

GELLIANA

II

Aulo Gellio

tra diritto e antiquaria

a cura di

Aniello Atorino, Gaetana Balestra, Raffaele D'Alessio

Edizioni Grifo



Progetto di Rilevante Interesse Nazionale

Visioni criminali dall'antico:
Crimini e pene nello specchio della letteratura
tra esperienze e deformazioni

Publicazione realizzata con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento su fondi PRIN 'Visioni criminali dell'antico: Crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni'.

© Edizioni Grifo 2023
Via Sant'Ignazio di Loyola, 37 - 73100 Lecce
www.edizionigrifo.it
edizionigrifo@gmail.com

ISBN 9788869943706

Indice

Francesca Lamberti		
<i>Presentazione</i>	p.	7
Jan Zabłocki		
<i>L'esecuzione della pena nelle Notti attiche</i>	“	13
Leofranc Holford-Strevens		
<i>Punishment in Aulus Gellius</i>	“	31
Bernardo Santalucia		
<i>Gell. 10.6: il caso di Claudia</i>	“	49
Pierangelo Buongiorno		
<i>Il processo di Manilia (Gell. 4.14) e i</i> <i>Coniectanea di Gaio Ateio Capitone</i>	“	63
Giunio Rizzelli		
<i>La donna di Smirne e l'Orazio sororicida</i>	“	81
Fabio Botta		
<i>Gellio, Catone e l'adulterio prima di Augusto (Gell. 10.23)</i>	“	149
Luigi Garofalo		
<i>Il flamen Dialis nelle Notti attiche. Premesse per uno studio</i> <i>sulla qualificazione giuridica delle membra del corpo umano</i>	“	181
Luigi Pellicchi		
<i>De mandatis obsequendis: a proposito di Gell. 1.13</i>	“	207

Carlo Pelloso	
<i>Le tipologie di comitia calata nel primo libro</i>	
ad Q. Mucium di <i>Lelio Felice</i>	“ 245
Giusto Traina	
Equus Seianus. <i>Un cavallo nel corso delle guerre civili (Gell. 3.9)</i> ...	“ 287
Cosimo Cascione	
<i>Relazione conclusiva</i>	“ 299

Presentazione

Il Convegno svoltosi presso l'Università del Salento fra il 22 e il 23 ottobre 2021, dal tema *Aulo Gellio tra diritto e antiquaria*, è stato il primo di una serie di convegni internazionali organizzati 'a rotazione' dalle Unità componenti la rete del progetto (PRIN 2017) '*Visioni criminali dall'antico. Crimini e pene nello specchio della letteratura, tra esperienze e deformazioni*'. Il PRIN (Sud) in esame ha visto collegate le Università di Napoli ('Federico II'), Salerno, Bari e, appunto, quella del Salento: quest'ultima coordinata da Raffaele D'Alessio¹.

Diversamente da quella che risulta essere una delle impostazioni di ricerca diffuse nei nostri studi romanistici, ossia quella che parte da 'categorie' attuali, per applicarle al diritto romano, obiettivo del PRIN '*Visioni criminali*' è stato ed è il tornare alle fonti, sia pur non nel senso savigniano del «zurück zu den Quellen», in quanto l'indagine è stata piuttosto mirata alla rivalutazione di fonti non giuridiche: l'annalistica storica, gli epistolari, la letteratura didattica (anche bilingue), la poesia, i retori e i declamatori, sinanche gli agrimensori, per cogliere l'immagine 'immediata' che tali autori restituiscono dei crimini nel quotidiano, all'interno degli specifici contesti sociali e storici, e della reazione ad essi collegata.

Sin dai primi del Novecento è ben chiaro – almeno ai fautori di una ricerca romanistica più assata sul metodo 'storico-sistematico' che non su quello 'attualizzante' e di 'storia dei dogmi' – come l'indagine giuridica su temi e problemi dell'antichità non possa svolgersi senza il confronto fra i dati che provengono dalle fonti più strettamente

¹ Mi corre l'obbligo di ringraziare, in modo profondo e sincero, gli amici e colleghi che assieme a Raffaele D'Alessio e a me hanno con grande generosità contribuito alla perfetta riuscita dell'evento: Aniello Atorino, Gaetana Balestra, Filippo Bonin, Michele Giagnorio, Aniello Parma, Ubaldo Villani Lubelli.

‘tecniche’ e quelli derivanti invece dalle fonti c.d. ‘letterarie’ (tenendo naturalmente presente l’apporto del dibattito storiografico sui temi di volta in volta indagati). La rete aggregata intorno al nostro PRIN ha avuto come Leitmotiv, fra l’altro, l’analisi delle varie ‘visioni’, e prospettive, che emergono dalle fonti non giuridiche sul diritto e sulla repressione criminale antica, quasi tentando (con un approccio che potremmo definire, con i moderni antropologi, ‘emico’) di far emergere, soprattutto da testi sinora trascurati o poco valorizzati, la percezione della repressione criminale (e di cosa fosse o potesse essere oggetto di tale repressione) nella società antica, prevalentemente (ma non solo) fra repubblica e principato.

Sin dagli esordi del finanziamento del progetto, ossia dai primi mesi del 2020, si è strutturata presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche della nostra Università una unità di ricerca ‘trasversale’ e ‘interdisciplinare’, composta non soltanto da professori di diritto romano, di storia greca e romana e di filologia classica, ma anche da docenti di diritto ecclesiastico e canonico, di diritto penale e processuale penale moderno, di storia delle istituzioni, di antropologia culturale. Uno dei target principali della ricerca svolta dalla nostra unità è rappresentato dall’opera di Aulo Gellio, un autore assai caro anche al Maestro napoletano dal quale ‘discendiamo’ Raffaele D’Alessio e io, Vincenzo Giuffrè, di cui è assai recente e ancora ci addolora profondamente la scomparsa: un motivo dunque anche affettivo, oltre che scientifico, per riservare un *focus* privilegiato all’autore adrianeo.

Su Gellio disponiamo di scarni dati biografici. Quello che sappiamo si deve soprattutto alla cronologia realizzata circa quarant’anni orsono da Leofranc Holford-Strevens², che grazie al collegamento online ha potuto

² Per la letteratura più recente sul tema della cronologia gelliana cfr. L. Holford-Strevens, *Towards a Chronology of Aulus Gellius*, in *Latomus* 36, 1977, 93 ss.; Id., *Aulus Gellius: an Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2005, 11 ss.; M.L. Astarita, *Note di cronologia gelliana*, in *Orpheus* 5, 1984, 422 ss.; M.T. Schettino, *Questioni di bibliografia gelliana*, in *Giornale filologico ferrarese* 8.3, 1985, 75 ss.

essere ‘presente’ fra i relatori al convegno: nato a Roma da una famiglia presumibilmente di origine africana, tra il 125 e il 128 d.C., Gellio ebbe fra i suoi maestri³ il grammatico cartaginese Sulpicio Apollinare⁴ e poi i retori Antonio Giuliano⁵ e Tizio Castricio⁶.

Durante il classico viaggio di formazione ad Atene, che era tipico dei rampolli delle élites dell’impero romano, si appassionò alla filosofia, avvicinandosi al circolo di Erode Attico⁷ e a quello di Calveno(/Calvisio) Tauro⁸; suo filosofo di eccezione – questo lo sappiamo bene – fu il contemporaneo Favorino di Arelate⁹.

Per quanto ci è noto, le *Notti attiche* sono l’unica opera che scrisse¹⁰; o almeno, è questa l’unica sua opera che conobbe diffusione nell’antichità. È una raccolta di curiosità erudite – lo dico a beneficio degli studenti – annotate anche un po’ alla rinfusa: Gellio stesso dice *indistincte atque promisce* (*N.A. praef.* 2), fin da quando, ancora giovane, aveva soggiornato in Grecia: da qui anche il titolo.

Nelle *Notti attiche* si trovano citati anche una trentina di giuristi romani¹¹,

³ M.T. Schettino, *Interessi storici e letture storiografiche di Aulo Gellio*, in *Latomus* 45, 1986, 347 ss.; M.L. Astarita, *La cultura nelle ‘Noctes Atticae’*, Catania 1993, 19 ss.; J. Zabłocki, *The Intellectual Background of Aulus Gellius*, in *Diritti@storia* 6, 2007, <https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Zablocki-Jan-Intellectual-background-Aulus-Gellius.htm>, ora in *Scripta Gelliana*, Warszawa 2020, 13 ss.

⁴ Gell. 7.6.2; 18.4.1.

⁵ Gell. 9.1.2; 9.15; 15.1.2; 18.5.1; 19.9.2.

⁶ Gell. 11.13.1; 13.22.1.

⁷ Gell. 1.2.1.

⁸ Gell. 12.5.1.

⁹ Gell. 16.3.1.

¹⁰ La datazione dell’opera oscilla tra il 146 d.C. (vd. l’*Introduction* di R. Marache, in *Aulu-Gelle. Les Nuits Attiques. Livres I-IV*, Paris 1967, ix ss.) e una data posteriore al 177 (così Holford-Strevens, *Towards a Chronology* cit. 93 ss.).

¹¹ Cfr. O. Diliberto, *Materiali per una palinogenesi delle XII Tavole*, Cagliari 1992, 135 ss.; Astarita, *La cultura* cit. 121; R. D’Alessio, *Note su Gellio diritto e giurisprudenza*, in *SCSD*. 27, 2014, 448 nt. 1.

fra cui tre grossomodo a lui contemporanei: Lelio Felice¹², Nerazio Prisco¹³ e Sesto Cecilio, verosimilmente Africano¹⁴.

L'opera avrebbe avuto una grande fortuna anche nei secoli successivi, non solo nel tardoantico ma anche nel medioevo e poi nell'umanesimo. Il primo volume della serie leccese 'Gelliana'¹⁵, dedicato a una 'cause cèlebre' descritta in *N.A.* 12.7 (e che raccoglie le relazioni svolte nel corso di un seminario on-line nel periodo della pandemia), ripercorre ad esempio la fortuna dell'aneddoto ivi narrato anche nel tardoantico e nell'età moderna: le sue linee portanti sono state oggetto di una breve presentazione proprio nel corso del Convegno lupiense del quale in questo volume pubblichiamo gli atti.

Un Convegno, quest'ultimo, che ha potuto fruire (anche grazie alla 'nuova' tecnologia che consente collegamenti anche a grande distanza) di un eccezionale parterre di relatori, di caratura internazionale: la qualità scientifica delle relazioni e il dibattito che ne è scaturito, oltre che l'entusiasmo del potersi nuovamente ritrovare 'in presenza', hanno contribuito a rendere l'iniziativa un evento in cui è stato possibile realmente percepirsi come 'comunità'. Il sorriso e l'allegria hanno sicuramente connotato la due-giorni 'gelliana' presso il nostro Ateneo, unitamente all'accoglienza riservata ai nostri ospiti anche dalle nostre 'autorità accademiche'¹⁶.

¹² Gell. 15.6.1,4.

¹³ Gell. 4.4.4.

¹⁴ Gell. 20.1. La questione dell'identità di Sesto Cecilio è stata magistralmente sintetizzata da F. Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi adrianei*, Roma 2011², 59 ss.

¹⁵ Aa.Vv. (a c. di A. Atorino, G. Balestra, R. D'Alessio), *Dolabella, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo (Gell. 12.7)*, Lecce 2021.

¹⁶ Mi piace ricordare la presenza, in sostituzione del Magnifico Rettore Fabio Pollice, della Prorettrice Maria Antonietta Aiello; del Direttore del nostro Dipartimento Luigi Melica e del Vicedirettore Francesco Tuccari, del Direttore del Dipartimento di Studi sociali Mariano Longo, del Delegato del Rettore alla Didattica Attilio Pisanò e del Collega ordinario di Diritto penale Giulio De Simone (che assieme a me ha curato la presentazione del volume di cui alla nota precedente).

Anche Gellio, in più punti delle sue *Notti attiche*, ha rimarcato il valore del sorriso: così, fra l'altro, in *N.A.* 11.15 dove, citando gli scritti di un valente grammatico di età adrianea, Terenzio Scauro, equiparava il *risus* all'*usus* ma anche all'*errare*. Evidentemente vi erano giochi di parole tra grammatici, tra *errans*, *ludens*, *ridens*¹⁷.

¹⁷ Gell. 11.15: 1. *Laberius in Lacu Averno mulierem amantem verbo inusitatus ficto 'amorabundam' dixit.* 2. *Id verbum Caesellius Vindex in commentario lectionum antiquarum ea figura scriptum dixit, qua 'ludibunda' et 'ridibunda' et 'errabunda' dicitur ludens et ridens et errans.* 3. *Terentius autem Scaurus, divi Hadriani temporibus grammaticus vel nobilissimus, inter alia, quae de Caeselli erroribus composuit, in hoc quoque verbo errasse eum scripsit, quod idem esse putaverit 'ludens' et 'ludibunda', 'ridens' et 'ridibunda', 'errans' et 'errabunda'.* «Nam 'ludibunda' – inquit – et 'ridibunda' et 'errabunda' ea dicitur, quae ludentem vel ridentem vel errantem agit aut simulat». 4. *Sed qua ratione Scaurus adductus sit, ut Caesellium in eo reprehenderet, non hercle reperiebamus. Non est enim dubium, quin haec genere ipso dumtaxat idem significant, quod ea demonstrant, a quibus producuntur. Quid esset autem ludentem agere vel imitari, non intellegere videri maluimus quam insimulare eum tamquam ipsum minus intellegentem.* 5. *Quin magis Scaurum oportuit commentaria Caeselli criminantem hoc ab eo praeteritum requirere, quod non dixerit, an quid et quantum differret a 'ludibundo' 'ludens' et 'ridibundo' 'ridens' et 'errabundo' 'errans' ceteraque horum similia, an a principalibus verbis paulum aliquid distarent, et quam omnino vim haberet particula haec extrema eiusmodi vocabulis addita.* 6. *Hoc enim fuit potius requirendum in istiusmodi figurae tractatu, sicuti requiri solet in 'vinulento' et 'lutulento' et 'turbulento', vacuane et inanis sit istaec productio, cuiusmodi sunt, quae παραγωγός Graeci dicunt, an extrema illa particula habeat aliquid suae propriae significationis.* 7. *Cum reprehensionem autem illam Scauri notaremus, in memoriam nobis rediit, quod Sisenna in quarto historiarum eiusdem figurae verbo ita usus est.* «Populabundus – inquit – agros ad oppidum pervenit», quod scilicet significat «cum agros popularetur», non, ut Scaurus in consimilibus verbis ait, «cum populantem ageret» vel «cum imitaretur». 8. *Sed inquirentibus nobis, quaenam ratio et origo esset huiusmodi figurae 'populabundus' et 'errabundus' et 'laetabundus' et 'ludibundus' multorumque aliorum id genus verborum, εὐεπιβόλως hercle Apollinaris noster videri sibi ait particulam istam postremam, in quam verba talia exeunt, vim et copiam et quasi abundantiam rei, cuius id verbum esset, demonstrare, ut 'laetabundus' is dicatur, qui abunde laetus sit, et 'errabundus', qui longo atque abundanti errore sit, ceteraque omnia ex ea figura ita dici ostendit, ut productio haec et extremitas largam et fluentem vim et copiam declararet.*

Anche per noi romanisti ‘*errare*’ tra le diverse visioni degli autori dell’antichità è un modo per tornare ad essere *ridentes* e *ludentes*: sorridenti e giocosi. E il sorriso e la gioia nel poter tornare a condividere in presenza i risultati delle nostre ricerche è senz’altro stata una cifra fondamentale del nostro Convegno gelliano.

Francesca Lamberti

L'esecuzione della pena nelle Notti attiche

Jan Zabłocki

Aulo Gellio¹, l'autore di un'opera di carattere antiquario, le *Noctes Atticae*², visse sotto il regno degli Antonini, che per l'impero romano fu un periodo di gloria, di stabilità e di pace. Si formava una comunità proteiforme³, composta di *poleis*, *civitates* e *coloniae*, che pur di-

* Ringrazio vivamente l'amico Leszek Kazana per la traduzione in italiano.

¹ Quanto alle sue origini, luogo e data di nascita e di morte cfr. A. Milazzo, *Aulo Gellio. Sua gente, sua terra natale, data della nascita e della morte*, [Palermo 1938 =], in *Atti del V Congresso di Studi Romani*, Roma 1946, 254 ss.; S. Jannaccone, *Studi gelliani*, Milano 1947, 38 ss.; V. D'Agostino, *Aulo Gellio e le 'Notti Attiche'*, in *Rivista di Studi Classici* 5, 1957, 30 ss.; P. K. Marshall, *The Date of Birth of Aulus Gellius*, in *Classical Philology* 58, 1963, 143 ss.; L. Holford-Strevens, *Towards a Chronology of Aulus Gellius*, in *Latomus. Revue d'Études Latines* 36, 1977, 93 ss.; Id., *Aulus Gellius. An Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2005², 15 ss.; M.L. Astarita, *Note di cronologia gelliana*, in *Orpheus. Rivista di umanità classica e cristiana* 5, 1984, 422 ss.; M.T. Schettino, *Questioni di biografia gelliana*, in *Giornale Filologico Ferrarese* 8.3, 1985, 75 ss.; ultimamente K. Ochman, 'Aulus Gellius – Scriptor Luculentissimus', in *Aulus Gelliusz. 'Noce attyckie', I (księgi 1-5)*, trad. di M. Bielewicz, Wrocław 2017, 11 ss.

² Quanto al periodo in cui l'opera fu scritta, e alla vita del suo autore, cfr. E. Castorina, *Gellio e la data di pubblicazione delle 'Noctes'*, in *Giornale Italiano di Filologia* 3, 1950, 137 ss.; V. Ussani, rec. (*Trogus und Gellius bei Radulfus de Diceto. Aus dem Nachlasse G. Gundermanns herausgegeben von G. Goetz*, Leipzig 1926), in *Rivista di Filologia e di Istruzione Classica* 56, 1928, 146 ss.; M. Pezzati, *Gellio e la scuola di Favorino*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia* 3, 1973, ser. 3, 837 ss.; A. Cutolo, *Gellio e le 'Noctes Atticae'*, in *Cultura e scuola* 17(65), 1976, 58 ss.; Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 47 ss.; anche Ochman, 'Aulus Gellius – Scriptor Luculentissimus' cit. 5-48, che si sofferma sul ritratto di Gellio desumibile dalle *Noctes Atticae*, nonché su come *Noctes*... siano state lette da diversi lettori e interpretate dagli studiosi.

³ Cfr. M.T. Schettino, *Interessi storici e letture storiografiche di Aulo Gellio*, in *Latomus. Revue d'Études Latines* 45, 1986, 347 ss.; M.L. Astarita, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'*, Catania 1993, 19 ss.

versi per statuto e diritti, sentivano di condividere la stessa cultura⁴.

Per il diritto privato l'epoca antonina fu un periodo di svolta. Sotto Adriano si riordinarono gli editti pretori, di cui fu pubblicata una versione uniforme⁵, forse curata dalla cancelleria imperiale, impegnata all'epoca in attività di grande spessore. Il riordino fu opera del giurista Salvio Giuliano, che mise in buona forma la volontà dell'imperatore cui premeva di estendere il suo controllo al diritto positivo. L'approvazione dell'*edictum perpetuum* con un *senatus consultum* chiuse il periodo di partecipazione attiva del *magistratus* alla formazione del diritto privato⁶.

La formazione del diritto privato seguitava a rientrare nelle competenze dei giuristi, e le opinioni dei giuristi investiti dello *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, qualora concordi, avevano forza di legge (*legis vicem optinet*)⁷. Gli stessi giuristi investiti dello *ius publice respondendi* erano chiamati a far parte del consiglio imperiale (*consilium principis*), dove, spesso in forma anonima, si premuravano di assistere l'imperatore e di curarne dal punto vista della qualità legislativa i decreti e i rescritti, destinati a diventare la principale tra le fonti del diritto⁸.

⁴ Cfr. J. Zablocki, '*Patria communis*' i społeczności lokalne, in A. Lityński, P. Fiedorczyk (a c. di), *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – idee – prawo*, Białystok 2003, 129-132; Id., *Большая и малая родина в римском мире (Patrie grandi e piccole nel mondo romano)*, in *Ius Antiquum – Drewnie Prawo* 30.2, 2014, 216-220.

⁵ Cfr. (ora in ricostruzione) O. Lenel, *Das 'Edictum Perpetuum'*, Leipzig 1927³.

⁶ Cfr. F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 149 ss.; R.A. Bauman, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire. A Study of Relation between the Roman Jurists and the Emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989, 250 ss.; W. Litewski, *Historia źródeł prawa rzymskiego*, Kraków 1998, 90 ss.; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia. Tradycja. Współczesność*, Lublin 2003, 68 ss.

⁷ Cfr. Gai 1.7, nonché Litewski, *Jurysprudencja rzymska* cit. 46 ss.; Kuryłowicz, *Prawo rzymskie* cit. 68 ss.

⁸ Cfr. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a ustawodawstwo i nauka prawa cywilnego*, in *Prawo rzymskie a współczesność*, Kraków 2013², 129 ss.; Id., *Od kodeksu-książki do kodeksu-zbioru przepisów prawnych*, in *Prawo rzymskie* cit. 285 ss.; K. Amielińczyk, *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza, Hadriana*, Lublin 2006, 42 ss.

Nel diritto penale la situazione era un po' diversa. Pur impegnati, sin da Tiberio, in una politica penale di larga portata, gli imperatori preferirono non modificare il diritto vigente, ricorrendo piuttosto all'interpretazione creativa cui si informavano i loro rescritti⁹.

Gli imperatori si limitavano a rispondere alle domande. Spettava ai giudici pronunciarsi in autonomia su colpa e pena. Pur riguardando singoli casi, i rescritti costituivano tuttavia dei precedenti e fungevano da strumento della politica penale. Adriano se ne servì ampiamente, imitato dai suoi successori, massime da Antonino Pio. Adriano non fu certo il primo ad emanare rescritti in cause penali, ma riuscì a farne un efficace strumento di politica penale, di cui si avvalsero Antonino Pio e tutti gli Antonini¹⁰.

I giuristi fatti entrare da Adriano nel suo consiglio permanente riuscivano sia a permeare di *humanitas* diverse costituzioni imperiali, sia a tenere conto delle nozioni di giusto e utile misurandosi con molteplici problemi di diritto privato e di politica penale, tenendo conto dei principi di equità e utilità¹¹.

Nelle *Noctes Atticae* se ne ha traccia in vari brani attinenti al diritto civile. A titolo di esempio ne cito due. Nel primo, dovendosi esprimere sulla durata della gravidanza, l'imperatore chiede diversi pareri e, quindi, decide¹². Nel secondo è Gellio, *iudex privatus*, che non sa

⁹ Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne* cit. 26; Id., *Prawo karne i polityka. Czy rzymscy prawodawcy prowadzili ukierunkowaną politykę karną*, in A. Amielańczyk, A. Dębiński, D. Słapek (a c. di), *Prawo karne i polityka w państwie rzymskim*, Lublin 2015, 26 ss.

¹⁰ Cfr. Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne* cit. 37 ss; Id., *Prawo karne i polityka* cit. 26 ss.

¹¹ Cfr. Bauman, *Lawyers and Politics* cit. 235 ss.; Amielańczyk, *Prawo karne i polityka* cit. 45-51.

¹² Cfr. Gell. 3.16. Cfr. anche Bauman, *Lawyers and Politics* cit. 257; J. Zabłocki, 'In decem mensibus gigni hominem', in *Prawo Kanoniczne* 35.3-4, 1992, 197-210; Id., 'Postumus' in 'Noctes Atticae' by Aulus Gellius, in 'Scripta Gelliana', Warszawa 2021, 63-70.

risolvere la causa che gli è stata assegnata e, non trovando giuristi capaci di rispondere alle sue domande, si rivolge al filosofo Favorino di Arelate. Ma il consiglio del filosofo non lo convince affatto. Non gli resta, dunque, che astenersi dal pronunciare sentenza e giurare *rem sibi non liquere*¹³.

Ci si può chiedere se gli esempi suddetti non confermino quanto recitano anche altre fonti, ovvero che i giuristi chiamati nel *consilium* dovessero assecondare con i loro pareri la giurisdizione imperiale¹⁴. Ma come: eseguendo gli ordini dell'imperatore oppure influenzando le sue decisioni? Gellio non dà una risposta diretta. Non era alla sua portata: non fu mai chiamato nel *consilium*, non varcò mai la soglia del palazzo imperiale¹⁵. Ciò nonostante riuscì a percepire gli echi delle discussioni che vi si tenevano. Diverse pagine delle *Noctes Atticae* ne danno conferma¹⁶.

Come punire i delinquenti? Il problema della punizione dei criminali nell'antichità aveva non solo un aspetto pratico ma era anche un'e-

¹³ Gell. 14.2. Cfr. anche J. Zabłocki, *Appunti sull' 'officium iudicis' nella 'Noctes Atticae'*, in M. Zabłocka, J. Krzynówek, J. Urbanik, Z. Służewska (a c. di), *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz 2*, Varsovie 2000, 1115-1126; Id., *'Iudex qui iuravit sibi non liquere'*, in *'Scripta Gelliana'* cit. 241-255.

¹⁴ Cfr. Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne* cit. 43 ss.

¹⁵ Poté comunque essere almeno tre volte testimone di dibattiti svolti in *vestibulo aedium Palatinum* in attesa della *salutatio Caesaris*, cfr. Gell. 4.1; 19.13; 20.1.

¹⁶ Cfr. Gell. 13.13. L'antiquario racconta che in gioventù, quando abbandonò i libri e la compagnia degli insegnanti per partecipare alla vita sociale e alle attività del foro, partecipò di tanto in tanto, e in diversi luoghi, alle discussioni dei giuristi che insegnavano il diritto o rispondevano a quesiti giuridici. Cfr. Bauman, *Lawyers and Politics* cit. 42 ss.; A. Girard, *'Jus respondendi'*, in *'Jus imperium auctoritas'*. *Études de droit romain*, Rome 1990, 145 ss.; A. Tarwacka, *O tym, że w księgach Warrona o sprawach ludzkich jest napisane, że edylowie i kwestorzy ludu rzymskiego mogą być przez osobę prywatną wzywani przed pretora. Aulus Gellius, 'Noce attyckie' 13,13. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, in *Zeszyty Prawnicze* 18.2, 2018, 240 ss.

legante questione filosofica¹⁷, discussa da molti pensatori, e affrontata anche da Aulo Gellio¹⁸.

Nel quattordicesimo capitolo del settimo libro delle *Noctes Atticae*, Aulo Gellio elenca tre cause per cui, stando a quanto detto dal suo maestro Lucio Calveno Tauro¹⁹ nel commento al *Gorgia* di Platone²⁰, può comminarsi una pena, ovvero: quando la punizione sia applicata per rimprovera-

¹⁷ Cfr. O. Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale fra filosofia greca e diritto romano*, Napoli 1993, 123 ss.; A. Tarwacka, *Ofiara przestępstwa w myśli starożytnej*, in L. Mazowiecka, W. Klaus, A. Tarwacka (a c. di), *Z problematyki wiktyologii. Księga dedykowana Profesor Ewie Bienkowskiej*, Warszawa 2017, 42 ss.; Ead., *O tym, że filozofowie przypisywali karaniu przestępstw trzy przyczyny oraz dlaczego Platon wspominał o dwóch z nich, a nie trzech. Aulus Gellius, 'Noce attyckie' 7,14. Tekst – tłumaczenie – komentarz*, in *Zeszyty Prawnicze* 20.2, 2020, 335-340.

¹⁸ Sulla formazione del pensiero giuridico penale si sofferma K. Amiełańczyk nella monografia: *'Crimina legitima' w rzymskim prawie publicznym*, Lublin 2013.

¹⁹ Cfr. J. Zabłocki, *Ze studiów filozofii Aulusa Gelliusa w Atenach*, in A. Pikulska-Robaszkiwicz (a c. di), *Profesorowi Janowi Kodrębskiemu 'in memoriam'*, Łódź 2000, 465-472; Id., *The Intellectual Background od Aulus Gellius*, in *'Scripta Gelliana'* cit. 23-38.

²⁰ Gell. 7.14.1: *Poeniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est. 2. Una est causa, quae Graece vel κόλασις vel νοουθεσία dicitur, cum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito delinquit, attentior fiat correctiorque. 3. Altera est, quam hi, qui vocabula ista curiosius dividerunt, τιμωρίαν appellant. Ea causa animadvertendi est, cum dignitas auctoritasque eius, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemptum eius pariat et honorem levet; idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant. 4. Tertia ratio vindicandi est, quae παράδειγμα a Graecis nominatur, cum poenitio propter exemplum necessaria est, ut ceteri a similibus peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur. Idcirco veteres quoque nostri 'exempla' pro maximis gravissimisque poenis dicebant. Quando igitur aut spes magna est, ut is, qui peccavit, citra poenam ipse sese ultro corrigat, aut spes contra nulla est emendari eum posse et corrigi aut iacturam dignitatis, in quem peccatum est, metui non necessum est, aut non id peccatum est, cuius exemplum necessario metu sanciendum sit: tum, quicquid ita delictum est, non sane dignum esse imponendi poenae studio visum est.*

re il colpevole e spingerlo a correggersi, e dunque per ragioni di prevenzione speciale; quando la punizione si prefigga di tutelare la dignità della vittima; e quando venga comminata per dare l'esempio e scoraggiare altri dal commettere crimini, e dunque per ragioni di prevenzione generale²¹. Platone tuttavia – osserva Gellio – di tali ragioni ne menzionava due²²: punire perché il colpevole possa correggersi (il primo punto di Gellio), e perché la pena incuta paura (il terzo punto di Aulo)²³.

