo I a Exuperus di Tolosa, Cod. can. eccl. Galliae, decr. Innoc. c. 26. Egli aveva domandato se si dovesse punire con severità il marito, che dopo il repudio della moglie, avesse contratto un nuovo matrimonio. Leo I a Nicetas vescovo di Aquileia per il caso di prigionia del marito: c. 1 C. XXXIV qu. 1: merito charitas tua videtur ambigere, quid de mulieribus, quae aliis coniunctae sunt viris, a nobis debeat ordinari. Greg. I in C. Reg. XI, 27 e 30 (Mon. Germ. Epist. II, p. 294 e 300); VI, 47 (ivi I, p. 422); c. 19, 21, 25 C. XXVII qu. 2.

(2) c. 2 C. XXXIV qu. 1.

(3) Mon. Germ. Epist. III, p. 275

(4) Vedi cit. in Esmein, Le Mariage, II, p. 67 m. 2

12. Ancora più interessante è constatare come la Chiesa agisse nella pratica. I libri poenitentiali hanno offerto un' ampia documentazione dell'uso pratico dei principi da parte dei ministri della Chiesa nelle varie parti dell'Occidente. Non vi è dubbio che vi predominasse una notevole tolleranza ed una interpretazione molto libera del rigoroso principio dell'indissolubilità. Nelle stesse collezioni irlandesi, che sono le più rigide(1), non manca qualche deroga. E' ammesso il divorzio conversionis causa o per infidelitas, nonché per separazione violenta dei coniugi o per l'autorizzazione data dal marito alla moglie di sposare un uomo ricco per pagare i propri debiti(2). Infine si trova ammesso il concubinato dei patriarchi con le proprie serve, caso diverso dal divorzio, ma derivante dal costume sociale di popoli, la cui organizzazione era patriarcale e tribale(3).

7(4) Ma nei penitenziali anglosassoni, che sono stati costruiti sulla base di un testo non pervenuto ci, nel quale si vuole siano state raccolte le decisioni di Teodoro di Tarso, divenuto arcivescovo di Canterbury, sono senza dubbio ammessi vari casi di divorzio. E' chiaramente previsto il divorzio per mutuo consenso(5) ed il repudio del marito per causa di adulterio della moglie con l'autorizzazione a contrarre un nuovo matrimonio, il marito senza termine di tempo, la donna dopo cinque anni(5). Un diverso caso è quel-

(1) Wasserschleben, Die Bussordnungen der abendlichen Kirche, 1851; Hinschius, Das Ehescheidungsrecht nach der angelsächsischen und fränkischen Bussordnungen, Zt.f.deut.Recht, XX, p.66 ss.; Schmitz, Die Bussbücher und die Bussdisciplin der Kirche, 1883; Die Bussbücher und das kanonische der Bussverfahren, 1898; Esmein, Mariage, II, p.68 ss.; *Statute, Divorce & Matrimonial Law*, p.154 ss. Per le collezioni irlandesi v. il Pen. di Vinniaus

della fine del VI sec. (ed. Wasserschleben); Pen. di Cummean (ed. Zettinger, Arch.f.kathol.Kirchenrecht, 1902); Collectio hibernensis del 716 circa (ed. Wasserschleben 1885).

(2) XLVI, 5; XLVI, 29; XLVI, 7

(3) Esmein, Mariage, II, p.69 n. ritiene che non solo in questo caso, ma anche negli altri si tratti di poligamia, il che veramente non risulta dai testi.

(4) I testi ~~irlandesi~~ anglosassoni i Dicta Theodori o Canones Gregorii Pape, i Capitula Theodori o Dacheriana, il Poenitentiale Theodori o Discipulus Umbrensiu. Sulla ricostruzione dell'opera originaria Liebermann, Zur Herstellung der Canones Theodori Cantuariensis, Zt.Sav.Stift., Kan.Abt. 1922, p.387 ss.

(5) Can.Greg.c.65; Poen.Theod.II, 12, 7; Poen.Merseburgens, c.123. L'Esmein, II p.70 respinge giustamente l'interpretazione del Freisen, secondo la quale l'ipotesi sarebbe quella dello scioglimento per consacrarsi alla vita religiosa o per malattia. Tali casi vi sono in altri testi, ma in quelli citati la previsione è di ordine generale.

(6) Poen. Theod.II, 12, 6; Can.Greg. 67; Cap.Dacher. 164.

lo dell'abbandono da parte della moglie e del rifiuto di riconciliazione; alcuni testi permettono al marito di contrarre un nuovo matrimonio, dopo due o cinque anni di separazione(1), altri lo vietano, ma stabiliscono una lieve penitenza di un anno(2). Un caso frequente di divorzio era quello della prigionia di uno dei coniugi, in particolare della donna, o della riduzione in servitù per causa di debiti(3). Nello stesso ordine di idee il matrimonio poteva essere sciolto, se i coniugi erano entrambi schiavi ed uno dei due era affrancato(4). Del pari si ammetteva lo scioglimento nel caso che un coniuge ignorasse all'atto del matrimonio la condizione servile dell'altro(5). L'impotenza del marito è considerata causa legittima di scioglimento del matrimonio, nè appare ancora la distinzione che fu introdotta più tardi tra la causa preesistente e quella sopraggiunta(6). Infine i Penitenziali anglosassoni contengono anch'essi, come quelli irlandesi, il divorzio *conversionis gratia* o *infidelitatis causa*(7).

13. Questa ampia casistica in parte si ricollega alla legislazione civile romana, in parte alle norme dei diritti germanici, che dovevano avere influito sulle decisioni della Chiesa in questi primi secoli. In tali diritti

(1) Poen.Theod.II,12,19; Can.Greg.70; Cap.Dacher.159; Poen.Martenian.69; Confess.Ps.Egberti,26. Più restrittivo è il Poen.Ps.Theod.IV,23.

(2) Poen.Theod.I,14,13; altre cit.in Esmein, Mariage,II,72n.3.

(3) Poen.Theod.II,12,23-24; Can.Greg.72; Cap.Dacher.36; Poen.Marten.42; Poen.Merseburg.94; Poen.Vallicellianum primum 41. Nella captivitas per vim della donna e nell'impossibilità di redem-

tio il marito può contrarre dopo un anno nuove nozze: Poen.Theod.II,12,20; Cap.Dacher.160; Poen.Marten.65,1. Un tempo di cinque anni di attesa in Poen.Theod.II,12,21; sette anni invece in caso di captivitas per vim e senza possibilità di redemptio in Poen.Theod.IV,24. Ma se la captivitas è senza vis il termine è di cinque anni e lo stesso vale per la moglie. Diversamente il Poen.Theod.II,12,22 e Ps.Theod.IV,24 stabiliscono che in caso di ritorno del coniuge dalla captivitas, il secondo matrimonio si annulla e rivive il primo. L'Esmein, Mariage,II,p.73 n.1 intende la norma nel senso che il secondo matrimonio era stato contratto prima del decorso del termine. Ma l'interpretazione è molto discutibile; negli altri testi non vi è affatto previsto il caso del ritorno del captivus e perciò non vi è contrasto.

(4) Cap.Theod.c.105; Can.Greg.c.175; Poen.Theod.II,12,8; Poen.XXXV capit.p.511 c.IV,1; Cap.iud.IX,1.

(5) Poen.Theod.II,13,4; Can.Greg.73; Poen.Martin.72; più restrittivi Ps.Theod.IV,32,25 e Conf.Ps.Egberti,25.

(6) Poen.Theod.II,13,5; an.Greg.179; Poen.Marten.72; Poen.Ps.Theod.I,33. Sulla storia di tale distinzione Esmein, Mariage,I,p.264 ss.

(7) testi in Esmein, Mariage,II,p.74 n.4 e 75 n.1.

il divorzio era generalmente ammesso, ma soltanto per repudio del marito, il quale nel contrarre matrimonio acquistava la donna, pagando il mundium all'avente potestà sulla donna. Lo Scaduto ha esaminato ampiamente lo stato dei diritti germanici in questo tema ed ha rilevato i mutamenti che in esse intervennero per influenza del Cristianesimo e per l'umanizzazione del costume, respingendo una versione troppo idilliaca della famiglia germanica(1).

Le leggi dei Bavari punivano il marito, che avesse repudiato la moglie "sine aliquo vitio", con la pena di 40 o 48 solidi da pagare alla famiglia della donna, con la dote alla moglie e la restituzione del faderfio(2). I motivi legittimi non sono stabiliti, essi dovevano essere fissati dal costume e la disposizione della legge evidentemente mira a limitare la libertà del repudio. Non è lecito desumere da altre leggi, che risentirono l'influenza delle idee cristiane e romane, illazioni per lo stato dei diritti germanici. E' invece certo che laddove non esistevano divieti il divorzio era permesso. Così lo era anche quello per mutuo consenso, che risulta dalle Formulae e da qualche legge(3). Le leggi alamanne nel caso di divorzio per comune consenso lasciavano che ciascuno dei coniugi prendesse il suo. Ma non è chiaro se la donna potesse avere anche il morgen-gab e la dote, oltre il faderfio(4). Se il divorzio avviene per repudio del marito, questi deve una composizione di 40 solidi alla donna, come nella legge dei Bavari, più tutto quanto spetta per legge. Ma che cosa spettava per legge? Il testo non

(1) Divorzio e Cristianesimo, p. 43 ss. La descrizione idilliaca è del Rive, *Geschichte der deutschen Vormundschaft*, 1862-75. Sulla famiglia germanica v. poi

(2) *Mon. Germ. Leges* III, p. Textus legis primae VIII, 14; secundae XVII, 9 e tertiae VII, 14.

(3) *Form. Marculf.* II, 30; *Andeg.* 19; *Sirm.* 19; *Pact. Alam.* III, 2.

(4) *Pact. Alam.* III, 2 e 3 (*Mon. Germ. Leges* III)

lo dice esplicitamente e bisogna quindi procedere a congetture. Certamente il prezzo della composizione era dovuto alla famiglia della donna, come è nello spirito del diritto germanico e sancito nella legge dei Bavari. Alla donna poteva dunque spettare soltanto la dote, ma non direi che il prezzo del mundio si era trasformato in dote e che questa doveva necessariamente essere attribuita alla moglie, sol perchè nella *lex Alam. Hlotharii* (1) la dote legale della donna è fissata in 40 solidi ed essa in caso di morte del marito poteva portarla seco, anche se passava a nuove nozze. Il caso della morte è diverso da quello del repudio, nel quale non si poteva prescindere dai motivi che legittimavano il divorzio. Ora la *lex Alam.*, a differenza di quella bavara non distingue fra repudio legittimo e repudio ingiusto e sembra ammettere in ogni caso la composizione.

Anche la parole misteriose del testo " Si reportat potestatem habeat femina ipsa habet solidos 12 solvat" danno luogo a dubbi. Ma non si può accettarlo così com'è e certamente esso ci è giunto in una versione corrotta. L'analogia rilevata con la *lex Alam. Hloth.*, nella quale si prevede il pagamento di 12 solidi alla moglie da parte dei parenti del marito defunto per il morgengab ricevuto (2) sideve accogliere con cautela, perchè nelle parole riferite non vi è alcuna allusione al morgengab ed al giuramento della donna richiesto nell'altra legge.

(1) LV, 4. Così invece Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, p. 57.

(2) LVI, 2. La congetturavè del Merkel, seguito dallo Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, p. 59.

Lo Scaduto ha discusso ampiamente alcuni capitoli della *lex Alamannorum Hlotarii*, dai quali il Sohm aveva tratto la conseguenza che il repudio fosse riconosciuto anche alla donna(1). In questi testi si disciplina il caso in cui una ~~donna~~ persona abbia preso illegalmente la moglie di altri; egli è obbligato a restituirla e pagare una composizione di 80 solidi. Se non la restituisce, la composizione è di 400 solidi; si aggiunge *et hoc si maritus prior voluerit*, il che subordinerebbe il trattenimento della donna al consenso del primo marito. Il Sohm aveva ritenuto non senza fondamento queste parole come un'aggiunta posteriore, non solo per l'analogia con una legge anglosassone di Etelberto(2), ma anche perchè la logica del meccanismo della composizione non si concilia con il consenso del marito. Lo Scaduto, dopo avere discusso la legge di Etelberto, ~~in Scaduto~~ argomenta da altre leggi germaniche, la *Ripuarica*, la *Salica* e la *lex Frisionum* per dedurre che esse contenevano un precetto opposto a quello della legge anglosassone e che nelle antiche leggi germaniche non fu mai riconosciuto il repudio da parte della moglie. Questa disputa a noi non sembra autorizzata dal testo. In esso si prevede non già un caso di repudio, ma piuttosto un caso di ~~mat-~~to, non possiamo sapere se consensuale o meno. Che per esso sia prescritto il pagamento di una somma per la composizione con l'offeso è pienamente comprensibile, che vi sia una diversa previsione nell'entità della pena qualora vi sia la restituzione e qualora non vi sia è del pari comprensibile, come è molto chiaro che in caso di mancato pagamento della pena continuavano a sussistere gli effetti del precedente matrimonio, tanto è vero che i figli nati dal secondo marito si considerano sotto la potestà del primo

(1) LI, 1-3; Scaduto, *Divorzio e Cristianesimo*, p. 60 ss.; Sohm, *Traung und Verlobung*, 1876, p. 30.

(2) *Aethelbert* c. 31 (ed. Schmid; c. 32 Canciani).

(3) *Lex Rip.* XXX, 4; *Lex Sal.* XVI, 1; *Lex Fris. Addictio* III, c. 76. Vedi anche Roth. 211 e Liutpr. 122.

Per quanto riguarda le leggi longobarde, ^{nel} l'Editto di Rotari nessuna sanzione è prevista per il caso di repudio da parte del marito, il che deve intendersi nel senso che questi perdesse semplicemente il mundio, che aveva pagato ai parenti della donna e verosimilmente il morgenga b(1). Diversamente, per quanto concerne la donna, l'Editto prevede in caso di abbandono della moglie e di matrimonio con un altro uomo la possibilità legale da parte del primo marito di ucciderla(2). Gli interpreti intendono poi le disposizioni dettate dall'Editto sulla perdita del mundio da parte di chi abbia commesso varie offese alla fanciulla non sposata od alla donna, nel senso che esse si applichino anche al marito il quale aveva appunto il mundio sulla moglie (3). Da questo si trae la conseguenza che in determinati casi la donna poteva repudiare il marito. Che i testi abbiano da riferirsi anche ad una donna sposata si deve ritenere per certo, dato che essi parlano costantemente "de puella libera aut muliere". La conseguenza dell'offesa o della falsa accusa era che la donna aveva la scelta di tornare presso i propri parenti ovvero di affidarsi alla corte regia, "cum rebus suis propriis quae per legem pertinent". Nulla è detto quanto alla possibilità di contrarre nuove nozze.