Il primo punto di Gellio corrisponde a quello che i Greci chiamavano κόλασις vel νοουθεσία ('castigo' o 'ammonimento'); si castiga e si ammonisce affinché chi abbia commesso un crimine per caso si faccia più accorto.

La seconda causa, chiamata da quanti facevano gran attenzione a distinguere i termini – τιμωρία ('riparazione') –, v'è quando occorra tutelare la dignità e l'onore della vittima, la quale, qualora si rinunciassero a irrogare una pena, potrebbe correre il rischio di essere esposta al disprezzo e al disonore.

La terza causa, dai Greci chiamata παράδειγμα ('avvertimento'), viene in essere quando la pena sia comminata per intimorire quanti possano essere intenzionati a commettere crimini analoghi che l'interesse pubblico impone di reprimere. Pertanto i *veteres* chiamavano *exempla* le pene particolarmente severe.

Gellio osserva però che in certi casi comminare una pena è inutile, e cioè quando possa ragionevolmente sperarsi che il reo si corregga senza incorrere nella pena, o, al contrario, sia del tutto improbabile che si corregga,

²¹ Gell. 7.14. Cfr. M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris 1984, 355; Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio* cit.123-172.

²² Plat. *Gorg.* 535 b. Cfr. J. Hillner, *Prison, Punishment and Penance in Late Antiquity*, Cambridge 2015, 38-39.

²³ Gell. 7.14.6: *Plato autem ipse verbis apertis duas solas esse poeniendi causas dicit: unam, quam primo in loco propter corrigendum, alteram, quam in tertio propter exempla metum posuimus.*

oppure quando l'impunità non ferisca minimamente la dignità della vittima, o non si tratti di un crimine la cui punizione sia necessaria per ragioni di deterrenza: orbene, in tutti questi casi non è giusto comminare la pena²⁴.

Il giusto e l'utile della pena emergono nella discussione del filosofo Favorino di Arelate²⁵ con il giurista Sesto Cecilio²⁶ sulla severità della legge delle XII Tavole, di cui Gellio dà conto nel primo capitolo del ventesimo libro delle *Notti attiche*²⁷. Sesto Cecilio asserisce che la

²⁴ Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae'* cit. 127 ss.; Tarwacka, *O tym, że filozofowie przypisywali karaniu przestępstw trzy przyczyny* cit. 339 ss.

²⁵ Favorino parlò e scrisse principalmente in greco. Il suo pensiero filosofico è noto principalmente grazie alle *Noctes Atticae*. Latitando le fonti, le sue idee non possono confrontarsi con quelle che Gellio gli fa sostenere nella discussione con Sesto Cecilio. Cfr. E. Mensching, *Favorin von Arelate. Der erste Teil der Fragmente Memorabilien und Omnigena Historia*, Berlin 1963, 54 ss.; A. Barigazzi, *Favorino di Arelate. Opere. Introduzione, testo critico e commento*, Firenze 1966, 12 ss.; Pezzati, *Gellio e la scuola di Favorino* cit. 837 ss.; Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio* cit. 94 ss.; Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 72 ss.

²⁶ Questo giurista è noto piuttosto dai *Digesta* di Giustiniano: è lui l'Africanus, autore di *Libri quaestionum*, menzionato unicamente da Ulpiano in *Libro nono digestorum* (D. 25.3.3.4) come Sextus Caecilius Africanus. Poiché nei *Digesta* vengono citati sia Sesto Cecilio (D. 24.1.2; 35.1.71 pr.; 40.9.12.2 e 6; 48.5.14.1), sia Caecilius (D. 35.2.36.4; 48.5.28.5) sia Africanus (D. 19.1.45 pr.; 30.39 pr.; 38.17.2.8) si dibatte se non si tratti della stessa e medesima persona. Cfr. H.E. Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, in den Noctes Atticae des A. Gellius*, in *Hinterlassene Schriften*, 1, Leipzig 1871 (Nachdruck 1973), 62 ss.; P. Jörs, s.v. *Caecilius* [Nr 29, *Sex. Caecilius Africanus*], in *RE*. 3.1, 1899, 1193; W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, 172 ss.; K. Ayiter, *D. 20,4,9,3 und einige Bemerkungen über Sextus Caecilius Africanus*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso* 2, Torino 1968, 17 ss.; Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio* cit. 83 ss.; D. Liebs, *Ist unter den römischen Juristen mit einem zweiten Cäcilus zu rechnen?*, in *ZSS*. 107, 1990, 371; Id., *Jurisprudenz*, in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* 4, München 1997, 106 ss., nonché letteratura ivi citata.

²⁷ Dirksen (vedi: *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, in den 'Noctes Atticae' des A. Gellius*, cit. 43) dubita che tale discussione ebbe realmente luogo, ritenendo che Gellio se la inventò per tratteggiare con efficacia un argomento

legge delle XII Tavole fu scritta, previo esame delle leggi di molti Paesi, in modo chiaro e stringato²⁸. Favorino ne dissente: alcune norme gli sembrano astruse, altre troppo severe e addirittura crudeli, altre ancora, invece, eccessivamente lievi e indulgenti²⁹.

Prendendo le difese della legge delle XII Tavole, Sesto Cecilio ritiene che le stranezze non siano dovute tanto ai legislatori, quanto piuttosto all'incompetenza dei lettori, cui peraltro non si può dare la colpa di non essere in grado di capirne granché. In seconda analisi le oscurità sono ascrivibili al tempo trascorso³⁰. Il senso delle leggi – argomenta – è determinato da *verba et mores*. Ne prende lo spunto per interpretare le norme della legge delle XII Tavole diventate incomprensibili³¹. Per

cui teneva, affrontato probabilmente per iscritto da un qualche giurista. F. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, [in *ANRW* 2.15, 1976 =] *Giuristi Adrianei*, Napoli 1980, 8 ss., senza peraltro misurarsi con quanto sopra, ritiene che la discussione descritta da Gellio ebbe luogo. Cfr. tuttavia le obiezioni di M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR.* 80, 1977, 278 ss. e replica di Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio* cit. 93 ss. Cfr. anche M. Ducos, *Favorinus e la loi des XII Tables*, in *Revue des Études Latines* 62, 1984, 288 ss.; Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae'* cit. 151 ss.

²⁸ Cfr. Gell. 20.1.4: *Eas leges cum Sex. Caecilius inquisitis exploratisque multarum urbium legibus, eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas diceret ...*

²⁹ Cfr. Gell. 20.1.4: ... «*Sit – inquit – hoc – Favorinus – in pleraque earum legum parte ita, uti dicis; non enim minus cupide tabulas istas duodecim legi quam illos duodecim libros Platonis 'De legibus'. Sed quaedam istic esse animadvertuntur aut obscurissima <aut durissima> aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia*». Cfr. anche Ducos, *Favorinus e la loi des XII Tables* cit. 288 ss.

³⁰ Cfr. Casavola, *Cultura e scienza giuridica* cit. 12 ss.; J. Zablocki, 'Verbis moribusque sententia legum comprehensa est', in A. Tarwacka (a c. di), *Tempora mutantur cum legibus'. Księga jubileuszowa z okazji 20-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego*, Warszawa 2019, 258-272; Id., *Parole e costumi in cui è racchiuso il senso delle leggi*, in *Index* [volume in Omaggio a Witold Wołodkiewicz nonagenario] 47, 2019, 395-407.

³¹ Cfr. Gell. 20.1.5-6: «*Obscuritates – inquit Sex. Caecilius – non adsignemus culpae scribentium, sed inscitiae non adsequentium, quamquam hi quoque ipsi, qui,*

cominciare vuole sapere quali norme siano per il filosofo troppo severo: la pena di morte per il giudice corrotto³² e per il ladro notturno?³³ Il filosofo li punirebbe? Come?³⁴

Favorino omette di rispondere: compito del filosofo è fare domande. Comunque, le norme della legge delle XII Tavole erano troppo severe. Non per nulla sono cadute in disuso³⁵. Alcune erano paradossali, ad esempio quelle sulla violazione dell'incolumità corporale (*iniuria*)³⁶.

quae scripta sunt, minus percipiunt, culpa vacant. 6. Nam longa aetas verba atque mores veteres oblitteravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa est. Trecentesimo quippe anno post Romam conditam tabulae conpositae scriptaeque sunt, a quo tempore ad hunc diem anni esse non longe minus sescenti videntur».

³² Cfr. Lex XII tab. 9.3.

³³ Cfr. Lex XII tab. 8.12-14. Cfr. anche C. Lovisi, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la République Romaine (509-149) av. J.-C.*, Paris 1997, 38 ss., 148 ss.; J. Zablocki, 'Furtum' w świetle Nocy attyckich Aulusa Gelliusa, in D. Słapek, I. Łuc (a c. di), *Przemoc w świecie starożytnym, źródła – struktura – interpretacje*, Lublin 2017, 311-318; Id., *Furtum in the Light of Aulus Gellius's 'Noctes Atticae'*, in 'Scripta Gelliana' cit. 265-174.

³⁴ Gell. 20.1.7-8: «Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem iudicandam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitibus poena existumes?».

³⁵ Gell. 20.1.9-10: «Noli – inquit Favorinus – ex me quaerere, quid ego existumem. Scis enim solitum esse me pro disciplina sectae, quam colo, inquirere potius quam decernere. Sed non levis existimator neque aspernabilis est populus Romanus, cui delicta quidem. istaev vindicanda, poenae tamen huiusmodi nimis durae esse visae sunt; passus enim est leges istas de tam inmodico supplicio situ atque senio emori».

³⁶ Gell. 20.1.12: «Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: 'Si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt'. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuria faciendae libidine viginti quinque asses deterreant?».

La pena di venticinque assi non aveva nessun effetto deterrente³⁷: pertanto, asserisce Favorino, i pretori vollero che la sanzione fosse determinata dai recuperatori³⁸. D'altra parte, la pena del taglione³⁹ non era soltanto crudele, ma anche praticamente inapplicabile, almeno secondo giustizia⁴⁰. Come rivalersi di un'amputazione involontaria? Con un'amputazione voluta? Non può esserci uguale misura tra un atto involontario e uno intenzionale. Il taglione come pena di un atto preterintenzionale sfida la logica e il buon senso. D'altronde, neanche l'intenzionalità riesce a sgomberare il campo di tutti i problemi. Si può essere sicuri di non mutilare il reo più di quanto sia stata mutilata la sua vittima? Di non autorizzare il primo a chiedere una compensa-

³⁷ Cfr. Lex XII tab. 8.3-4.

³⁸ Gell. 20.1.13: «*Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos 'Ad duodecim tabulas' conscripsit, non probaret: 'Quidam – inquit' – L. Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat*». «*Propterea – inquit – praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt*».

³⁹ Cfr. Lex XII tab. 8.2, nonché J. Zablocki, *Talion w świetle 'Noctes Atticae' Aulus Gelliusa*, in *Prawo Kanoniczne* 38.3-4, 1995, 231-244; Id., *La pena del taglione nel diritto Romano*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a c. di), *'Fides, humanitas, ius'*. *Studii in onore di Luigi Labruna* 8, Napoli 2007, 5990-6009; Id., *'Ni cum eo pacit, talio esto'*, in *Alternative Dispute Resolution: From Roman Law to Contemporary Regulations*, Warsaw 2016, 149-161; Id., *Punishment by Talion in Roman Law*, in B. Sitek, J. Szczerbowski, K. Ciućkowska-Leszczewicz, C. Lázaro Guillamón, S. Kursa, A. Bauknecht (a c. di), *'Scripta Gelliana'* cit. 189-211; Id., *'Furtum' w świetle Nocy attyckich Aulus Gelliusa* cit. 311-318; M. Kuryłowicz, *Prawo talionu*, in A. Michalska-Warias, I. Nowakowski, J. Piotrowska-Flieger (a c. di), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, 1065-1078; Lovisi, *Contribution à l'étude de la peine de mort* cit. 90 ss.

⁴⁰ Gell. 20.1.14: *Nonnulla autem in istis legibus ne consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: «si membrum rupit, ni cum e pacto, talio esto».*

zione. E dopo il secondo a fare lo stesso. E così *ad infinitum*⁴¹.

Rispondendo alle obiezioni del filosofo, Sesto Cecilio ricollega la pena per *iniuria* alla realtà economica dell'epoca. Il suo approccio al taglione è alquanto diverso. Sin dai tempi di Labeone la pena di venticinque assi per *iniuria* sembrava troppo leggera, ma non era ritenuta tale quando la legge delle XII Tavole era stata promulgata: a quel modesto numero di assi corrispondeva allora una massa di metallo di peso rilevante. Il valore si esprimeva ancora in *aes rude*.

Nei casi più gravi, la pena per *inuria* era ben più consistente. Lo era per *ossis fractio* non solo a danno di liberi, ma anche di schiavi⁴². Per *membra ruptio* si contemplava addirittura la pena del taglione⁴³, applicata peraltro in modo alquanto diverso da come ne discorresse Favorino, la cui ricostruzione, abbastanza parziale, suggeriva l'impossibilità di applicare la eguale misura.

Cecilio riconosce che sarebbe stato arduo pretendere un taglione equivalente nei casi di *iniuria* – intenzionale, e a maggior ragione invo-

⁴¹ Gell. 20.1.15-18: «*Praeter enim ulciscendi acerbitatem ne procedere quoque exsecutio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem. rumpere per talionem velit, quaero, an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium? In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis. 16. Quid si membrum – inquit, – alteri imprudens ruperit? quod enim imprudentiam factum est, retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exsequenda talione non licentiae ius habet, sed imprudentiae? 17. Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri possit, non reperio. 18. Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum*».

⁴² Cfr. Lex XII tab. 8.3.

⁴³ Cfr. Gell. 20.1.31-32: «*Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto pauco diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. 32. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas in pensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt*».

lontana – e trovare «il giusto peso e la giusta misura». Al contempo cerca di collocare la pena del taglione nel suo contesto⁴⁴. I Decemviri vi ricorsero per impedire pestaggi e mutilazioni sconsiderati, e per intimorire i malintenzionati. Il taglione avrebbe dovuto quindi fungere da deterrente⁴⁵.

Per i crimini punibili con il taglione i Decemviri contemplarono, in alternativa, il compromesso tra le parti. Ad ogni modo la catena tremenda di vendette doveva spezzarsi. Sesto Cecilio sostiene che la scelta (pena del taglione o compromesso), spettasse al reo. Lo deduce dal brano: *qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet*. Quindi soggiunge che i Decemviri non intesero distinguere tra atti intenzionali e preterintenzionali, né pretesero che la pena replicasse fedelmente il torto, limitandosi ad esigere una sostanziale analogia (la stessa parte del corpo, lo stesso tipo di mutilazione). Non intesero tuttavia punire con il taglione gli atti casuali⁴⁶.

Considerato quanto sopra, Sesto Cecilio riflette se la pena del taglione, informata al principio di reciprocità⁴⁷, debba considerarsi atroce proprio

⁴⁴ Gell. 20.1.33. *Quam quidem tu talionem, vir optime, iniquius paulo insectatus es ac ne consistere quidem dixisti lepida quadam sollertia verborum, quoniam talioni par non sit talio neque rumpi membrum facile possit ad alterius rupturae, ut ais tu, 'aequilibrium'.*

⁴⁵ Cfr. Casavola, *Cultura e scienza giuridica* cit. 19 ss., percepisce qui non una vera e propria sanzione penale, ma un effetto sulla sfera mentale. Cfr. però Talamaca, *Per la storia della giurisprudenza romana* cit. 283 nt. 184; Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae'* cit. 164 ss.

⁴⁶ Ducos, *Favorinus e la loi des XII Tables* cit. 294; Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae'* cit. 162 ss.

⁴⁷ Gell. 20.1.34: *«Verumst, mi Favorine, talionem parissimam fieri difficillime. Sed decemviri minuere atque extinguere volentes huiusmodi violentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putaverunt neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens inprudensne rupisset, spectandum putarent aut talionem in eo vel ad amussim aequiperarent vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpenda, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari*

come la intende Favorino. Oltretutto il reo vi si sottometeva per sua scelta, scartata l'opzione compromissoria. Successivamente l'editto pretorio statui che qualora il convenuto rifiutasse il compromesso, ritenendo eccessive le pretese del danneggiato ovvero non volendo o potendo versare la somma richiesta, e quindi, pur invitato dal giudice, non si sottoponesse alla pena del taglione, il giudice, previo processo, definito l'ammontare del danno, lo condannasse a una pena pecuniaria. Il giurisperito rileva che la pena del taglione, contemplata dalla legge delle XII Tavole per *membra ruptio*, si convertiva – nel caso il reo si rifiutasse di subirla – in pena pecuniaria⁴⁸.

Il filosofo sostiene che una delle norme della legge delle XII Tavole non solo fosse tremenda, ma – consentendo di squartare il debitore come si divide un patrimonio – addirittura contraria all'istinto umano⁴⁹.

posset, casus ictus non posset. 35. Quod si ita est, ut dico et ut ipse aequitatis habitus demonstrat, taliones illae tuae reciprocae argutiores profecto quam veriores fuerunt. Cfr. anche Casavola, *Cultura e scienza giuridica* cit. 19 ss.; S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana*, Roma 1981, 282 ss.

⁴⁸ Gell. 20.1.36: «*Sed quoniam acerbum quoque esse hoc genus poenae putas, quae, obsecro te, ista acerbitas est, si Id. fiat in te, quod tute in alio feceris? praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris.* 37. *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam.* 38. *Nam si reus, qui deprecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pacto gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*» Cfr. anche M. Voigt, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie – Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten 2: Das Civil- und Criminalrecht der XII Tafeln*, Leipzig 1883, 662 ss.; A. Watson, *Personal Injuries in the XII Tables*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 43, 1975, 219; Casavola, *Cultura e scienza giuridica* cit. 20; E. Pólay, *'Iniuria' Types in Roman Law*, Budapest 1986, 100 ss.

⁴⁹ Gell. 20.1.19: «*Nam de inmanitate illa secandi partendi que humani corporis, si unus ob pecuniam debitam iudicatus addictusque sit pluribus, non libet meminisse et piget dicere. Quid enim videri potest efferatius, quid ab hominis ingenio diversius, quam quod membra et artus inopis debitoris saevissimo laniatu distrahebantur, sicuti nunc bona venum distrahuntur?*».

A suo dire era applicata quando un debitore insolvente venisse condannato e consegnato a più creditori⁵⁰. Ritiene che tutti i condannati per debito fossero soggetti ad *addictio*, e – qualora i loro creditori risultassero più di uno – allo squartamento⁵¹.

Il giurista non nega l'esistenza di una norma così terribile, ma prova a inquadrarla nella mentalità dell'epoca. Probabilmente non si dovette farvi ricorso: sapendola in agguato, i malintenzionati preferirono non correre il rischio di incapparvi. Con il passare del tempo cadde in disuso e fu dimenticata. Sesto Cecilio non conosceva neanche un caso in cui fosse stata applicata. Sapeva tuttavia che dopo l'abrogazione delle severissime pene della legge delle XII Tavole vi fu un aumento esponenziale di falsi testimoni. Non temevano più di essere gettati dalla Rupe Tarpea⁵².

Sesto Cecilio loda il valore educativo di pene severe, che esortano a vivere *bene atque caute*⁵³. Il popolo romano – prosegue il giurista

⁵⁰ Cfr. Lex XII tab. 3.6; cfr. anche J. Zablocki, *Postępowanie egzekucyjne w ustawie XII tablic*, in W. Chrostowski (a c. di), *Czynić sprawiedliwość w miłości. Księga pamiątkowa od Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego dla Jego Eminencji Józefa Kardynała Glempa w dwudziestą rocznicę postęgi Prymasowskiej*, Warszawa 2001, 310-334; Id., *Procedura esecutiva nella Legge delle XII Tavole*, in C. Russo Ruggeri (a c. di), *Studi in onore di Antonio Metro* 6, Napoli 2010, 513-538; Id., *Compulsory Execution in the Law of the Twelve Tables*, in 'Scripta Gelliana' cit. 213-240.

⁵¹ Gell. 20.1.48-49: «*Sed eam capitis poenam sancienda, sicuti dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. 49. Et quid. verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare»: 'Tertiis – inquit – nundinis partis secanto. Si plus minusue secuerunt, se fraude esto'».*

⁵² Cfr. Lex XII tab. 8.1; 8.23.

⁵³ Gell. 20.1.53: «*An putas, Favorine, si non illa etiam ex 'duodecim tabulis' de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus? Acerbitas plerumque ulciscendi maleficii bene atque caute vivendi disciplinast*». Cfr. anche U. Vincenti, *Falsum testimonium dicere* (XII Tab. 8.23) e il processo di Marco Volscio Fittore (Liv. 3,29,3), in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, 23 ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*,

– non era uso a vendicarsi in modo atroce. Le pene erano mostruose per non essere prese alla leggera. Sesto Cecilio sostiene di non aver mai sentito né letto di qualcuno che, anche in tempi remoti, fosse stato squartato: salvo Mettio Fufeio⁵⁴, caso unico nella storia di Roma, che per aver violato la *fides*, ovvero aver tradito gli alleati di Roma in lotta con gli abitanti di Fidene e di Veio, fu condannato a essere tirato da quattro cavalli⁵⁵. Detto per inciso, quest'ultima osservazione, piuttosto retorica che veritiera, riscuote l'apprezzamento di Favorino e dei partecipanti all'incontro⁵⁶. Eppure pare poco credibile che un giurista così raffinato non abbia mai sentito parlare o letto di mani amputate né delle decimazioni cui ricorreva l'esercito⁵⁷.

Milano 1989, 38 ss.; R. Fiori, *'Homo sacer'*. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 219 ss.; Lovisi, *Contribution à l'étude de la peine de mort* cit. 99 ss., 144 ss.; A. Burdese, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, in *'Fraterna munera'*. *Studi in onore di Luigi Amirante*, Salerno 1998, 58 ss.

⁵⁴ Gell. 20.1.50-52: «*Nihil profecto inmitius, nihil inmanius, nisi, ut re ipsa apparet, eo consilio tanta inmanitas poenae denuntiatast, ne ad eam umquam perveniretur*. 51. *Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt*, 52. *dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audivi, quoniam saevitia ista poenae contemni non quitast*».

⁵⁵ Gell. 20.1.54: «*Historia de Metto Fufetio Albano nobis quoque, non admodum numero istiusmodi libros lectitantibus, ignota non est, qui, quoniam pactum atque conductum cum rege populi Romani perfide ruperat, binis quadrigis evinctus in diversa nitentibus laceratus est; novum atque asperum supplicium quis negat? sed, quid elegantissimus poeta dicat, vide: at tu dictis, Albane, maneres*».

⁵⁶ Gell. 20.1.55: *Haec taliaque alia ubi Sextus Caecilius omnibus, qui aderant, ipso quoque Favorino adprobante atque laudante disseruit, nuntiatum est Caesarem iam salutari, et separati sumus*.

⁵⁷ Cfr. Polyb. 6.37.1-4; Dion. Hal. 9.50.3; Liv. 29.9-11; Tac. *Ann.* 3.21.1. Cfr. anche M.N. Faszczka, *Kara dziesiątkowania w późnorepublikańskiej armii rzymskiej*, in *Studia Prawnoustrojowe* 24, 2014, 281-296; D. Salvo, *The 'decimatio' in the Roman World*, in S. O'Brien, O. Boatright (a c. di), *Warfare and Society in the Ancient Eastern Mediterranean. Papers arising from a colloquium held of the Liverpool, 13th June 2008*, Oxford 2013, 19-24.

Sia il filosofo Favorino sia il giurista Sesto Cecilio richiamano il concetto di *humanitas*, che a Gellio era senz'altro ben noto⁵⁸.

Nel diciassettesimo capitolo del libro tredicesimo ne riporta l'accezione più diffusa ed errata⁵⁹. A differenza di come lo avevano inteso Varrone e Cicerone⁶⁰, che in fatto di lingua facevano testo, il vocabolo veniva correntemente usato come sinonimo di *benevolentia* e del greco *φιλανθρωπία*: e non, assai più propriamente, come sinonimo di *eruditio* e del greco *παιδεία*⁶¹.

Etimologicamente, *humanitas* deriva dal sostantivo *homo*. L'autore delle *Notti attiche* rileva che, tra gli esseri viventi, soltanto l'uomo è capace di istruirsi: donde il concetto che risalta l'esclusiva umana nella materia⁶².

A conferma del suo punto di vista Gellio copia un brano, peraltro sconosciuto, della parte iniziale del primo libro delle *Antiquitates rerum humanarum* di Varrone. Senza conoscerne il contesto non è dato sapere

⁵⁸ Cfr. Gell. 15.21; 16.12.5; 20.1.20; 20.1.24-26.

⁵⁹ Gell. 13.17.1-2: *Qui verba Latina fecerunt quique his probe usi sunt, 'humanitatem' non id esse voluerunt, quod vulgus existimat quodque a Graecis φιλανθρωπία dicitur et significat dexteritatem quandam benivolentiamque erga omnis homines promiscam; sed 'humanitatem' appellaverunt id propemodum, quod Graeci παιδείαν vocant, nos 'eruditionem institutionemque in bonas artes' dicimus. Quas qui sinceriter percipiunt adpetuntque, hi sunt vel maxime humanissimi. Huius enim scientiae cura et disciplina ex universis animantibus uni homini datast idcircoque 'humanitas' appellata est. 2. Sic igitur eo verbo veteres esse usos et cum primis M. Varronem Marcumque Tullium omnes ferme libri declarant. Quamobrem satis habui unum interim exemplum promere.*

⁶⁰ Cfr. per es. Cic. *De or.* 1.16.71; 2.17.72; 2.37.154; 1.60.256; *De rep.* 1.17; 2.20.

⁶¹ Cfr. B. Zalewski, *'Humanitas' w ustawodawstwie Konstancya Wielkiego. Religia – Polityka – Prawo*, Lublin 2021, 41-47 discorrendo della genesi della nozione di *humanitas* osserva che Gellio ebbe a rilevare che tale nozione fu originariamente usata in un'accezione corrispondente al greco *παιδεία*, mentre all'epoca di Gellio essa si avvicinava a *φιλανθρωπία*, che permetteva di applicare la legge d'accordo con i principi etici.

⁶² J. Domański, *Wykłady o humanizmie*, Warszawa 2020, prendendo lo spunto dalla relazione di Gellio su come la parola *humanitas* venisse usata da Cicerone e Varrone, ha discusso in una corposa monografia le premesse antiche della nozione di umanesimo e come essa si intendesse in seguito.

quale fosse l'argomento di quelle considerazioni di Varrone. Una certa conoscenza dell'opera di Prassitele, che scolpì tra l'altro *Hermes con Dioniso in mano* e *Afrodite Cnidia*, faceva parte della cultura generale⁶³.

Humanitas è un concetto di significato amplissimo⁶⁴, adoperato anzitutto per indicare tratti salienti del carattere, quali la dignità della condotta non soltanto nell'accezione di 'grazioso', 'benevolo', 'mite', ma anche nel significato di 'più colto' e di chi 'sa quel che, tra gli esseri viventi, solo a un uomo sia dato sapere'. Per i Romani doveva intendersi letteratura, filosofia, ma anche diritto⁶⁵.

Radicato nel pensiero filosofico, il concetto di *humanitas* influenzò profondamente il diritto romano. Henryk Kupiszewski⁶⁶ lo collocava tra gli elementi basilari dell'etica giuridica dei Romani. Se ne tenne conto – argomentava Kupiszewski – attenuando l'eccessiva severità delle leggi; vi si riferirono sovente, anche nell'atto di decidere, i giuristi; lo si ebbe a mente quando, cessando di identificare l'azione giuridica soltanto con i *verba*, si cominciò a dare importanza anche alla *voluntas*⁶⁷.

⁶³ Gell. 13.17.3-4: *Itaque verba posui Varronis e libro Rerum humanarum primo, cuius principium hoc est: 'Praxiteles, qui propter artificium egregium nemini est paulum modo humaniori ignotus'. 4. 'Humaniori' inquit non ita, ut vulgo dicitur, 'facili et tractabili et benivolo', tametsi rudis litterarum sit, hoc enim cum sententia nequaquam convenit, sed 'eruditiori doctiorique', qui Praxitelem, quid fuerit, et ex libris et ex historia cognoverit.*

⁶⁴ Corrispondeva all'incirca a nozioni greche quali παιδεία, φιλανθρωπία, κοινωνία oppure οικήωσις. Cfr. Kupiszewski, '*Humanitas*' a prawo rzymskie, in *Prawo rzymskie* cit. 249.

⁶⁵ Cfr. A. Tarwacka, *O tym, że termin 'humanitas' nie oznacza tego, co się powszechnie sądzi, natomiast ci, którzy mówili czystszy językiem, używali go bardziej właściwie*. Aulus Gellius, '*Noce attyckie*' 13,17. *Tekst – tłumaczenie – komentarz*, in *Zeszyty Prawnicze* 15.2, 2015, 246 ss.; Domański, *Wykłady o humanizmie* cit. 26 ss.; Zalewski, '*Humanitas*' w ustawodawstwie Konstantyna Wielkiego cit. 43 ss.

⁶⁶ Kupiszewski, '*Humanitas*' a prawo rzymskie, in *Prawo rzymskie* cit. 239-266.

⁶⁷ Cfr. Kupiszewski, '*Humanitas*' a prawo rzymskie, in *Prawo rzymskie* cit. 257 ss.; Tarwacka, *O tym, że termin 'humanitas' nie oznacza tego, co się powszechnie sądzi* cit. 246 ss.

Si ha l'impressione che la discussione sull'*humanitas* tra il filosofo Favorino e il giurista Sesto Cecilio si svolse all'insegna della φιλανθρωπία, ovvero della probità e benevolenza nei riguardi di tutti gli uomini senza eccezione alcuna. Favorino si scandalizzava delle pene disumane, Sesto Caecilio argomentava che anche nell'ipotesi che l'ordinamento le contemplasse, non dovettero essere per forza disumane, anche perché la sola minaccia di applicarle scoraggiava dal commettere crimini.

Punishment in Aulus Gellius

Leofranc Holford-Strevens

1. Whether or not because Gellius, as a judge, could pronounce no sterner sentence than that Numerius Negidius must pay Aulus Agerius the full value of his claim, he shows a considerable interest in harsh punishments. Now punishment can be inflicted either by divine or by human agents, the latter either public or private. Divine punishment is marginal in Gellius: the sacrilegiously stolen *aurum Tolosanum* brought a miserable death upon who all who touched it¹; the gods cannot be expected to show greater patience with malefactors than parents do²; but the maleficent deities who need to be placated are not said to be punishing any specific offence³. It is human punishment that engages Gellius' serious interest.

2. Just as Gellius, without being a jurist, treats of legal matters, so, without being a philosopher, he treats of philosophy, including the

¹ Gell. 3.9.7 (after discussion of the *equus Seianus*): *Eadem sententia est illius quoque veteris proverbii quod ita dictum accepimus, «aurum Tolosanum». Nam cum oppidum Tolosanum in terra Gallia Quintus Caepio consul diripuisset multumque auri in eius oppidi templis fuisset, quisquis ex ea direptione aurum attigit misero cruciabilique exitu perit.* All quotations from Gellius are taken from my edition, *Auli Gelli Noctes Atticae*, Oxonii 2020.

² Gell. 1.6.8: *Di immortales plurimum possunt; sed non plus velle nobis debent quam parentes. At parentes, si pergunt liberi errare, bonis exheredant. Quid ergo nos a dis immortalibus dissimile diutius exspectemus, nisi malis rationibus finem facimus? Is demum deos propitios esse aecum est qui sibi adversarii non sunt. Dii immortales virtutem adprobare, non adhibere debent.*

³ Gell. 5.12.8: *nam deos quosdam ut prodesse celebrabant, quosdam ut ne obsessent placabant.*

philosophy of punishment. In 2.12 his admired philosopher Favorinus defends the Athenian law, reported in the Aristotelian Ἀθηναίων πολιτεία, that punished neutrality in time of stasis with loss of civil rights⁴. In 7.14.5-9 Gellius seeks the reason why of the three grounds for punishment that his other philosophical teacher had canvassed Plato had entertained only two⁵. In 14.4 he bestows emphatic approval on the Stoic Chrysippus' portrait of the implacable virgin Justice⁶, in which adherents of softer schools had seen rather an image of Cruelty⁷; his epithet for those schools, *delicatorum*, implies not so much squeamishness as unmanliness.

3. Such severity is championed in 20.1 by the jurist Sex. Caecilius, better known to Romanists as Africanus, who is made, in dialogue with Favorinus, on the one hand to explain certain enactments of the Twelve Tables that without historical and linguistic explication seemed too harsh or too soft, on the other to defend the death penalty for corrupt judges and night-time thieves (which as Favorinus observes the Roman people had allowed to lapse), the law of *talio*, and above all the long-obsolete provision that the judgment-debtor who owed money to more than one creditor should after sixty days in chains be cut in pieces and shared out amongst them⁸. Afri-

⁴ Ἀθ. πολ. 8.5: ὅς ἂν στασιαζούσης τῆς πόλεως μὴ θῆται τὰ ὄπλα μηδὲ μεθ' ἑτέρων, ἄτιμον εἶναι καὶ τῆς πόλεως μὴ μετέχειν. The law's authenticity is much disputed, and in my view rightly denied; for a new case against see D. A. Teegarden, *The Inauthenticity of Solon's Law against Neutrality*, in *Buffalo Law Review* 62, 2014, 157-175.

⁵ See O. Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio*, in *Studi economico-giuridici* 54, 1991-2, 121-172.

⁶ Gell. 14.4.1: *Condigne mehercule et condecore Chrysippus, in librorum qui inscribuntur* Περὶ καλοῦ καὶ ἡδονῆς *primo, os et oculos Iustitiae vultumque eius severis atque venerandis verborum coloribus depinxit.*

⁷ Ibid. §5: ... *delicatorum quidam disciplinarum philosophi Saevitiae imaginem istam esse, non Iustitiae, dixerunt.*

⁸ See J. Zablocki, *Los niewypłacalnego dłużnika*, in Id., *Rozważania o procesie rzymskim w «Noctes Atticae» Aulusa Gelliusa*, Warszawa 1999, 107-135.

canus, asserting that its deterrent effect had saved it from ever needing to be applied, regrets that it was no longer in force to protect the *fides* so highly valued by the ancients, regrets too that perjurers were no longer thrown off the Tarpeian rock, and quotes Vergil to justify the tearing apart of the perfidious Mettius Fufetius. All present, including Favorinus, applaud.

4. No ancient dialogue is to be supposed the record of a historical event; Cicero, as careful to set his dialogues at a time when and a place where the participants could have met as Plato had been to do the opposite, nevertheless confessed to Varro he had invented conversations that had never taken place⁹; to be sure he allowed Varro to express opinions he found congenial¹⁰, but not in every dialogue was he so scrupulous¹¹. Gellius too seems to have respected time and place (at least he has never yet been found at fault in that regard), but to have taken liberties with his characters' opinions; the literary and linguistic tastes ascribed to Fronto in the *Noctes Atticae* do not fully coincide with those revealed by Fronto's correspondence¹², nor is a consistent account of Favorinus' competence in Latin matters easily extracted from the chapters in which he appears, in some of which, but not all, this Hellenized Gaul shows a surprising degree of knowledge¹³.

5. The structure of 20.1 recalls 2.26, in which Favorinus is refuted by Fronto on the relative wealth of the two languages in terms for shades

⁹ Cic. *Ad fam.* 9.8.1 (of the *Academica Posteriora*): *puto fore ut, cum legeris, mirere nos id locutos esse inter nos quod numquam locuti sumus, sed nosti morem dialogorum.*

¹⁰ *Ibid.*: *tibi dedi partis Antiochias, quas a te probari intellexisse mihi videbar.*

¹¹ Cic. *Ad Att.* 13.19.5 (of the *Academica Priora*): *sane in personas non cadebant; erant enim λογικώτερα quam ut illi de iis somniasse umquam viderentur.* The ultra-optimist positions taken by the character 'Quintus' are surely not those of Q. Tullius Cicero, pr. 60 BC, but rather those that Marcus did not quite dare espouse in his own person.

¹² See L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius: An Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2003, 135-138.

¹³ An attempt is made by Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 118-129.

of red and green; that Favorinus is not such a master of Latin as of Greek is also the message of 8.2, in which, having informed Gellius that ten Greek words in common use are not Attic, he learns from him that ten Latin words in common use are not found in ancient authors, and of 18.7.1-2, in which he asks the bad-tempered grammarian Domitius ‘Insanus’ whether he had been right to use *contio* of a public speech¹⁴. Hence, in his debate with Africanus, as a Roman by citizenship only, he is allowed to recoil from early Roman practices and to misunderstand early Latin terms; that Africanus is made to hail him as an expert on the Twelve Tables, like Favorinus’ claim to relish reading them no less than the twelve books of Plato’s *Laws*¹⁵, is nothing more than the politeness that scholars, not always its most notable exponents, have commonly failed to recognize¹⁶.

6. No commentary on the Twelve Tables was known even to Tribonian, either by Africanus or by anybody else, Gaius apart, after Labeo, whom

¹⁴ Gell. 8.2.lemma: *Quae mihi decem verba ediderit Favorinus, quae usurpentur quidem a Graecis, sed sint adulterina et barbara; quae item a me totidem acceperit, quae ex medio communique usu Latine loquentium minime Latina sint neque in veterum libris reperiantur* (for βάρβαρον = non-Attic see Phrynichus *passim*); 18.7.1-2: *Domitio, homini docto celebrique in urbe Roma grammatico, cui cognomentum Insano factum est quoniam erat natura intractabilior et morosior, ei Domitio Favorinus noster cum forte apud fanum Carmentis obviam venisset atque ego cum Favorino essem, «quaeso» inquit «te, magister, dicas mihi: num erravi quod, cum vellem δημηγορίας Latine dicere, contiones dixi? dubito quippe et requiro, an veterum eorum qui electius locuti sunt pro verbis et oratione dixerit quis contionem».*

¹⁵ Gell. 20.1.20: *Tum Sex. Caecilius amplexus utraque manu Favorinum «tu es» inquit «unus profecto in nostra memoria non Graiae modo, sed Romanae quoque rei peritissimus. Quis enim philosophorum disciplinae suae leges tam scite atque docte callet, quam leges tu nostras decemvirales perculluisti?»; §3: non enim minus cupide tabulas istas duodecim legi quam illos duodecim libros Platonis de legibus.*

¹⁶ If Caesar had really thought Cicero *omnium triumphorum laurea maiorem* (Plin. *NH* 7.117), he was a sufficiently gifted orator to have sought eminence in the forum rather than the field.

Favorinus is made to quote on L. Veratius' abuse of the *ius civile*¹⁷; that the quotation is in Gellian language hard to believe of any Augustan author conforms to Gellius' habit of imposing his own idiolect on Imperial authors quoted for content not for style or vocabulary¹⁸. Labeo, that venerator of the old ways with his well-known grammatical interests¹⁹, is also a likely source for the interpretations of *morbus*, *arcera*, and *iumentum*²⁰, even as the invocation of *fides* suits the man who denied the title of purchaser to one who purported to buy a *res Mancipi* off a woman without her tutor's authority and hence *non bona fide*, a position disowned by later writers²¹.

¹⁷ On which see V. Scarano Ussani, *Gli 'scherzi' di Lucio Verazio*, in *ZPE*. 90, 1992, 127-135.

¹⁸ Gell. 20.1.13: *Itaque {cum} eam legem cum Labeo quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit non probaret, «<***>» inquit «L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea» inquit «praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt».* It is easier to credit Gellius than Labeo with the syntagm *egregie homo improbus*, the Sallustianism *uecordia*, the Terentian echo *pro delectamento habebat* (cf. *HT* 952), the hapax *depalmaverat*, and the synonym-pair *abolescere et relinqui*; on his freedom with Imperial authors see Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 78-79.

¹⁹ Suffice it here to quote Capito fr. 9 Strzelecki (Gell. 13.12.1-4) and Gell. 13.10.1-3.

²⁰ Gell. 20.1.26-29: *Nam morbus in lege ista non febriculosus neque nimium gravis, sed vitium aliquod inbecillitatis atque invalentiae demonstratur, non periculum vitae ostenditur. Ceteroqui morbum vehementiorem vim graviter nocendi habentem legum istarum scriptores alio in loco non per se morbum, sed morbum santicum appellant. Iumentum quoque non id solum significat quod nunc dicitur; sed vectabulum etiam quod a iunctis pecoribus trahebatur veteres nostri iumentum a iungendo dixerunt. Arcera autem vocabatur plaustrum tectum undique et munitum quasi arca quaedam magna vestimentis instrata, qua nimis aegri aut senes portari cubantes solebant.*

²¹ Gell. 20.1.39-40: *Omnibus quidem virtutum generibus exercendis colendisque populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar emicuit, sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice. Sic consules, clarissimos viros, hostibus confirmandae fidei publicae causa dedit, sic clientem in fidem acceptum cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra*

I am on record as arguing that Gellius' facts are Labeo's but his value-judgements are his own²²; the task of expounding and defending old Roman law and old Roman ways is assigned to Africanus, I suggest, also because he was an acquaintance of Favorinus²³. That he might clinch an argument by quoting Vergil is not in itself incredible, since Ulpian finds him adducing a proof-text from Homer²⁴, but in this context it is rather a characterization than a fact²⁵.

cognatos censuit, neque peius ullum facinus existimatum est quam siqui probaretur clientem divisui habuisse; Vat. 1: Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit vel falso tutore auctore quem sciti non esse, non videtur bona fide emisse, itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius...

²² Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 128; cfr. L. Ruske, *De A. Gellii Noctium Atticarum fontium quaestiones selectae*, Glaciae 1883, 66. This is no more an aspersion on Gellius' probity as supposed by F. Casavola, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 94 than Plato's adoption of Callicles' persona in *Gorgias* impairs his status as a truth-lover: Gell. 10.22.1: *Plato, veritatis homo amicissimus eiusque omnibus exhibendae promptissimus, quae omnino dici possint in desides istos ignavosque qui obtentu philosophiae nominis inutile otium et linguae vitaeque tenebras secuntur; ex persona quidem non gravi neque idonea, vere tamen ingenueque dixit*; cfr. §24: *Haec Plato sub persona quidem, sicuti dixi, non proba, set cum sensus tamen intellegentiaeque communis fide et cum quadam indissimulabili veritate disseruit.*

²³ But not well enough known to Gellius as to make good the *vivae vicis paenuria* encountered in 14.2.1.

²⁴ Gell. 20.1.54: *Historia de Metto Fufetio Albano nobis quoque non admodum numero<os> istiusmodi libros lectitantibus ignota non est, qui, quoniam pactum atque condicium cum rege populi Romani perfide ruperat, binis quadrigis evinctus in diversa nitentibus laceratus est. Novum atque asperum supplicium quis negat? sed quid elegantissimus poeta dicat vide: «at tu dictis, Albane, maneres» (= Verg. *Aen.* 8.643); D. 48.5.14.1 (Ulp. 2 *de adult.*): *Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et <I. ut?> Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores suas amant, οὐ μόνον φίλεουσ' ἄλόχους μερόπων ἀνθρώπων Ἀτρεΐδαι* (cfr. *Il.* 9.340-343; Achilles declares that he loved Briseis from his heart, spear-won as she was).*

²⁵ So rightly M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR.* 80, 1977, 193-344 at 283 nt. 185.

7. Favorinus, be it noted, does not argue on philosophical grounds either here or in 14.2, when consulted on a suit brought by a man of proven uprightness who has no evidence against a notorious scoundrel for whom Gellius cannot bring himself to find; instead, despite being said to reply *ut virum philosophum decuit* and airing some questions about judicial conduct, he first refers to a treatise by Tubero (whether the elder or the younger is unclear) that Gellius must in real life have read for himself, and then quotes Old Cato to justify believing the better man, advice Gellius does not dare to follow. Nor in 2.2 does the Platonist philosopher L. Calvenus Taurus argue philosophically to determine the question whether, if there is only one chair available, it should be occupied by a Roman magistrate or his father, but uses the language of law, giving an interim ruling *absque praeiudicio* and describing a domestic visit as *privata actio*. In Roman matters peregrine speculations have no place; to be sure Gellius, as we have seen, approves of Chrysispean severity, and his preparatory reading had included Greek as well as Latin texts²⁶, but we hear no more of what those Greek texts were or what they said²⁷, and even though the chapter-summary of 1.13 states that *quaesitum est in philosophia* whether it is legitimate to disobey orders for the benefit of the superior who gave them, it is not philosophy but Roman history that informs the discussion, which culminates in the brutal treatment of an allied magistrate who had used his brains instead of obeying an order²⁸.

8. In 11.18 Gellius discusses the treatment by various societies of theft, starting with Athens, where he asserts that Draco's punishment of

²⁶ Gell. 14.2.1: *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos acquisivi...*

²⁷ Were they rather among the many discourses Περὶ δικαιοσύνης recorded by Diogenes Laertius?

²⁸ See L. Pelloso in this volume.

all thefts by death was set aside not by explicit repeal but by tacit consent of the people, a phenomenon that interests him elsewhere²⁹; Plutarch in his life of Solon says the opposite³⁰, but there is no proof that Gellius knew the *Parallel Lives*³¹. He then turns, citing Masurius Sabinus (second only to Capito in frequency of quotation), to the Decemviral law that imposed a range of physical penalties but had likewise been superseded by four-, three-, or twofold restitution; he digresses by way of Aristo's assertion, which he seems, rightly, not quite to believe, that theft was not a crime in ancient Egypt to the better-supported fact that in the Spartan *agoge* boys were encouraged to steal as part of their military training³² (without adding that they were punished for being caught³³) and to Old Cato's complaint that private thieves are punished while public thieves flourish³⁴, which he quotes with such relish as to suggest its application

²⁹ Gell. 11.18.4: *Eius [sc. Draconis] igitur leges, quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto iussoque, set tacito inlitteratoque Atheniensium consensu obliteratae sunt*; for repeal by tacit consent in Roman context see *NA* 12.13.5, 20.10.9; *D.* 1.3.31.1 (*Julian 84 digest.*); *I.1.2.11.*

³⁰ *Plu. Sol.* 17.1: Πρῶτον μὲν οὖν τοὺς Δράκοντος νόμους ἀνεῖλε πλὴν τῶν φονικῶν ἅπαντας διὰ τὴν χαλεπότητα καὶ τὸ μέγεθος τῶν ἐπιτιμίων.

³¹ Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 295 nt. 117.

³² Gell. 11.18.16-17: *Id etiam memini legere me in libro Aristonis iureconsulti... apud veteres Aegyptios... furta omnia fuisse licita et inpoenita. Apud Lacedaemonios quoque... cuius rei non adeo ut Aegyptiis fides longinqua est, non pauci neque ignobiles scriptores... ius atque usum fuisse furandi dicunt, idque a iuventute eorum non ad turpia lucra neque ad sumptum libidini praebendum comparandamve opulentiam, sed pro exercitio disciplinae rei bellicae factitatum, quod ea furandi sollertia et adsuetudo acuerit firmaretque animos adulescentium et ad insidiarum astus et ad vigilandi tolerantiam et ad obrepenti celeritatem.*

³³ *Heraclid.Lemb. Excerpta politiarum* 13 Dilts: ἐθίζουσι δὲ αὐτοὺς καὶ κλέπτειν, καὶ τὸν ἄλόντα κολάζουσι πηγαῖς, ἵν' ἐκ τούτου πονεῖν καὶ ἀγρυπνεῖν δύνωνται ἐν τοῖς πολεμίοις.

³⁴ Gell. 11.18.18: *Ea verba quoniam nobis inpense placuerant adscripsimus: «Fures» inquit «privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpura»* (*Cato fr.* 224 *Malcovati* = 172 *Sblendorio Cugusi*).

was not purely historical. He returns to Sabinus for more details on the law of *furtum*, though these do not include punishment. One such detail is that there could be *furtum* of land³⁵, which by Gellius' day had been discredited³⁶; but not only is he more interested in past than in present law, not only as a judge was he bound by the praetor's *formula*, but his language earlier in the chapter (§10), *si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit*, suggests that already as in Ulpian's day the preferred procedure was the criminal³⁷, which as Julian tells us excluded the civil³⁸, so that theft cases seldom came before him.

9. Other death sentences are mentioned summarily. In the chronological survey of 17.21 the condemnations of Miltiades and Socrates by the Athenian people pass with neither reference to the charges nor comment on their justice; at least Miltiades is acknowledged to have been a victorious commander. So is M. Manlius Capitolinus, condemned for plotting a *coup d'État*; a later Manlius, at 9.13.20, executed his son for attacking the enemy against orders (as did Olus Postumius Tubertus at 17.21.17), but such *imperia* are *aspera et inmitia*, even in Gellius' eyes. In 3.9.4 Cn. Seius, owner of the fatal horse³⁹, is condemned to death by Mark Antony. In 4.5 the criminals are the Etruscan *haruspices* who deliberately gave false advice.

³⁵ Gell. 11.18.13: *In quo* (Sabinus' book *de furtis*) *id quoque scriptum est, quod vulgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferrī occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum...*

³⁶ Gai 2.51: *... cum improbata sit eorum sententia qui putaverint furtivum fundum fieri posse.*

³⁷ D. 47.2.93 (Ulp. 38 *ad edictum*): *Memnisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi... non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.*

³⁸ D. 47.2.57.1 (Jul. 22 *dig.*): *Qui furem deducit ad praefectum vigilibus vel ad praesidem, existimandus est elegisse viam qua rem persequeretur: et si negotium ibi terminatum et damnato fure recepta est pecunia sublata in simplum, videtur furti quaestio sublata...*

³⁹ On which see G. Traina in the present volume.

10. The death penalty is also at issue in the problem on which the inept declaimer of 9.15 holds forth concerns it: if out of the seven judges who are to decide by majority two vote for exile, two for a fine, and three for death, the defendant is to show cause why he should not die⁴⁰. The problem is said to be insoluble, which would have surprised professional rhetoricians⁴¹; it is so only if *plures* means an absolute not a relative majority, though if it does a bold defendant might argue that since there was a majority against each punishment, he ought to escape scot-free. However, Gellius' focus is not on the legal question, but on the declaimer's shapeless jabber and the jest that it provokes⁴².

11. Exile does not play a large part in the *Noctes Atticae*: Metellus Numidicus' letter to the Domitii is quoted twice in passing (15.13.6 for *consolor* passive, 17.2.7 for *fruniscor*), Solon's voluntary departure from Athens is noted at 17.21.5, Domitian's banishment of philosophers at 15.11.4-5, and at 2.12.1 ἄτιμον εἶναι καὶ πόλεως μὴ μετέχειν in the reported Athenian prohibition of neutrality is interpreted as *is domo patria fortunisque omnibus careto, exul extorrisque esto*⁴³.

12. Fines are considered in 11.1, where Gellius the antiquarian rehearses the ancient penalties in livestock, and Gellius the grammarian the etymology of *multa* and the verb used for its imposition. In 10.6, citing Capito's *commentarius de iudiciis publicis*, Gellius records the

⁴⁰ Gell. 9.15.7-8: *De reo septem iudices cognoscant, eaque sententia sit rata quam plures ex eo numero dixerint. Cum septem iudices cognovissent, duo censuerunt reum exsilio multandum, duo alii pecunia, tres reliqui capite puniendum. Petitur ad supplicium ex sententia trium iudicum et contradicit.*

⁴¹ See D.A. Russell, *Greek Declamation*, Cambridge 1983, 23; Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 292.

⁴² Gell. 9.15.11: *Atque ibi Iulianus festivissime «nolite quaerere» inquit «quid sentiam; adolescens hic sine controversia disertus est.»*

⁴³ At 16.8.7 *Milo caedis damnatus est* is offered as an example of a proposition; there was no need to add that Milo escaped into exile.

fine of 25,000 asses in *aes graue* imposed by the plebeian aediles in 246 BC on the arrogant Claudia, who, jostled in a crowd of common folk, expressed the wish that her brother Publius, responsible for the naval disaster off Trapani, would return to life and lose another fleet⁴⁴; the amount, a thousand times that for *iniuria*, must reflect the outrage felt at these *verba incivilia* by all those in the crowd who had lost fathers, brothers, husbands, or sons in the disaster⁴⁵.

⁴⁴ Gell. 10.6: *Non in facta modo, sed in voces etiam petulantiores publice vindicatum est; ita enim debere esse visa est Romanae disciplinae dignitas inviolabilis. Appi namque illius Caeci filia a ludis quos spectaverat exiens turba undique confluentis fluctuantisque populi iactata est. Atque inde egressa, cum se male habitam diceret, «quid me nunc factum esset» inquit «quantoque artius pressiusque conflictata essem, si P. Claudius, frater meus, navali proelio classem navium cum ingenti civium numero non perdidisset? certe quidem maiore nunc copia populi oppressa intercidissem. Sed utinam» inquit «reviviscat frater aliamque classem in Siciliam ducat atque istam multitudinem perditum eat, quae me nunc male miseram convexavit!» Ob haec mulieris verba tam improba ac tam incivilia C. Fundanus et Tiberius Sempronius aediles plebei multam dixerunt ei aeris gravis viginti quinque milia. Id factum esse dicit Capito Ateius in commentario de iudiciis publicis bello Poenico primo Fabio Licino {et} Otacilio Crasso consulibus.*

⁴⁵ The details are rather obscured than clarified by the other sources. The *periocha* of Livy book 19, though chronologically compatible, merely states that she was fined for her words: *Claudia, soror P. Claudii, qui contemptis auspiciis male pugnauerat, a ludis revertens cum turba premeretur, dixit: utinam frater meus viveret; iterum classem duceret. ob eam causam multa ei dicta est.* Valerius Maximus (8.1.damn.4) claims that she was undone by her wicked wish even though innocent of the crime alleged against her: *Adiciatur his Claudia, quam insontem crimine quo accusabatur votum impium subvertit, quia, cum a ludis domum rediens turba elideretur, optaverat ut frater suus, maritimarum virum nostrarum praecipua iactura, revivisceret saepiusque consul factus infelici ductu nimis magnam urbis frequentiam minueret,* what this crime was, and even whether it was related to her outburst or to a case already pending, he does not say. Suetonius (*Tib.* 2.3), who alone seats her in a carriage, speaks of *maiestas*, an offence not yet recognized at law: *et quae novo more iudicium maiestatis apud populum mulier subiit, quod in conferta multitudine aegre procedente carpento palam optaverat, ut frater suus Pulcher revivisceret atque iterum classem amitteret, quo minor turba Romae foret.* Neither was the crime recognized that the French Revolution called *incivisme*, but Gellius' description of her words as *incivilia* foreshadows it. On this case see B. Santalucia in the present volume.

13. Offences against good order and discipline not explicitly covered by statute particularly concerned the censors, of whose sternness he tells several stories. It was only in words that Q. Metellus had in 1.6 rebuked the Roman people for misdeeds including refusal to contract lawful matrimony; but other censors had degraded people for neglecting their farms and horses⁴⁶, or for giving frivolous answers, in particular, the man who, according to the younger Scipio, when required to declare honestly, *ex animi sententia*, whether he had a wife, he punningly replied, using the same phrase, that she was not to his liking⁴⁷. The same story was told by Cicero, who tells us that the censor was Old Cato and the jester one L. Nasica⁴⁸, presumably a relation of Scipio's whose name he suppressed. Censors had expelled P. Cornelius Rufinus, twice consul and ex-dictator, from the senate for owning ten pounds' weight of silverware⁴⁹. The prisoners of war who had found a loophole in their

⁴⁶ Gell. 4.12: *Siquis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat, sive quis arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poena fuit, sed erat opus censorium, censoresque aerarium faciebant. Item quis eques Romanus equum habere gracilentum aut parum nitidum visus erat inpolitiae notabatur; id verbum significat quasi tu dicas incuriae. Cuius rei utriusque auctoritates sunt, et M. Cato (ex incertis fr. 92 Cugusi and Sblendorio Cugusi) id saepenumero adtestatus est.*

⁴⁷ Gell. 4.20.2-6: *Censor agebat de uxoribus sollemne ius iurandum; verba erant ita concepta: «Ut tu ex animi tui sententia uxorem habes?» Qui iurabat cavillator quidam et canicula et nimis ridicularius fuit. Is locum esse sibi ioci dicundi ratus, cum ita uti mos erat censor dixisset «ut tu ex animi tui sententia uxorem habes?», «habeo equidem» inquit «uxorem, sed non hercle ex animi mei sententia.» Tum censor eum, quod intempestive lascivisset, in aerarios rettulit causamque hanc ioci scurrilis apud se dicti subscripsit. The younger Scipio (fr. 13 Malcovati) is named as the source in §10.*

⁴⁸ Cic. *De or.* 2.260: *Ridicule etiam illud L. {Porcius} Nasica censori Catoni; cum ille «ex tui animi sententia tu uxorem habes?» «Non hercule» inquit «ex mei animi sententia.»* Since Porcii Nasicae are unknown to history, it should seem that an interpolator has bestowed M. Porcius Cato's *nomen* on L. Cornelius Scipio.