Grimoaldo detta una nuova disciplina del divorzio. Egli accorda il divorzio anche alla donna qualora il marito l'avesse ingiustamente accusata di adulterio o di attentati alla sua vita(4). In

(1)n Sulle orme dello Schroeder, lo Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, p.74 n. distingue due fasi, nell'una fino a Rotari il prezzo del mundio equivale alla meta; nel secondo il prezzo è simbolico e la meta diviene la donazione della dote.

(2) Roth.211; cfr.189 e 221.

(3) Roth.195 e 196 e 197.

(4) Grim.7; cfr.Roth.196 e 202.

questa ipotesi se la donna prova la sua innocenza o col giuramento o colgiudizio di Dio, il marito perde, il mundio e deve pagare il guidrigildo della donna fissato in 1200 solidi, metà ai parenti di lei e metà al fisco, qualora però non giuri davanti a 12 parenti legittimi di non aver accusato la moglie dolosamente.

Un altro caso è quello in cui il marito avesse preso con sé un'altra donna nella casa coniugale; egli perde il mundio e deve pagare una composizione di 200 solidi. La moglie può riconciliarsi o tornarsene presso i parenti. L'amante introdotta in casa perde anch'essa tutti i suoi beni, norma che sembra riecheggiare quella dettata dalla costituzione di Costantino del 331.

Al di fuori di tali ipotesi deve ritenersi che il divorzio da parte del marito abbia continuato ad essere libero. Ne vale addurre il caso ora discusso, per trarne la conseguenza che sotto l'influenza romano-cristiana anche i Longobardi limitarono il repudio da parte del marito. È chiaro che nel caso dell'introduzione di una concubina l'offesa era molto grande ed andava quindi sottoposta a sanzioni. Ma ciò non implica che vi fosse abolita l'originaria libertà del repudio, del che non si trova traccia nell'Editto. Liutprando attenua le sanzioni contro la moglie vieta la sua uccisione o mutilazione e permette la fustigazione o la vendita come schiava(1). Egli modifica anche la pena dell'uomo nel senso che egli deve pagare il proprio guidrigildo e se non può farlo viene trattato come la donna(2). Infine si ammette il divorzio in caso di assenza del marito per oltre tre anni e si permette il nuovo matrimonio con l'assenso del re(3). Le disposizioni relative alla pena per la concubina sono estese anche ai matrimoni dei servi(4).

(1) Liutpr. 122

(2) ivi

(3) Liutpr. 18.

(4) Liutpr. 6.

Per quel che riguarda la sopravvivenza del divorzio longobardo nelle province meridionali va ricordata una disposizione delle Consuetudini di Bari raccolte da Sparano, che non trovo citata dagli autori che si sono occupati dello scioglimento del matrimonio. In essa si menziona ancora il divorzio come causa di scioglimento del matrimonio e si prevede che rimangano intatti i diritti della donna e dei suoi eredi alla dote, al morgincaput cioè al Morgengab ed al meffius. Le consuetudini di Bari furono raccolte per iscritto al tempo di Ruggero I e da questi approvate e poi riordinate da Andrea e Sparano da Bari al tempo di Carlo I d'Angiò(1). Con ciò non intendo dire che il divorzio fosse ancora in vigore in quest'epoca, ma è certamente significativo che esso non sia stato eliminato dalla raccolta. Viceversa in altre consuetudini meridionali, nelle quali si tratta ampiamente dei rapporti patrimoniali fra i coniugi in caso di scioglimento del matrimonio, la sola ipotesi prevista è quella della morte(2).

Veniamo ora al diritto dei Borgognoni, i quali occuparono

e trattarono con umanità i vinti, dai quali furono influenzati, ma non sino al punto di cancellare i loro principi tradizionali. La lex Burgundionum vieta infatti il repudio da parte della moglie e punisce ^{lo} ~~il~~ il fatto con la morte della donna(3). Per quanto riguarda il marito valeva il consueto principio della libertà del repudio, con sanzioni pecuniarie in caso di mancanza di cause legittime. Queste erano le stesse previste nel Codice teodosiano, cioè adulterio, male-

(1) Spar. 43, 2. At si divortio fuerit dissolutum mulieri quam eius haeredibus dotis morgincapitis et meffii, sicut si morte fuerit dissolutum, iura custodiantur intacta. Sulle consuetudini Besta, Consuetudini di Bari, Riv. It. Sc. Giur.

Sulla redazione al tempo di Carlo V. già Giannone Storia civile del Regno di Napoli, lib. XXI cap. 7 (ed. Marongiu,

(2) Vedi ad es.

(3) XXXIV, 1 (Mon. Germ. Leges III)

ficcio, violazione di sepolcri. Ma se il diritto borgognone aveva ricevuto norme romane limitatrici del divorzio, non bisogna però credere che il suo carattere fosse più umano di quello di altri popoli germanici(1). La possibilità di porre a morte la moglie che aveva abbandonato il marito contrastava violentemente con l'idea romano-cristiana, che si trova sostenuta nelle fonti, secondo la quale l'uccisione della donna era condannata e tra i due mali, adulterio od omicidio, si preferiva il minore(2). Per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie a carico del marito, il testo della legge, che prevede ipotesi varie, ha dato luogo a dubbi di interpretazione. Essa prescrive in primo luogo che in caso di repudio sine causa il marito debba pagare una somma equivalente a quella pagata per l'acquisto della donna, più 12 solidi a titolo di multa. Se invece l'accusa è provata, il giudice deve pronunciare condanna contro la donna. Ma se la donna non abbia ammesso nulla dei tre crimini, a nessuno è lecito dismettere la moglie per alcun delitto; ma se egli lo preferisca, deve uscire di casa, lasciando tutte le cose e la moglie, con i figli, si impadronisce di essi(3). Questa disposizione evidentemente prevede un caso diverso da quello che precede, perchè entrambi sono repudi arbitrari, ma la sanzione è diversa. Qualcuno ha supposto che la pena del primo caso era di origine germanica, l'altra romana(4), ma questa congettura non è fondata perchè nelle costituzioni del

(1) Così invece Savigny, *Divorzio e Cristianesimo*, p. 85.

(2) Vedi ad es. Agost. de adult. coniug. II, 15.

(3) XXXIV, 2-3+4.

(4) Schroeder, *Geschichte der ehelichen Güterrecht*

Con rinvio
al Savigny.

in Deutschland, I, 1863, p. 175 n. 7. Lo Scaduto, *Divorzio e Cristianesimo*, p. 87 n. 2 osserva che forse il Savigny intendeva dire che fosse tratta dal Codice Teodosiano non la pena del § 4, ma la limitazione del divorzio legittimo ai tre casi del § 3. In realtà il Savigny, *Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*, 1834 (rist. 1961), II, p. 6 sostiene che il § 2 è senza dubbio secondo l'antico diritto burgundo, i § 3 e 4 limitano il divorzio ai tre crimini della donna, cosicché al di fuori di essi l'uomo perde tutti i suoi beni in favore della donna e dei figli. Poi aggiunge: "Diese Bestimmung ist sichtbar aus dem Theodosischen Codex (wiederum mit Ausdrücken der Interpretatio) genommen, jedoch mit ziemlich willkürlicher Behandlung seines Inhalts, und besonders indem dasjenige zusammenschmolzen wird, was in jenem Codex theils für den Mann, theils nur für die Frau verordnet war". Nella nota egli rileva che la legge burgunda coincide con le parole dell'Interpretatio "adultera, malefica, sepulchri violator" e non con quelle del testo. La confusione consiste nel fatto che il Teodosiano prevede il divorzio per l'uomo, quando questi sia colpevole di omicidio, avvelenamento, violazione di sepolcri, per la donna quando sia colpevole di adulterio, avvelenamento, ruffianeria, mentre la lex Burgund. a quest'ultima previsione sostituisce quella dell'uomo, cioè la violazione di sepolcro.

40

Teodosiano non è sancita la pena della perdita di tutti i beni ed il più che si può ammettere è la previsione dei crimina, sebbene si confondano i casi stabiliti per la donna con quelli del marito. Altre ipotesi, come quella che il § 2 riguardi una famiglia senza figli ed il § 4 una con figli ovvero che la prima disposizione riguardi un divorzio con il consenso della moglie e la seconda un divorzio contro la volontà della moglie(1) non sono fondate su di alcun fondamento testuale. Non rimane che ammettere o l'interpretazione che riferisce il 4 ad un'accusa risultata infondata contro la moglie ovvero una stesura della legge nella quale siano sopravvissuta accanto alla norma più ~~antica, quella del~~ recente, quella del § 4, in cui la sanzione è più severa, un'altra più antica, che derivava dagli originari usi burgundi, prima che essi fossero modificati sotto l'influenza romano-cristiana. Per quanto riguarda il prezzo da pagare alla donna, esso è sicuramente tutto intero l'equivalente al prezzo pagato per il mundio, nè si può supporre di fronte alla chiara lettera del testo, che esso, in conformità di altre disposizioni della legge, fosse pagato soltanto nella misura di due terzi, che era quanto in altre ipotesi si tratteneva dai parenti della sposa, in mancanza del padre e del fratello, mentre un terzo veniva dato alla sposa stessa(2).

Le norme dei Visogoti appartengono a due epoche, sebbene siano raccolte in un solo testo. La parte più antica, detta appunto Antiqua, risaliva a tempi incerti e fu emanata da re che non sono conosciuti; la parte più recente si deve al re Chindaswindo (642-652) ed al figlio Receswindo, quindi ad un'epoca in cui i Goti da Ariani divennero cattolici(3). Nell'Antiqua si stabilisce che una donna ingenua ripudiata non possa contrarre nuovo

(1) Per tali ipotesi vedi gli AA. cit. in Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, p. 88 nota.

(2) Tit. LXI, LXVI e LXXXVI, 1 e 2.

(3) Savigny, Geschichte, II, p. 69 s.

matrimonio se non sia stata prima giudicata e riconosciuta innocente o se il marito non sia passato a nuove nozze. Se contravviene a tale norma essa ~~pax~~ è abbandonata alla vendetta del primo marito assieme al secondo; egli può ucciderli, venderli, farne quel che vuole(1). Se poi il repudio è ingiusto il marito perde la donazione della dote, nella quale si era mutato il mundio e deve restituire il faderfio. Il confronto con le norme romane e con quelle della legge burgundia induce a ritenere che l'influenza romana era nella legge visigotica meno forte e la sopravvivenza di antichi usi indubbia(1). Un'altra norma riguarda il caso dell'assenza del marito e si vieta alla donna di contrarre nuovo matrimonio prima di avere accertato la morte del primo. Se questi ritorna infatti la moglie ed il secondo marito e gli sono consegnati ed egli può farne quello che vuole(2).

Nella seconda stesura della legge l'influenza romano-cristiana è molto più forte. Si vieta in linea generale il divorzio, anche se poi si riconosce implicitamente la possibilità di esso in caso di adulterio, altrimenti si sarebbe esposta la moglie a più crudeli conseguenze e cioè perfino l'uccisione(3). Fuori di quest'ipotesi, il repudio del marito è punito con 200 battiture in pubblico, con la rasatura dei capelli turpe, l'esilio perpetuo o la sua donazione a qualcuno da parte del re. I beni sono attribuiti ai figli ed in mancanza di essi alla moglie(4). Chi tenti di ottenere il favore del re o dei giudici per il divorzio è punito allo stesso modo. Inoltre la donna che consente a sposare un uomo divor-

(1) Lex Wis. III, 6, 1.

(2) Così Scaduto, Divorzio e Cristianesimo cit. p. 93 s.

(3) III, 2, 6

(4) III, 6, 2 ; 4, 1-3-4.

(5) III, Senato della Repubblica - Archivio Storico

ziato diviene schiava della prima moglie, che può farne quello che vuole, salvo che ucciderla(1). Anche alla donna è però concesso in casi determinati di divorziare dal marito e cioè quando questi sia omosessuale o quando l'abbia indotta all'adulterio(2). Infine lo scioglimento del matrimonio è ammesso allorché uno dei coniugi con il consenso dell'altro voglia darsi alla vita religiosa(3).

Veniamo infine al diritto dei Franchi. In esso permangono usi antichi non ~~contemplati~~ conformi alle idee cristiane. Il divorzio per mutuo consenso è ammesso per causa di discordie tra i coniugi ed impossibilità di convivenza(4). Non è contemplato in antico il divorzio per impotenza del marito, ma vi era il costume che questi potesse dare alla donna un altro uomo per procacciargli figli(5). Un ampio regolamento fu poi stabilito con i Capitolari ecclesiastici dei re Franchi, nei quali, come ora vedremo, si esercitò l'influenza cristiana. Essi furono emanati in assemblee miste, cui partecipavano non solo i nobili del regno, ma anche ecclesiastici rappresentanti della Chiesa di Roma.

(1) III,

(2) III, 6, 2 e 5, 5.

(3) III, 6, 2

(4) Form. Marc. III, 30; Form. Andeg. 57; Sirm. 19; Rozière, *Récits des temps mérovingiens*, I, p. 262

(5) L. Alam. Loth. 51, 1.

14. In tali Capitoli, al pari del diritto giustiniano, non si giunse ad invalidare il divorzio, ma si posero limiti e si dettarono norme per casi ben determinati, che mutarono l'originaria libertà del diritto germanico. Era un compromesso tra le esigenze pratiche della società del tempo ed il principio della Chiesa. Il Capitulare di Soissons del 744 aveva stabilito l'indissolubilità del matrimonio, ma ammesse il divorzio per adulterio della moglie⁽¹⁾. Più importanti furono le decisioni dell'assise di Compiègne del 757, nelle quali si tenne conto di un cosiddetto decreto di Verberie, che sembra essere un progetto predisposto per quell'assise, ma che non giunse all'approvazione⁽²⁾. Nel testo di Verberie si stabiliva che il marito, dopo aver consentito alla moglie di darsi alla vita religiosa, non potesse contrarre nuove nozze⁽³⁾. Invece nel decreto di Compiègne si mitigò il decreto e si permise allo sposo di riammogliarsi⁽⁴⁾. Nel testo pervenuto si registra l'assenso del legato del Papa, Georgius Ostiensis, che assisteva all'assemblea assieme al sacellarius Ihoannis. Inoltre il divorzio è ammesso in caso di impotenza o sterilità, dopo aver dato la prova del difetto⁽⁵⁾. Anche in questa ipotesi si attesta il consenso del legato pontificio. Inoltre è previsto il caso di complotto della moglie con un altro uomo per sopprimere il marito, il quale poi nel difendersi abbia ucciso l'aggressore⁽⁶⁾. Altre ipotesi di divorzio derivano dalla tradizione

(1) C.9 (Boretius, p.30). *Sopra pag.*

(2) C.21 (Boretius, p.41).