⁴⁹ Gell. 17.21.39: *eodemque tempore C. Fabricius Luscinus et Q. Aemilius Papus censores Romae fuerunt et P. Cornelium Rufinum, qui bis consul et dictator fuerat,*

oaths to Hannibal were disgraced⁵⁰; it was an *opus censorium* to bring about the passage of a *senatus consultum* before dawn or after sunset⁵¹. Teachers of Latin rhetoric had met with censorial displeasure, albeit in uncultured times⁵². Excessively fat persons were deprived of the public horse, though whether that counted as an ignominy was disputed⁵³. It is also Gellius who records that those to whose names the censors had affixed a *nota* were registered in the *tabulae Caerites*⁵⁴, which, though

senatu moverunt, causamque isti notae subscripserunt, quod cum comperissent argenti facti cenae gratia decem pondo libras habere; cfr. 4.8.7: Hunc Rufinum postea bis consulatu et dictatura functum censor Fabricius senatu movit ob luxuriae notam, quod decem pondo libras argenti facti haberet (ten Roman pounds were some three and a quarter kilogrammes). This was over a century before the first of the sumptuary laws listed in 2.24 or *Macr. Sat.* 3.17.

⁵⁰ Gell. 8.18.10: *Haec eorum fraudulenta calliditas tam esse turpis existimata est, ut contempti vulgo dispretique sint, censoresque eos postea omnium notarum et damnis et ignominiis adfecerint, quoniam quod facturos deieraverant non fecissent.*

⁵¹ Gell. 3.2.8: *Post haec deinceps dicit* (sc. Varro) *senatusconsultum ante exortum aut post occasum solem factum ratum non fuisse; opus etiam censorium fecisse existimatos per quos eo tempore senatusconsultum factum esset.*

⁵² Gell. 15.12.2-3: *... Cn. Domitius Ahenobarbus et L. Licinius Crassus censores de coercendis rhetoribus Latinis ita censuerunt... Illis solum temporibus nimis rudibus necdum Graeca discipline expolitiss...*

⁵³ Gell. 6.22: *Nimis pingui homini et corpulento censores <constat> equum adimere solitos, scilicet minus idoneum ratos esse cum tanti corporis pondere ad faciendum equitis munus. Non enim poena id fuit, ut quidam existimant, sed munus sine ignominia remittebatur. <M.> tamen Cato (fr. 78 Malcovati = 85 Sblendorio Cugusi) in oratione quam de sacrificio commisso scripsit obicit hanc rem crimosius, uti magis videri possit cum ignominia fuisse. Quod si ita accipias, id profecto existimandum est, non omnino inculpatum neque indesidem visum esse cuius corpus in tam inmodicum modum luxuriasset exuberassetque.*

⁵⁴ Gell. 16.13.7: *Primos autem municipes sine suffragii iure Caerites esse factos accepimus, concessumque illis ut civitatis Romanae honorem quidem caperent, sed negotiis tamen atque oneribus vacarent pro sacris bello Gallico receptis custoditisque. Hinc tabulae Caerites appellatae versa vice, in quas censores referri iubebant quos notae causa suffragiis privabant.*

he does not say so, succinctly explains Horace's *Caerite cera digni*, and better than Porphyrio or some scholia do⁵⁵. Gellius' interest in this office and especially in its disciplinary function is clear, but from the safe distance of an age in which no Cato watched over your conduct and no Fabricius monitored your wealth.

14. Military discipline is of less concern: apart from the commanders who executed their sons, noted in §9 above, we hear only of bloodletting, which Gellius takes to have been originally a medical intervention, and the oath imposed on soldiers in 190 BC to limit looting⁵⁶.

15. Private actors also imposed punishments. From 10.23 we learn that husbands in Cato's day could kill wives caught with a lover or

⁵⁵ Hor. *Epist.* 1.6.62-3: *quid deceat, quid non, obliti, Caerite cera | digni...*; Porphyrio ad loc.: *Hoc ideo, quia victis Caeritibus Romani in percutiundo foedere non dederunt suffragii ferendi ius, quod ignominiosum fuit.* Of the Pseudacron scholia (ed. Keller, II 235) only one accords with Gellius (*Aliter: Cere oppidum in Italia, quo capta a Gallis urbe sacra translata sunt, pro quo beneficio postea civitatem Romanam meruit, ita tamen, ne suffragium ferrent*); the others treat it as an ignominy, or even as punishment for rebellion.

⁵⁶ Gell. 10.8: *Fuit haec quoque antiquitus militaris animadversio, iubere ignominiae causa militi venam solui et sanguinem demitti. Cuius rei ratio in litteris veteribus quas equidem invenire potui non exstat; sed opinor factum hoc primitus in militibus stupentis animi et a naturali habitu declinatis, ut non tam poena quam medicina videretur. Postea tamen ob pleraque alia delicta idem factitatum esse credo per consuetudinem, quasi minus sani viderentur omnes qui delinquerent; 16.4.2: C. Laelii C. filii consulis L. Cornelii P. filii consulis in exercitu decemque milia passuum prope furtum non facies dolo malo solus neque cum pluribus pluris nummi argentei in dies singulos; extraque hastam, hastile, ligna, poma, pabulum, utrem, follem, faculam si quid ibi inveneris sustulerisve quod tuum non erit, quod pluris nummi argentei erit, aut tu ad C. Laelium C. filium consulem Luciumve Cornelium P. filium consulem sive quem ad uter eorum iusserit proferes aut profutere in triduo proximo quidquid inveneris sustulerisve dolo malo, aut domino suo cuium id censebis esse reddes, uti quod recte factum esse voles.* In §5 we read that the soldier absent without leave was recorded as *infrequens*, but the consequences are not stated.

(though the passage is poorly worded) drinking wine⁵⁷. Milo, finding Sallust in bed with his wife, sent him away not only poorer but soundly thrashed, *loris bene caesum*⁵⁸; the colloquialism *bene* signifies amusement at the contrast with the great moralizer's *notiones censorias* against others' misdeeds⁵⁹.

16. Occasionally punishment is thwarted by tribunes. The prosecution of the courtesan Manilia by the curule aedile A. Hostilius Mancinus, injured by a stone hurled from her establishment after arriving in after-dinner revelry, no doubt roaring drunk, and when refused entry trying to force his way in, was blocked by the tribunes on the ground that it had been improper for him to come *cum corollario*, in other

⁵⁷ Gell. 10.23: *Qui de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemias egisse, hoc est vino semper, quod temetum prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum ferrent deprehendendi causa, ut odor indicium faceret si bibissent. Bibere autem solitas ferunt loream passum murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia. Atque haec quidem in his quibus dixi libris pervulgata sunt; sed Marcus Cato non solum ¶existimatas¶, set et multatas quoque a iudice mulieres refert non minus si vinum in se quam si probrum et adulterium admisissent* (fr. 221 Malcovati = 200 Sblendorio Cugusi). *Verba Marci Catonis adscripsi ex oratione quae inscribitur De dote, in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: Vir (inquit) cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium quod videtur habet, si quid perverse taetrefque factum est a muliere; multatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur. De iure autem occidendi ita scriptum: «In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inipune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est* (fr. 222 = 201)». On the textual perplexities see L. Holford-Strevens, *Gelliana: A Textual Companion to the Noctes Atticae of Aulus Gellius*, Oxford 2020, 108-109; on the substance see F. Botta in the present volume.

⁵⁸ Gell. 17.18: *M. Varro, in litteris atque vita fide homo multa et gravis, in libro quem <in>scripsit Pius aut de pace C. Sallustium, scriptorem seriae illius et severae orationis, in cuius historia notiones censorias fieri atque exerceri videmus, in adulterio deprehensum ab Annio Milone loris bene caesum dicit, et cum dedisset pecuniam dimissum.*

⁵⁹ *Notio censoria* appears four times in Cicero; see too Liv. 27.25.5.

words not in the course of his duty inspecting her business but as a would-be customer in no fit state to be admitted⁶⁰. In 6.19 Gellius tells two versions of the intervention by the tribune Ti. Sempronius Gracchus, father of the famous Gracchi, against his colleagues to save L. Scipio Asiaticus (*recte* Asiagenus) from imprisonment.

17. Unnamed censors were on the point of punishing a man who, supporting a friend in their court, emitted a very loud yawn, until he swore that he could not help himself, being afflicted with *oscedo*⁶¹, a word attested nowhere else in this sense. Since compulsive yawning is not a disorder, but a symptom of several disorders⁶², and the patient is not available for professional examination, we can do no more than contrast that other yawner, the high-class youth bored by the preaching of Peregrinus in 8.3⁶³, and the association in both places of yawning with the wandering mind⁶⁴.

18. The widow of Smyrna who in 12.7 killed her husband and son because they had killed her son by a previous marriage was referred by the proconsul of Asia for trial before the dedicated murder-court of the

⁶⁰ See P. Buongiorno in the present volume.

⁶¹ Gell. 4.20.8: *Deliberatum est de nota eius qui ad censores ab amico advocatus est et in iure stans clare nimis et sonore oscitavit, atque inibi ut plecteretur fuit, tamquam illud indicium esset vagi animi et alucinantis et fluxae atque apertae securitatis. Sed cum ille deiurasset invitissimum sese ac repugnantem oscitatione victum, tenerique eo vitio quod oscedo appellatur, tum notae iam destinatae exemptus est.* The source is the same speech of Scipio's as in nt. 46.

⁶² See O. Walusinski (ed.), *The Mystery of Yawning in Physiology and Disease*, Basel 2010.

⁶³ Gell. 8.3, lemma: *Quem in modum et quam severe increpuit audientibus nobis Peregrinus philosophus adulescentem Romanum ex equestri familia, stantem segnem apud se et assidue oscitantem.* The one preserved fragment reads *Et adsiduo oscitantem vidit, atque illius quidem delicatissimas mentis et corporis halucinationes.*

⁶⁴ Cfr. Gell. 6.17.11: *oscitans et alucinanti similis*; Cic. *ND* 1.72: *quae Epicurus oscitans halucinatus est*; Dositheus *GLK* VII 431.8: *halucinor χαμῶμαι*.

Areopagus, which, unwilling either to convict or acquit, set the case down for a hundred years thence⁶⁵; neither in Gellius nor in his source Valerius Maximus is there any suggestion either as in John of Salisbury that two wrongs do not make a right⁶⁶, or as in Rabelais that the widow should have sought justice in the courts⁶⁷.

19. In 6.3 Gellius quotes extensively from Cato's speech in defence of the Rhodians, who had failed to assist their Roman allies against Perseus of Macedon, in order to rebut the captious criticisms of Cicero's freedman Tiro. However, it is the speech itself that interests Gellius, not its effect, which was to moderate Roman hostility, not to dispel it⁶⁸.

⁶⁵ On this chapter see, from various points of view, A. Atorino, G. Balestra, and R. D'Alessio (eds.), *Dolabella, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo. Gellio, Notti Attiche 12.7*, Lecce 2021; also L. Holford-Strevens, *Getting Away with Murder: The Literary and Forensic Fortune of Two Roman Exempla*, in *International Journal of the Classical Tradition*, 7/4, Spring 2001 [2002], 489-514. For a Roman citizen, which of course the murderess was not, we learn from D. 48.5.39.8 (Papin. 36 *quaest.*) that by Gellius' day *iustus dolor* did no more than rule out the death penalty.

⁶⁶ *Policraticus* 4.11, ed. K.S.B. Keats-Rohan, Turnhout 1993, 269: *Ceterum et Brutum* (sc. L. Brutus, who killed his traitorous sons) *et mulierem deliquisse consentiam facile, eo quod excessit medicina modum nimiumque secuta est qua morbi duxere manum* (Luc. 2.142-3), *et licet magna fuerint crimina, praestantius fuerat eadem sine punientis crimine vindicari*; how that might have been done he does not say.

⁶⁷ *Le Tiers Livre*, ed. M.A. Sreecch, Genève 1964, 298: «veu qu'elle avoit fait la vengeance de soy, laquelle apartenoit à Justice». Cfr. Antonius Thysius in his and his fellow lawyer Jacobus Oiselius' edition, *Auli Gellii Noctes Atticae*, Lugduni Batavorum 1666, 635 nt. 4 on Gellius' words *quae digna venia fuit*: «Nequaquam. Potuit enim ad magistratum deferre crimen mariti & filii, ut iuste à magistratu punirentur. Neque enim mulieris erat privatam vindictam sumere», to which Jacobus Gronovius, *Auli Gellii Noctium Atticarum libri XX*, Lugduni Batavorum 1706, 562 nt. 8 replied: «Alia igitur Dolabellæ, & Areopagitarum mens atque etiam Valerii Maximi iusto dolore impulsam dicentis; alia nostri temporis». What hope of justice she might have had in Smyrna neither Rabelais nor Thysius knew.

⁶⁸ Liv. 45.25.4: *Rhodiis responsum ita redditum est ut nec hostes fierent nec socii permanerent*.

20. Gellius is firmly fixated on the past: one does not learn from him that a two-tier justice in which *humiliores* were already being subjected to rigours from which *honestiores* like himself were exempt was already acknowledged by jurists. He views that past in the traditional Roman manner as a better time⁶⁹, but without any serious commitment to its revival other than in the use of early words and the reading of early literature. Despite Favorinus' injunction to the injudicious archaist who praised ancient morality, *Vive ergo moribus praeteritis, loquere verbis praesentibus*⁷⁰, Ovid's Janus is nearer the mark: *laudamus veteres, sed nostris utimur annis*⁷¹.

⁶⁹ Contrast the Africans Fronto and Apuleius, who venerate ancient words but not ancient ways.

⁷⁰ Gell. 1.10.4.

⁷¹ *Fasti* 1.225.

Gell. 10.6: il caso di Claudia

Bernardo Santalucia

Tra i numerosi *exempla* che Aulo Gellio, nelle *Noctes Atticae*, richiama nell'intento di esaltare gli antichi costumi e il prestigio di Roma, il caso di Claudia, di cui intendo qui occuparmi, presenta taluni aspetti di particolare interesse.

L'episodio, ricavato dal commentario *De iudiciis publicis* incluso nei *Coniectanea* di Capitone, è dallo stesso Gellio esplicitamente ricordato, nel sesto capitolo del decimo libro, come modello esemplare dell'impegno degli antichi in difesa della *dignitas Romanae disciplinae*. I fatti risalgono al 246 a.C. Claudia, figlia di Appio Claudio Cieco, il famoso censore del 312, mentre si stava allontanando dai giochi ai quali aveva assistito, era stata quasi travolta dalla folla tumultuante che si avviava verso l'uscita e, salvatasi a stento dalla calca, aveva pronunciato parole di fuoco in spregio della gente che l'attorniava. Memore di suo fratello, il console Publio Claudio Pulcro, che qualche anno prima, nel 249, aveva perduto in una battaglia navale contro i Cartaginesi presso Drepana gran parte della flotta romana, Claudia, ribollente d'ira, aveva espresso il desiderio che egli tornasse in vita e, posto al comando di un'altra flotta, perdesse in un'altra battaglia molti uomini, sì da sfozzire il numero delle persone che vivevano nell'Urbe. Parole sfrontate e brutali, che due edili plebei, Gaio Fundanio (Fundulo) e Tiberio Sempronio (Gracco), ritennero intollerabili e li indussero ad infliggere a Claudia una multa assai elevata (venticinquemila assi pesanti). Appunto la singolarità di una pena così grave inflitta per la mera pronuncia di *verba*

* Il testo rispecchia con fedeltà la relazione tenuta nell'ambito del Convegno. Sono state aggiunte in nota le indicazioni delle fonti e delle opere richiamate.

aveva suscitato l'interesse di Gellio per il caso: esso costituiva, a suo avviso, una significativa testimonianza di come, quando era in gioco la salvaguardia della pubblica disciplina, gli antichi giungessero a colpire con sanzioni criminali non solo i comportamenti arroganti (*ifacta*) ma anche i semplici eccessi verbali (*le petulantiores voces*)¹.

Solitamente si ritiene che alla comminazione della durissima sanzione nei confronti di Claudia abbia contribuito, in certa misura, il ricordo del gesto arrogante del fratello, Claudio Pulcro, il quale – così si diceva – pur avvertito dagli auguri che i presagi erano infausti poiché i sacri polli si erano rifiutati di mangiare, aveva voluto ugualmente attaccar battaglia e aveva fatto gettare in mare gli starnazzanti pennuti pronunciando la frase, poi divenuta famosa: «se non vogliono mangiare, allora che bevano!». Può darsi che il console, inferocito, abbia effettivamente pronunciato queste parole, ma è più verosimile che la storia sia stata inventata in seguito, per giustificare con l'offesa recata agli dèi la pesante sconfitta. In Polibio non se ne trova traccia². Comunque sia, Claudio, tornato a Roma, aveva dovuto subire un giudizio per *perduellio* dinanzi alle centurie, e solo l'improvviso scatenarsi di un temporale (tecnicamente un *vitium de caelo*) lo aveva salvato dalla condanna capitale. I tribuni avevano dovuto

¹ Gell. 10.6: *Non in facta modo, sed in voces etiam petulantiores publice vindicatum est; ita enim debere esse visa est Romanae disciplinae dignitas inviolabilis. Appi namque illius Caeci filia a ludis, quos spectaverat, exiens turba undique confluentis fluctuantisque populi iactata est. Atque inde egressa, cum se male habitam diceret: «Quid me nunc factum esset – inquit – quantoque artius pressiusque conflictata essem, si P. Claudius, frater meus, navali proelio classem navium cum ingenti civium numero non perdidisset? Certe quidem maiore nunc copia populi oppressa intercidissem. Sed utinam – inquit – reviviscat frater aliamque classem in Siciliam ducat atque istam multitudinem perditum eat, quae me nunc male miseram convexavit». Ob haec mulieris verba tam inproba ac tam incivilia C. Fundanius et Tiberius Sempronius, aediles plebei, multam dixerunt ei aeris gravis viginti quinque milia. Id factum esse dicit Capito Ateius in commentario 'de iudiciis publicis' bello Poenico primo Fabio Licinio Otacilio Crasso consulibus.*

² Val. Max. 1.4.3; Liv. per. 19; Cic. nat. deor. 2.7; cfr. Pol. 1.49-51.

ripiegare su una multa³. La stessa sanzione sarà decretata, due anni dopo, nei confronti di Claudia dai due edili di cui si è appena parlato: uno dei quali, Fundanio Fundulo – merita rilevarlo – era stato, a suo tempo, uno degli accusatori di suo fratello. Il che conferma l'opinione che la condanna della donna fu essenzialmente determinata dal fatto che in essa, in qualche modo, si vedeva impersonificata l'arroganza dei Claudii.

Come ho già accennato più sopra, Gellio attinge la storia di Claudia al commentario *De iudiciis publicis* incluso nei *Coniectanea* di Ateio Capitone. La cosa è, almeno all'apparenza, singolare. Il nostro erudito utilizza il più delle volte come fonti storiche gli autori della seconda annalistica: nelle *Noctes Atticae* troviamo ampiamente citati Quinto Claudio Quadrigario, Valerio Anziate, Celio Antipatro, Elio Tuberone, Sempronio Tuditano ed altri ancora. Per quale motivo, dunque, volendo richiamare la vicenda di Claudia, preferì attingere all'opera di un giurista – Ateio Capitone – anziché a quella di un autore dell'annalistica? Che il clamoroso episodio fosse riportato negli scritti annalistici non può essere messo in dubbio, dato che lo troviamo menzionato da Livio nella sua Storia, la quale era basata, come è noto, essenzialmente su fonti di questo tipo. Purtroppo non abbiamo la possibilità di leggere il testo liviano originale, poiché l'episodio di Claudia rientrava per motivi cronologici nella seconda deca, a noi nota soltanto attraverso i riassunti delle *Periochae*. Ma la lettura delle pur scarse parole dell'epitome non dà luogo a dubbi che il caso fosse ricordato: «Claudia, sorella di Publio Claudio, il console che dopo avere disprezzato gli auspici aveva subito una disfatta, essendo sballottata dalla folla mentre tornava dai giochi, disse: 'Oh, se mio fratello fosse ancora vivo: comanderebbe di nuovo la flotta!'. Per questo motivo le fu inflitta una multa»⁴.

Come mai, dunque, Gellio preferì attingere a Capitone piuttosto che

³ Schol. Bob. p. 90.1-8 St.

⁴ Liv. per. 19: *Claudia, soror P. Claudi, qui contemptis auspiciis male pugnaverat, a ludis revertens cum turba premeretur, dixit: utinam frater meus viveret; iterum classem duceret. Ob eam causam multa ei dicta est.*

all'annalistica? Io credo che abbiano giocato più elementi. Gellio era, innanzi tutto, un convinto estimatore di Capitone come giurista, del quale rimarcava in un altro luogo delle *Noctes Atticae* l'eccezionale competenza sia nel diritto pubblico che nel diritto privato (*publici privatique iuris peritissimus*)⁵. Ma non era solo sotto questo aspetto che egli era indotto ad apprezzarlo. I *Coniectanea*, l'opera più importante del giurista augusteo, erano, sì, un'opera giuridica, ma forse ancor di più un'opera antiquaria, e proprio per questo loro carattere dovevano incontrare il gusto e le esigenze del nostro autore. Vi erano, tra Capitone e Gellio, delle affinità elettive: una comunità di orientamenti e di stimoli culturali che spesso li indirizzava verso analoghe tematiche (le tradizioni antiquarie, le consuetudini, i riti del passato, il gusto per la curiosità erudita) e stava alla base della loro comune tendenza all'esaltazione delle antiche istituzioni e allo studio delle singolarità delle stesse. Capitone, inoltre, non era privo di interessi linguistici, e anche questo lo rendeva particolarmente gradito a Gellio, vero appassionato di analisi lessicali e di questioni grammaticali e filologiche. È proprio a un'opinione espressa dal giurista nei *Coniectanea* che Gellio fa richiamo in un noto passo delle *Noctes Atticae* (20.2) per spiegare il significato di un antico vocabolo (*siticines*) che figurava in un'orazione di Catone, del quale non era riuscito a trovare un'esauriente spiegazione altrove⁶.

Un altro aspetto che accomunava i nostri due autori era la particolare attenzione da entrambi rivolta all'*exemplum* antico. La preziosa raccolta dei frammenti superstiti dell'opera di Capitone effettuata da Władysław Strzelecki⁷ conferma l'avviso a suo tempo espresso da Paul Jörs⁸ che i *Coniectanea* fossero una silloge erudita di esempi e di riflessioni su temi di diritto pubblico. Il commentario *De iudiciis publicis*, che

⁵ Gell. 10.20.2.

⁶ Gell. 20.2.3: *Nos tamen in Capitonis Atei coniectaneis invenimus 'siticines' appellatos, qui apud sitos canere soliti essent ...*

⁷ L. Strzelecki, *C. Atei Capitonis fragmenta*, Lipsiae 1967.

⁸ P. Jörs, *Ateius*, in *RE* II.2, Stuttgart 1896, 1905.

costituiva il nono libro dell'opera, doveva essere interamente composto – a quanto sembra potersi desumere da quel che ne resta – da una serie di episodi singolari che avevano dato luogo a un processo criminale. I due squarci che ce ne sono pervenuti, quello relativo alla prostituta Manilia⁹ e quello sulla nobile Claudia, di cui mi sto occupando in questa sede, ce ne offrono una limpida attestazione. Essi non potevano non richiamare l'attenzione di Gellio, il cui gusto per l'aneddotica e per gli *exempla* esaltanti gli antichi valori morali di Roma traspare in ogni passo delle *Notti Attiche*. Appunto per ciò, io ritengo, volendo citare la vicenda di Claudia quale *exemplum* dell'inviolabilità della *dignitas romanae disciplinae* (e così pure la vicenda di Manilia quale *exemplum* della *gravitas* degli antichi decreti tribuniti) Gellio preferì servirsi come fonte di Capitone, che si muoveva nel suo stesso ordine di idee, piuttosto che far ricorso agli annalisti, i quali probabilmente trattavano del caso sotto un profilo squisitamente storico, che mal si adattava al taglio 'esemplare' che egli intendeva dare all'episodio.

Tutto ciò premesso, veniamo al punto che maggiormente ci interessa come storici del diritto. La narrazione gelliana relativa alla condanna di Claudia può ritenersi fededegna e quindi utilizzabile ai fini della ricostruzione delle forme di persecuzione criminale in epoca repubblicana? A prima vista non sembrerebbe esservi alcun motivo per avanzare dei dubbi al riguardo. Il fatto che il racconto di Gellio sia ricalcato su quello di un giurista-antiquario come Capitone parrebbe di per sé sufficiente a garantire al moderno cultore del diritto criminale romano la piena affidabilità della testimonianza del nostro autore. E in effetti vari studiosi – a partire da Mommsen¹⁰ – non esitano a trarre dalla vicenda di Claudia, come è narrata nelle *Noctes Atticae*, precise indicazioni sulle modalità della persecuzione criminale edilizia. In realtà la testimonianza gelliana non è

⁹ Gell. 4.13.

¹⁰ Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 53 nt. 1.

così sicura come si ritiene, essendovi taluni elementi che danno motivo di dubitare che la narrazione rifletta con esattezza il procedimento giudiziale che portò alla condanna della donna. Ma procediamo con ordine.

La versione dell'episodio che leggiamo nelle *Noctes Atticae* non era l'unica che circolava nei primi tempi del principato. Del caso di Claudia faceva menzione anche Valerio Massimo nella sua nota raccolta di fatti e detti memorabili, ma in termini alquanto diversi. Egli se ne occupa in quella parte del libro ottavo nella quale passa in rassegna una serie di processi meritevoli di essere ricordati per essere caratterizzati dal fatto che la condanna degli accusati fu determinata più da vicende extragiudiziali che dalla loro effettiva colpevolezza. Claudia, secondo Valerio Massimo, auspicando che il fratello, risorto, portasse a fondo con la sua nave tutti gli abitanti dell'Urbe, aveva formulato, sì, un desiderio scellerato (un *votum impium*), ma non aveva commesso alcun crimine. Essa, ad avviso dell'autore, era stata condannata innocente (*insons*), per il solo fatto di avere evocato, di fronte alla folla che l'attornia, il detestato nome di Claudio Pulcro, da tutti ritenuto il principale responsabile del disastro navale di Drepana¹¹.

La valutazione del caso, come appare chiaro, è diversa da quella prospettata da Gellio, che, al contrario, ravvisava nell'azione degli edili un meritorio intervento della pubblica autorità a difesa della *dignitas romanae disciplinae*. Ma l'aspetto del racconto di Valerio Massimo che a noi, in questa sede, più interessa è un altro: e cioè che nel ricordare la persecuzione criminale di Claudia l'autore non parla di una multa inflitta dai magistrati in via di *coercitio*, ma lascia invece intendere che Claudia fu condannata a seguito di un vero e proprio processo *apud populum*. Depone in questo senso non solo la collocazione dell'episodio nel contesto di una serie di clamorosi processi celebratisi dinanzi ai *comitia*, ma anche (anzi

¹¹ Val. Max. 8.1 *damn.* 4: *Adiciatur his Claudia, quam insontem crimine, quo accusabatur, votum impium subvertit, quia, cum a ludis domum rediens turba elideretur, optaverat ut frater suus, maritimarum virium nostrarum praecipua iactura, revivesceret saepiusque consul factus infelici ductu nimis magnam urbis frequentiam minueret.*

in primo luogo) il linguaggio usato dall'autore: *Claudia, quam insontem crimine, quo accusabatur, votum impium subvertit*. La terminologia è tecnica – *crimine, quo accusabatur* – e designa la messa in stato d'accusa dinanzi a un organo giudicante, non certo l'infrazione di una misura coercitiva da parte di un magistrato: Claudia, secondo Valerio Massimo, fu tratta in giudizio, al pari dei protagonisti di tutti gli altri casi menzionati nello stesso capitolo dell'opera, dinanzi all'assemblea del popolo.

In termini analoghi (ma più dettagliatamente) descrive la vicenda giudiziale della donna anche Svetonio in uno dei primi paragrafi della sua *Vita di Tiberio*. Nel tracciare un rapido quadro dei meriti e dei demeriti degli antenati dell'imperatore, lo storico volge a un certo punto la sua attenzione a due membri femminili della *gens Claudia*, in cui vede rispecchiati rispettivamente il lato positivo e quello negativo della casata. Degna del più grande rispetto Claudia Quinta, probabilmente figlia del Pulcro di Drepana, che si era guadagnata la benevolenza divina salvando la nave che trasportava a Roma il simulacro di Cibele, la Gran Madre degli dèi; assai meno degna di lode la nostra Claudia, la quale – riferisce Svetonio – con procedura inusitata (*novo more*) fu sottoposta, per il suo indegno comportamento, a un *iudicium maiestatis*¹².

Anche il racconto di Svetonio, al pari di quello di Valerio Massimo, diverge dalla narrazione di Gellio per quanto attiene al tipo di persecuzione adottato. Claudia, secondo l'autore delle *Vitae Caesarum*, non sarebbe stata punita con una multa, imposta direttamente dagli edili secondo il loro libero arbitrio, ma sarebbe stata condannata a seguito di un processo comiziale. Lo storico chiaramente è nella linea di Valerio Massimo (un

¹² Svet. Tib. 2.3: *Extant et feminarum exempla diversa aequae, siquidem gentis eiusdem utraque Claudia fuit, et quae navem cum sacris Matris deum Ideae obhaerentem Tiberino vado extraxit, precata propalam, ut ita demum se sequeretur, si sibi pudicitia constaret; et quae novo more iudicium maiestatis apud populum mulier subiit, quod in conferta multitudine aegre procedente carpento palam optaverat, ut frater suus Pulcher revivisceret atque iterum classem amitteret, quo minor turba Romae foret.*

iudicium, non di un atto di *coercitio*), ma aggiunge una precisazione di non poco conto, ignorata da Valerio nel suo sommario accenno alla vicenda, e cioè per quale *crimen* la donna fu processata: Claudia – a detta di Svetonio – per il suo dissennato comportamento sarebbe stata chiamata a rispondere di fronte all’assemblea del delitto di *maiestas*.

La cosa non può non apparire sorprendente. Stando ai dati di cui disponiamo, la persecuzione del *crimen maiestatis* (identificabile, in senso ampio, con ogni atto d’avversione contro il prestigio e la dignità dello stato) fu introdotta solo nell’ultimo scorcio del II secolo – probabilmente nel 103 a.C. – per opera della *lex Apuleia* del tribuno Saturnino: legge che, come è a tutti noto, deferì a un’apposita *quaestio* tale tipo di illecito¹³. All’epoca dei fatti di cui ci occupiamo – siamo nel 246 – un comportamento come quello di Claudia non era previsto da una specifica legge, non costituiva un *crimen* con un *proprium nomen* (come la *perduellio*), ma era una delle tante fattispecie, prive di definizione legislativa, che i magistrati plebei perseguivano o in via coercitiva o davanti al popolo qualora le avessero ritenute criminalmente rilevanti secondo i propri criteri valutativi. Tutto induce dunque a ritenere che ci troviamo di fronte a un anacronismo di Svetonio. Lo storico doveva aver in mente il concetto giuridico di *maiestas* formulato dalla *lex Apuleia* e perfezionato dalle altre *leges maiestatis* che l’avevano seguita: concetto che era venuto progressivamente estendendosi, nel corso del primo principato, al punto che ogni offesa, sia pure soltanto verbale, recata all’imperatore venne considerata delitto di lesa maestà. Svetonio ne argomentò che anche l’offesa recata da Claudia al *populus* con il suo sciagurato discorso doveva essere stata considerata sotto tale profilo e ipotizzò che nel caso in questione fu istituita per la prima volta (*novo more*) una persecuzione criminale per il delitto di lesa maestà.

Chiedo venia a chi mi ascolta per aver richiamato cose a tutti ben note.

¹³ Cic. *de orat.* 2.107, 201; *part. or.* 105.

Il fatto è che contro questo avviso si è espresso in termini decisi Richard Bauman¹⁴, il quale è convinto che si debba accordare piena fede alle affermazioni di Svetonio. Secondo l'autore il concetto di *minuere maiestatem populi Romani* vide la luce anteriormente alla *lex Apuleia*, costituendo l'imputazione di base di vari *iudicia populi* promossi dai magistrati della plebe, in cui la pena proposta era una multa anziché la pena capitale prevista per la *perduellio*. La vicenda di Claudia, che si colloca nel periodo di maggior tensione della prima guerra punica, dopo le ripetute sconfitte della flotta romana nelle acque siciliane, riflette, ad avviso di Bauman, le ansie e le paure del momento: le parole della donna, in quel clima convulso, possono essere state interpretate come una diminuzione della *maiestas populi romani*, e la sua persecuzione (multaticia) *apud populum* a titolo di lesa maestà dovè costituire, di fatto, un parallelo della persecuzione (capitale) subita pochi anni prima dal fratello per *perduellione*.

Questa tesi, al pari di molte altre dello studioso sudafricano, è indubbiamente suggestiva, ma poggia su basi assai fragili (per non dire inconsistenti). Le fonti ci offrono numerose testimonianze di processi penali condotti da *aediles*, ma essi si ricollegano per lo più alle *curae* loro affidate: sono attestati processi contro incettatori, usurai, stupratori, meretrici; frequentissimi anche i processi contro i trasgressori dei minimi fissati dalla *lex Licinia* per l'occupazione dell'*ager publicus* e per l'uso di *pascua* (forse instaurati sulla base della formula *qui volet magistratus multare liceto*). Ma in nessun testo è fatta menzione di un edile impegnato in un processo politico. E non è certo un caso che nel ricco materiale processuale offertoci da Livio nella sua Storia non si trovi mai ricordato, per l'epoca anteriore alla *lex Apuleia*, un *iudicium populi* connesso all'imputazione di *maiestas*.

Tutto ciò fa assai fondatamente dubitare che Claudia sia stata pro-

¹⁴ R.A. Bauman, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg 1967, 28 s.

cessata per il delitto in questione. Assai più probabile, io ritengo, è che l'intervento degli edili sia da connettere con le competenze istituzionali di questi magistrati in materia di *cura urbis* – e forse anche di *cura ludorum* –, avendo la donna, proprio all'uscita dai giochi (organizzati dagli stessi edili) pronunciato di fronte alla folla parole insultanti e provocatorie, suscettibili di suscitare tumulti o quanto meno di turbare l'ordine pubblico. Parole che avevano ben poco a che fare con un'offesa alla maestà del popolo romano, giacché Claudia non aveva auspicato che il fratello armasse un'altra flotta in danno della repubblica, bensì che intentando un'altra battaglia navale spedisse in fondo al mare quella marmaglia, che a suo avviso rendeva impraticabili le strade di Roma.

Ma se la qualificazione del comportamento di Claudia come *crimen maiestatis* è una discutibile interpretazione di Svetonio, ciò non significa che anche l'affermazione che tale comportamento diede luogo a un processo *apud populum* sia da scartare. Già un secolo prima, come si è appena veduto, Valerio Massimo accennava a un processo di questo tipo. Entrambi gli autori, sia Valerio che Svetonio, non dubitavano che nei confronti di Claudia si fosse tenuto un processo di fronte all'assemblea delle tribù.

Siamo così riportati al punto da cui abbiamo preso le mosse, e cioè al contrasto con la testimonianza di Gellio. A detta di quest'ultimo, come si è visto, la multa non sarebbe stata inflitta a Claudia attraverso un processo, bensì in via di *coercitio*. Per spiegare il contrasto, si è ipotizzato che ci si trovi di fronte a due tradizioni diverse: una più antica (forse risalente a Varrone) raccolta da Capitone; e una più recente, affermata nel corso della prima età imperiale, propugnata da Valerio Massimo e (con la variante della *maiestas*) da Svetonio¹⁵.

A sostegno di una risalente tradizione attestante un intervento coercitivo degli edili si suole richiamare, oltre alla testimonianza di Capi-

¹⁵ J. Suolahti, *Claudia insons. Why was a fine imposed on Claudia Ap. F. in 246 BC?*, in *Arctos* 11, 1977, 133 ss.

tone, lo squarcio dell'epitome liviana che abbiamo citato all'inizio del nostro discorso¹⁶. In questo testo, come si è visto, l'epitomatore, esposta per sommi capi la vicenda di Claudia, conclude (verosimilmente usando lo stesso linguaggio di Livio) con le parole *ob eam causam, multa ei dicta est*. L'espressione *multam dicere*, come è noto, è un'espressione tecnica, che designa la multa inflitta direttamente dal magistrato. Per designare invece la multa la cui irrogazione il magistrato chiedeva al popolo l'espressione propria è *multam irrogare*. Livio dunque doveva ritenere, come Capitone, che Claudia fosse stata direttamente punita dagli edili in via di *coercitio*. Questa conclusione, irreprensibile dal punto di vista teorico, trascura tuttavia il fatto che Livio, nella sua Storia, tiene assai poco conto di questi tecnicismi. Mi limito a richiamare un esempio per tutti. Nel 295 a.C. l'edile Fabio Gurgite trascinò in giudizio davanti al popolo alcune matrone con l'accusa di *stuprum*, e il popolo, ritenutele colpevoli, le condannò al pagamento di una multa. Ora, Livio descrive l'episodio con queste parole: *eo anno, Q. Fabius Gurges aliquot matronas ad populum stupri damnatas pecunia multavit*¹⁷, mescolando, senza preoccupazione, la terminologia della *coercitio* con quella del processo comiziale. Il frammento delle *Periochae* non può dunque essere considerato una prova irrefutabile che Livio ritenesse che Claudia fosse stata direttamente multata dagli edili. Unico testimone della supposta duplicità di versioni dell'episodio di cui si parla sarebbe dunque Gellio, la cui narrazione si contrappone radicalmente a quella di Valerio Massimo e di Svetonio.

Ma esisteva veramente una duplicità di versioni? Io non ne sono convinto. C'è, a mio parere, un'altra spiegazione altrettanto (anzi maggiormente) soddisfacente. E cioè che non ci troviamo di fronte a due versioni diverse dell'episodio in questione, ma che Valerio Massimo e Svetonio da

¹⁶ Sopra, n. 4.

¹⁷ Liv. 10.31.9.

una parte, e Gellio dall'altra prendano in considerazione due diverse fasi dello stesso episodio. Ed invero le informazioni forniteci dai due storici e quelle del nostro autore non solo non si escludono, ma possono considerarsi come integranti a vicenda: è cioè possibile che Claudia sia stata multata dagli edili in via di *coercitio* e poi sottoposta al giudizio del concilio tributo in seguito alla *provocatio* da essa sperimentata contro il provvedimento dei due magistrati. Gellio, a cui non interessava la seconda parte della storia (il processo *apud populum*), ma solo la prima, che racchiudeva l'interessante *exemplum* di una multa inflitta – caso del tutto singolare – non in conseguenza di fatti concreti ma di semplici parole insolenti (*petulantiores voces*) riprese dalla sua fonte, Ateio Capitone, solo la prima parte della vicenda; invece Valerio Massimo e Svetonio, che per motivi diversi erano interessati alla sola seconda fase (la fase processuale), omisero l'antefatto e volsero la loro attenzione al solo giudizio comiziale.

Può rinvenirsi nelle fonti qualche concreto indizio di quanto assumiamo? A mio parere vi è almeno un paio di dati che meritano di essere presi in considerazione. Innanzi tutto l'entità della multa inflitta dagli edili: 25.000 assi pesanti. È una somma notevole. Appunto per evitare che sanzioni tanto gravose fossero lasciate all'arbitrio dei magistrati, le multe di valore superiore a 3.020 assi erano state assoggettate, fin da epoca remota, alla *provocatio ad populum*. Ora, è mai possibile che Claudia, così pesantemente colpita nel suo patrimonio, abbia tranquillamente accettato una sanzione del genere senza prima tentare di ottenerne la cassazione facendo ricorso al popolo? Mi sembra, francamente, poco verosimile. Tutto invece lascia credere che essa abbia esercitato la *provocatio* e che in seguito a ciò il caso sia stato trasferito dinanzi al *concilium plebis* (il quale peraltro deluse le aspettative della donna, confermando la multa inflitta dagli edili).

Accanto a questo indizio, vi è un altro dato che mi sembra appoggi fortemente l'opinione prospettata. Gellio riferisce di avere attinto la storia di Claudia al commentario di Capitone *De iudiciis publicis*. Il giurista dunque si occupava, in questa parte dei suoi *Coniectanea*, di cause che

erano state oggetto di trattazione in via giudiziale. Circostanza che trova significativa conferma nell'altro episodio che Gellio attinge allo stesso commentario: quello relativo al clamoroso processo (poi andato a monte) della meretrice Manilia, ingiustamente citata davanti al popolo dall'edile Ostilio Mancino¹⁸. Se così è, possiamo legittimamente supporre – mi sembra – che Capitone nella sua opera raccontasse per esteso tutta la vicenda di Claudia, dalla multa imposta dagli edili fino al successivo processo conseguente alla *provocatio*, e che Gellio, interessato solo alla prima parte, abbia per sua libera scelta omissa la successiva fase processuale.

Questo modo di procedere – conviene notarlo – non è inconsueto nel nostro autore. Quando, per esempio, nell'undicesimo libro, al capitolo 17, riferisce il contenuto dell'*edictum de fluminibus retardis*, l'impressione è che egli riferisca tale editto per intero, ma non è così: in realtà egli circonda la citazione alla parte iniziale dell'editto, che era quella che gli interessava perché conteneva il verbo *retare* (di cui voleva spiegare il significato), mentre taglia la parte successiva, per lui irrilevante, ove si menzionavano le sanzioni da infliggersi in caso di inadempimento.

Da tutto ciò può trarsi – mi sembra – un utile insegnamento per quanto riguarda l'utilizzazione del materiale gelliano: e cioè che quando ci troviamo di fronte a dei passi contenenti la narrazione di episodi o la citazione di documenti non dobbiamo mai dare per scontata, nonostante l'apparenza, la completezza dell'episodio o del documento citato, poiché l'autore non di rado circonda la citazione a quella parte della storia o del documento che gli interessa.

Con questo avrei concluso. Prima di chiudere, tuttavia, mi sembra indispensabile una breve postilla in ordine a un punto che può suscitare qualche perplessità in chi mi ascolta. Si tratta del titolo del libro di Capitone (il nono dei *Coniectanea*, come si è detto) da cui Gellio ha attinto

¹⁸ Gell. 4.13 cit.

la storia di Claudia: *De iudiciis publicis*. La denominazione *iudicium publicum* – come sappiamo – è normalmente usata per designare il processo che si svolge di fronte a una corte di giustizia permanente (a una *quaestio*). Ma la tesi da me prospettata comporta, come è ovvio, che la seconda fase della vicenda di Claudia, conseguente alla *provocatio*, si sia svolta davanti all'assemblea popolare, e non davanti a una *quaestio*. Nell'intitolazione dell'opera capitoniana dovrebbe dunque parlarsi di *iudicia populi*, e non di *iudicia publica*.

In realtà l'aporia è solo apparente. È sufficiente scorrere le testimonianze delle fonti per rendersi conto che il termine *iudicium publicum*, pur essendo il più delle volte usato nella sua accezione tecnica di «giudizio svolgentesi dinanzi a una *quaestio*», è spesso adoperato anche nel senso generalissimo di «processo criminale», senza specifico riferimento al processo per giuria: nel senso, più precisamente, di «processo in cui il *iudicium* è rimesso a un organo pubblico» (sia esso costituito dall'assemblea del popolo ovvero da un collegio giudicante presieduto da un magistrato)¹⁹. Il titolo *De iudiciis publicis* dato da Capitone a un libro dei suoi *Coniectanea* non esclude dunque affatto che in esso si trattasse anche di casi giudiziari discussi di fronte ai comizi: e che quindi vi si facesse espressa menzione del processo celebrato *apud populum* in conseguenza della *provocatio* di Claudia (processo che Gellio, per i motivi più sopra indicati, ritenne superfluo menzionare nelle *Noctes Atticae*).

E con questo ho davvero concluso.

¹⁹ Cfr. p. es. Cic. *Rab. perd.* 16 (*ignominia iudiciorum publicorum*); *dom.* 108 (*neque privati neque publici iudici*); Liv. 2.41.12 (*sive illud domesticum sive publicum fuit iudicium*); Vell. 2.7.4 (*iudiciorum publicorum merito oppressit invidia*); Val. Max. 8.1 (rubr. *De iudiciis publicis*).

Il processo di Manilia (Gell. 4.14) e i Coniectanea di Gaio Ateio Capitone

Pierangelo Buongiorno

1. Fra le numerose vicende pertinenti alla repressione criminale che il testo delle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio ripercorre ve n'è una, abbastanza celebre, relativa al *iudicium populi* instaurato contro una prostituta di nome Manilia; vicenda di cui Gellio aveva informazione dai *Coniectanea* di Gaio Ateio Capitone. In Gell. 4.14¹ leggiamo dunque:

Narratur historia de Hostilio Mancino aedilium et Manilia meretrice; verbaque decreti tribunorum, ad quos a Manilia provocatum est.

1. Cum librum IX Atei Capitonis Coniectaneorum legeremus, qui inscriptus est de iudiciis publicis, decretum tribunorum visum est gravitatis antiquae plenum. 2. Propterea id meminimus, idque ob hanc causam et in hanc sententiam scriptum est: Aulus Hostilius Mancinus aedilis curulis fuit. 3. Is Maniliae meretrici diem ad populum dixit, quod e tabulato eius noctu lapide ictus esset, vulnusque ex eo lapide ostendebat. 4. Manilia ad tribunos plebi provocavit. 5. Apud eos dixit comessatorem Mancinum ad aedes suas venisse; eum sibi recipere non fuisse e re sua, sed cum vi inrumperet, lapidibus depulsum. 6. Tribuni decreverunt aedilem ex eo loco iure deiectum, quo eum venire cum corollario non decuisset; propterea, ne cum populo aedilis ageret, intercesserunt.

¹ Per una prima lettura del testo vd. anche A. Tarwacka, *Opowiadana jest historia edyla Hostiliusa Mancinusa i prostytutki Manilii; przytacza się słowa dekretu trybunów, do których odwołała się Manilia – Aulus Gellius, 'Noce attyckie' 4,14. Tekst - tłumaczenie - komentarz*, in *Zeszyty Prawnicze* 13.4, 2013, 229-234.

È narrata la storia di Ostilio Mancino, uno degli edili², e della prostituta Manilia. E le parole del decreto dei tribuni invocati da Manilia.

1. Mentre leggevamo il libro nono dei *Coniectanea* di Ateio Capitone che si intitola *De iudiciis publicis*, un decreto dei tribuni ci apparve carico della antica austerità. 2. Per tale motivo lo ricordiamo, ed esso fu scritto per questa causa e con questo tenore: Aulo Ostilio Mancino era un edile curule. 3. Egli citò davanti al popolo la meretrice Manilia, poiché di notte era stato colpito da un sasso lanciato dal balcone di questa, ed esibiva la ferita provocata da quel sasso. 4. Manilia invocò i tribuni della plebe. 5. Dichiarò in loro presenza che Mancino si era presentato alticcio a casa sua, che ella aveva ritenuto di non riceverlo e che, avendo egli tentato di entrare con la forza, ella lo aveva scacciato a sassate. 6. I tribuni decretarono che l'edile era stato allontanato da quel luogo a buon diritto, poiché non era decoroso che egli vi si fosse presentato con il capo cinto della corona conviviale; e pertanto intercedettero affinché l'edile non trattasse la causa dinanzi al popolo.

In punto di fatto la vicenda è, nella sua semplicità, adamantina. Un giovane patrizio in carica come edile curule, ubriaco dopo una cena conviviale, decide di concludere la serata con una prostituta. Ne raggiunge l'abitazione nel cuore della notte, con ancora in capo la corona conviviale, e la donna – infastidita, forse persino intimorita – si rifiuta di riceverlo. A fronte delle insistenze dell'esuberante magistrato, che cerca di irrompere con la forza, lo scaccia a sassate. Con la conseguenza che questi, ferito da uno dei sassi, decide di vendicarsi, accusando la donna in giudizio dinanzi al popolo.

Costei, tuttavia, ottiene l'intervento dei tribuni, che con un proprio decreto esercitano il *ius intercessionis*, interrompendo lo svolgimento del *iudicium* poiché la condotta del magistrato non era stata decorosa (*quo ... non decuisset*).

² Sulla funzione di partitivo del genitivo *aedilium* vd. F. Cavazza, in Aulo Gellio, *Le notti attiche. Libri IV-V, Introduzione, testo latino, traduzione e note* di F. Cavazza, Bologna 1987, 166 nt. 1.

Sin qui il fatto, almeno per come traspare dal resoconto gelliano. In punto di diritto, tuttavia, il testo richiede di svolgere una serie di considerazioni e precisazioni in ordine a tre profili: a) la cronologia, il fondamento giuridico e le fasi di svolgimento della vicenda processuale che vide sotto accusa Manilia; b) tempi e modi dell'attività decretale dei tribuni connessa all'esperimento dell'*intercessio* e la sua natura; c) l'analisi, quantomeno per il libro in questione, della tipologia e della struttura della fonte di Gellio, ossia i *Coniectanea* di Capitone e, laddove possibile, una riflessione sulle fonti adoperate dal giurista di epoca augustea per ricostruire la vicenda.

2. Per quanto attiene alla cronologia, il testo di Gellio non contiene a prima vista elementi utili, se non l'onomastica del magistrato coinvolto. Negli studi più datati, non era dunque mancato chi avesse collocato, ma senza argomenti davvero probanti, l'episodio anteriormente al 181 a.C., o più specificamente al 183 a.C. (sulla base di calcoli approssimati sulle *leges annales*)³, identificando il personaggio ricordato da Gellio con l'Aulo Ostilio Mancino pretore urbano del 180 a.C. e poi divenuto console nel 170 a.C.

Per parte loro, però, prima Fr. Münzer e poi T.R.S. Broughton identificarono Aulo Ostilio Mancino con il senatore di rango edilizio membro dell'ambasceria a Nicomede di Bitinia, nel 149 a.C.⁴, insieme al pretorio Marco Licinio e a Lucio Manlio Vulsono⁵. Secondo Appiano (*Mithr.* 6),

³ In tal senso vd. rispettivamente P.F. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris 1901, 245 nt. 5, e G. Botsford, *The Roman Assemblies from their Origin to the End of the Republic*, New York 1909, 326.

⁴ Fr. Münzer, s.v. *Hostilius* 17, in *PWRE*. VIII.2, Stuttgart 1913, 2507-2508; T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic* I, Atlanta 1951, 454 e 460 nt. 5.

⁵ Oltre al testo appiano citato alla nota successiva, completano il dossier su questa legazione Plb. 36.14.1-5; Diod. 32.20; Liv. *per.* 50; Plut. *Cato mai.* 9.1. Sul punto anche Cavazza, in Aulo Gellio, *Le notti attiche* cit. 166 nt. 3.

infatti, il senato aveva dato mandato al pretore in carica di scegliere i legati per questa missione; e costui «scelse tre uomini, uno dei quali era stato colpito una volta in testa con una pietra, da cui era rimasto gravemente sfregiato; un altro era uno storpio malato, e il terzo era considerato quasi un pazzo; perciò Catone fece l'osservazione sprezzante che quest'ambasceria non avesse né capo, né piedi, né testa»⁶. La duplice tradizione intorno allo sfregio causato da una pietra – e in ogni caso il discredito di cui godevano Ostilio e gli altri legati del senato presso l'anziano Catone – induce con buoni argomenti a identificare il legato del 149 a.C. con il protagonista dell'episodio tradito da Gellio, collocandolo al 151 a.C. o a un anno di poco precedente⁷. E d'altra parte una cronologia dell'episodio di cui ci si sta occupando al più tardi alla metà del II secolo a.C. sembrerebbe da prediligersi

⁶ App. *Mithr.* 6: ἐπαγαγὼν τέ ποτε, ψηφισαμένης τῆς βουλῆς τὸν στρατηγὸν αὐτὸν ἐλέσθαι τε καὶ πέμψαι πρέσβεις οἱ διαλύσουσι τὸν πόλεμον, εἴλετο τρεῖς ἄνδρας, ὧν ὁ μὲν τὴν κεφαλὴν ποτε λίθῳ πληγείς ἀσχήμονας ἐπέκειτο ὠτειλάς, ὁ δὲ τοὺς πόδας διέφθαρτο ὑπὸ ρεύματος, ὁ δ' ἠλιθιώτατος ἐνομίζετο εἶναι, ὅστε Κάτωνα τὴν πρεσβείαν ἐπισκόπωντα εἰπεῖν τὴν πρεσβείαν αὐτὴν μήτε νοῦν ἔχειν μήτε πόδας μήτε κεφαλὴν.

⁷ Così anche J. Bleicken, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München 1968², 80 nt. 4, e ora Tarwacka, *Opowiadana jest historia* cit. 233. La notizia che Ostilio Mancino fosse stato sfregiato in volto dal lancio di materiale lapideo è del resto riferita anche da Plb. 36.14.1-5 e Diod. 32.20, secondo i quali però il giovane patrizio sarebbe stato colpito da un κεραμῖς (una tegola o un vaso), e come mette in evidenza F. Cavaggioni, *Mulier rea. Dinamiche politico-sociali nei processi a donne nella Roma repubblicana*, Venezia 2004, 146 s., nonostante l'esistenza di varianti all'interno della tradizione, questa «rivela una sorprendente consonanza con l'aneddoto gelliano», che ne costituisce dunque «la premessa logica e temporale» (ma sul nesso fra le testimonianze qui discusse come prova della storicità del processo di Manilia vd. già anche Cl. Hermann, *Le rôle judiciaire et politique de la femme sous la République romaine*, Bruxelles 1964, 86). Quanto al discredito di Catone nei confronti di questi legati, sempre Cavaggioni, *o.l.u.c.* (ove bibl. alle ntt. 58-59), osserva come esso vada letto nel senso di una dialettica politica con quella parte del senato che attraverso la scelta di «tre persone (che) non fossero le più idonee a svolgere la delicata missione diplomatica» avesse in effetti interesse a farla fallire, «dilazionando ogni intervento di Roma e favor(endo) indirettamente la collusione tra Nicomede e Attalo di Pergamo».

anche in ragione della sostanziale consunzione degli *Hostilii Mancini* nell'ultimo trentennio di questo secolo⁸.

Per quanto riguarda invece la natura del procedimento azionato contro Manilia, è ragionevole ritenere che il *iudicium populi* promosso da Ostilio Mancino fosse connesso alle sue funzioni di edile. Se infatti Ostilio avesse agito contro la donna per essere risarcito del danno corporale scaturito dalle lesioni, mediante esperimento di un'azione privata di *iniuria*, ciò avrebbe implicitamente prodotto l'ammissione di un rapporto a carattere privato con la meretrice, con conseguente discredito sociale dell'attore⁹.

Ostilio Mancino avrebbe preferito pertanto abusare della propria posizione magistratuale contestando alla donna di essersi rifiutata di sottoporsi a un controllo per il quale gli edili erano evidentemente competenti. A tale riguardo la pubblica esibizione delle lesioni causate dalle sassate di Manilia da parte di Ostilio avrebbe assunto la dimensione di 'prova' del rifiuto della donna di sottoporsi al controllo magistratuale. Un rifiuto che, nella ricostruzione del fatto prospettata dall'edile curule, aveva leso non soltanto la dignità della carica magistratuale, ma anche l'integrità fisica del magistrato¹⁰.

Da ciò non si deve necessariamente desumere che Ostilio Mancino pretendesse che alla sua persona fosse estesa la sfera dell'inviolabilità

⁸ Dopo cioè la sconfitta patita presso Numanzia da Gaio Ostilio Mancino, figlio del console del 170 a.C., a sua volta console nel 137 a.C. e fratello minore del nostro edile; sconfitta che gli sarebbe costata il richiamo a Roma dinanzi al senato e la sostituzione con Marco Emilio Lepido Porcina, e che avrebbe indotto Plutarco (*Ti. Gracch.* 5.1-4) a qualificare Gaio Ostilio Mancino come 'il più sfortunato' dei generali romani. In proposito vd. N. Rosenstein, *Imperatores victi. Military Defeat and Aristocratic Competition in the Middle and Late Republic*, Berkeley – Los Angeles – Oxford 1990, part. 190.

⁹ E d'altra parte, come osserva Tarwacka, *Opowiadana jest historia* cit. 233, a quel tempo non esisteva ancora neppure una responsabilità *de effusis vel deiectis*, che avrebbe permesso di eliminare ogni vincolo di relazione con la meretrice.

¹⁰ «An attack on his magisterial office» nelle parole di A.H.M. Jones, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972, 15.

fisica propria dei tribuni e degli edili plebei¹¹, né che da questo fosse scaturita nei confronti di Manilia un'accusa di lesa maestà¹². In questo periodo siamo infatti ancora ben lontani da quell'elaborazione della *laesa maiestas populi Romani* che invece caratterizzerà le convulse fasi della fine della repubblica.

L'ipotesi più concreta è insomma che il processo fosse multaticio¹³ e la sua instaurazione si fondasse sull'accusa di aver ostacolato l'attività dell'edile nell'esercizio di funzioni ispettive per una delle materie per le quali questi magistrati erano competenti: fra queste rientravano anche l'indebita occupazione di terre pubbliche, lo sfruttamento abusivo di pascoli ricadenti nell'*ager publicus*, l'accaparramento indebito di derrate, la pronuncia di malefici contro la proprietà privata, la pronuncia di discorsi atti a turbare l'ordine pubblico e, soprattutto, gli attentati alla pudicizia pubblica¹⁴.