(3) C.16 (Boretius, p.XX 38).

(4) C.20 (Boretius, p.27); Verberie c.17 richiede la prova della croce.

(5) Verb.c.5 (Boretius, p.39).

— (2) Il Génestal in Esmein, Mariage, I, p.263 n.1 ritiene che vi sia stato un concilio di Verberie nel 756 e cita sulla data Werminghoff, Mon.Germ. Conc.II, p.55. In II, p.76 n.2 ~~si~~ afferma che il decreto di Verberie sarebbe un testo predisposto per l'assise di Compiègne. Il Pertz attribui-

— sce il decreto ad un'assise del 753 ed il Boretius ad una del 756-68; lo Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, p.104 non ha dubbi che si tratti di un'assemblea sotto Pipino, ma non si pronuncia sulla data. A p.110 giudica questo decreto una vittoria dei baroni per il riconoscimento di numerosi casi di divorzio. Meno esplicita è la posizione dell'Esmein.

condizione dei tempi. Il decreto di Verberie prevede l'ipotesi che un uomo sia costretto a seguire il suo signore in altro ducato o provincia e che la moglie non abbia voluto seguirlo "amore parentum aut rebus suis". In tal caso essa non può sposare altri, il marito invece può prendere un'altra moglie "cum poenitentia" (1). Il decreto di Compiègne vieta il divorzio a coloro che fuggono in altri territori propter ~~XXXXX~~ ~~XX~~ faidam (2), cioè per sfuggire alla vendetta in caso di crimine (2). Un'altra ipotesi è congiunta alle vicende proprie del nascente feudalesimo. Un homo francus riceve un beneficio feudale in una data località e vi conduce il suo vassallo; poi il signore muore ed un altro prende il beneficio, trattiene il vassallo e gli dà in moglie una donna del luogo. Successivamente questi la dismette, torna dai parenti del primo signore morto e sposa un'altra donna. Viene stabilito che questo secondo matrimonio è valido (3). La condizione di servitù è presa in considerazione, qualora un uomo libero abbia sposato un'ancilla, senza conoscere il suo stato ed il padrone la reclami (4). Inoltre la servitù è causa di scioglimento del matrimonio, qualora uno dei coniugi cada in servitù (5). Si eccettua però l'ipotesi nella quale il coniuge si sia venduto come servo per miseria e la moglie de precio viri sui a fame liberata fuerit (6). Per quanto riguarda la malattia essa non è causa di divorzio (7), salvo il caso della lebbra, per

(1) C.9 (Boretius, p.40) (2) C.21 (Boretius, p.39)
 (3) C.9 (Boretius, p.38) (4) Verb.c.7' (Boretius, p.40)
 (5) Verb.c.6.

(6) ivi, loc. cit.

(7) Lex Rom. Wis. II, 20, 4 derivata da Paul. Sent. XIX, 7; ma nel Concilio di Orléans (533), c.11

si ammette la possibilità del divorzio se vi è il consenso. Per le vicende successive Estuin, Maria
 de I, p. 77 n. 1.

il quale si richiede che il malato dia il com=miato al coniuge sano(1).

Infine i due decreti contengono varie norme relative a causa di unioni adulterine con parenti dell'altro coniuge, figliastri, figliastre, cognata e cugina della moglie(2). Esplicitamente è detto per quest'ultimo caso che la Chiesa non accoglie la decisione. Sulla base di queste decisioni si verrà poi costruendo la teoria dell'ad-finitas superveniens(3).

15. All'inizio del IX secolo il principio dell'indissolubilità viene sancito nei Capitulari di Carlo Magno(4) e poi affermato dai dottori del tempo, Hincmar de Reims e Jonas d'Orléans(5). Ma come si rileva dalla testimonianza del secondo esso non era osservato con rigore nella pratica e disatteso dagli stessi organi della Chiesa. Nella stessa questione del divorzio di Lotario, sul quale Hincmar si era pronunciato con decisione, i vescovi riuniti in concilio ad Aix la Chapelle per decidere sulla questione autorizzano il divorzio provocato da adulterio della moglie ed adducano a fondamento della decisione il passo dell'Ambrosiaster, che abbiamo citato sopra(6). Nel X secolo la lotta tra principio e pratica sembra proseguire; i dottori sono intrasigenti, ma la pratica è più tollerante; ancora nel secolo successivo due concilii, quello di Bourges (1031) e quello di Tours (1060) prevedono il primo il divorzio per adulterio della moglie, il secondo il divorzio per autorizzazione

(1) Compiègne, c. 19 (Boretius, p. 39).

(2) Compiègne, c. 12 (adulterio con il cognato); Verberie, c. 2; 10; 11; 18.

(3) Fleury, *Recherches historiques sur les empêchements de parenté dans le mariage canonique des origines aux fausses décrétales*, 1933, p. 183 e 200; Dauvillier in Esmein, *Mariage*, II, p. 81 n. 5.

(4) Cap. eccl. del 789, 43; *ex Long. C. M.* 41.

(5) Del primo *De divortio Lotharii et Tetbergae e de Nuptiis Stephani et filiae Regimundi comitis* (Migne, P. L. CXXV, p. 653; *Opera ed. Sirmod*, II, p. 647); del secondo *De institutione laicali* (Migne, P. L. CVI, p. 192), II, c. 13. Sul caso di Lotario Sdralek, Hincmar von Rheims *kanonistischen Gutachten über die Ehescheidung des Königs Lothar II*, 1881.

(6) c. 17 C. XXXII qu. 7; Daudet, *Etude sur l'histoire de la Jurisdiction matrimoniale*, 1933, p. 90.

del vescovo, senza specificazione dei casi. Fulbert de Chartres(1) ammette che il marito abbandonato dalla moglie, che sia poi entrata in convento, possa contrarre nuove nozze. Ed Yves de Chartres dichiara che non si possa fare alcun divorzio se non sia ammesso dalla Lex o dall'Evangelo e sembra annoverare tra le cause riconosciute l'adulterio della moglie e l'incesto (2). Ma nel caso degli Hierosolymitani, le cui mogli non avevano serbato la fedeltà coniugale durante la loro assenza, egli ammette il divorzio ma non le seconde nozze(3); ciò induce a pensare ad un'ipotesi di separazione e non di vero e proprio divorzio.

Tuttavia nel corso di questi due secoli la giurisprudenza della Chiesa sulla materia del matrimonio si venne viepiù affermando, nella debolezza del potere statale e nel diffondersi delle istituzioni feudali. A questo processo del quale è molto arduo ricostruire le fasi, data l'estrema varietà degli ordinamenti politici, si deve alla fine la vittoria del principio, che si trovava nettamente affermato nella prima grande compilazione canonica, il Decretum Gratiani, dove si sancisce il principio dell'indissolubilità e si respingono le opinioni contrarie(4), fino a dichiarare falso il testo attribuito ad Ambrogio, dove si ammette il divorzio per adulterio della moglie, e si giudica contrario ai canoni ed alla dottrina evangelica ed apostolica la lettera di Gregorio II a S. Bonifacio, nella quale il papa autorizza il divorzio per l'in-

(5)

(1) Ep. XLII Roberto Rothomag. archipr. (Migne, P. L. CXLI, p. 223)

(2) Ep. CLXXX, p. 401 (Migne)

(3) Ep. CXXV, p. 224.

(4) C. I-XVI C. XXXII, qu. 7

(5) Dictum al c. XVIII.

fermità della moglie(1). Con non minore decisione si pronuncia Pietro Lombardo, il quale come Graziano giudica falso il testo di Ambrogio e non cita nemmeno la lettera di Gregorio II (2). Tuttavia il divorzio non scompare interamente nemmeno nelle decisioni della Chiesa; oltre i casi di divorzio per abbandono della fede o per eresia di un coniuge(3), è molto importante per la sopravvivenza di antichi principi il decreto di Alessandro III del 1180 relativa ad una decisione del vescovo di Vicenza, per un caso di assenza prolungata del marito: *Perlatum est ad audientiam nostram, quod cum H. ad partes Constantinop. transisset, et ibi moram per decennium et amplius faciens, ad I. uxorem suam non rediens, ipsa apud bonae mem. Vincentinum Episcopum adversus eum querelam deposuit, et quod eum non posset diutius expectare, nihilominus allegavit. Episcopus vero sicut vir providus et discretus, parentibus viri mandavit, ut pro eo mitterent, et ipsum ad propria revocarent: cumque elapso longi temporis spatio vir non remearet ad propria, Episcopus in conspectu Ecclesiae, auditis rationibus mulieris, inter eos sententiam divortii promulgavit, et mulieri ut alium duceret, facultatem indulxit. Ideoque mandamus, quatenus, si constiterit quod Episcopus inter eos sententiam divortii tulerit, filios, quos sustulit de alio, ad cuius copulam auctoritate praedicti Episcopi migravit, legitimos iudicetis, eos hic occasione ab hereditate non patientes excludi(4). Che in questa decisione vi siano reminiscenze del*

(1) C. XVIII C. XXXII, qu. 7.

(2) Sent. lib. IV, D. XXXV C e XXXIV, H.

(3) Esmein, Mariage, II, p. 95 ss.

(4) C. VIII, X, IV, 7.

ancora
un decen=
nio

diritto romano è abbastanza chiaro. Costantino aveva stabilito che la donna, dopo quattro anni di assenza del marito al campo e dopo avere avvertito al comandante, poteva divorziare e contrarre un nuovo matrimonio(1). Giustiniano aveva reso più rigorosa la norma, elevando il termine dell'assenza a dieci anni e prescrivendo altresì una supplica all'imperatore per ottenere il permesso di contrarre il nuovo matrimonio(2). In questo decreto il caso previsto è quello dell'assenza e non del servizio militare, il termine di tempo ~~non~~ è ~~indicato~~ ed in luogo della lettera al comandante vi è l'invito ai parenti dell'uomo di farlo tornare. Ma lo spirito della decisione è lo stesso e cioè l'assenza prolungata del marito, senza che si possa in alcun modo presumere il suo ritorno. Né il caso può configurarsi come una sorta di scioglimento per morte presunta, perchè di tale requisito non vi è alcuna traccia nel testo. Sulla base di una sentenza di divorzio pronunciata da ^{un} vescovo Alessandro III decide che si debbano considerare legittimi i figli nati dal secondo matrimonio, conseguenza logica del regime adottato. ~~Ma~~ è importante che ancora alla fine dell'~~XII~~ secolo la Chiesa romana ammette la possibilità di pronunciare un divorzio, sia pure in un caso nel quale può essere dubbio se il coniuge assente fosse ancora in vita.

(1) C. V, 17, 7.

(2) Nov. XXII, 14. Vedi anche sopra pag.

In contrasto con Graziano e Pietro Lombardo, ma nel senso di Gregorio II si pronunciano ancora le Assisi gerosolimitane del (1). In esse si prevede come causa di divorzio non solo ~~per~~ il caso di lebbra della moglie, ma anche ~~per~~ altre infermità che rendano intollerabile la convivenza coniugale. La moglie malata deve essere data alla vita religiosa ed il marito può prendere un'altra moglie, dopo che si sia accertato mediante la permanenza dell'ammalata presso tre buone donne della veridicità del reclamo del marito. Non vi è alcuna ragione di ritenere che tali decisioni sianostate influenzate dai principi della Chiesa orientale (2), dal momento che analoghe decisioni per l'infermità grave si trovano nella già citata lettera di Gregorio.

16. Non vi è dubbio che l'affermazione del principio dell'indissolubilità e l'origine della separazione dei coniugi in luogo del vero e proprio divorzio, furono il risultato dell'affermarsi della giurisdizione esclusiva della Chiesa in materia matrimoniale. Come questo processo sia venuto attuandosi è difficile ora ricostruire data la scarsità delle fonti relative all'età successiva alla caduta dell'impero d'Occidente. Il Salvioli (3) ha compiuto un tentativo ~~importante~~ per precisare i tempi di questa evoluzione ed è giunto alla conclusione che alla metà del X secolo in Italia il processo si era compiuto. Anche per la Francia si suppone che l'epoca sia la stessa (4).

(1) Assise de la Baisse Court (ed. Kausler), c. 172 Assises de la Cour des Bourgeois (ed. Beugnot) c. 175; Esmein, Mariage, II, p. 99 n. 4.

(2) Così Esmein, Mariage, II, 100.

(3) La giurisdizione patrimoniale e la giurisdizione della Chiesa in Italia prima del mille, 1884, p. 141.

(4) Esmein, Mariage, II, p. 27 n. 2. Il Fahrner, Ehescheidung, p. 118 ha rilevato che Burchard de Worms all'inizio del secolo XI nel riprodurre il testo del Capitulare di Worms (829 c. 3) sostituisce alla giustizia civile quella ecclesiastica; dubbi sull'illazione in Génestal-Esmein, Mariage, I, p. 27 n. 2.

Le testimonianze pervenuteci sono state raccolte dagli studiosi sia per l'Italia, che per i territori dei regni franchi e germanici. In Italia le dominazioni barbariche sentirono l'influenza delle leggi romane e conservarono l'autorità dei giudici civili per il matrimonio ed il divorzio(1). L'Edictum Theodorici (2), che ammette i casi di divorzio secondo i precedenti del Teodosiano, riserva il giudizio ed un regolare processo al magistrato. L'Edictum Athalarici prevede il caso di divorzio per attentato alla pace di un'altra famiglia e stabilisce la competenza del giudice(3). Le leggi longobarde prevedono la competenza del giudice per le pene sancite a contro i matrimoni incestuosi e quella del re o del giudice per i reclami della moglie a causa di adulterio del marito(4). La giurisdizione della Chiesa si esercitava sui fedeli comminando sanzioni religiose e chiedendo ad essi di sottoporle le loro questioni matrimoniali. Anche la lex Visigothorum prevede la competenza del giudice(5).