In altre parole, Ostilio avrebbe giustificato la sua presenza presso l'abitazione della meretrice adducendo esigenze d'ispezione a tutela del

¹¹ Così invece St. Roncati, *Caio Ateio Capitone e i Coniectanea. (Studi su Capitone, I)*, in *SDHI*. 71, 2005, 365.

¹² Come faceva invece R.A. Bauman, *Criminal Prosecution by the Aediles*, in *Latomus* 33, 1974, 253 («evidently in vindication of his magisterial *maiestas*»); tesi a cui si è poi accodata, di recente, A. Daguet-Gagey, *Splendor aedilitatum*, Rome 2015, 183. Ma su questo aspetto vd. già le giuste riserve di L. Garofalo, *Aediles e iudicia populi*, in A. Burdese (a c. di), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, ora in Id., *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova 1998³, 156 nt. 126.

¹³ Così E. De Ruggiero, s.v. *Aedilitas*, in *Enc. giur. it.*, I/2, Milano 1892 (*sed* 1912), 401 nt. 4. Più prudente L. Garofalo, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei iudicia populi*, Padova 1989, 126 nt. 163. Ma vd. anche Tarwacka, *Opowiadana jest historia* cit. 234, che mette in evidenza come Ostilio potesse aver comminato a Manilia una *multa maxima*, il che avrebbe agevolato il ricorso all'intervento dei tribuni.

¹⁴ Casistica in B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998², 83 s., che con riguardo a Gell. 4.14 pensa però proprio a un capo d'accusa connesso con «offese alla dignità e alla persona dell'edile».

pubblico pudore¹⁵ e solo in ragione di questo avrebbe pretestuosamente dedotto l'offesa della sua dignità magistratuale anche attraverso il ferimento patito. Una tale lettura induce a comprimere la nozione di «reato politico», che pure è stata addotta in letteratura con riguardo alla vicenda qui in esame. Se infatti una parte degli studiosi si è orientata nel ricomprendere all'interno della nozione di «reato politico» tutte le condotte di ostacolo allo svolgimento delle funzioni magistratuali¹⁶, viceversa pare da prediligersi la lettura di chi – come B. Santalucia – ha visto nell'accusa mossa da Ostilio Mancino contro Manilia la contestazione di «un reato contro il regolare svolgimento dell'attività amministrativa»¹⁷. Il che, a mio parere, riduce anche i margini di utilizzabilità di questo testo al fine di provare una competenza esclusiva degli edili all'esercizio dell'azione penale nei confronti di donne nel regime di repressione criminale attraverso i *iudicia populi*¹⁸.

3. È proprio su tale ambiguità di fondo della condotta di Ostilio Mancino in sede processuale, pronto cioè a negare la realtà storica del fatto per restituirne un'altra, per lui meno disdicevole sul piano sociale ma di grave impatto sulla sua controparte (trasformando cioè quella che avrebbe dovuto essere una controversia civile in un *iudicium publi-*

¹⁵ Così già E. De Ruggiero, s.v. *Aedilis*, in *DEp.* I, Roma 1895 (rist. anast. Roma 1961), 229, che ipotizza una connessione con una competenza edilizia a reprimere lo *stuprum*. Ma vd. anche L. Peppe, *Posizione sociale e ruolo giuridico della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984, 116 nt. 94 e poi Cavaggioni, *Mulier rea* cit. 147 e nt. 69, ove bibliografia ulteriore, cui adde W. Nippel, *Public Order in Ancient Rome*, Cambridge 1995, 18.

¹⁶ Vd. per esempio Garofalo, *Aediles e iudicia populi* cit. 155 s. nt. 126.

¹⁷ Sono parole di B. Santalucia, *Edili e processi popolari (Iura 40, 1989)*, ora in Id., *Studi di diritto penale romano*, Milano 1994, 73 s. nt. 30.

¹⁸ Suggestiva ipotesi, questa, sostenuta soprattutto da L. Garofalo, *La competenza a promuovere 'iudicia populi' avverso donne (SDHI. 52, 1986)*, ora in Id., *Appunti* cit. 89 ss., part. 93 s.

*cum*¹⁹), che si sarebbe modulato pertanto l'intervento dei tribuni della plebe. Come annotava Gellio,

tribuni decreverunt aedilem ex eo loco iure deiectum, quo eum venire cum corollario non decuisset.

Nel loro *decretum* i tribuni rivolgono la propria attenzione sul magistrato, non sull'uomo, come si evince dal ricorso al sostantivo *aedilis*. La nostra fonte (in questo passaggio forse già lo stesso Capitone, a sua volta dipendente dai *verba* del decreto tribunizio) insiste appunto sulla carica rivestita dall'uomo. Se Ostilio aveva scelto di consumare la propria reazione accusando Manilia di avergli inferto lesioni mentre lui si limitava ad adempiere ai propri doveri di edile, i tribuni gli contestarono invece di avervi adempiuto con insufficiente, se non scarso senso del decoro; sicché la meretrice Manilia – che presso i tribuni aveva affermato che *comessatorem Mancinum ad aedes suas venisse* (4.14.5), ossia come *comessor* e dunque 'in vena di gozzovigliare' – lo avrebbe scacciato addirittura a buon diritto (*iure*)²⁰ non potendo riconoscere in lui, che si presentava di notte, e con il capo cinto addirittura da una ghirlanda conviviale, un magistrato della *res publica* nell'esercizio delle

¹⁹ Come metteva in luce già A.W. Lintott, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968, 98. Priva di ogni sensibilità, invece, la lettura di L. Fanizza, *L'amministrazione della giustizia nel principato. Aspetti, problemi*, Roma 1999, 31-32, che ritiene la scelta di Ostilio Mancino motivata da (non meglio precisate) «maggiori garanzie», forse nel senso del buon esito della vicenda processuale. Il che però induce il lettore a interrogarsi, a differenza della studiosa barese, sul senso ultimo del processo: Ostilio Mancino non perseguiva evidentemente un intento risarcitorio, ma è più verosimile che tentasse di giustificare agli occhi della comunità le ragioni dello sfregio in pieno volto procuratogli da Manilia riconducendole nell'alveo di una dialettica fra un magistrato ligio al proprio compito e una violenta prostituta.

²⁰ Secondo Bleicken, *Das Volkstribunat* cit. 80, la fattispecie sarebbe rientrata nella legittima autodifesa («Selbstverteidigung»); ma vd. anche Tarwacka, *Opowiadana jest historia* cit. 234. L'ablativo avverbiale *iure* si contrappone alla condotta violenta (*cum vi*) di Ostilio.

sue funzioni. Come ha messo in luce L. Peppe, si trattava palesemente di un espediente argomentativo che permetteva però di sanzionare l'atteggiamento prevaricatore del magistrato patrizio Ostilio Mancino, sia pure assunto nei confronti di una meretrice²¹.

Acclarato come Ostilio avesse tentato di far condannare Manilia per una condotta contro il regolare svolgimento dell'attività amministrativa,

²¹ Sul punto Peppe, *Posizione sociale e ruolo giuridico della donna* cit. 116; vd. anche Garofalo, *Il processo* cit. 126. In ogni caso sarei propenso a escludere l'esistenza di un divieto assoluto, in capo agli edili (e più in generale in capo ai magistrati romani), di esercitare le proprie funzioni di notte in pubblico: a un tale divieto pensa, sulla base di Pomp. *l. sing. ench.*, D. 1.2.2.31 (*Et quia magistratibus vespertinis temporibus in publicum esse inconveniens erat et rell.*), C. Cascione, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999, 24, rilevando che da esso sarebbe derivata la costituzione di *quinqueviri*. Ma il lemma '*inconveniens*' adoperato da Pomponio – contrario di *convenio*, che riscontriamo sempre come participio aggettivale, e mai in altre forme verbali – è un lemma che pare genericamente riferirsi all'«inopportunità» di determinate azioni e condotte, e non già a divieti esplicitamente o formalmente espressi: in questo senso ricorre per esempio sempre in Pomponio (22 *ad Q. Muc.*, D. 38.1.34), e poi ancora in Gai. 1 *ad leg. XII Tab.*, D. 1.2.1; ma vd. anche Gell. 5.20.2 (= *Sinn. Epist. frg. 2 Funaioli*), Quint. *inst. or.* 1.5.52 e soprattutto Apul. *Mund.* 27 (ove *inconveniens* è adoperato in parallelo con *indecorum*): cfr. H. Lausberg, s.v. *inconveniens*, in *ThLL*. VII.1, Lipsiae 1934-1964, 1019-1020. Sulla scorta di Paul. *l.s. de off. praef. vig.*, D. 1.15.1 (*Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt: interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis*), sembrerebbe anzi potersi inferire che dopo l'istituzione dei *tresviri nocturni* gli edili – e persino i *tribuni* – potessero comunque intervenire di rincarzo nelle attività affidate a questi (in tal senso vd. ora anche G. Cossa, *Iulius Paulus, libri singulares I*, Roma-Bristol 2022, 265 e nt. 376, con una giusta critica a P. Kołodko, *The powers and Significance of the Praefect of the 'Vigiles' ('praefectus vigilum')* in *Ancient Rome*, in *Zeszyty Prawnicze* 12.4, 2012, 201), il che induce a escludere un espresso divieto per gli *aediles* di svolgere attività 'notturne'. E d'altra parte, Cic. *Verr.* II.4.43.93 (*itaque ab iis qui principes in ea civitate erant praecipitur et negotium datur quaestoribus et aedilibus ut noctu vigiliis agerent ad aedis sacras et rell.*) sembra riferire – con riguardo alla comunità provinciale di *Agrigentum*, all'epoca però forse già detentrica di *ius Latii* – l'esistenza di competenze 'notturne' conferite dal senato locale a magistrati qualificati come *quaestores* ed *aediles*, e che potrebbero essere ispirate a pratiche romane.

va senz'altro fortemente ridimensionata la tesi sostenuta da Th. McGinn, secondo cui tanto la vicenda di Manilia – al pari del caso retorico della prostituta assolta dall'accusa di omicidio per aver ucciso un soldato che cercava di rapirla da un postribolo (Sen. *rhet. contr.* 1.2) – suggerirebbe «the existence of a certain sympathy for prostitutes, as well as recognition of the violent and oppressive atmosphere in which they carried on their trade»²².

L'intervento dei *tribuni* giunse dopo la *diei dictio*, ossia la convocazione dell'imputato dinanzi al comizio tributo per l'espletamento dell'*anquisitio*, l'inchiesta pubblica prodromica alle successive fasi della *iudicatio* (in cui si formulava da parte del magistrato la richiesta di pena) e della *certatio* (il dibattito finale seguito dal voto dell'assemblea)²³. Una tale tempistica ben si confà all'affermazione gelliana secondo la quale l'*intercessio* avrebbe determinato che Ostilio *ne cum populo aedilis ageret*, formulazione che suggerisce che il magistrato si accingesse a richiedere formalmente la pena al comizio tributo. In ogni caso non è suffragata da fonti la tesi di Mommsen in base alla quale Ostilio avrebbe convocato il comizio invitandolo a pronunciarsi in seconda istanza, dopo aver irrogato cioè nei confronti della donna una sanzione²⁴.

²² Così Th.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, Oxford 1998, 61, che adduce (nt. 326) anche ulteriori testimonianze su questo clima violento e oppressivo (*BGU* II 1024; Ps.-Quint. *decl. min.* 297), senza però riuscire davvero a provare l'esistenza di tale asserita «sympathy» per le prostitute, che si fonderebbe «on the perception of their status as innocent victims», con l'effetto di lasciare l'intera impalcatura interpretativa proposta in una dimensione decisamente attualizzante e severamente orientata sul piano ideologico. Imposta un parallelismo con il passo di Seneca padre anche Tarwacka, *Opowiadana jest historia* cit. 234.

²³ In tal senso molti, fra i quali Bleicken, *Das Volkstribunat* cit. 80 («Vor d.J. 149 interdizierten die Tribune gegen den Zusammentritt der Volksversammlung, die der kurulische Ädil ... anberaumt hatte») e poi Garofalo, *Il processo edilizio* cit. 148.

²⁴ Così Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Berlin 1899, 465 e nt. 1. Ma *contra* vd. Peppe, *Posizione sociale e ruolo giuridico della donna* cit. 116, che giustamente critica il tentativo di Mommsen di «collocare adeguatamente l'episodio nelle sue costruzioni teoriche, ... senza alcun conforto testuale».

Per quanto attiene alla natura dell'intervento dei *tribuni*, altro aspetto sul quale è opportuno richiamare l'attenzione è l'uso del verbo *provocare*, adoperato nel resoconto gelliano sin dal sommario (4.14 pr.). Come è noto, tecnicamente la *provocatio* era da intendersi *ad populum*, mentre invece quella rivolta dal *reus* ai *tribuni* era da intendersi come un'*appellatio*, prodromica all'esperimento dell'*ius intercessionis* ovvero alla procedura di *provocatio* vera e propria. *Provocatio* alla quale, nella vicenda di Manilia, non si arriva neppure, perché l'interposizione dell'*intercessio* da parte dei tribuni ha l'effetto di paralizzare il procedimento attivato dall'edile.

Secondo Riccardo Orestano l'imprecisione terminologica ravvisabile in Gellio si spiegherebbe in considerazione del fatto che, con l'avvento dell'età imperiale, e la formazione dell'istituto dell'appello, l'antica terminologia si sarebbe fatta più confusa. Lo studioso registra formulazioni come *appellatio ad populum* (Plin. *nat.* 6.22), *provocatio ad senatum* (Tac. *ann.* 14.28); di questa parziale sovrapposizione concettuale – osserva ancora Orestano – si ha adeguata conferma in un noto passo delle *Pauli Sententiae* (5.26.1), in cui si giunge a «riconduurre sotto il medesimo verbo *appellare* tanto l'antica *provocatio* quanto l'appello all'imperatore, che di quella aveva ormai preso il posto»²⁵.

E per la stessa ragione il ricorso in Gellio alla formulazione *provocatio ad tribunos* celerebbe sotto il verbo *provocare* appunto l'istanza ai tribuni al fine di indurli all'esperimento del *ius intercessionis*²⁶. Ci si è chiesti se questa 'imprecisione' terminologica fosse già in Capitone e quindi se Gellio vi avesse attinto senza troppo riflettervi; si tratta di una ipotesi di lavoro metodologicamente corretta che però non pare

²⁵ R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953², 157. In ogni caso non mi pare che Orestano sostenesse, come molti studiosi gli hanno attribuito, che nel processo di Manilia la donna avesse esercitato la *provocatio ad populum*.

²⁶ Sul punto vd. per esempio L. Garofalo, *In tema di provocatio ad populum* (SDHI. 53, 1987), in Id., *Appunti* cit. 60-61.

suffragata dalle fonti, in quanto anche in altro luogo dell'opera di Gellio non dipendente da Capitone la formulazione *ad collegium tribunorum provocare* è adoperata nella stessa funzione atecnica²⁷.

Merita infine di essere rilevato come non vi sia traccia alcuna, nel resoconto di Capitone/Gellio, né della presenza di un tutore di Manilia, e neppure di opposizioni rispetto alla «proponibilità diretta» dell'istanza d'intercessione da parte della donna. Il dato onomastico (*Manilia* è il femminile di un *nomen* gentilizio), e la totale assenza di riferimenti a *domini* della meretrice, suggerisce che al momento del fatto Manilia fosse di condizione libera²⁸. Nondimeno, come ha osservato Pepe, è possibile che Manilia non avesse un tutore, anche in considerazione della sua condizione sociale, che la rendeva latamente portatrice di *ignominia*; sicché avrebbe potuto richiederne uno dativo laddove fosse stato strettamente necessario, ma a quanto sembra ricavarsi dal testo in esame la richiesta d'*intercessio* sarebbe stata non soltanto esperibile anche dalle donne, ma anche da soggetti reputati come *ignominiosi*; il che contribuisce peraltro a derubricare la questione posta da Marziano Capella (*de nuptiis* 5.446) – e da considerarsi di chiara matrice retorica – se agli *ignominiosi* fosse consentito di appellarsi ai tribuni²⁹.

²⁷ Gell. 6.19.3: *Scipio Africanus fratris nomine ad collegium tribunorum provocabat petebatque, ut virum consularem triumphalemque a collegae vi defenderent.*

²⁸ Così anche McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law* cit. 327: «Manilia, whose name suggests free status».

²⁹ Su questi profili vd. Pepe, *Posizione sociale e ruolo giuridico della donna* cit. 116-117, con ntt. 96-97, che istituisce peraltro un parallelo con un'altra prostituta ben nota dalle fonti, Hispala Faecenia, per la quale tale condizione era stata però sancita dal quinto dei *senatus consulta de Bacchanalibus* noti dalla tradizione liviana con riferimento alle note vicende del 186 a.C. (Liv. 39.19.5: *utique Faeceniae Hispalae datio deminutio gentis enuptio tutoris optio item esset quasi ei vir testamento dedisset*). Sui privilegi conferiti a Hispala Faecenia nella circostanza cfr. M. Humbert, *Hispala Faecenia et l'endogamie des affranchis sous la République*, in *Index* 15, 1987, 131-148, e, con specifico riferimento alla palingenesi delle relative delibere senatorie, particolarmente A. Gallo, *Das sog. Senatus consultum de Bacchanalibus. Normenpluralität in*

4. Sin qui la vicenda di Ostilio Mancino e di Manilia. Della donna si perdono le tracce nei meandri della tradizione³⁰; è estremamente difficile dire se a lei si riferisse Giovenale quando, nella celebre satira contro le donne, richiama incidentalmente una donna di nome Manilia, che se non è imputata sostiene l'accusa (Iuv. *Sat.* 6.242-243: *nulla fere causa est in qua non femina litem / moverit. accusat Manilia, si rea non est*)³¹.

Di Ostilio sappiamo invece qualcosa di più: proseguì in una modesta carriera senatoria e di sicuro non pervenne mai al consolato, forse neppure alla pretura. A distanza di tre secoli però, come abbiamo visto, Appiano accedeva ancora alla tradizione che lo voleva sfregiato dal lancio di una pietra (τὴν κεφαλὴν ποτε λίθῳ πληγείς ἀσχήμενας ἐπέκειτο ὠτειλάς [*Mithr.* 6]); e prima di lui, già in epoca pressoché coeva e poi in età augustea, del ferimento di Ostilio attraverso il lancio di una tegola avevano fatto menzione rispettivamente Polibio (36.14.1-5) e Diodoro Siculo (32.20).

È piuttosto improbabile che Appiano – e prima di lui Diodoro – avessero letto, come invece Aulo Gellio, i *Coniectanea* di Capitone: fra le loro fonti per questa tradizione severamente avversa a Ostilio, doveva esserci, oltre a Polibio (da cui sarebbe dipeso Diodoro) quantomeno una fonte annalistica relativa agli eventi del 149 a.C.

L'episodio doveva insomma essere transitato nell'immaginario comu-

der Tafel von Tirolo und livianische Überlieferung, in P. Buongiorno, G. Camodeca (Hgg.), *Die Senatus Consulta in den epigraphischen Quellen: Texte und Bezeugungen*, Stuttgart 2021, 113 s. e 119 s.

³⁰ Cavazza, in Aulo Gellio, *Le notti attiche*, cit. 167 nt. 4, con bibliografia.

³¹ La consonanza è però opportunamente stata registrata da Cl. Hermann, *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République Romaine*, Bruxelles 1964, 86. Ma al di là della suggestiva coincidenza di nomi, è preferibile interpretare il passo nel senso che «le donne che prendessero la parola nei tribunali, *pro se* o *pro aliis*, erano viste da molti come usurpatrici di un campo tradizionalmente virile». Così, in termini generali ma muovendo da Iuv. 6.242 ss., F. Lamberti, *'Mulieres' e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e 'presenze silenziose'*, in *Index* 40, 2012, 244.

ne della società romana, quale traccia di una condotta un po' guascona e irrispettosa della *gravitas* consueta alle condotte magistratuali. Ed è forse questo che potrebbe aver indotto Gaio Ateio Capitone ad occuparsi della fattispecie nel suo *excursus* di casi concreti che egli doveva discutere nel nono libro dei *Coniectanea*³², ossia quel volume monografico dedicato agli *iudicia publica* di cui sopravvivono con certezza soltanto due frammenti: quello di cui ci stiamo occupando (frg. 5 Str.) e un secondo, relativo all'affaire multaticio del 246 a.C. – in piena prima guerra punica – contro la matrona Claudia (frg. 6 Str. = Gell. 10.6.2-4)³³.

Il punto di contatto fra le due vicende processuali è stato variamente ricercato. Bauman vi vedeva (e così spiegava l'interesse di Capitone per i due processi) il tentativo di estendere, al tempo di Capitone, gli ambiti di applicazione della *lex maiestatis* «in the area of *iniuria*»³⁴; una tesi forse ambiziosa e che si fonda sulla tendenza di Bauman a spiegare molti dei conflitti criminalistici in termini di lesa maestà.

Di certo vi è che le due vicende richiamate da Capitone e poi Gellio riguardarono in entrambi i casi delle donne e che l'accusa fu sostenuta da edili, un curule in un caso, i plebei nell'altro. Questo, come si è detto, ha contribuito per lungo tempo a rafforzare l'opinione di una competenza esclusiva degli edili a promuovere *iudicia populi* in cui fossero imputate donne. Ma al di là di questa tesi, oggi in fin dei conti superata, dobbiamo

³² Contro la forzosa correzione del tradito 'IX' di Gell. 4.14.1 in 'VIII', sostenuta da Caspar Schoppe nel XVII secolo, e ancora seguita da alcuni giusromanisti meno attenti al dibattito filologico, vd. J. Strzelecki, *Über die Coniectanea des Ateius Capito*, in *Hermes* 86, 1958, 248.

³³ Vicenda nota anche da Suet. *Tib.* 2, Val. Max. 8.1 *damn.* 4 e da Liv. *Per.* 19. Per l'esame di questo processo si rinvia al contributo di B. Santalucia, in questo volume. Per le difficoltà di attribuzione al libro IX dei *Coniectanea* di Fest. s.v. *reus* 336 L. = frg. 23 Str., vd. invece lo *status quaestionis* in Peppe, *Posizione sociale e ruolo giuridico della donna* cit. 115 nt. 90.

³⁴ R.A. Bauman, *The 'Leges iudiciorum publicorum' and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, in *ANRW*. II.13, Berlin – New York 1980, 129 nt. 138.

ammettere che il punto di contatto fra i due frammenti non sia casuale. È in ogni caso difficile precisare come Capitone organizzasse il materiale, se su base cronologica, ovvero per materie, o ancora per tipologia del magistrato accusante. In ogni caso si trattò di un libro pionieristico, perché come osservava bene già Fr. Schulz, sarebbe stato soltanto col tempo di Adriano che tale filone di letteratura giurisprudenziale avrebbe suscitato maggiore e più vivace interesse³⁵. Non per questo, però, in un tempo di complessa transizione come quello augusteo – di molti tratti del quale Capitone fu ideatore, teorico e, in alcuni frangenti, anche consulente pratico³⁶ – tale apparente sguardo all’indietro del giurista ‘di regime’ fu «un epilogo» e «non un prologo». L’impressione di alcuni, ossia che le pagine di Capitone abbiano conosciuto senz’altro un maggiore radicamento di questa produzione fra gli antiquari, se non addirittura una mancata frequentazione da parte dei giuristi³⁷, va riconsiderata alla luce sia della peculiarità dei termini entro cui ci è giunta ampia parte delle opere dei giuristi, oltre che del mutare di atteggiamento degli stessi, con l’avanzare dell’età classica e sino a tutta quella postclassica, per le sfere del pubblico e del sacro, in cui Capitone fu maestro indiscusso. Come è stato infatti osservato anche di recente, Capitone si muoveva con lo stile di un «esplore di antichità», attento agli aspetti grammaticali e antiquari ma senza mai trascurare i profili giuridici e istituzionali³⁸.

Il libro *De iudiciis publicis* di Capitone non era dunque necessariamente, né soltanto «un’opera dal taglio antiquario», volta cioè a coglie-

³⁵ Fr. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 249.

³⁶ Vd. P. Buongiorno, *Appunti per una biografia politica di Gaio Ateio Capitone*, in I. Piro (a c. di), *Scritti per A. Corbino*, Tricase 2016, ora in Id., *Materiali esegetici per una prosopografia dei giuristi romani*, Napoli 2020, 71 ss.

³⁷ Schulz, *Storia della giurisprudenza* cit. 246. Bauman, *Leges iudiciorum publicorum* cit. 129: «the work was ignored by later jurists».

³⁸ In tal senso vd. già P. Jörs, s.v. *Ateius* 8, in *PWRE*. II.2, Stuttgart 1896, 1904-1910, e ora D. Mantovani, *Nefas est deorum formas insculpi anulis. Ateio Capitone e la storia di Roma in un anello*, in *Athenaeum* 110, 2022, 57 (da cui la citazione fra caporali).

re linee di continuità fra passato e presente esclusivamente attraverso un racconto storico³⁹. L'elemento storico ovviamente non mancava, e sono gli stessi frammenti a testimoniare, ma esso è sovente corroborato da quello documentario, e alla luce dell'attenzione per questo genere di dati è ragionevole ritenere che si innestasse una più ampia e complessa riflessione sugli strumenti a disposizione dei *cives* contro gli arbitri commessi dai magistrati del passato.

È in questo senso che si spiega l'attenzione che – come suggerisce il testo dello stesso Gellio – già Capitone riservava non alla vicenda processuale di Manilia in sé, quanto ai *verba* (cfr. 4.14 pr.) del decreto tribunizio che aveva determinato l'interposizione dell'*intercessio*. In Gell. 4.14.1 si afferma infatti:

Cum librum IX Atei Capitonis Coniectaneorum legeremus, qui inscriptus est de iudiciis publicis, decretum tribunorum et rell.

E poi, ancora: *id ... in hanc sententiam scriptum est*: una formulazione che, come ha messo in luce J. A. Howley, mostra come Gellio rielaborasse in una *sententia*, attraverso cioè una massimazione («a recollection»), scrive Howley) i *verba* del *decretum* evidentemente traditi da Capitone⁴⁰.

Ad ogni buon conto, l'attenzione di Capitone per i documenti, peraltro in linea con una certa tendenza storiografica richiamata già alla fine del II secolo a.C. dall'annalista Sempronio Asellione (nel celeberrimo frg. 2 Peter)⁴¹, si riscontra anche in un altro brano gelliano, 2.42.2, con-

³⁹ Come per esempio si sostiene nella monografia, a firma di L. Fanizza, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, 4 s.

⁴⁰ J.A. Howley, *Aulus Gellius and Roman Reading Culture: Text, Presence and Imperial Knowledge in the Noctes Atticae*, Cambridge 2018, 74.

⁴¹ Testo per un'esegesi del quale vd. almeno D. Mantovani, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. Ferrary, *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 708-709, e ora A. Gallo, *Dall'elaborazione politica ai processi di nomopoiesi. Dinamiche tra senato, magistrati e popolo tra II e I secolo a.C.*, in *Politica antica* 12, 2022, 231 ss.

tenente un escerto di Capitone (frg. 3 Str.). Tale escerto è usualmente collocato dagli editori di frammenti del giurista nel quarto libro dei *Coniectanea*, quello cioè *De officio senatorio*. Vi si legge:

Legi adeo nuper in Capitonis Atei Coniectaneis senatus decretum vetus C. Fannio et M. Valerio Messalla consulibus factum, in quo iubentur principes civitatis, qui ludis Megalensibus antiquo ritu mutitarent, id est mutua inter sese dominia agitarent et rell.

Anche in questo caso il tenore generale del testo pare suggerire la presenza di una riproduzione, almeno in escerto, dei *verba* del provvedimento e forse un primo commento, anche lemmatico (come suggerisce per esempio *id est et rell*). Nello stile di Capitone i documenti si inframezzavano all'*historia*, ossia alla ricostruzione del fatto.

La dialettica costante fra *historia* e *verba* del provvedimento oggetto di commento è annunciata del resto, con riferimento al racconto relativo a Manilia, in Gell. 4.14 pr., e d'altra parte, Gell. 4.14.6 appare modellato sui *verba* della parte dispositiva del decreto tribunizio (si noti per esempio l'uso di 'quo + congiuntivo' e ancora dell'avverbio *propterea* in nesso con la disposizione d'*intercessio* seguita dalla proposizione finale negativa).

In altre parole, al pari che nella disamina dell'*officium senatorium*, in età augustea ormai disciplinato per molti aspetti dalla *lex Iulia* del 9 a.C., e da Capitone esaminato per mezzo di documenti e vicende storiche nelle quali veniva isolato il dato giuridico (vd. per esempio Gell. 4.10.5-8 = frg. 4 Str.), la continuità tra i *iudicia populi* e il regime dei *iudicia publica* regolamentati dalla *lex Iulia* del 17 a.C., passa, insomma nel IX libro dei *Coniectanea*, attraverso un uso quasi didattico di vicende e documenti processuali.

Gellio vi attinge a piene mani in considerazione di una sorta di affinità elettiva con Capitone. E d'altra parte proprio la vicenda di Manilia, sin qui esaminata, costituisce un modello esemplare, fra quelli che più ci avvicinano al metodo di lavoro del giurista di età augustea. Un metodo di lavoro che non guardava al mero compiacimento per il dato erudito, finendo così per risultare, almeno in apparenza, «assolutamen-

te irrilevante per la comprensione del diritto corrente»⁴², ma piuttosto ambiva a mostrare come, in un diritto che era in continua e necessaria evoluzione in quanto prodotto di una società attraversata da conflitti politici e sociali di significativa entità, vi fossero dei principii (nel caso di Manilia – viene di pensare – la tutela del *civis* di fronte agli abusi e agli arbitri dei magistrati) in ordine ai quali strumenti antichi come il *ius intercessionis* tribunizio (adesso in capo al principe, per il mezzo della *tribunicia potestas*) potessero risultare di concreta garanzia anche per gli esponenti dei ceti subalterni della società.

⁴² Così per esempio F. Botta, *Opere giurisprudenziali 'de publicis iudiciis' e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi in onore di Remo Martini I*, Milano 2008, 283.

La donna di Smirne e l'Orazio sororicida

Giunio Rizzelli

1. Le pagine che seguono esaminano un aspetto specifico di un passo delle *Noctes Atticae* (12.7)¹: l'affiorare di elementi di retorica giudiziale nella narrazione, utili per ricostruire l'esperienza giuridica romana di un'epoca in cui la giurisprudenza non ha ancora rivolto peculiare attenzione, attraverso opere in materia, al processo criminale, come accadrà a partire proprio dalla metà circa del secondo secolo d.C.². L'interesse

¹ Analizzato da ultimo da studiose e studiosi di discipline diverse, i cui contributi sono raccolti in A. Atorino, G. Balestra, R. D'Alessio (a c. di), *Aulo Gellio, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo. Gellio, Notti Attiche 12.7*, Lecce 2021, dove F. Lamberti evidenzia l'interesse che il testo presenta per la ricerca romanistica (*Postfazione*, 129 s.).

Ancora una volta il mio discorso si è giovato dei preziosi consigli di Francesco Grelle e di Mario Lentano, che ringrazio per la cortesissima disponibilità.

² Volusio Meciano e Venuleio Saturnino scrivono, rispettivamente, *De iudiciis publicis libri XIV* e *De iudiciis publicis libri III*; cfr. R.A. Bauman, *I libri «de iudiciis publicis»*, in *Index* 5, 1974/75, 39; L. Fanizza, *Giuristi crimini leggi nell'età degli antonini*, Napoli 1982, 3-89. Come rileva J. Spruit, *Aulus Gellius als Richter. Eine Betrachtung zu Gellius, Noctes Atticae XIV*, 2, in *RIDA*. 63, 2016, 247, a proposito di un altro luogo delle *Notti attiche*, anche questo testo offre un «Einblick» sullo «Spannungsfeld» che «in jeder Phase der Entwicklung des Rechts als einer selbständigen Disziplin zwischen Recht und Rhetorik bestanden hat». Peraltro lo stesso Gellio ricorda la sua consuetudine giovanile con le perorazioni dei *rhetores* (14.2.1). Ne dà notizia descrivendo un episodio della propria esperienza di giudice in un processo civile. Essa, se conferma la difficoltà incontrata da chi, formatosi alla scuola del retore, s'impegna nella realtà del foro, al contempo attesta la contiguità fra l'educazione retorica e il mondo del tribunale, sebbene la prima sia da sola insufficiente a fornire al giudice tutte le competenze che occorrono alla sua attività. Cfr., in generale, quanto osserva Spruit, *Aulus Gellius* cit. 237; v. pure L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius. Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2005², 295-297, il quale,

dei retori per tale processo e per le concettualizzazioni che lo riguardano si traduce, infatti, in articolate elaborazioni che suppliscono, in qualche misura, allo scarso ausilio offerto allo storico dalla letteratura giurisprudenziale³. Sarà, invece, lasciata da parte tutta una serie di problemi

pur ritenendolo improbabile, ammette che «in principle, the narrative might be pure fiction, based on a rhetorical theme and Gellius' own reading» (p. 297). Sulla cultura retorica di Gellio G. Anderson, 'Aulus Gellius. A Miscellanist and his World', in *ANRW*. 2, 34.2, London - Berlin 1994, 1848, rileva: «Gellius' interest in rhetoric as such sometimes seems surprisingly limited by the standards of his age. He is not interested primarily in the concert aspects of concert-oratory [...]; he will even devote an item to the condemnation of loquacity for its own sake, though its contents have almost the flavour of a philosophical essay *de loquacitate*. The contrast with the ethos that surrounds the Elder Seneca's reminiscences of performances by the luminaries of his day could scarcely be more marked. But that does not prevent Gellius from quoting scintillating *sententiae* en passant». A p. 1838 nt. 21, una considerazione sul passo citato in testo. Per la consuetudine di Gellio con le *controversiae* retoriche cfr. Holford-Stevens, *Aulus Gellius* cit. 290-294 (a p. 294 un riferimento a *N.A.* 14.2.1).

³ Alla fine dell'età repubblicana i retori sono, di fatto, gli esperti del processo criminale, con i giuristi protagonisti in quello privato. Ne appare consapevole Cicerone. In *Inv.* 1.14 spiega, infatti, che la *constitutio generalis* (così in 1.10 e 2.62; *generis controversia*: 1.12), la *quaestio* dalla quale nasce la *causa* e che verte sulla *qualitas*, si articola in *iuridicialis* e *negotialis*, con la prima nella quale *aequi et recti natura aut praemii aut poenae ratio quaeritur*. La *natura* dell'*aequum* e del *rectum* e la *ratio* del *praemium* o della *poena* emergono, in pratica, dal confronto giudiziale fra le parti (non a caso la distinzione delle situazioni, all'interno della parte *adsumptiva* della *qualitas iuridicialis*, rispecchia «certo alcuni punti di vista del processo penale», come segnala L. Calboli Montefusco, *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status*, in D. Mantovani [a c. di], *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 226). Nella parte *negotialis*, invece, *quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur* (cfr. 2.62: *quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam – implicitam*: Calboli Montefusco, *Logica* cit. 221 nt. 24 - *controversiam*); *cui diligentiae praesesse apud nos iure consulti existimantur*. Cicerone esemplifica la parte *negotialis*, in *Inv.* 2.62, con una causa ereditaria (incentrata sul medesimo punto della *causa Curiana*, discussa pochi anni prima della stesura del *De inventione*: E. Costa, *Cicerone giureconsulto* 1, Bologna 1911, 222-224. Per G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, 97-106, l'esposizione ciceroniana della controversia tiene probabilmente conto «di veri processi o [...] di posizioni realmente profilatesi

sollevati dal passo, innanzitutto quello della storicità del racconto. Del resto, nel gioco retorico, dove l'evento spesso si muta in *exemplum* morale, la sua funzione paradigmatica sottrae il racconto all'indagine storica, gli garantisce autorevolezza e possibilità di essere impiegato in contesti letterari diversi, modellandosi sulle specificità di ognuno⁴.

nel dibattito giurisprudenziale»). Sui problemi posti dalla definizione della *constitutio negotialis* in Cic. *inv.* 2.62 cfr. L. Calboli Montefusco, *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*, Hildesheim - Zürich - New York 1986, 99-106; Ead., *Logica* cit. 220-225, e M. Greco, *M.T. Cicerone, De inventione*, Lecce 1998, 316 nt. 17. In *Inv.* 2.69, a proposito della parte *iuridicialis*, a sua volta distinta in *absoluta* e *adsumptiva*, Cicerone precisa che l'assoluta *ipsa in se, non ut negotialis implicite et abscondite, sed patentius et expeditus recti et non recti quaestionem continet*, dove *implicite* e *abscondite* rinviano ai caratteri che rendono necessario l'intervento degli esperti del *ius civile*; su quest'ultimo cfr. Calboli Montefusco, *Logica* cit. 222-223. D'altro canto, nel lavoro di ricostruzione storica del processo romano occorre non sottovalutare la circostanza per cui «les textes rhétoriques républicains n'abordent pas toujours la pratique pour ce qu'elle est», giacché «dépendants de leurs sources grecques, ils tendent parfois à projeter sur la réalité romaine des modes de pensée rhétoriques inadaptés dont il faut se défier»: Ch. Guérin, *La voix de la vérité. Témoin et témoignage dans les tribunaux romains du I^{er} siècle avant J.-C.*, Paris 2015, 15 (lo studioso pensa in particolare al tema della testimonianza, ma l'avvertenza ha valore generale).

⁴ Per funzionare come *exempla* gli eventi devono essere in certa misura 'destoricizzati'. Di questa circostanza gli storici dovrebbero tenere conto nelle loro ricostruzioni, osserva W.M. Bloomer, *Valerius Maximus and the rhetoric of the new nobility*, Chapel Hill 1992, 19 (che riflette sull'opera di Valerio Massimo). D'altra parte, l'abbandono della prospettiva storica non costituiva necessariamente la regola neppure in un genere come quello declamatorio: lo nota G. Traina, *Le declamazioni maggiori: istruzioni agli storici*, in A. Lovato, A. Stramaglia, G. Traina (a c. di), *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee< nella Roma imperiale*, Berlin - Boston 2021, 436-444. I *vetustatis exempla*, che devono essere *nota* all'*orator* (così Crasso in Cic. *de orat.* 1.201), sono spesso ricavati dalle *historiae*. L'*usus* di queste, insegna Quint. *inst.* 10.1.34, fornisce *testimonia* tratti, appunto, *ex vetustate: potentiora* perché *ea sola criminibus odii et gratia<e> vacant*. *Exempla* cui l'oratore giudiziario ricorre sono anche i *praeiudicia*, le sentenze emanate in precedenza su questioni simili, fondate, questa volta, sull'*auctoritas* di coloro che le hanno pronunciate: Quint. *inst.* 5.2.1-2. L'*exemplum*, ossia l'*alicuius facti aut dicti praeteriti cum certi auctoris nomine propositio* (*Rhet. Her.* 4.62),

Nel dodicesimo libro dell'opera di Gellio è riportato un aneddoto di cui è protagonista una donna di Smirne, rea confessata di aver ucciso il marito insieme al figlio e condotta per questo di fronte a Dolabella, proconsole della provincia d'Asia nel 68 a.C.⁵

Gell. 12.7.1-7: *Ad Cn. Dolabellam proconsulari imperio provinciam Asiam obtinentem deducta mulier Smyrnaea est. Eadem mulier virum et filium eodem tempore venenis clam datis vita interfecerat atque id fecisse se confitebatur; dicebatque habuisse se faciendi causam, quoniam idem illi maritus et filius alterum filium mulieris ex viro priore genitum, adulescentem optimum et innocentissimum, exceptum insidiis occidissent. Idque ita esse factum controversia non erat. Dolabella rettulit ad consilium. Nemo quisquam ex consilio sententiam ferre in causa tam ancipiti audebat, quod et confessum veneficium, quo maritus et filius necati forent, non dimittendum inpunitum videbatur et digna tamen poena in homines sceleratos vindicatum fuisset. Dolabella eam rem Athenas ad Areopagitas ut ad iudices graviores exercitatioresque reiecit. Areopagitae cognita causa accusatorem mulieris et ipsam quae accusabatur centesimo anno adesse iusserunt. Sic neque absolutum mulieris veneficium est, quod per leges non licuit, neque nocens damnata poenitaque, quae digna venia fuit. Scripta haec historiast in libro Valerii Maximi factorum et dictorum memorabilium nono.*

è «un'azione il cui significato si chiarisce di volta in volta in rapporto al contesto»: R. Guerrini, *Tipologia di 'fatti e detti memorabili': dalla storia all'exemplum*, in *MD*, 4, 1980, 94. «È dal contesto dunque che l'exemplum acquista il suo significato. Ecco fondato il problema centrale: quello dei rapporti tra la materia storica ed il sistema di riferimento» (p. 94 nt. 43).

⁵ Erroneamente Dolabella è indicato come *Cn(aeus)* da Gellio; il suo prenome è, invece, *Publius* (e anacronistica è la terminologia *proconsulari imperio*): L. Holford-Strevens, *Getting Away with Murder: The Literary and Forensic Fortune of Two Roman 'Exempla'*, in *Int. Journ. Cl. Trad.* 7, 2001, 492 e 492 nt. 11, e Id., *Aulus Gellius* cit. 79; D. Campanile, *Cornelio Dolabella, la donna di Smirne e l'Areopago* (*Val. Max.*, 8,1, *amb.*, 2), in *Rend. Mor. Acc. Lincei* 15, 2004, 158 e 170; A. Parma, *Publio (o Gneo?) Dolabella, proconsole d'Asia*, in *Dolabella, gli Areopagiti* cit. 51-60. Cfr. J. Briscoe, *Valerius Maximus, Facta et dicta memorabilia, Book 8. Text, Introduction, and Commentary*, Berlin - Boston 2019, 96. Sui problemi relativi alla competenza dei giudici della donna, A. Atorino, *Tra Atene e Smirne: luoghi e potere in Gell. 12.7*, in *Dolabella, gli Areopagiti* cit. 38-47.

La donna avrebbe ucciso *venenis clam datis*, sostenendo di averne avuto motivo (*habuisse se faciendi causam*): i due, infatti, le avrebbero ucciso un figlio avuto dal precedente marito. Non vi sarebbe stata, pertanto, *controversia* sul *factum* (Gell. 12.7.1-2).

Emerge chiaro l'impianto retorico della descrizione del caso: Gellio segnala che ci si trova al di fuori della *constitutio coniecturalis* (per usare la terminologia di Cic. *inv.* 1.10; così pure *Rhet. Her.* 1.18), nella quale si ricerca se l'imputato sia l'autore del fatto: *Idque ita esse factum controversia non erat*, informa. Non vi è neppure contrasto sul *nomen* da attribuire al *factum*, su cui verte la *constitutio definitiva* (cfr. Cic. *inv.* 1.10). La donna ha confessato il *veneficium*. Ci si muove all'interno dello stato qualitativo, la questione, cioè, che dà origine alla causa, in cui l'accusato si difende senza negare la condotta imputatagli. In essa, una volta trovato l'accordo sull'autore e la qualificazione dell'atto, ci si interroga sulla natura del medesimo, se sia *iustum* o *iniustum* (cfr. Cic. *inv.* 1.12)⁶. Qui la donna riversa sugli uccisi la responsabilità dell'accaduto, facendo ricorso a una strategia difensiva chiamata, nel *De inventione, relatio criminis*. Lo si evince anche dal riferimento alla *faciendi causa*, con cui i retori indicano, trattando di questa forma di difesa, il motivo che ha determinato all'azione⁷. La

⁶ Ci si interroga anche, continua Cicerone (che sul punto segue – pur talvolta discostandosene – l'impostazione ermagorea, che fa rientrare nella qualità le *partes* deliberativa, dimostrativa, di giuridicità e negoziale), se il *factum* sia *utile* o *inutile* e si considerano tutte le circostanze che aiutino a determinare *quale sit*; sulle critiche rivolte, al riguardo, da Cicerone a Ermagora cfr. Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 97-99.

⁷ Cfr. Cic. *inv.* 2.24; *ratio faciendi* in Quint. *inst.* 5.10.33. Nella *relatio* (come nella *qualitas absoluta*) *causa* è il «Kausalgrund» (diversamente, nella *comparatio* è lo «Zweck»): H. Lausberg, *Handbuch der Literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Stuttgart 1990³, 97. Sebbene senza nominare la *relatio criminis*, e rinviando al solo Val. Max. 8.1 *amb.* 2, Y. Thomas, *Se venger au Forum. Solidarité familiale et procès criminel à Rome (Premier siècle av. – deuxième siècle ap. J.C.)*, in La

relatio criminis è lo strumento per far valere in giudizio la liceità della *vindicatio* (che realizza la giustizia retributiva), ricondotta – sempre da Cicerone – nell’ambito della natura⁸. Essa si ha – avverte Cicerone – quando il reo sostiene di aver agito *iure* perché spinto dal *peccatum* altrui (*cum reus id, quod arguitur, confessus alterius se inductum peccato iure fecisse*; così *Inv.* 2.78). È la *translatio* nella terminologia dell’*Auctor ad Herennium*, che, analogamente, chiama in causa la circostanza di essere stati costretti dagli *aliorum peccata* (*Ex translatione criminis causa constat, cum fecisse nos non negamus, sed aliorum peccatis coactos fecisse dicimus*: 1.25); è l’ἀντέγκλημα dei greci⁹. Siamo nella parte *adsumptiva* della *constitutio iuridicialis*¹⁰, dove, essendo la difesa in sé debole, necessita del ricorso a un elemento esterno che giustifichi

Vengeance. Etudes d’ethnologie, d’histoire et de philosophie III. *Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l’Antiquité*, Rome - Paris 1984, 74-75 e 85 nt. 89, ricollega la difesa della donna di Smirne al suo meccanismo.

⁸ Cfr. *Inv.* 2.65 e 161, che indicano in quale modo affermare in giudizio la corrispondenza al *ius* degli atti giustificati dalle motivazioni che Cicerone elencherà in *Part.* 42; cfr. oltre. In *Top.* 90 l’autore presenterà l’*ulciscendi ius*, insieme alla *tributio sui cuique*, come una delle due *partes* della *natura*. Del resto, Cicerone insegna che è *primum munus* della *iustitia ut ne cui quis noceat*, ma, beninteso, *nisi lacessitus iniuria* (*Off.* 1.20). Il ruolo della vendetta nella cultura romana del primo secolo a.C. è esaminato in pagine illuminanti da Thomas, *Se venger au Forum* cit. 66-75. Gellio, nella sua opera, non cita il *De inventione*; del resto, «no handbooks are cited by name»: Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 294.

⁹ *In quo genere fortissimum est si crimen causa facti tuemur, qualis est defensio Orestis, Horati, Milonis*. Ἀντέγκλημα dicitur, quia omnis nostra defensio constat eius accusatione qui vindicatur: ‘Occisus est, sed latro’, ‘excaecatus, sed raptor’: Quint. *inst.* 7.4.8; cfr. Hermog. *stat.* 6.44-47 (Rabe 72-73). Vittorino, commentando il *De inventione*, spiegherà che l’imputato deve sostenere: ‘*feci quidem, sed ut facerem provocatus sum*’, cioè: ‘*Feci, sed meruit*’: Vict. *comm.* 1.15 (Riesenweber 52, 31-33). Cfr. Fortun. *ars* 1.16 (Calboli Montefusco 88, 14-15): *Relativus status quem ad modum fit? cum reus culpam refert in eum propter quem arguitur*.

¹⁰ È qui che, per *Rhet. Her.* 1.24, *cum factum convenit*, ci si chiede se *iure an iniuria factum sit*.

l'azione¹¹, in questo caso la colpa della vittima. Funzionale a tale difesa sono, in Gellio, l'accentuazione del carattere proditorio dell'uccisione del figlio dell'imputata e la caratterizzazione di quest'ultimo come straordinariamente buono e innocente, che mettono in rilievo la malvagità dei suoi assassini e l'esecrabilità della loro iniziativa. Certo, la donna non si sarebbe potuta avvalere della *pars absoluta* dello stato di causa *iuridicialis*, che s'impiega quando si sostiene che quanto compiuto è in sé *recte factum*, senza bisogno di giovarsi di circostanze esterne¹². Con questa difesa, *longe potentissima, ipsum factum quod obicitur dicimus honestum esse*, insegna Quintiliano¹³, mentre la protagonista ha ucciso il marito e il figlio: atto che non trova in sé giustificazione. La sua qualificazione giuridica è chiara. L'accusata ha confessato di aver ucciso con *venena*¹⁴, e il sommario del passo, che sembra sintetizzarne esattamente il contenuto, indica che Dolabella *ream mulierem veneficii confitentemque ad Areopagitas reiecit*. Insomma, per Gellio il *factum* configura un *veneficium*, il crimine represso dalla legge sillana¹⁵.

¹¹ *Adsumptiva pars est, cum per se defensio infirma est, adsumpta extraria re conprobatur: Rhet. Her. 1.24; cfr. Cic. inv. 1.15 e 2.71-109.*

¹² *Aliud nihil foris: Rhet. Her. 1.24; cfr. 2.19, e Cic. inv. 1.15 e 2.69-70.* Efficace l'esempio proposto da Cicerone, che mostra come, in una *causa*, la difesa possa sciolgere (*delaberemur*) dalla *qualitas absoluta* nella *relatio criminis* (*Inv. 2.70*). Come rileva Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 108 nt. 112, le definizioni della prima sono caratterizzate da «oscillazioni di scarso rilievo» tra le nozioni di *rectum* e di *iustum*.

¹³ *Inst. 7.4.4.* Cfr. J. Martin, *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, München 1974, 38-39 e 234-235; Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 106-113.

¹⁴ Cfr. il § 2; il *veneficium* è *confessum*: § 4; il *veneficium* non è *absolutum*: § 7. L'uccisione è avvenuta *clam*, puntualizza subito Gellio: un indizio, questo, che è stata organizzata nella piena consapevolezza, come si desume da *Cic. inv. 1.41*.

¹⁵ L'atto è qualificato *veneficium*, non *parricidium*, forse perché, all'epoca in cui si sarebbe svolta la vicenda, la *lex Pompeia de parricidiis*, che prevede, stando a Marciano (*D. 48.9.1 [14 inst.]*), l'ipotesi dell'uccisione del coniuge e del figlio da parte della madre, non era stata ancora emanata. Infatti, se è verosimile attribuirlo a uno dei tre consolati ricoperti da Pompeo, rispettivamente nel 70, nel 55 e nel 52 a.C., è impossibile ascriverla con certez-

Il racconto prosegue. Dolabella rimette la questione al *consilium*, ma nessuno dei consiglieri se la sente di prendere posizione in merito a una vicenda così dubbia (*anceps*): se, infatti, non sembra opportuno che l'avvelenamento del marito e del figlio rimanga impunito, la punizione che ha colpito gli uomini scellerati è stata *digna* (*digna tamen poena homines sceleratos vindicatum fuisse*: §§ 3-4)¹⁶. Il proconsole investe, allora, della questione gli areopagiti, in quanto giudici *gravioris exercitatioresque*. Questi, *cognita causa*, intimano all'accusatore e all'accusata di comparire nuovamente di fronte al tribunale dopo cent'anni¹⁷. Così non viene as-

za a uno di essi; cfr. Y. Thomas, *Parricidium*. 1. *Le père, la famille et la cité (La lex Pompeia et le système des poursuites publiques)*, in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, 93.2, Rome 1981, 648 e 648-649 nt. 12. Dunque, è possibile che si collochi nel 55 o nel 52 a.C. Anche Valerio Massimo, cui attinge Gellio, non parla di *parricidium*; cfr. oltre.

¹⁶ La locuzione *digna poena* ricorrerà nella letteratura giurisprudenziale, più precisamente in Marciano; cfr. Marcian. 14 *inst.* D. 48.13.4.2 (il medesimo giurista parlerà di *poenam [...]* *dignam suae personae*; cfr. Marcian. *lb. sing. del.* D. 49.14.18.9).

¹⁷ Un'eco di questa soluzione potrebbe essere il dettaglio, in Gell. 5.10.2, del rinvio *in diem longissimam* per Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 290-291 e 291 nt. 6. Lo stesso Gellio, giudice in un giudizio privato, aveva fatto esperienza dell'*inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas* (14.2.3): *inexplicabilis* proprio come la *cunctatio* di cui aveva parlato Valerio Massimo e della quale si dirà fra poco. Davanti alla complessità dei casi che gli si presentavano e *in ancipiti rationum diversarum circumstantia*, non aveva incontrato risposte ai suoi dubbi neppure nella letteratura giurisprudenziale (§ 2. Gellio aveva reagito «wie ein typischer juristischer Laie»: Spruit, *Aulus Gellius*, 236). Come i consiglieri di Dolabella, non si era sentito in grado di pronunciare la sentenza (cfr. § 25). Sull'episodio cfr. R. D'Alessio, *Note su Gellio, diritto e giurisprudenza*, in *Sem. Compl. Der. Rom.* 27, 2014, 466-467 e 474-475; Spruit, *Aulus Gellius* cit. 228-261 (che, alle pp. 258-260, lo mette in relazione con l'atteggiamento dei giudici nel racconto sulla donna di Smirne, e, alle pp. 247-248, si chiede se, per caso, quello descritto da Gellio – che mostrerebbe bene il conflitto fra la «Denkweise» del giureconsulto e quella dell'oratore – non sia un caso fittizio, retorico, superando, però, il dubbio con una serie di considerazioni); O. Diliberto, *La giurisprudenza romana nelle opere letterarie*, in A. Schiavone (a c. di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, 147, e ancora R. D'Alessio, *Aulo Gellio: giudice temporeggiatore*, in *Aulo Gellio, gli Areopagiti* cit. 21-26.

solta l'omicida per il *veneficium*, cosa che le *leges* non consentono (*quod per leges non licuit*)¹⁸, e neppure è condannata e punita, poiché meritevole di perdono (*neque nocens damnata poenitaque, quae digna venia fuit*).

L'*historia* è nei *Facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo, conclude l'erudito (§§ 5-8)¹⁹.

2. Essa, più precisamente, è uno dei due esempi di donne non assolte e neppure condannate, esaminati nell'ottavo libro dell'opera²⁰: opera che – si è scritto – consente di cogliere stile e materia del momento conclusivo dell'educazione romana agli inizi del primo secolo d.C. e che, documento di una fase particolare della storia della declamazione, ne attesta il successo quale veicolo di acculturazione nell'élite della Roma tiberiana²¹.

¹⁸ L'autore pensa forse alla legge numana sull'uccisione dell'*indemnatus* (cfr. Fest. s.v. *Parrici<di> quaestores* [Lindsay 247, 23-24]), il cui divieto sarebbe stato ribadito dalle XII Tavole (così Salv. *gub.* 8.24. V., tuttavia, M. Humbert, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Roma 2018, 703-714, per il quale il divieto di uccidere il *civis indemnatus* trova origine in un antichissimo principio non scritto; cfr. M. Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, in M.F. Corsi [a c. di] '*Duodecim Tabulae*'. *Testo e commento* II, Napoli 2018, 526), e a quella sillana sui venefici, ma potrebbe riferirsi anche alla naturale e all'umana.

¹⁹ Gellio rinvia, però, al libro nono anziché all'ottavo; sul punto cfr. Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 492, e Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 96, che corregge la prospettiva del primo.

²⁰ Sull'indicazione '*amb.*', riferita alle persone non condannate né assolte, cfr. Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 95. Come segnala lo studioso, «There is no manuscript authority for attaching the heading *amb(ust.)* to these two exempla».

²¹ Così Bloomer, *Valerius Maximus* cit. 3-4; cfr., più in generale sulla declamazione quale strumento per adattare l'arte retorica alle esigenze di un gruppo sociale egemone in mutamento, P. Buongiorno, *Orazioni di senatori nel primo principato: fra tecnica declamatoria e saperi giuridici*, in *Le «Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee»* cit. 58. Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 511, ha evidenziato, a proposito di Valerio Massimo, che «If his aim was to provide subjects for the *controversiae* declaimed in the schools of rhetoric, there is no sign that he was successful». Il medesimo studioso rileva che «Against the conventional notion that Valerius intended to supply public speakers with a handy fund

Entrambi gli esempi sono destinati a notevole fortuna nella letteratura giuridica²². Valerio li illustra a proposito degli *incipites iudiciorum motus* (8.1 *proem.*), di cui presenta una serie di casi. L'*anceps* è uno dei *genera causarum* enucleati dai trattati di retorica. In particolare, è il genere nel quale la questione sottoposta a giudizio (*iudicatio*) è *dubia*, oppure nel quale la *causa* partecipa, a un tempo, dell'*honestas* e della *turpitudine*, così da suscitare *benivolentia* e *offensio* insieme²³. A connotare la *causa*, *anceps* ritornerà nel racconto di Gellio (12.7.4)²⁴ e in quello di Ammiano Marcellino (29.2.19).

of anecdotes for rhetorical elaboration, it has recently been argued that he intended to illustrate right and wrong conduct for his readers' moral benefit; since his own preface professes neither purpose, we may reasonably suppose he envisaged them both together» (p. 491). Il riferimento è, rispettivamente, ai lavori di Bloomer, *Valerius Maximus* cit., e di C. Skidmore, *Practical Ethics for Roman Gentlemen: The World of Valerius Maximus*, Exeter 1996, 53-100. La notazione è condivisibile. Comunque, un pubblico acculturato è anche un pubblico formato alla retorica. Fra i destinatari dell'opera di Valerio Massimo ci saranno stati anche «lawyers»: Bloomer, *Valerius Maximus* cit. 255. D'altra parte, se è impossibile verificare che le scuole di retorica ne siano davvero le destinatarie (ma v. Bloomer, *Valerius Maximus* cit. 17), è indubbio il grande interesse per la cultura retorica rivestito dai temi in essa trattati.