(1) Salvioli, Giurisdizioni patrimoniali etc., p.138 s.

(2) cap.54 probatis causis quas leges comprehendunt, si maritus homicida fuerit in iudicio approbatus.... Nubendi vero licentiam pro constitutis veteribus sortiantur.

(3) cap.4 (ed. Canciani, I p.17)

~~(4) Roth. 195-197; Grim. 6.~~

(4) Roth. 195-197; Grim. 6.

(5) Lib. III tit. 6.

Per quanto riguarda i territori franchi molte testimonianze sono state raccolte fin da quando Lau-

Launoy (1603-1678), difese le prerogative dello stato in materia matrimoniale⁽¹⁾. Nell'Edictum Pistense emanato dopo la liberazione del territorio dai Normanni si sancisce la nullità dei matrimoni contratti dai soggetti ad un signore della zona occupata con persone dell'altra parte e si riserva il potere su tali persone al legittimo signore, invocando però i decreti di Leone e Gregorio, i quali avevano prescritto "nuptiarum foedera inter ingenuos sunt legitima et inter aequales"⁽²⁾. Nel testo non vi è accenno alla competenza sullo scioglimento, ma non è senza significato che la legge civile detti norme in tema di scioglimento di matrimonio sia pure appoggiandosi all'autorità della Chiesa.

La lex Baiuvarum⁹² stabilisce che i trasgressori ai divieti di matrimonio "a loci iudicibus reparentur et omnes facultates amittant, quae fiscus acquirit"⁽³⁾. Anche il Concilium Turon. del 567 invoca l'intervento del giudice per i matrimoni contratti in contravvenzione della legge⁽⁴⁾. In una formula "erkeliana"⁽⁵⁾ si sancisce che i coniugi fra i quali è insorta discordia ed avversione devono presentarsi al conte ed ai boni homines per la loro divisione.

Alla fine del IX secolo lo stato sembra ancora aver mantenuto il potere giurisdizionale sul matrimonio, ma il suo potere si intreccia con quello

(1) Regia in matrimonium potestas (Opera,

(2) Edictum Pistense, 30 (Mon. Germ. Cap. II, p. 323 e 324); questo testo fu appunto addotto dal Launoy, op. cit. p. 348 (ed. Parisiis 1674).

(3) Merkel, Leges, III, p. 287; cfr. Lex Alem. (Lehman, Leges V, p. 99) tit. 39; lex Burg. 34; lex Fris. 76-78.

(4) c. 15 (Mon. Germ. Conc. I, p. 126).

(5) Mon. Germ. Form. p. 243; Rozière, Recueil des for-

7 detto
crivescovo

della Chiesa e si collega alle opinioni dei dottori. Casi celebri sono quelli trattati da Hincmar de Reims per il matrimonio di Stefano con la figlia del conte Regimondo e per il divorzio di Lotario e Teutberga. Il primo caso viene esaminato in un sinodo di vescovi a Toust, al quale è diretta la memoria di Hincmar. Stefano aveva sposato la fanciulla in modo legittimo, ma non aveva consumato il matrimonio, perchè in precedenza aveva avuto rapporti con un'altra fanciulla parente della prima. Nella memoria si afferma: "Et hanc causam rex cum nobilibus viris inter viros nobiles pacificare oportet: vos autem episcopali auctoritate et canonica diffinitione eam dirimere et ad debitum atque salubrem terminum studeatis perducere"(1). Inoltre si distingue nettamente la giurisdizione civile da quella ecclesiastica: "In quibus nihil de civili iudicio, cuius cognitores non debemus esse episcopi, ponere, sed quae ecclesiasticae definitioni noscuntur competere"(2). Il testo ha dato luogo a controversie di interpretazione. Si discute se il rinvio all'opera di pacificazione del re e dei nobili sia un vero giudizio(3). Si suppone inoltre che il giudizio civile riguardi i rapporti dei coniugi quanto ai beni, non solo la dote, ma anche la multa dovuta in caso di rottura del matrimonio, secondo le leggi germaniche(4). Ma non si può limitare il riconoscimento del potere statale alla composizione del re e dei nobili. Anche

(1) De nuptiis Stephani cmt. p. 649.

(2) ibid. p. 649.

(3) Autori cit. in Esmein, Mariage, I, p. 18 e n. 3

(4) Lex Baiuw. VIII, 14; Pact. Alam. III, 3; Lex Burg. XXXIV, 2; Lex Wisig. III, 6, 2. Su questi aspetti civili della dote e della multa Hincmar, op. cit. p. 658.

la decisione sullo scioglimento non poteva che appartenere all'autorità regia, altrimenti la stessa composizione o pacificazione non avrebbe avuto ragion d'essere. Ma non si può tuttavia ignorare il fatto che la questione era stata sottoposta ad un sinodo, il che vuol dire che l'autorità civile, almeno in casi non previsti specificamente o di importanza politica, non se la sentiva di decidere, senza aver prima conosciuto l'opinione della Chiesa.

17. Anche nel secondo caso vi è l'intreccio tra potere civile e potere ecclesiastico. La contesa riguardava il divorzio di Lotario e Tetberga, fondata sull'accusa ~~di incesto~~ ~~di incesto~~ mossa alla regina ~~per~~ ~~di~~ avere avuto prima del matrimonio ~~avuto~~ rapporti con il fratello, Abate Conte Uberto di Saint-Maurice. ~~Il conte era vescovo~~ Hincmar di Reims sostiene che i giudici ecclesiastici non possano ~~non~~ ~~non~~ pronunciarsi prima che il colpevole "de criminibus aut publice aut sponte confessum aut aperte convictum" (1). L'accusa, non fondandosi su prove certe, ma su sospetti, deve essere prima valutata "legali illustriorum virorum iudicio" e poi "sacerdotali decreto" per potersi pronunciare lo scioglimento del vincolo. Il testo per la verità non prova affatto che il giudice civile fosse competente in tema di divorzio, ma anzi attesta un decreto sacerdotale e soltanto rimette l'accertamento dei fatti posti a base dell'accusa al giudice civile. Più interessante è il precedente cui Hincmar rinvia, cioè quello Nortilde, che si era rivolta all'imperatore lamentando che il marito Agembert si era reso colpevole "de quibusdam in honestis inter se et virum suum" (2). L'imperatore demandò la decisione ai vescovi, i quali

(1) De divortio Lotharii et Tetbergae (Migne, P.L. CXXV, p. 653; 736; Simondi, I, p. 630).

Vedi sul caso del divorzio di Lotario Plank, Geschichte d. christl. kirchl. Gesellschaft. Verfassung, I, p. 74 ss.; accenni sommari in Salvioli, La giurisdizione patrimoniale etc., p. 140, il quale riferisce impropriamente l'accusa formulata per il divorzio e cioè che la moglie era stata deflora nella giovinezza e sostiene che la competenza spettava al tribunale dei nobili; Scaduto, Divorzio e cristianesimo, p. 152 il quale sottolinea il valore teoretico della posizione di Hincmar a favore del principio dell'indissolubilità, ma non esamina la vicenda storica. Anche l'Esmein, Mariage, I, 22 e II, p. 95 e n. 1. Altre cit. innanzi.

(2) De divortio Loth. p. 655.

però restituirono il giudizio ai nobili,riservando per sè il modum poenitentiae. Importante è il commento : "Nobilibus autem laicis sacerdotalis discretio placuit, quia de suis coniugibus eis non tollebatur iudicium, nec a sacerdotali ordine inferebatur legibus civilibus praeiudicium, et legem proclamationi feminae protulerunt, ac legali iudicio quaestionem terminum contulerunt". (1). Ma non si può tacere sul fatto che l'imperatore aveva riconosciuto in questo tema una competenza preminente della Chiesa e solo i sacerdoti, come una graziosa concessione, avevano lasciato arbitri del caso i giudici civili.

(1) De divortio Lotharii (Migne, P.L. CXXV, p. 655).
Sul caso vedi

Non si può peraltro limitarsi ad un semplice rinvio alle opinioni espresse da Hincmar, nè derivarne conseguenze troppo generali. Il caso del divorzio di Lotario fu una grande questione politica e morale insorta tra lo Stato e la Chiesa, nella quale questione il clero germanico non fu all'altezza dei suoi doveri e si comportò in modo spregevole, mentre spettò al Papa di contrastare l'ingiusta pretesa di Lotario, fondata su argomenti pretestuosi e su di una calunniosa accusa/contro la regina. Anche ~~il papa~~ Hincmar non si prestò alle mene imperiali, ma per smentire una sua qualunque adesione alla tesi dello scioglimento scrisse la celebre memoria, nella quale richiedeva la prova dei fatti davanti al giudice civile e dava perfino rilievo al giudizio di Dio che si era tenuto in precedenza, nel quale Tetberga era riuscita vittoriosa. E' noto che in occasione di questa contesa e principalmente di fronte all'aperto disprezzo delle decisioni di Roma manifestato da Lotario, il quale aveva contratto il matrimonio con la sua concubina Waldrada, il papa Nicola affermò in modo inconsueto ed autoritario il potere del pontificato, anche al di fuori di una decisione del Concilio, ed invalidò le decisioni cui era giunto il nuovo sinodo di Metz da lui stesso ordinato e depose i due suoi inviati, che non avevano ottemperato alle sue istruzioni e si erano schierati dalla parte di Lotario, approvando una nuova decisione secondo la quale Waldrada era già in precedenza legittima moglie di Lotario e quindi annullando il matrimonio con Tetberga(1).

(1) Su tutta la vicenda vedi ora Fasconi, Storia dei Papi, II, p. 426 ss. Essa rimane nell'ombra in vari studiosi; ad es. Scaduto, Divorzio e Cristianesimo pag. 152; Esmelin, Mariage, I p. 20 ss. etc.

V. anche Sdrulex cit. *lopro p.* u.

Un altro caso nel quale può intravedersi un contrasto o rivalità tra i due poteri della Chiesa e dello Stato riguarda il matrimonio illegale tra Judith, figlia di Carlo il Calvo, ed il conte di Beaudouin, dopo la morte del primo marito, Edinulf. Il matrimonio era avvenuto senza il consenso paterno, il che diede luogo ad una invalidazione. Dopo la vedovanza la donna era tornata sotto il mundium del padre e quindi Balduinus era stato accusato come di un furto, "furatus est in uxorem" e scomunicato dal vescovo del regno post legale iudicium. I colpevoli implorarono l'intervento del papa Nicola, il quale intervenne presso l'imperatore, non contestando peraltro il potere civile, ma richiedendo clemenza(1). Tuttavia il giudizio della Chiesa e l'adempimento dei doveri verso di essa sono preminenti rispetto a quelli verso lo Stato. In tal senso si esprime Hincmar: "ut iuxta ecclesiasticam traditionem prius Ecclesiae quam laeserant satisfacerent, et sic demum quod praecipiant iura legum mundalium exequi procurent"(2).

17. E' stato sostenuto che la Chiesa avrebbe affermato assai per tempo la sua giurisdizione esclusiva in tema di divorzio(3). Si adduce il c.25 del Concilio di Agde del 506, nel quale si vieta il *répudium* al marito, se questi prima non abbia sottoposto al vescovo la causa della richiesta ed ottenuto la condanna della moglie. A questa norma si riferirebbe Hincmar nella questione del ~~matrimonio~~ divorzio di Lotario, affermando che il matrimonio non poteva essere sciolto se non "sacerdotali conscientia e sacerdotali decreto"(4). Anche Reginone si richiama alla stes-

(1) Mon. Germ. Cap. II, p. 160 c. 5.

(2) Ad Nicolaum papam... de Balduini et Judith coniunctione (Opera, ed. Sirmond II, p. 145).

(3) Fahrner, *Ehescheidung*, p. 70.

(4)

p. 58

verete in

fabbrica

il l'ora

citata

N. 22

Palmer

è lo stesso

73

sa idea, nallorchè egli sostiene che la Chiesa doveva "ulcisci et iudicare secundum quod canones censent" (1), qualorasi tratti di fatti che sono contro la morale. Egli infatti parla dell'adulterio e della fornicazione e prescrive che i colpevoli debbano discolarsi davanti al sinodo. Non direi quindi che il testo non riguardi espressamente il matrimonio (2), ma piuttosto che non risulta chiaramente se si tratta di un potere spirituale della Chiesa ovvero di un vero e proprio potere giurisdizionale (3).

Senza dubbio vi è stato per vari secoli il corso di due autorità sulla stessa materia, quella spirituale della Chiesa e quella civile, che sulla base delle leggi romane e germaniche era competente a decidere lo scioglimento del matrimonio. Naturalmente la potestà della Chiesa era fin da quel tempo molto forte, perchè essa poteva escludere dalla comunità dei fedeli il colpevole e costringerlo in tal modo ad accettare la propria decisione, sebbene essa fosse diversa od in contrasto con quella civile. Non sappiamo se in tal caso anche l'autorità civile interveniva anch'essa per costringere chi era stato scomunicato ad ottemperare al precetto ecclesiastico. Ciò forse dipendeva dal grado maggiore di influenza che aveva la Chiesa in una determinata località, e certo venne aumentando via via che si affermò la medioevale concezione della vita e la sua piena subordinazione alle idee religiose.

(1) De discipl. eccl. II, c. 16-20, 27-34

(2) Così Génestal in Esmein, Mariage, I, p. 23

(3) Salvioli, Giurisdizione delle Chiese, p. 141

I momenti di questo processostorico ci sfuggono, nè è possibile disporre di testimonianze pertinenti(1).

D'altra parte sembra del tutto comprensibile che il disgregarsi della autorità statale nel pieno del sistema feudale favorisse l'acquisto da parte della Chiesa di un potere crescente in un campo, dove più viva era l'influenza della morale religiosa, come quello del matrimonio.

Può anche darsi che la Chiesa abbia costituito una forza unificatrice in un ordinamento, nel quale il principio della personalità del diritto e le conseguenti professiones non si applicavano alla donna, la quale doveva seguire il diritto del marito nel matrimonio(2). Questa è una semplice congettura, ma non improbabile se si pensa all'interesse dei fedeli di essere sottoposti ad uno stesso diritto, anche se gli ordinamenti originari di ciascuno dei coniugi era diverso ed in particolare all'interesse della donna di essere affrancata dalla subordinazione al marito.

Comunque sia, l'affermazione dell'indissolubilità trionfa anche sul piano pratico con l'affermarsi del potere esclusivo della Chiesa. I dubbi che avevano tormentato la dottrina per vari secoli e la tolleranza che era stata adottata dai dottori e dai penitenziali cadono ed il trionfo della scolastica dà l'ultimo colpo ~~agli~~ ai principi del passato romano o germanico..

(1) Non sono probanti Capit. dell'829,3 (Mon. Germ.Cap.II,p.18); Capit. 825,1 (iviI,p.326).

(2) Savigny, Geschichte des röm.Rechts im Mittelalter, I, p.141 e 170 (nr.40 e 46 del cap.II).

CHIESA E STATO DI FRONTE AL DIVORZIO NELL'ETA'

ROMANA * & STAMALAD100FF181 DAW
Von Francesco De Martino

1. La storia del matrimonio e del divorzio nelle fonti cristiane è stata tracciata dallo Scaduto(1) e poi dall'Esmein(2) in un'opera divenuta classica, nella quale sono state raccolte in modo copioso le fonti patristiche, i canoni e le norme in vigore nella pratica. Dopo di allora sono stati studiati punti particolari ed in ispecie l'influenza delle fonti cristiane sul diritto romano(3) ovvero si è proceduto ad una completa raccolta delle fonti(4). Potrebbe quindi apparire inutile procedere ad un riesame della storia del divorzio nei primi secoli dell'era cristiana, se non fosse sempre controverso l'atteggiamento della Chiesa, ritenuto dagli storici tollerante ed abbastanza comprensivo del costume dei tempi, mentre canonisti e teologi intransigenti si sono pronunciati per una tesi più rigida(5). Importante è per i fini della presente ricerca storica stabilire se vi sia stata una reciproca influenza tra il diritto dello Stato e la posizione della Chiesa, almeno fino a quando quest'ultima non riuscì ad affermare la sua esclusiva potestà sui rapporti matrimoniali.

Abbreviazioni usate per le fonti cristiane: CAChr. Otto, Corpus Apologetarum Christianorum; CChr. Corpus Christianorum; CSEL. Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latiorum; GLS. Die griechischen christlicher Schriftsteller; Mansi, Conciliorum nova et amplissima collectio; PG. Patrologia graeca; PL. Patrologia latina; SC. Sources chrétiennes; TD. Textes et Documents; TU. Texte und Untersuchungen zur Geschichte des altchristlichen Literatur.

(1) Il divorzio e il Cristianesimo in Occidente, 1882.

(2) Le mariage dans le droit canonique, I-II, 1891; 2a ed. a cura di Génestal e Dauvillier, 1929-1935.

(3) In particolare Basanoff, Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le repudium (Cod. Theod. III, 16, 1 a. 331) et le champ d'application de cette loi, Studi Riccobono III, 1936, 177 ss.; Peters, Die Ehe nach der Lehre des heilige Augustinus, 1918; Albertario, Studi di diritto romano, I, 236 ss.; D'Ercole, Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio, SDHI. 1939, 18 ss.; 56 ss.; Castello, Osservazioni sui rapporti fra concili della chiesa e diritto romano, RIL. 1939, 201 ss.; Wolff, Doctrinal Trends in Postclassical Roman Marriage Law, ZSS. 1950, 261 ss.; Cohen, Concerning Divorce in Jewish and Roman Law, Proc. Amer. Ac. Jew. Research, 1952, 1 ss.; 1964, 534 ss.; Delpini, Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina della Chiesa fino al secolo V, 1956; Volterra citato innanzi; Robleda, Divortium, Ius Romanum et theoria generalis, Periodica de re morali, canonica, liturgica, 1969, 351 ss. Vedi inoltre Biondi, Diritto romano cristiano, III, 1954, 1163 ss. il quale non si occupa di questo tema se non di sfuggita, ma nell'altro studio Giustiniano I Principe e legislatore cattolico, 1936, 43, rivolto a dimostrare infondata la teoria comune della subordinazione della Chiesa da parte di Giustiniano ed a sostenere che questo imperatore dettò una legislazione conforme ai canoni, ma non spiega perché questo non sarebbe avvenuto con le leggi sul matrimonio e sul divorzio. Più ampia lett.

Die 9c
Data la natura del tema le opinioni degli scrittori sono abbastanza influenzate da convinzioni di ordine ideologico o politico, dalle vicende dei tempi, dallo stesso modo di ~~scrivere~~ intendere la concezione cristiana del matrimonio. Ma le fonti sono sufficientemente chiare e basta esaminarle in modo obbiettivo per giungere a conclusioni sicure. Già il Pothier del resto, alla vigilia della grande codificazione napoleonica, raccolse ampiamente le prove dagli Atti dei primi concilii della chiesa e dagli scritti dei Padri(1). Le sue idee furono in larga parte presenti nei lavori preparatori del Codice e gli argomenti sulla tolleranza della chiesa primitiva ~~re~~ ^{ri} ~~vo~~ ^{vi} ~~va~~ ^{vi} ~~ti~~ ^{ti} dal Portalis nella relazione con la quale accompagnò al Consiglio di Stato il progetto sul matrimonio(2). Ma esse furono violentemente avversate dai sostenitori della tesi intransigente sull'indissolubilità del matrimonio: basterebbe ricordare come il Regio Revisore del Regno di Napoli ha trattato le idee del Portalis nella traduzione italiana del Locré(3). $\Delta\Delta\Delta$

(1) *Traité de contrat de mariage*, nr. 486 ss. in *Oeuvres*, VIII, 1818, p. 346 ss.

(2) Locré, *Legislation* II, p. 465; vedi anche la trattazione del Laurent, *Principes de droit civil français*, III, 1878, p. 214 ss. nr. 175 ss.

(3) Napoli 1840, II, 629 ss.

2
negli scritti citati.

rf 10
(4) Otto, *Die Auslegung der neutestamentlichen Texte über die Ehescheidung*, 1911; Dñner, *Die Auslegung der neutestamentlichen Schrifttexten über die Ehescheidung bei den Vätern*, 1911; fra i più recenti ~~Towans~~ Pospishil, *Divorce and Remarriage. Towards a new catholic Teaching*, 1967, trad. francese 1969, con un'interpretazione progressista delle fonti; Gréuzel, *L'église primitive face au divorce*, 1971, libro accurato ed approfondito, con alcune forzature sulle fonti per sostenere in modo rigoroso il divieto delle seconde nozze, anche in caso di adulterio del coniuge. In esso ampia lett. p. 11 ss., cui va aggiunto Bartling, *Sexuality, Marriage and Divorce in I Corinthian 6, 12-7*, *Concordia Theological Montly*, 1968, 355 ss.

2
(5) Nel primo senso oltre Esmein, *Le mariage* cit. II, 67 ss.; Scherzer, *Handbuch des Kirchenrechts*, 1888, 545; 553. Nel secondo Perroné, *De sacramento matrimonii*, 1861, 416 ss.; Rosset, *De Sacramento matrimonii*, 1895-6, nr. 558; Wernz, *Ius canonicum*, 1928, 729 etc.; altre cit. in Gréuzel, op. cit.

Gréuzel o Creuzel

3. Nella dottrina di Paolo il matrimonio era una condizione inferiore al celibato ed alla verginità; il secondo matrimonio era dunque decisamente vietato. Questa dottrina rimase il maggior fondamento per la concezione rigorosa dell'indissolubilità. Ma già una diversa dottrina si esprime nelle Visioni del Pastore di Hermas(3). In essa prevale l'idea del pentimento della donna colpevole, cui si deve dare appunto la possibilità di riparare al male. Per questo l'uomo non deve prendere un'altra moglie dopo aver dimesso l'adultera, per dare ad essa la possibilità del pentimento e quindi di tornare ad unirsi. In questo caso il

(3) II,4,1;5,3 (ed. Funk, Patres Apost. I, 474; Mand. IV, 29, 4 ss.; 32, 1 ed. Joly, SC. LIII, 152 ss.; 162).

marito è obbligato a riprendere non sé la moglie pentita, come era in dovere di repudiarla, in modo conforme del resto al precetto della lex Iulia de adulteriis, dopo avere avuto conoscenza della colpa di lei(1). Il testo non dice quale sarebbe stata la condizione dell'uomo, se la donna non si fosse pentita ed avesse persistito nell'adulterio, ma se il motivo del divieto del nuovo matrimonio era di consentire alla donna di pentirsi, si dovrebbe desumere che in tale ipotesi era concesso al marito di contrarre un nuovo matrimonio(2).

Più rigorosa è la dottrina degli apologeti, Giustino(3), Atenagora(4), implicitamente Teofilo(5), Tertulliano(6) esaltano la castità come una condizione superiore a quella del matrimonio, esprimono sfavore per le seconde nozze e considerano il secondo matrimonio del divorziato, ammesso dalle leggi civili, come un peccato di adulterio. Diversamente gli Alessandrini si ricollegano alle idee del Pastore di Hermas(7); particolarmente discussa è la dottrina di Origene, che tuttavia non si può intendere retamente, se non considerandola nel suo insieme ed interpretando i singoli passi in relazione alle idee generali(8). Anche Lattanzio si avvicina alle idee degli Alessandrini(9) e nella Chiesa greca si afferma una interpretazione favorevole al divorzio in caso di adulterio. Epifanio lo ammette esplicitamente: "in populo tolerari istud potest, ut qui uxore prima continentis esse non po-

(1) Vedi le interessanti considerazioni del Basanoff, *Les sources chrétiennes* cit. 181 ss.

(2) Diverse opinioni ricordate in Esmein, *Le mariage* cit. II, 53 n. 2. Tert. de pud. X condanna la pietà del Pastore: Scriptura Pastoris quae sola maechos amat. Il D'Ercole, *SDHI*. 1939, 56 s. sostiene che il Pastore sia per il divieto, ma cita solo la prima parte del testo. Anche il Crouzel, *L'église face au divorce*, 52 s. interpreta il testo nel senso del divieto; ivi altra lett.

(3) *Apol.* I, 15 (ed. Otto, *CACH.* I, 461; Pautigny, *TD.* 26); II, 1, 7 (ivi, 150).

(4) *Legatio pro Carist.* 33 (PG. VI, 965; Schwarz, *TU.* IV, 2; Bardy, *SC.* III, 162).

(5) ad *Authol.* III, 13 (Bardy, *SC.* XX, 230).

(6) de *pat.* XII, 5 (Borleff, *CChr.* I, 312); ad *uxor.* II, 2, 8 (ivi 386); *adv. Marc.* V, 7, 6-7 (Kroymann, *CChr.* I, 683). Tuttavia in *adver. Marc.* IV, 34 (ivi, 634) egli ammette il divorzio in caso di adulterio della moglie; così ritengono molti interpreti, come Pothier, *Traité du mariage*, nr. 489; Esmein, *Le mariage*, II, 53 s. e n. 3; Castelli, *RIL.* 1938, 213 etc. Altre citazioni in vario senso in Crouzel, *L'église face au divorce*, 97 ss., il quale tenta una chiara forzatura del testo per togliere ad esso il suo valore.

(7) Basanoff, *Les sources chrétiennes* cit., Studi Riccobono, III, 186.

(8) *Clem. Stromat.* II, XXIII, 145, 3 (GCS. II, 193); III, 5, 46, 4 - 47, 3 (ivi II, 218); III, VI, 50, 1 - 50, 4 (ivi, 219). Orig. principalmente in *ad Matt.* XIV, 16 (GCS. X, 325), dove è chiaramente detto che l'adulterio scioglie il matrimonio, anche se non è detto che le seconde nozze sono permesse. Sulla tolleranza della Chiesa vedi *olypag.* In senso contrario Crouzel, *L'église face au divorce*, 76.

(9) *div. inst.* VI, 23 (Brandt, *CSEL.* XIX, 568). Anche il D'Ercole, *SDHI.* 1939, 61 ammette che Lattanzio abbia sostenuto la possibilità del divorzio in caso di adulterio. Contro Crouzel, *III* s.

sunt, ea mortua secundam sibi copulenta, quamquam qui unam dumtaxata habuit, maiori, Ecclesiae iudicio, honore dignus est. Sed cui mortua una non sufficit, cum occasione aliqua stupri adulterii aut alterius flagitii cum ea divortium fecerit, is si alteram uxorem duxerit aut alieno viro nupserit, sacram litterarum auctoritate ad omni culpa illos absolvit, neque ab Ecclesia aut aeterna vita reicit, sed propter imbecillitatem tolerandam existimat, non ita tamen ut duas, altera superstate, uxores habeat, sed ab una separatus, alteram sibi legitime, si lubet, adiungat(1). La traduzione latina, che risale ai primi esegeti(2), ammette chiaramente il divorzio e le seconde nozze. E' probabile che influenzato da questa traduzione lo Holl abbia emendato il testo greco, inserendo una η tra le parole $\tau\epsilon\lambda\epsilon\upsilon\tau\eta\sigma\kappa\eta$ e $\epsilon\gamma\kappa\iota\varsigma$, emendamento che era peraltro già proposto dal Petavius nel commento al testo(3). Ma non si può nascondere che tale restituzione risponde alla logica stessa del testo, che sarebbe difficilmente comprensibile, se venisse interpretato, come per ultimo sostiene il Kreuzel, nel senso di riferire il caso soltanto alle seconde nozze in caso di vedovanza(4). In tale ipotesi non si riesce a comprendere che cosa entrino i motivi di fornicazione ($\mu\omicron\rho\rho\upsilon\epsilon\iota\kappa\varsigma$), adulterio ($\mu\omicron\iota\chi\epsilon\iota\kappa\varsigma$), o qualsiasi altra causa ($\kappa\alpha\kappa\eta\varsigma$ $\alpha\iota\tau\iota\alpha$), se essi si debbano ricollegare all'ipotesi della morte della donna, modificando l'interpunzione del testo, e soprattutto come si giustifichi il riferimento alla separazione tra i coniugi ($\chi\omega\rho\iota\sigma\mu\omicron\upsilon$ $\gamma\epsilon\nu\omicron\mu\acute{\epsilon}\nu\omicron\upsilon$), che non avrebbe senso qualora la sola ipotesi fosse quella della morte del coniuge. Senza l'emendamento, per dare un senso al testo bisognerebbe allora intendere il termine $\tau\epsilon\lambda\epsilon\upsilon\tau\eta\sigma\kappa\eta$ in senso figurato cioè come fine della donna dal lato morale e spirituale.

Anche l'ipotesi che il testo possa essere corrotto ed interpolato non giova all'opinione intransigente. L'alterazione infatti starebbe a dimostrare che nel campo cristiano non tutti erano d'accordo con il divieto assoluto del divorzio e che si sentì il bisogno di introdurre l'ipotesi della colpa del coniuge in un'opera diretta a ~~dimostrare~~ confutare un'eresia e contrastare la dottrina rigida dell'inammissibilità delle seconde nozze anche in caso di morte del coniuge. Del resto già Origene aveva scritto che ~~tra~~ i reggitori della Chiesa consentivano il divorzio in caso di adulterio per la debolezza e l'incontinenza degli uomini, a confronto di mali peggiori(5).

Queste tendenze alla tolleranza ed alla comprensione non erano isolate. Giovanni Crisostomo afferma che la donna adultera non è la sposa legittima del marito, perché ha violato la legge del matrimonio(6). Egli ammette che il marito possa repudiare la moglie per causa di adulterio, ma non parla delle seconde nozze(7).

(1) adv. heres. ^{LIX} ~~III~~, 4; testo greco in Holl, GCS. II, 368.

(2) Condarius ed da Oporinus, 1534.

(3) PG. XLI, 1023.

(4) L'église face au divorce, 224 ss.

con lett.

(5) ad Matt. XIV, 23 (GCS. X, 340).

(6) de lib. rep. 3 (PG. LI, 221).

(7) Hom. ad Matt. XVII, 4 (PG. LVII, 259); LXII, 2 (PG. LVIII, 598).

Freudenburger, Das Verhalten der römischen
Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhun-
dert dargestellt aus Brief des Plinius an
Trajan und den Reskripten Trajan und
Hadrian, Münch. Beitr. z. PF. 1757

§ m

7 Dal silenzio si può desumere che esse siano tollerate e comunque non apertamente condannate(1).

Il santo vescovo di Cesarea, Basilio, sostiene che bisogna dare il perdono al marito abbandonato dalla moglie(2). Il testo non dice espressamente che il perdono riguarda il secondo matrimonio, ma ciò è implicito, altrimenti perché si dovrebbe parlare di perdono? Inoltre egli affronta un tema sul quale dovremo tornare più oltre, quello del secondo matrimonio della donna, in caso di assenza del marito soldato, evidentemente un'assenza prolungata, tale da far presumere la morte(3). In termini più generali Basilio afferma, come del resto altri autori, l'uguaglianza dell'uomo e della donna pur rilevando che il costume è diverso. Egli vieta la rottura del matrimonio, salvo il caso di adulterio(4). Ancora intorno al 400 Asterio, vescovo di Amasea, ammetteva lo scioglimento del matrimonio in caso di adulterio(5). $\Delta \Delta \Delta$

4. In Occidente il principio dell'indissolubilità viene affermato in modo deciso da Agostino, il quale combatte la dottrina, secondo cui soltanto al marito dell'adultera era consentito il divorzio, non alla moglie del marito colpevole dello stesso peccato, ma anche l'altra dottrina che ammetteva un pari diritto dei coniugi(6). Egli diede una dottrina del matrimonio come sacramento, dalla quale derivava in modo necessario l'indissolubilità, escludendo non solo l'adulterio, ma tutte le cause che in quel tempo il diritto civile ammetteva, la malattia, la prigionia di guerra, l'assenza prolungata(7). Ma egli rilevava l'oscurità delle Scritture e considerava la colpa come veniale: "In ipsis divinis scripturis ita obscurum est utrum iste cui quidem sine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur si aliam duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur"(8). Inoltre egli ammetteva di non essere giunto nella trattazione del tema a qualcosa di perfetto: "Scripti duos libros de coniugiis adulterinis quantum potui secundum Scripturas cupiens solvere difficillimam quaestionem. Quod utrum enodattissime fecerim nescio. Imo vero non me pervenisse ad huius rei perfectionem sentio"(9).

7 In modo esplicito il divorzio e le seconde nozze sia nel caso di adulterio, che in quello di matrimonio dell'infedele sono ammesse da un ignoto commentatore delle Epistulae di Paolo, detto Ambrosiaster. L'opera attribuita ad Ambrogio in tutto il Medio Evo, fu per la prima volta considerata apocrifia da Erasmo. Essa fu scritta

(1) Così Otto, Auslegung cit. 80. Contro Crouzel, L'église face au divorce, 215. (2) ad Amphil. can. 35 (PG. XXXII,).

(3) ivi can. 36.

(4) can. 9. Contro l'interpretazione accolta nel testo Crouzel, L'église face au divorce, 164.

(5) Hom. in Matt. (PG. XL, 228 D).

(6) de adult. con. I, 6 e 8

(ed. Vivès, XXI, 584 e 596).

(7) de adult. con. II, 10.

(8) de fide et oper. XIX.

(9) retract. II, 57(84).

sotto il pontificato di Damaso (366-383) da un autore rispettoso delle leggi romane, ma molto versato nelle questioni religiose, al corrente dei problemi della vita ecclesiastica del suo tempo, avversario dei Giudei che non si erano convertiti al Cristianesimo. Si sono fatte varie ipotesi per individuarlo, tra le quali il riferimento ad un Hilarius trova conferma nei manoscritti. Ma di Hilari vi erano vari: Decimus Hilarianus Hilarius, il diacono Hilarius di Roma, il vescovo Hilarius di Pavia(1). Ecclesiastico, come appare molto più verosimile, o laico che egli sia, egli era comunque un Cristiano non conformista e questo spiega la sua professione in un tema tanto delicato ed importante per la Chiesa primitiva.

Il testo comunque sta a dimostrare la vitalità di una concezione che era più conforme agli usi sociali ed alle regole del diritto. Che fosse così si rileva anche dalla testimonianza dello stesso Agostino, il quale ricorda che vi sono donne a maritis dimissae plerumque aliis viris nubentibus(2), come anche Geronimo, il quale dimostra indulgenza verso Fabiola, matrona Romana, "quae dimisso viro alteri nupsit"(3). Anche Origene, come si è già ricordato, prova che la Chiesa era tollerante verso chi contraeva un nuovo matrimonio dopo la rottura del primo per causa di adulterio. ΔΔΔ

5. Che fosse così è dimostrato anche dalla storia dei primi Concili. Quello di Elvira (Illiberitanum) tenutosi intorno al 300 è il primo nel quale si trova una traccia del divorzio. Esso viene considerato dal lato della penitenza da infliggere; è importante rilevare che i casi previsti riguardano soltanto delle donne, non i mariti. Nell'ipotesi della donna che abbia abbandonato il marito adultero e contratto nuove nozze, è interdetta la comunione finché il primo marito sia in vita, a meno che non vi sia una necessità per causa di malattia(4). Anche se dal lato stilistico il testo lascia a desiderare e non possiamo dire se si tratti di un affrettato verbale del Concilio o del rimaneggiamento di un glossatore per riassumere un testo più ampio o introdurre l'accento all'impedimento del nuovo matrimonio, non vi è motivo per dubitare della sanzione. Questa non era la nullità del nuovo matrimonio, come sarebbe stato logico se il primo si fosse considerato ancora valido, ma era semplicemente l'interdizione dalla comunione. Ancora più misurata è la formulazione del Concilio di Arles del 314: "De his qui coniuges suas in adulterio deprehendunt, iidem sunt adulescentes fideles et prohibentur nubere, placet ut in quantum potest consilium eis detur, ne viventibus uxoribus suis licet adulteris, alias accipiant"(5). L'interpretazione del testo è controversa; alcuni si fermano sulle parole *et prohibentur nubere* per sostenere che il Concilio abbia affermato il divieto del secondo matrimonio(6). Altri invece si fondano sulla sanzione pre-

(1) Morin, Hilarius l'Ambrosiaster, Rev. Bénédictine, 1903, 114. Già nel Decr. Grat. XXXII, 7, 5 si esprime il dubbio che I Corinth. 7, 5 sia apocrifo e si citano tutti i testi di Ambrogio, che affermano una dottrina diversa. Vedi anche per l'attribuzione ad un diacono eretico, Pelagio od Ilario, Ottaviano, Animadversiones criticae in Laurentii commentarium de matrimonio, Neap. 1829; Gagliardo, Inst. iuris canonici, Neap. 1848, II, 387 n. 5.

(2) de coniug. adult. II, 17.

(3) ep. LXXVII ad Ocean. (CSEL. LV, 377).

(4) can. 8 (Mansi, II, 1 ss.); Bruns, DI, 3; PL. LXXXIV, 101; Vives, Conc. Visig. et Hisp. Rom. 1963).

(5) can. 10 (Mansi, II, 476; Monier, Concilia Galliae a. 314-506, C. 148; Turner, Eccl. Occ. Monumenta iuris antiquissima, I, 2, 2).

(6) Ad es. Fahrner, Geschichte der Ehescheidung in Kirchenrechte, 1903, 23 n. 3; Lo Hefele, Conciliengeschichte, I, 210 intende il testo nel senso che il consiglio vincola il fedele. Archivio Storico

vista, cioè un semplice consiglio di non contrarre nuove nozze ed intendono le parole et prohibentur habere come un riferimento a casi avvenuti nella pratica, cioè a divieti di vescovi, che il Concilio non avrebbe approvato(1). L'interpretazione è forzata e il testo non si può riferire a casi pratici; è meglio ammettere un rimaneggiamento per introdurre la sanzione dell'indissolubilità.

Bisogna giungere al Concilio di Cartagine del 407, dominato dalla presenza di Agostino, per trovare affermata la dottrina rigorosa dell'indissolubilità e per la prima volta formulata la richiesta di una legge imperiale: "Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam neque dimissus ab uxore neque dimissa a marito alteri coniungantur, sed ita permaneant aut sibi met reconciliantur. Quod si contempserint, ad penitentiam redigantur: in qua causa legem imperialem petendum est promulgari"(2).

6. Ma quale era la legislazione imperiale? Il primo grande intervento sul tema del divorzio si deve a Costantino, il quale rappresenta una reazione, come dice il Bonfante, energica, anzi violenta ed eccessiva, alla concezione tradizionale romana della libertà del divorzio. Si tratta della famosa c.1 Cod. Theod. II, 16 del 331: "Imp. Constantinus A. ad Ablatum p.p. Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere, ex qua causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascunque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidium vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad aculum capitis in domo mariti deponere et pro tam sua confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniat, si matrem vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posteriori uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inflata. Dat. Basso et Ablavio cons."

Fin dal Gotofredo questa costituzione è stata considerata come un esempio eloquente dell'influenza della Chiesa cristiana sulla legislazione imperiale(3). Gli scrittori hanno supposto che essa sia dovuta al consiglio dei vescovi, che stavano nell'entourage di Costantino, forse di Eusebio ed altri vescovi orientali(4).

(1) Esmein, Le mariage cit. II, 61 n. 4. Vedi già Launoy, Regia in matrimonio potestas, Opera, I, 1731, 827.

(2) Can. 8 (Mansi, III, 799; Bruns, 186; Hefele, trad. franc. II, 1, 156). Il canone nel Decr. Grat. XXXII, 7, 5 è attribuito al Concilium Milevitanum, come poi fanno vari scrittori successivi. Nel Decreto sono omesse le parole finali con la richiesta della legge imperiale.

(3) Comm. ad Theod. ad h. l. Vedi altre cit. in Volterra, Intorno ad alcune costituzioni di Costantino, Rend. Acc. Naz. Lincei, Ser. VIII, XIII, 1956, 76 ss. Lo Scaduto, Divorzio e Cristianesimo, 14 s. pone in rilievo la disuguaglianza di trattamento fra uomo e donna e lo giudica in contrasto con le idee cristiane, che erano invece

per la parità. Ma tali idee si confondevano poi con quelle correnti e nella pratica non si conservavano con il necessario rigore.

(4) Basanoff, Les sources chrétiennes cit. Studi Riccobono, III, 177 ss.

17 in

Il Volterra ha addirittura sostenuto con acute considerazioni, che la legge sia stata elaborata non da membri della cancelleria imperiale; ma da ecclesiastici(1). Non tutti gli argomenti sono però convincenti. L'illustre autore rileva che la separazione del divorzio delle moglie e dei mariti è senza giustificazione, perché si sarebbe dovuto trattare delle une e degli altri in una sola disposizione. Ma la verità la distinzione esiste anche in norme successive(2) e comunque essa ha sua giustificazione nella diversità delle cause previste per i due casi. Se mai, più pertinente sarebbe il rilievo che già in questa legge si introduce una diversità di regime nella determinazione delle iustae causae per il divorzio.

7

10

Z

Né giusto mi pare il rilievo che i redattori del testo non sembra che si siano resi conto del sovvertimento che la norma recava al concetto giuridico del matrimonio romano. Più ancora dei giuristi sarebbero stati i membri della Chiesa a porre in luce tale sovvertimento, del quale essi erano coscienti proprio perché fautori del principio evangelico così contrastante con quello romano. Senza dubbio appare singolare che si definisca prava cupiditas il desiderio della donna di ripudiare il marito ubbriacone, dedito al giuoco o dannaiolo. Ma ciò valeva per tutti, giuristi e profani del diritto, perché si trattava di nozioni sociali, non giuridiche. Evidentemente se si è usato questo termine, la sola spiegazione possibile è che esso alluda alla volontà della donna di giungere allo scioglimento del matrimonio con dei pretesti, come dovevano essere considerati negli usi dell'epoca quelli allegati. Anche il rifiuto di considerare giusta causa di repudio il fatto che il marito fosse un donnaiole non è in contrasto con la morale dei tempi; gli imperatori Teodosio e Valentiniano, i quali dettarono norme meno rigide di quelle costantiniane, considerarono l'infedeltà del marito come iusta causa di divorzio, qualora vi fosse contemptus sui domi ipsa (cioè la moglie) inspiciente(3). Senza dubbio la sanzione della perdita dei beni totale, definita con la frase oportet usque ad acunculum capitis in domo mariti deponere, appare concepita in termini assai diversi da quelli meno enfatici e più tecnici, che sono propri del linguaggio giuridico. Così anche la facoltà data alla moglie ingiustamente ripudiata di invadere la casa del marito e di impadronirsi della dote della nuova moglie non è certo degna di un giurista ed è sicuramente discordante con le norme consuete del diritto, che prevedono in genere non il farsi giustizia con le proprie mani, ma l'impiego dei mezzi giuridici predisposti dall'ordinamento. Ma da tali giuste considerazioni si può certo desumere che chi ha redatto il testo non si è attenuto a corretti criteri tecnici, ma non si può giungere alla conclusione che esso appartenga a qualche eccle-

(1) Volterra, Intorno ad alcune costituzioni di Costantino cit.

(2) Vedi C.Th.III, 16, 2 citato più innanzi, e la stessa Nov. 117.

(3) C.V, 17, 8, 2.

18

siastico della corte costantiniana(1). $\Delta \Delta \Delta$

7. Queste norme costantiniane furono tutt'altro che definitive. Contrastanti con la morale del tempo esse furono ben presto abrogate da Giuliano(2) e poi introdotte di nuovo con maggiore moderazione dagli imperatori Onorio e Costanzo nel 421(3). Come è noto essi prevedono vari casi. Se la donna ha dato il repudio al marito senza alcuna causa, essa perde la donazione nuziale e la dote ed inoltre incorre nella deportatio in insulam; le viene negato il secondo matrimonio e la possibilità di far ritorno(4). Se essa allega cause mediocri, perde la dote e la donazione nuziale e non può rimaritarsi; al marito è riconosciuto il diritto di accusa nell'ipotesi di unione illegittima della moglie con altri. Se invece esistono cause gravi o magna crimina del marito, allora il repudio è lecito, non vi sono quindi nemmeno sanzioni patrimoniali ed è ammesso il secondo matrimonio dopo un quinquennio dal repudio. La motivazione è di stampo religioso: "tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni adpetitione fecisse", con chiara reminiscenza dello sfavore cristiano per le seconde nozze. Se il grave crimen è commesso dalla moglie, essa può essere perseguita in giudizio, privata della dote e della donazione nuziale ed il marito può liberamente contrarre un nuovo matrimonio. Se invece non vi è il grave crimen, mai morum culpa della moglie, il marito riprende la donazione ma non ha diritto alla dote e può contrarre un altro matrimonio dopo due anni. Se invece il divorzio avviene senza causa il marito perde la donazione ed è condannato al celibato perpetuo, poena de solitudinis moerore.

18n

Puna

La legge di Onorio e Costanzo è più elaborata e meno rigida di quella di Costantino; le cause gravi e mediocri non sono descritte, né i gravi crimini sono specificati ed è arbitrario intendere, che essi siano gli stessi indicati nella costituzione del 331. Si introduce in questa legge il principio, che diverrà fondamentale nella legislazione posteriore ed in specie in quella giustiniana fra divorzio sine causa e divorzio ex iusta causa.

Si può ritenere che questa legge sia stata una risposta dell'autorità imperiale alla richiesta del Concilio di Cartagine di pochi anni prima? Un indizio si può trarre dal destinatario della costituzione, il praefectus praetorio Italiae, Illyrici et Africae, Flavius Iulius Quartus Palladius, il quale tenne quest'ufficio dal 415 al 421(5). Non è quindi da escludere che si sia voluto andare incontro alla richiesta della Chiesa africana di disciplinare il diritto del divorzio. Ma come si trae dalle norme testé ricordate, la disciplina imperiale era ben

44 (1) Che lo stile delle costituzioni postclassiche sia enfatico e retorico è cosa nota; lo avevano già rilevato gli umanisti e sulle loro tracce il Giannone, Istoria civile del regno di Napoli.

(2) C. Th. III, 11, libro II introduzione (ed. Marongiu, 1970, I, 108).

16, 2.

45 (2) Ambrosiaster, Quaest. vet. et nov. Test. CXV, 12.

46 (4) Così l'interpretatio intende le parole misteriose e non certo tecniche postliminii ius negamus.

47 (5) Da ult. Palanque, Essai sur la préfecture du prétoire du Bas Empire, 1933, 97 ss.; Esmein, Rev. XXVIII, 221. - Archivio Storico

diversa da quella che la Chiesa avrebbe potuto desiderare in quanto essa era limitatrice del divorzio, ma non conteneva un divieto assoluto, né respingeva la possibilità di cause molto diverse da quella, che più richiama l'attenzione dei padri, cioè l'adulterio.

Al contrario forse un'influenza degli usi sociali e delle norme romane si può vedere nel canone 17 del Concilio di Toledo del 400, nel quale si riconosce di fronte alla Chiesa la legittimità del concubinato, quando esso tenga il luogo del matrimonio(1). $\triangle \triangle \triangle$

8. L'esistenza di orientamenti diversi della Chiesa nella stessa regione e nello stesso periodo di tempo si manifesta nelle decisioni contrastanti del Concilio di Angers del 453 e di Vannes del 465; nel primo si afferma il divieto generale del divorzio, nel secondo si fa eccezione per il caso del divorzio provocato dall'adulterio della moglie(2). Si è tentato di spiegare questa diversità sostenendo che il secondo Concilio professava una dottrina già adulterata dall'influenza dei barbari(3), ma si è potuto agevolmente respingere questa spiegazione rilevando che si trattava della stessa provincia ecclesiastica e che nella regione di Tours in quell'epoca non dominavano affatto i barbari(4). Si è dunque supposto che il primo Concilio affermi un principio generale e l'altro una eccezione. Ma nemmeno questa spiegazione sembra convincente. Tutta la dottrina della Chiesa nei primi secoli è dominata dal dubbio intorno all'interpretazione del testo evangelico, nel quale era appunto previsto il caso del repudio per adulterio della moglie. E' più logico ammettere che nei territori della Gallia si era consolidato il principio più rigoroso e che il costume sociale influiva sulle decisioni ecclesiastiche, che non potevano non tener conto delle esigenze dei fedeli.

Del resto lo stesso è a dirsi di altre decisioni della Chiesa occidentale. Il Sinodo Sahcti Patricii(5) ed il Concilio di Agde (Agathense) del 506 (6) ammettono il divorzio per adulterio, anzi il secondo per culpae graviores, che devono essere però fatte constatare dai vescovi della provincia prima di procedere al repudio. E' incontestabile che in questa decisione si sia ricevuto il principio che troviamo nella legge del 421, in cui si ammetteva il divorzio per gravia crimina. Viceversa non è ammesso il divorzio per infermità sopraggiunta dal Concilio di Orléans (Aurelianense) del 533 (7).

Ma come procedeva nel frattempo la legislazione imperiale? L'i

(1) Mansi, III, 1001.

(2) Nel primo can. VI (Bruns, II, 138; CCHR. CXLVIII, 25), del secondo can. II (Bruns, II, 143; CCHR. CXLVI, 152).

(3) Fahrner, Geschichte der Ehescheidung, 42.

(4) Esmein, Le mariage, II, 63 n. 3; Castello, Osservazioni etc., RIL. 1938, 210.

(5) Can. XXVI (Bruns, II, 308; PL. LIII, 822; Hefele, trad. franc. II, 898). L'età è incerta, si pensa al decennio tra il 450 ed il 460 ed a due concili.

(6) Can. XXVI (Bruns, II, 151; CChr. CXLVIII, 204; Hefele, trad. franc. II, 991).

(7) Can. XI (Mon. Germ. Conc. I, 63). Esmein, Le mariage, II, 64 ammette il divorzio per mutuo consenso, ma l'interpretazione è arbitraria.

Tine

peratore Teodosio nel 439 aveva mitigato le norme precedenti ed ammesso nuovamente in luogo dei gravi crimini le colpe dei coniugi, ripristinando le veteres leges ed i responsa prudentium(1). In questa costituzione per la prima volta si afferma il favor liberorum, che deve rendere difficilior lo scioglimento del matrimonio. Tale principio si trova ripetuto in un'altra, molto più lunga ed articolata costituzione del 449, nella quale si specificano le giuste cause del divorzio, anticipando il regime giustiziano e si dettano le sanzioni per coloro che compiono un repudio al di fuori delle cause previste: «ali sanzioni consistono nella perdita della dote e della donazione nuziale, mentre viene previsto che i lucri patrimoniali spettino, dopo la morte del soggetto che li ha ricevuti, ai figli(2)». Ma alla fine del secolo, evidentemente per risolvere dubbi che si erano dovuti presentare nell'applicazione della legge di Teodosio e Valentiniano II, definita consultissima, Anastasio afferma che il divorzio communi consensu era legittimo, chiarendo che la donna non doveva attendere un quinquennio per contrarre un nuovo matrimonio, come era stato prescritto dalla precedente legge, ma soltanto un anno(3).

Non si può non rilevare quanto le leggi civili di questo periodo si discostassero dai precetti della Chiesa e dalle decisioni dei Concili. Dopo la prima veemente limitazione del divorzio di Costantino, le leggi successive si orientarono verso un regime meno rigoroso, ammisero la legittimità del repudio per giusta causa e del divorzio per comune consenso. Esse non sancivano la nullità del divorzio compiuto in contravvenzione delle leggi e perciò del susseguente nuovo matrimonio, ma comminavano sanzioni patrimoniali, abbandonando quelle afflittive, che erano state introdotte da Costantino. Questo regime era ad un tempo più permissivo e più duro di quello della Chiesa, che vietava il divorzio e le nuove nozze, ma puniva i fedeli con pene spirituali e talvolta rendeva possibile il divorzio per adulterio ovvero lo considerava una colpa veniale.

E' chiaro che il potere civile non intendeva introdurre norme troppo contrastanti con la morale comune ed il costume sociale e quindi stabiliva una disciplina dello scioglimento del matrimonio certo diversa da quella dell'età classica, ma pure diversa dal principio cristiano. La stessa Chiesa considerava questo tema, più come oggetto del suo magistero spirituale che del diritto positivo, anche se talvolta richiese l'intervento dello Stato. In casi di forti contrasti uomini energici, come Ambrogio, hanno saputo ergersi contro l'impero e ridurre all'obbedienza imperatori giudicati colpevoli(4). Nessuna traccia di tali pressanti interventi si trova per il matrimonio. Nella stessa storia della giurisdizione episcopale, la Episcopalis Audientia, non conosciamo per questo periodo rivendicazioni

(1) Nov. Theod. XII.

(2) C.V, 17, 8. Sulla condizione dei figli Bonini, Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano, AG. 1971, 24 ss.

(3) C.V, 17, 9 del 497.

(4) De Martino, Storia della costituzione romana, V², 1975, 536.

H. Coi della Chiesa a sottoporre all'autorità dei vescovi le contro= versie tra i coniugi sullo scioglimento del matrimonio. Un te= sto antico, una Epistula di Evaristo, che si ritiene sia stato vescovo di Roma agli inizi del II secolo(1) afferma la giurisdizione ecclesiastica esclusiva in materia di matrimonio(2). Ma la critica ritiene questo documento apocrifo perché non è esistita in quel tempo una giurisdizione esclusiva in questo tema e perché, secondo i principi allora professati, i fedeli dovevano sottomettere tutte le loro controversie a giudici della comunità cristiana(3). $\Delta\Delta\Delta$

9. A non diverse conclusioni si giunge per la codificazione giustinianea, che in questo campo appare tormentata ed ispirata a principi restrittivi della libertà del divorzio, ma che rimane pur sempre coerente con gli indirizzi che si erano venuti affermando nel corso dell'età postclassica.

7 de

Abbiamo già ricordato come alcuni concili nel corso del VI secolo, come quelli di Agde e di Orléans, regolarono il regime del divorzio; le lotte religiose nelle quali intervenne con tanta invadenza l'imperatore, non lasciarono tempo alla Chiesa per occuparsi del matrimonio e del divorzio. Il grande problema dell'epoca era quello della difesa della sia pur limitata autonomia della Chiesa nei confronti dell'Impero e nella controversia sui Tre Capitoli, che era una disputa teologica abbastanza artificiosa, si nascondeva il reale problema, cioè quello della supremazia dell'Impero.

Molto attiva invece appare la legislazione imperiale, che ebbe fasi e momenti diversi, secondo una linea di sviluppo che condusse a restrizioni sempre maggiori della libertà del divorzio. Mentre nel Digesto ci si limita a modifiche non gravi dei principi classici, nel Codice si compiono passi più decisi, finché nelle Novelle si attua in pieno un nuovo regime del divorzio. E' assai dubbio che la perseverantia voluntatis richiesta in D.24,2,3 (Paul.35 ad ed.) sia di origine bizantina. E' inammissibile che anche per i giuristi classici il calor iracundiae fosse espressione della fine dell'affectio maritalis ed è evidente che per questa occorresse un atteggiamento perseverante. Le ragioni addotte dai critici non appaiono persuasive(4) e non vi è ragione di pensare ad un intervento dei compilatori(5). Del pari non si può ritenere che solo con i bizantini il divorzio sia divenuto un atto formale, né si può limitare la presenza dei testimoni a semplici funzioni di prova(6). E' una sottigliezza della critica ritenere che la chiara espressione di D.24,2,9 (Paul.2 de ad.) nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, di cui si ha conferma in D.24,1,35 (Ulp.34 ad ed.) legitima observatio, debba riferirsi soltanto agli effetti relativi all'adulterio. Le forme prescritte per il divorzio certo influiscono sull'accusa di adul-

(1) Secondo la nuova datazione fissata dal 1947 nell'Annuario Pontificio tiene il pontificato dal 97 al 105: Falcone, Storia dei Papi, I, 1967, 203.

(2) Mansi, I, 624.

(3) Vismara, Episcopalis Audientia, 1937, 11; altra lett. in Gaudemet, L'église dans l'empire romain, 230 s.; Jaeger, Justinien et l'episcopalis audientia, RHD. 1960, 215.

(4) Vedi gli Autori citati in Ind. Interp. ad h.l.

(5) Anche il Biondi, Diritto romano cristiano, III, 177 ammette che i classici non potevano attribuire effetti giuridici al calor iracundiae. Il Solazzi, Studi sul divorzio, Scritti III, 34 n.4 non afferma affatto che le parole siano interpolate, come gli si attribuisce nell'Index Interp.

(6) Non è questa la sede per un riesame del contrastato tema delle forme del divorzio e dei loro effetti giuridici; anche senza far nostre tutte le tesi troppo rigide del Rasi, Consensus facit nuptias, 1946, 129 ss. rinviando a questo studio per la critica dell'opposta tesi, che vanta sostenitori autorevoli, come il Solazzi, il Volterra, il Lauria, il Corbett, a cui scritti sono citati dal Rasi.

terio, ma non per questo se ne può restringere l'effetto. La dichiarazione di D.38,11,1,1 (Ulp.47 ad ed.) item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. è molto esplicita e non vi è ragione di sospettarla soltanto perché nella parte precedente del testo si legge verumtamen iure durat matrimonium, parole che nella forma e nella sostanza rivelano la loro origine postclassica.

Per quanto concerne il divorzio della libertà sposata al patrono, è difficile credere che le fonti non provino l'indissolubilità del matrimonio per volontà unilaterale della libertà, ma ciò non autorizza a ritenere che in questo caso la legislazione giustiniana abbia un precedente storico, che i compilatori avrebbero avuto cura di porre in evidenza, perché Giustiniano non si discostò dall'orientamento iniziato da Costantino, che non contemplava la nullità del divorzio, ma sanciva delle pene per i contravventori(1). ΔΔΔ

10. Le leggi imperiali contenute nel Codice si ispirano infatti ai principi che furono affermati per la prima volta nella costituzione di Costantino, anche se questa non viene riferita e sono accolte soltanto le leggi di Teodosio e Valentiniano sulle cause che legittimano il divorzio e quella di Anastasio sul divorzio per mutuo consenso.

Le leggi di Giustiniano sono del 528, 533 e 534, aggiungono altre cause a quelle previste nelle costituzioni precedenti e cioè l'impotenza del coniuge, l'aborto procurato e fatti contro la pudicizia. Si stabilisce altresì l'uguaglianza dei coniugi per le sanzioni e si vieta il divorzio senza il consenso del pater familias, ricordando una analoga disposizione di Marco Aurelio(2). E' quindi chiaro che nel Codice prevale una tendenza di maggiore larghezza per le cause del divorzio. Tale tendenza non subisce sostanziali modifiche nella prima delle Novelle dedicate alla disciplina del matrimonio, cioè quella del 536(3). Secondo questa legge vengono considerate cause legittime di divorzio quelle previste dalla costituzione di Teodosio del 449, nonché le altre che erano già state sancite dallo stesso Giustiniano nel 533(3).

Un mutamento nel senso di rendere più limitato il divorzio e restringere le cause che lo rendono legittimo si ha invece con la Novella 117 del 542. La motivazione afferma che le norme precedenti rendono troppo facile lo scioglimento del matrimonio e che perciò occorre eliminare quelle cause, quae indignae vi-sae sunt. Così le sole cause ammesse sono nei confronti della moglie ~~adultera~~ l'adulterio, la cospirazione contro l'imperatore ad insaputa del marito, l'essersi recata al bagno od a ban-

(1) Testo fondamentale è D.24.2.11.pr. (Ulp.3 ad leg.Iul.et Pap.). Per la critica oltre il Levy e gli Autori citati in Index Interp., Solazzi, Studi sul divorzio, BIDR.1925, 295ss. = Scritti, III, 21 ss.; La legge augustea sul divorzio della libertà, BIDR.1948, 327 ss. = Scritti, V, 85 ss.; Volterra, Sul divorzio della libertà, Studi Riccobono, III, 203 ss.; Wolff, Doctrinal Trends, ZSS.1950, 279 ss.; Biondi, Conferenze augustee, 222 ss.; Diritto romano cristiano, III, 178 ss.

(2) C.17,5,9;10;11.

(3) Nov.22,15-16.

(4) C.5,17,11.V. anche 5,17,20 del 528.

chettì con altri uomini, od in luoghi di divertimento senza il permesso del marito, aver pernottato fuori di casa contro la volontà del marito, l'attentato alla vita del marito. Nei confronti del marito sono la cospirazione, l'attentato alla vita della moglie, alla sua castità, l'incitamento all'adulterio, relazioni illecite con altra donna nella stessa casa coniugale o nella stessa città frequentemente, se non abbia posto termine alla tresca dopo essere stato incolpato una prima ed una seconda volta.

Le sanzioni sono patrimoniali e personali e vengono inasprite con successive disposizioni. La pena sancita dalla Nov. 117, 13 per la donna è la chiusura in convento a vita per disposizione del vescovo, qualora essa persista nel suo comportamento; tale pena è estesa anche al marito con la Nov. 134, 11 del 556, in virtù del principio della parità delle sanzioni per uguali colpe, principio che era stato già sancito per gli effetti patrimoniali dalla Nov. 127, 4 del 548. Nella già citata Nov. 134, 11 si vieta poi il repudio fuori dei casi consentiti dalla legge e si dichiara invalido quello illegale.

Oltre ai casi di divorzi per giusta causa, la legislazione giustiniana prevede anche le poche cause di divorzio cosiddetto bona gratia, che sono l'impotenza, la scelta della vita monastica, la prigionia di guerra, la riduzione in schiavitù di uno dei coniugi, l'assenza del marito al campo per dieci anni, dopo lettere della moglie e notificazione al comandante militare ed infine una supplica all'imperatore (1).

Il divorzio per mutuo consenso permesso nella Nov. 22, 3 sul fondamento del principio che tutto quello che si stringe si può sciogliere, τὸ ἐσθῆν ἄπ' αὐτῶν, viene alla fine vietato con la Nov. 117, 10 salvo che nel caso del voto di castità. Il testo è tuttavia incerto per le sanzioni, in quanto riserva ai figli il patrimonio dei divorziati, oppure in mancanza di figli dispone che esso sia devoluto al fisco, ma poi allude ad altre pene legittime, senza specificare di quali pene si tratti. Una maggiore sensibilità per le umane miserie l'imperatore Giustino subito pur esaltando la pietà del suo predecessore, abolisce il divieto, prestando ascolto alle preghiere di quelli che lamentavano le tristi condizioni della loro unione: inter se coniugium horrentes et abominantes et proelia discordiasque propter hoc domo contingere accusantes (2). Segno eloquente che l'estrema restrizione era fortemente avversata dalla coscienza sociale. Come può spiegarsi la progressiva tendenza di Giustiniano ad un maggior rigore nella disciplina del divorzio e perchè da un regime più libero egli si spinse fino al divieto del divorzio per mutuo consenso contro tutte le più radicate convinzioni sociali e morali? In mancanza di testimonianze dirette è nel

(1) Nov. 22, 5-7; cfr. C. I., 3, 32, 15 del 531 e D. 24, 1, 60 ("erm. 2 ep.") interpolato; inoltre Nov. 22, 14 per l'assenza e 22, 9 per il liberto. Quanto all'assenza viene così modificato il regime introdotto da Costantino, C. 5, 17, 7, che prevedeva un più breve termine e non richiedeva la supplica all'imperatore.

(2) Nov. 14B del 566. Bonini, Il divorzio consensuale della "Novella Iustiniani 117, 10" alla "Novella Iustini 140", BIDR. 1972, 41 ss.

1-3
Til

silenzio delle fonti storiche, la spiegazione non può che essere ricercata nelle vicende del tempo. Non si può non rilevare che che le norme più rigide dettate con la Novella del 542 coincidono con le più forti lotte nel seno della Chiesa tra Monofisiti e Cattolici e precedono di poco la decisione di Giustiniano di condannare i cosiddetti Tre Capitoli, cioè gli scritti di Teodosio di Mopsuestia, di Teodoro di Ciro contro Cirillo in difesa di Nestorio e la lettera del presbitero Ibas al vescovo Mari in difesa di Teodosio(1). Questa incredibile decisione imperiale probabilmente ispirata dal vescovo Teodoro Askida, il quale nonostante le sue convinzioni, aveva accettato la condanna imperiale della dottrina di Origene e quindi dei suoi seguaci con l'intento di colpire i capi più intransigenti nella lotta contro l'Origenismo ed in particolari i Palestinesi seguaci della scuola antiochena accusati di nestorianismo. La decisione sui Tre Capitoli è del 543 o 545, ma la lotta durava da tempo ed è quindi legittimo collegare le norme restrittive del divorzio a questi aspri contrasti di ordine teologico. E' noto che l'intervento di Giustiniano contro esponenti di dottrine, che erano state riconosciute ortodosse nel Concilio di Calcedonia provocò forti reazioni soprattutto in Occidente ed indusse al silenzio il papa Vigilio, ponendo le premesse del suo sequestro e del forzato viaggio a Costantinopoli alla fine del 545(2).

Se si tien conto di tali vicende si può pensare che Giustiniano, mentre stava per impegnarsi in una violenta disputa dottrinale, abbia voluto che la nuova legislazione sul matrimonio dimostrasse la sua più rigorosa intransigenza ed ortodossia in un tema, nel quale la Chiesa occidentale aveva mostrato maggiore fermezza di quella orientale. Se invece il nuovo regime del divorzio fosse stato suggerito da nuove tendenze del costume sociale e da un'accresciuta pressione ecclesiastica, non ci spiegheremmo perché il successore di Giustiniano, subito dopo il suo avvento al trono, non abbia perso tempo ad abrogare le disposizioni concernenti il divieto del divorzio per reciproco consenso ed abbia ristabilito la piena legittimità di questo tradizionale tipo di divorzio, adducendo nel preambolo della Novella proprio la resistenza del costume. ΔΔΔ

7 (1) Vedi la restituzione dell'editto, secondo la nuova edizione delle opere di Facondio in Scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano a cura di Amelotti e Zingale, in Legum Iustinianorum Imperatoris, Subsidia, III, 1977, 129 ss. Sugli scritti teologici di Giustiniano vedi l'edizione di Schwartz, Drei dogmatischen Schriften Justinians, 1939, ora in Subsidia ad Legum Iustinianorum Vocabularium, II, 1973, 81 ss. Su di essi Amarelli, Giustiniano: un teologo al vertice dell'impero, Labeo, 1975, 238 ss. Nella lettera di Giustiniano al Santo Sinodo contro i Tre Capitoli (Subsidia, III, 141 ss.) si afferma che Vigilio aveva condannato gli scritti. Sintomatico è che l'imperatore senta il bisogno di affermare che egli aveva conservato il chirografo.

7 (2) Per tutti Daniélou-Marrou, Nouvelle histoire de l'Eglise, I, 1963, ; Falconi, Storia dei Papi e del Papato, II, 1968, 67.

11. Interessante è rilevare come nei rapporti concreti l'opinione popolare reagisse alle misure restrittive del divorzio ed allo sfavore verso di esso derivante dai precetti cristiani. I documenti provenienti dall'Egitto sono espressivi e noti agli studiosi. Già dall'inizio dell'età imperiale troviamo atti di matrimonio nei quali le parti si concedono di contrarre un nuovo matrimonio⁽¹⁾. Questo in antico non dipendeva dal principio dell'indissolubilità, perché l'influenza del Cristianesimo non si faceva sentire, ma dalla convenienza delle parti di evitare qualsiasi contestazione per il futuro. Ma più tardi norme restrittive del diritto e precetti religiosi contrari al divorzio consigliano le parti a stabilire obblighi di comportamento verso il coniuge. Nel 566 o 573 d.C. in un atto di donatio propter nuptias un tale si impegna verso la sposa a "nec a coniugio repellere praeter causam adulterium vel ignominiosum morum vel corporis infirmitatem" per tres pluresve idoneos liberos viros privatos in civitate degentes, comprobatae⁽²⁾. In un altro caso il padre della moglie invia il repudio al genero "impiis quibusdam studiis, quae nec Deo nec hominibus placent" e perché questo contrasta con il desiderio di assicurare alla figlia "tranquillam placidamque vitam"⁽³⁾. Siano o meno le parole desunte dalla lettera di Paolo ai Tessalonici⁽⁴⁾, quel che interessa è rilevare che la causa del divorzio è imprecisata e generica e non si adatta a nessuna delle cause specifiche previste nelle costituzioni, né si può dire quali fossero gli impia studia. Ancor più interessanti sono i testi nei quali i coniugi affermano, quasi a giustificazione della loro volontà di divorziare, che tutto è stata opera del diavolo. E' interessante per intendere gli usi popolari e le credenze del tempo riferire le parole di uno di questi testi nella versione latina: "Iam pridem invicem in matrimonii et vitae societatem nos coniunximus iusta cum spe et ad legitimorum liberorum bonam procreationem, placidum et sempiternum duraturum esse putantes mutuum consortium in omne utriusque nostrum vitae tempus: ex contrario nescimus quomodo spes nos fefellit et turpis pravique diaboli causa passi sumus nos vexantis ut alter ab altero discederemus"⁽⁵⁾. Opera del diavolo, tuttavia divorzio, questa sembra dunque essere la morale del tempo!

Francesco De Martino

(1) BGU.IV, 1102, 31-34; 1103, 22-25 (del 13-14 a.C.); PLips.XXVII, 25-26 (del 123); POx.VI, 906, 7-8 (del 2°-3° sec.); PGrenf.II, 76, 10-11 (del 305-6); PCair.II, 67154, 23-25 (età di Giust.); 67153, 25-26 (568); PFlor.I, 93, 23-24 (569); PCair.III, 67311, 23-24 (569-570); I, 67121, 11-13 (573), dove è prevista la facoltà di dedicarsi alla vita religiosa. Tali testi sono raccolti dal Solazzi, Studi sul divorzio, Scritti, III, 32 n.35. Il Taubenschlag, The Law of greco-roman Egypt, 124 n.85 cita alcuni di questi testi, nonché SB.8024, 18 del 391; PLond.1712, 17 (del 569) e 1731, 10 (del 585). Anche il T. ricorda l'elezione della vita monastica, ma la collega con l'obbligo nella Nov.117, 10, che tuttavia conteneva una sanzione e non una scelta. Altre cit. in Bonini, BIDR.1972,

67 n.59.

(2) PLond.V, 1711 in Arangio Ruiz, FIRA, III, 42 nr.18 lin.30 ss. nella versione latina.

(3) POx.I, 129, FIRA, III, 56 nr.21.

(4) Così già Mitteis, Hermes, 1889, 105 ss.; poi Biondi, Diritto romano cristiano, III, 186. Il passo di Paolo è I ad Tess.2, 15.

(5) PFlor.I, 93 in FIRA, III, 58 nr.22 ed ivi altri documenti cit., cioè PCair.II, 67121; 67153, nonché PThermop. R8es=CPJ.III, 513. Analogo pensiero in Libanius, Decl.46, VII, 588 (Förster). Vedi anche Taubenschlag, The Law cit.123 n.77.