²² Solo la seconda vicenda, per quanto è dato sapere, ha continuato a essere citata nella letteratura latina, mentre la prima è stata recuperata dai giuristi a partire dal rinascimento: Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 491-514; cfr. pure Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 171-175. Ci si può chiedere, con Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 491, se sia una semplice coincidenza che in entrambi i casi si tratti di donne.

²³ Di *anceps* parla Cic. *inv.* 1.20 (il *De inventione* enumera, fra gli altri *genera*, l'*honestum*, l'*admirabile*, l'*humile* e l'*obscurum*): *anceps, in quo aut iudicatio dubia est aut causa et honestatis et turpitudinis particeps, ut et benivolentiam pariat et offensionem. Dubium* ricorre invece in *Rhet. Her.* 1.5, dov'è tale il *genus* quando la *causa* ha *in se et honestatis et turpitudinis partem*; *dubium vel anceps genus* lo chiamerà Quint. *inst.* 4.1.40. Cicerone consiglia: *anceps genus causae si dubiam iudicationem habebit, ab ipsa iudicatione exordium est. sin autem partem turpitudinis, partem honestatem habebit, benivolentiam capere oportebit, ut in genus honestum causa translata videatur* (§ 21); cfr. Quint. *inst.* 4.1.41.

²⁴ *Anceps* è, inoltre, la situazione che si determina a seguito delle diverse *rationes*, cui fa riferimento lo stesso Gellio quando racconta della sua esperienza di giudice; cfr. Gell. 14.2.2 e *supra*, nt. 17.

Il primo dei due processi si sarebbe svolto davanti al pretore Marco Popillio Lenate, forse il console del 139 a.C., pretore nel 142 o qualche anno prima²⁵:

Atque ut eos quoque referamus qui in discrimen capitis adducti neque damnati neque absoluti sunt, apud M. Popillum Laenatem praetorem quaedam, quod matrem fuste percussam interemerat, causam dixit. de qua neutram in partem latae sententiae sunt, quia abunde constabat eandem veneno necatorum liberorum dolore commotam, quos avia filiae infensa sustulerat, parricidium ultam esse parricidio. quorum alterum †ultione, alterum absolute non dignum† iudicatum est.

Imputata è una donna che ha ucciso a bastonate la madre. Non vengono pronunciate *sententiae* a favore o contro²⁶ perché *abunde consta-*

²⁵ Così T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic* 1, New York 1951, 475; cfr. C. Lovisi, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la République romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris 1999, 121 e 288 nt. 534, e Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 489 nt. 2.

²⁶ Si può pensare che si tratti delle *sententiae* dei membri del consiglio magistratuale; cfr. T.C. Brennan, *The Pretorship in the Roman Republic* I, New York 2000, 148 (il quale assegna l'episodio piuttosto all'anno 176 a.C.): «(apparently) his *consilium* advised neither to acquit nor condemn»; concorde Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 95. Per L. Garofalo, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, in *SDHI*. 56, 1990, 384, l'episodio è fra quelli che «denoterebbero la titolarità in capo al pretore di una funzione di giurisdizione quanto alle *res capitales* a far data dal II secolo a.C.». Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 489-490 nt. 2, pensa a un *publicum iudicium*, concluso dai voti dei giurati. Se l'inclusione del *parricidium* (inteso quale uccisione del padre) fra i delitti pubblici «probabilmente non risale molto al di là del II secolo» (così B. Santalucia, *Diritto e processo penale bell'antica Roma*, Milano 1998², 148 nt. 138), la sua estensione all'uccisione dei prossimi congiunti sarà prevista soltanto dalla *lex Pompeia* del primo secolo (fermo restando che non si può escludere che in precedenza sia intervenuto il giudizio di una *quaestio* non permanente che abbia represso come *parricidium* l'uccisione di uno o più congiunti). Il pretore è, plausibilmente, l'urbano: D. Mantovani, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum* 78, 1990, 39. Atorino, *Tra Atene e Smirne* cit. 37, ravvisa nell'*exemplum* «un vero e proprio giudizio di non assoluzione e non condanna».

bat che la donna era stata mossa dal *dolor* di aver avuto i figli avvelenati dalla propria madre (*eandem veneno necatorum liberorum dolore commotam*)²⁷, che le era ostile (*infensa*). Al *parricidium* l'accusata aveva risposto con il *parricidium* (*parricidium ultam esse parricidio*): l'uno era stato ritenuto meritevole di castigo (*ultione*), l'altro indegno di assoluzione (*absolutione*: 8.1 *amb.* 1)²⁸. Si è osservato come per questo episodio, a differenza del secondo, non sia indicato il motivo che avrebbe indotto a evitare il verdetto²⁹. Forse l'antico lettore l'avrebbe colto nella tensione, altrimenti insolubile dal giudizio, generata da comportamenti speculari (dei quali, tuttavia, il primo è stato causa del secondo che assume il carattere della vendetta), altrettanto gravi e riprovevoli, che violano i dettami della *pietas* verso gli stretti congiunti.

Una rapida parentesi. Valerio indica come *parricidium* sia l'uccisione dei figli perpetrata dalla nonna materna, sia l'uccisione della stessa compiuta dalla figlia. In effetti, come tale sarebbe qualificabile a seguito della legge di Pompeo sui parricidî ciascuna di queste uccisioni³⁰. Se il pretore ricordato (ma si tratta di un dato tutt'altro

²⁷ Da tale narrazione Gellio avrebbe tratto, nell'episodio della donna di Smirne, il motivo del veneficio secondo Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 493. Lamberti, *Postfazione* cit. 133, ipotizza, invece, che il riferimento al veleno costituisca, in Gellio, un 'elemento declamatorio'.

²⁸ Il significato della frase finale, così com'è tradita, è che l'uccisione dei figli non è degna di punizione. Per tale motivo è generalmente aggiunto '*dignum*' dopo '*ultione*'; cfr. Holford Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 490 nt. 5. Perplesso, sul punto, Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 95-96. A proposito delle parole *parricidium ultam esse parricidio* Mario Lentano mi fa notare la formulazione *dictis dicta ultus est* di Tac. *ann.* 4.35.1.

²⁹ Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 491.

³⁰ L'uccisore della madre è punito dalla *lex Pompeia de parricidiis*, la quale dispone che sia colpito dalla pena prevista dalla *lex Cornelia de sicariis* (*Lege Pompeia cavetur, ut, si quis [...] matrem [...] occiderit [...] ut poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis*), apprendiamo da D. 48.9.1 (Marcian. 14 *inst.*). Il giurista così si esprime, invece, riguardo all'*avus* uccisore del nipote: *sed et mater, quae filium filiamve*

che sicuro)³¹ è vissuto nel secondo secolo a.C., difficilmente la donna sarà stata accusata a titolo di *parricidium* (sempre che Valerio non impieghi *parricidium* nel senso generico di ‘omicidio’)³², né la sua vittima si sarebbe potuta in precedenza macchiare di questo crimine. Dunque, Valerio tratterebbe una storia che vuol essere paradigmatica, senza preoccuparsi troppo della sua storicità. Ma il dato che qui s'intende evidenziare è quello dell'uso di ‘*parricidium*’, in un testo degli inizi del principato, a denotare l'uccisione di congiunti diversi dal padre. Com'è noto, Yan Thomas, che ha dedicato al tema ricerche fondamentali, ha sostenuto che ‘*parricidium*’ designerebbe «presque exclusivement» l'uccisione del padre: malgrado la previsione, nella *lex Pompeia de parricidiis*, dell'uccisione di una serie di congiunti e affini, un'accezione così ampia del termine non sarebbe attestata né prima, né dopo di essa, poiché l'analogia legale non sarebbe stata mai accolta

occiderit, eius legis poena (quella stabilita dalla *lex Cornelia de sicariis*) *adfitur, et avus qui nepotem occiderit*. Manca peraltro, in quanto riportato da Marciano, un esplicito riferimento all'*avia*. Sulla legge si rinvia alla trattazione di Thomas, *Parricidium* cit. 648-659 (che puntualizza come l'*avus* non possa che essere quello materno: p. 652). Particolarmente aberrante appare l'uccisione del nipote da parte dell'*avus*, la cui figura è, nell'immaginario culturale romano, indulgente, benevola: M. Bettini, *Affari di famiglia. La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna 2009, 26. Il nonno – *originis proximae origo*, si potrebbe dire con Seneca figlio (cfr. *Ben.* 3.29.7), *parens* (così come la nonna: lo spiegherà Gaio in D. 50.16.51 [23 *ed. prov.*]) – svolge una funzione protettiva nei confronti del nipote; cfr. le parole di Gallione, in *Sen. contr.* 9.5.7, che declama su un *avus* che ha sottratto il nipote alla matrigna, sospettata di aver ucciso gli altri due figli del marito. Sull'*avia*, descritta nella letteratura romana coinvolta nel processo educativo dei nipoti, cfr. Ch. Laes, *Grandmothers in Roman Antiquity: An Note on avia nutrix* (*AE* 2007, 298), in *Melita Class.* 2, 2015, 106-109, che esamina un'epigrafe in cui una nonna è indicata come *nutrix*.

³¹ Per Thomas, *Parricidium* cit. 653 nt. 24, non è possibile stabilire quale fra i quattro di questo nome sia il *M. Popillius* del passo; cfr. Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 95.

³² Il che renderebbe, tuttavia, molto meno efficace la formulazione *parricidium ultam esse parricidio*.

nell'uso corrente³³. Non esisterebbe alcun caso in cui l'uccisione di un discendente da parte di madre venga qualificata *parricidium*. Per la verità, non è questo in esame l'unico luogo in cui ciò, invece, accade. In Tacito – e Thomas lo ricorda – Agrippina si difende dalle insinuazioni di Burro di aver progettato il *parricidium* di Nerone (*Ann.* 13.21.2). Tuttavia qui ci si troverebbe nel «*domaine normal du parricidium*», in cui, nel principato, rientrano i crimini commessi contro l'imperatore, *pater patriae*. Quanto alla notizia di Valerio Massimo, si tratterebbe di un *exemplum*, legato alla vendetta del sangue, «trop rhétorique» perché si debba prendere eccessivamente alla lettera una formula che enfatizzerebbe la «réversibilité» delle situazioni, che caratterizza la vendetta³⁴. Si può accettare la spiegazione dell'impiego del termine in Tacito, sebbene rimanga il sospetto dell'operare in essa di una qualche forzatura³⁵.

³³ Cfr. Y. Thomas, *La Mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris 2017, 31-32: «une acception aussi large du terme n'est attestée ni avant cette loi, ni même après elle, car cette analogie légale n'a jamais été reçue dans l'usage courant»; per l'impiego riservato all'uccisione del padre cfr. p. 29. D'altra parte, l'uccisione del fratello o della sorella «ne semble [...] avoir été associable à l'idée du parricide qu'en présence du père en personne, lorsque celui-ci qualifie ou refuse de le qualifier ainsi, comme s'il s'était agi de juger un attentat contre lui-même» (il riferimento è al sorricidio dell'Orazio, *parricidium* in Festo e in Floro: pp. 32 e 207 nt. 57); Id., *Parricidium* cit. 682-688. In *La Mort du père* Thomas non cita il testo di Valerio Massimo. Sulla trattazione del *parricidium* in quest'ultima opera, cfr. A. McClintock, *Un crime incroyable: le parricide. À propos de Yan Thomas, La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, in *Grief* 5, 2018, 202-206.

³⁴ Cfr. Thomas, *Parricidium* cit. 652-653.

³⁵ Poco più sopra, in *Ann.* 13.16.4 il matricidio paventato da Agrippina è '*parricidium*'; cfr. *Ann.* 14.8.5. Ma, commenta Thomas, *Parricidium* cit. 682, richiamando il passo, «le mot est mis dans la bouche d'Agrippine, et sert à exprimer le pathétique d'une situation vécue, plutôt qu'à définir précisément le crime». Quanto al fratricidio (anch'esso *parricidium*), si può osservare che – se è diverso dal parricidio perché con esso «si uccide l'autore della vita, l'erogatore della luce, della libertà, della cittadinanza, in una reciprocità perversa che ripaga la vita con la morte», mentre con il primo «a essere colpito è piuttosto il simile, o senz'altro l'identico: se il fratello è un *alter ego*, la sua uccisione sopprime in qualche modo

Ma resta il fatto che Valerio indica come ‘*parricidium*’ l’uno e l’altro atto compiuti dalle protagoniste dell’episodio, ponendo l’accento, attraverso una formulazione di grande efficacia, sulle rispettive gravità e riprovevolezza, e suggerendo che una simile qualificazione dei fatti possa realmente circolare anche in riferimento a uccisioni diverse da quella paterna, pur essendo indubbio che, nel materiale a nostra disposizione, è di quest’ultima che si parla soprattutto come di ‘*parricidium*’. La circostanza, peraltro, non diminuisce affatto il pregio delle intuizioni di Thomas, che la rinuncia a piegare ogni fonte alla logica, forse troppo rigida, della sua dimostrazione semmai avvalorata.

Dolor, *ulcisci* evocano, poi, un tema ben presente alla retorica latina della fine della repubblica, che informa come l’aver agito *ulciscendi doloris gratia* sia un argomento utilizzato nei *iudicia legitima*, di fronte alle *quaestiones* permanenti: la difesa dell’accusato di un crimine sostiene, infatti, che il suo atto, volto a vendicare il *dolor*, è *iure factum*³⁶. Tale si considera, inoltre, quanto avvenuto *pietatis nomine* (Cic. *part.* 42), per il rispetto di vincoli ineludibili: in questo caso quelli che nascono dal sangue³⁷. Indotta dal *dolor* e (occorre pensare) dal sentimento suscitato dalla *pietas*, l’accusata ha vendicato i propri figli uccidendo

una parte di sé» – come il parricidio infrange vincoli «che la cultura non crea, ma recepisce dalla natura»: M. Lentano, *Parentela*, in M. Bettini, W.M. Short (a c. di), *Con i Romani. Un’antropologia della cultura antica*, Bologna 2014, 182 (che precisa come ad «analoga solidarietà» appaiano improntati i rapporti fra fratello e sorella e fra sorelle: p. 183).

³⁶ Le *partes* del *genus* qualitativo sono così indicate da Cicerone: *Aut iure factum depellendi aut ulciscendi doloris gratia aut pietatis aut pudicitiae aut religionis aut patriae nomine aut denique necessitate, inscitia, casu*. Secondo C. Ferrini, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano 1899, 192, il passo conterrebbe «vestigia dell’antichissimo nesso» fra il «diritto di difesa» e quello di «vendetta». Come più sopra rilevato, il nesso individuato da Ferrini è attuale e forte al tempo in cui è attivo Cicerone.

³⁷ Persino in prospettiva stoica è giustificata la reazione per l’*iniuria* che ha colpito i congiunti: Cic. *off.* 1.23; cfr. Sen. *ira* 1.12.1-5; Sil. 13.391-392 (per la *pietas irata* che *furit* verso gli dèi).

la madre che, infrangendo simili vincoli, aveva ucciso i nipoti; ma, nel far ciò, ha, a sua volta, violato la *pietas*: circostanza icasticamente riassunta dalle parole *parricidium ultam esse parricidio*. Preso atto del configurarsi di entrambi i crimini, *alterum ultione (dignum), alterum absolutione non dignum iudicatum est*.

3. Nel primo degli esempi delle cosiddette *ambustae*, il ricorso al *fustis* fa pensare che la reazione sia stata immediata, dettata dall'*ira* improvvisa. Nel caso del giudizio sulla donna di Smirne (8.1 *amb.* 2) la reazione al male subito non è immediata, ma determinata anch'essa – si potrebbe chiosare sulla base delle categorie familiari alla cultura dell'autore – dai doveri imposti dalla *pietas*. La vicenda è attestata per la prima volta, per quanto è dato sapere, da Valerio Massimo, la cui fonte è ignota³⁸.

Val Max. *amb.* 2: *Eadem haesitatione P. quoque Dolabellae, proconsulari imperio Asiam obtinentis animus fluctuatus est. mater familiae Zmyrnaea virum et filium interemit, cum ab his optimae indolis iuvenem, quem ex priore viro enixa fuerat, occisum conperisset. quam rem Dolabella ad se delatam Athenas ad Areopagi cognitionem relegavit, quia ipse neque liberare duabus caedibus contaminatam neque punire eam iusto dolore impulsam sustinebat. consideranter et mansuete populi Romani magistratus, sed Areopagitae quoque non minus sapienter, qui inspecta causa et accusatorem et ream post centum annos ad se reverti iusserunt, eodem affectu moti, quo Dolabella. sed ille transferendo quaestionem, hi differendo damnandi atque absolvendi inexplicabilem cunctationem vitabant.*

³⁸ In merito alla fonte di Valerio Massimo, sconosciuta, come sottolinea Holford-Strevens, *Getting Away with Murder* cit. 511, cfr. quanto osserva Bloomer, *Valerius Maximus* cit. 8: se l'autore «reflects a culture of speakers, he also represents a crucial moment in that culture, the moment of recording what had been oral». Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 167-168, senza escludere che si possa «addirittura invocare la tradizione orale», ipotizza che possa trattarsi di Cicerone, suocero del figlio di Dolabella. Cfr. ora D'Alessio, *Aulo Gellio* cit. 12, e A. Manni, *L'haesitatio di Dolabella e la persecuzione 'centenaria' dell'avvelenatrice di Smirne*, in *Dolabella, gli Areopagiti* cit. 62.

Qui preda dei dubbi è il proconsole. Il suo *animus* – racconta, infatti, Valerio – *fluctuatus est* a causa della medesima *haesitatio* che aveva colto il pretore nell'episodio precedente. La *mater familias Zmyrnaea* aveva ucciso il marito e il figlio dopo aver saputo che questi avevano ucciso il figlio da lei procreato con il precedente marito³⁹: un ragazzo *optimae indolis*, si puntualizza⁴⁰. Dolabella *relegavit* alla *cognitio* dell'Areopago il caso, non riuscendo a decidersi a *liberare* una persona *contaminata* da due *caedes*, né a punirla in quanto *iusto dolore impulsam*. Gli areopagiti emettono il famoso ordine *eodem affectu moti*: condividendo pertanto l'incertezza del proconsole, si comportano non meno *sapienter* del medesimo, che aveva agito *consideranter et mansuete*. L'uno e gli altri – chiude la narrazione Valerio Massimo – avrebbero evitato un indugio privo di soluzione nel condannare o assolvere: il primo *transferendo quaestionem*, i secondi *differendo*⁴¹.

³⁹ Evidenzia come Valerio traduca con un'espressione romana (*mater familiae*) «una condizione di rispettabilità della protagonista» Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 160.

⁴⁰ Opportunamente Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 160, segnala che scopo della precisazione è di sottolineare la malvagità degli assassini.

⁴¹ È correzione moderna 'vitabant' per 'mutabant' dei codici; cfr. Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 38. Sui giudizi criminali nelle province alla fine della repubblica cfr. A.H.M. Jones, *The criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972, 83-85. Nel discorso condotto in testo accadrà di avanzare qualche ipotesi interpretativa senza seguire in modo rigoroso la prudente sollecitazione di Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 156 («bisognerebbe cercare di resistere alla tentazione di integrare quanto Valerio tralascia, evitando di aggiungere allo scheletrico racconto abbellimenti frutto della nostra logica o proporre ricostruzioni basate sulla verosimiglianza»). Ma, appunto, il racconto è «scheletrico», e la stessa studiosa è consapevole che non riuscirà a «sfuggire alla seducente prospettiva di offrire letture ulteriori». Così, tra l'altro, formula una congettura sul perché la donna avrebbe ucciso gli assassini del figlio, anziché denunciarli (p. 161); ipotizza che la protagonista non godesse «delle garanzie previste a Roma per i cittadini romani» (pp. 161-162) e che la medesima, di condizione elevata (anzi, appartenente a una famiglia di «maggiore rilevanza politica, sociale od economica» di quella del marito: p. 166), potesse essere cittadina ateniese (pp. 163-164). La storia rifletterebbe, inoltre, una vicenda reale e non l'invenzione di un retore per una *controversia*, anche se, citata E. Rawson, *Roman Culture and Society*.

Se, nell'episodio del matricidio, l'impasse nel giudizio nasce dalla punibilità di un *parricidium* provocato da un precedente *parricidium*, qui appare evidenziato il *dolor* dell'accusata, che Valerio sottolinea essere *iustus*. Pure la protagonista della vicenda narrata in precedenza aveva agito *dolore commotam*: l'enormità del torto subito e la (verosimile) immediatezza della reazione non lasciavano dubbi sull'operare di un *dolor* non soltanto socialmente apprezzabile, ma doveroso perché imposto dalla *pietas* nei confronti dei prossimi congiunti. Il *dolor* dell'*iniuria* patita infiamma l'*ira*; questa esige l'*ultio*, la *vindicta*, perché il *dolor* si attenui, secondo la dinamica passionale delineata in psicologie quali la peripatetica e la stoica⁴². Dunque, la collera suscitata dall'offesa più di ogni altra passione può essere fatta valere in difesa dell'autore di un'azione in sé criminosa⁴³. Appare, invece, di solito ingiustificabile la reazione cui spinge il rancore – l'*odium*, l'*ira inveterata* – o quella progettata sulla base dell'*inimicitia*, l'*ira ulciscendi tempus observans* (per usare la formulazione di Cic. *Tusc.* 4.21). L'importanza del tempo, del suo trascorrere, per il moto passionale, in particolare per il dolore, è presente al pensiero medico-filosofico e non è estranea alla riflessione

Collected Papers, Oxford 1991, 466 – «the affair smells of the rethorical *controversia*» (Rawson, però, precisa: «though this does not entirely destroy Valerius' value as evidence for what the Romans thought the Areopagus did») –, ammette: «Che la vicenda [...] sia diventata un appassionante oggetto di dibattito e il tema di *controversiae* nelle aule di maestri lo direi esito non solo probabile ma sicuro» (pp. 156-157). Non è affatto impossibile, allora, che Valerio Massimo l'abbia appresa proprio in una scuola di retorica: se ciò fosse vero, ne riproporrebbe, ovviamente, gli elementi narrativi così come rielaborati attraverso il filtro decontestualizzante e deformante della ricostruzione declamatoria.

⁴² Gli illeciti causati da un *repentinus motus*, che non sono perciò *meditata et praeparata*, appaiono *leviora*: Cic. *off.* 1.27; cfr. G. Rizzelli, *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, in F. Milazzo (a c. di), *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, Milano 2014, 272 nt. 252. Precisa il significato di *vindicare* e di *ulcisci* Thomas, *Se venger au Forum* cit. 68.

⁴³ Aspetto, questo, su cui insistono i trattati di retorica; cfr. Aristot. *rhet.* 2, 1378a, 22-1380b, 5; Cic. *inv.* 2.86.

giuridica e alle scelte dei legislatori⁴⁴. Il dolore – è, anzi, opinione autorevole – non si accompagna all'odio, che non trarrebbe origine dal male ingiusto ricevuto⁴⁵. Significativamente, il non aver agito per *odium* è fra i presupposti della *deprecatio*, la richiesta di perdono dell'accusato⁴⁶, il quale, sebbene ammetta il fatto e di aver agito *consulto* (*consulto peccasse*: Cic. *inv.* 1.15), cerca di mostrare che la sua azione, per quanto volontaria, non è dipesa da malvagità. Il tempo, infatti, mitiga il *dolor*, permettendo all'individuo di ritornare a seguire la ragione. Se la reazione è giustificata dalla sua immediatezza rispetto alla conoscenza del torto ingiusto patito, con il dolore che non ha avuto modo di essere razionalizzato, il trascorrere del tempo riconduce il soggetto di fronte alla responsabilità, cui lo richiama la ragione, di resistere all'impulso alogico⁴⁷: responsabilità alla quale, superata l'improvvisa emozione, difficilmente potrebbe sottrarsi⁴⁸. Così, se l'accusato non neghi il fatto,

⁴⁴ Cfr. Rizzelli, *Adulterium* cit. 247-248 e 297-298 nt. 289.

⁴⁵ Cfr. Aristot. *rhet.* 2.1379a, 12 e 1382a, 10-13: l'ira è congiunta al dolore, al contrario dell'odio, il *μῖσος* (che non è una forma dell'ira – come non lo è nel modello stoico delle passioni [cfr. Stob. *SVF* III 395; Ps. Andron. *SVF* III 397; Cic. *Tusc.* 4.21], mentre lo stesso Aristot. *rhet.* 2.1378a, 30-32 pone in rapporto l'ὀργή con la λύπη – quanto, piuttosto, il desiderio che qualcuno incorra in un male, indipendentemente dalla circostanza che chi lo desidera ritenga di aver subito un'ingiustizia da chi è odiato, come si evince anche da Diog. Laert. *SVF* III 396, che espone la dottrina crisippea per cui *μῖσος* e ὀργή - quest'ultima con le sue varie manifestazioni *μῆνις*, *κότος* e *θυμός* - sono entrambi impulsi irrazionali che nascono dall'ἐπιθυμία).

⁴⁶ Cfr. Cic. *inv.* 2.106 (*Oportebit igitur eum, qui sibi ut ignoscatur, postulabit [...] ostendere non odio neque crudelitate fecisse, quod fecerit, sed [...] aut aliqua honesta aut probabili causa*); *Rhet. Her.* 1.24 e 2.25.

⁴⁷ Cfr. Cic. *off.* 1.102 e 132 (di probabile ispirazione paneziana; cfr. E. Vimercati, *Panezio. Testimonianze e frammenti*, Milano 2002, 288 nt. 154). Chiaramente, la proposta stoica di terapia delle passioni è radicale; cfr. Vegetti, *Etica* cit. 240-250, Id., *Passioni antiche* cit. 59-67, e W.V. Harris, *Restraining Rage* cit. 3-127. In essa il ruolo della volontà è centrale; sulla «scoperta della volontà» in ambito stoico cfr. G. Gill, *The Structured Self in Hellenistic and Roman Thought*, Oxford 2006, 373-375.

⁴⁸ *Qui vero probari potest ut sibi mederi animus non possit, cum ipsam medicinam*

dovrà dimostrare di non averlo progettato e, a tal fine, invocherà l'operare improvviso dell'impulso passionale⁴⁹.

Nel caso in esame Valerio non specifica in che modo la donna abbia ucciso, quasi lo ritenga scontato per il lettore. Verosimilmente ha in mente la dazione di un veleno; quanto meno, al veleno pensa il suo lettore antico⁵⁰. È difficile immaginare un delitto 'd'impeto', come quello che si commette con l'ausilio di un bastone o di un'arma da taglio. Le donne – è motivo diffuso – generalmente evitano il confronto fisico con gli uomini (a meno di non essere 'virili') e li uccidono con il veleno. Il luogo comune, nella cultura latina, della donna avvelenatrice, riecheggia nella retorica giudiziale e continuerà a riecheggiare nella letteratura medico-legale di fine Ottocento, consentendo di argomentare che, di fronte a un avvelenamento, occorre presumere che autrice ne sia stata una donna⁵¹. Il veneficio presuppone la progetta-

corporis animus invenerit [...]?, si chiedeva Cicerone, convinto che *omnibus [...] opibus viribus ut nosmet ipsi nobis mederi possimus elaborandum est* (*Tusc.* 3.5-6): perciò la nutrice rammenterà a Fedra, nell'omonima tragedia senecana, che *pars sanitatis velle sanari fuit* (*Sen. Phaedr.* 248-249).

⁴⁹ Come spiega Cic. *inv.* 1.41: *inprudencia [...] in purgationem confertur; cuius partes sunt inscientia, casus, necessitas, et in affectionem animi, hoc est molestiam, iracundiam, amorem et cetera, quae in simili genere versantur*. Con la *purgatio* si scusa la *voluntas*: si rimuove la *culpa* dall'imputato mostrando che ha operato – si legge in Cic. *inv.* 1.15 – l'*inprudencia* oppure il *casus* o, ancora, la *necessitas*; cfr. *Inv.* 2.94. Il numero dei suoi modi varia nella letteratura retorica. Ne enumererà quattro, ad esempio, Fortunaziano (che aggiunge l'*oblivio*); cfr. *Ars* 1.17 (Calboli Montefusco 90, 5-22).

⁵⁰ Condivisibili le considerazioni di Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 169.

⁵¹ Cfr. Quint. *inst.* 5.10.25, a proposito del *sexus*, all'interno degli *argumenta* che si traggono dalla *persona*. Il *sexus* è tale *ut latrocinium facilius in viro, veneficium in femina credas* (ovviamente fino a prova contraria: cfr. *Inst.* 5.10.19). Il motivo sopravvive, per esempio, nel trattato di un noto medico-legale, G. Ziino, *Compendio di medicina legale e giurisprudenza medica secondo le leggi dello Stato ed i più recenti progressi della scienza ad uso de' medici e de' giuristi*³, Milano 1890, 941. La frequenza con cui, nella letteratura declamatoria, è sospettata una donna di essere autrice di un avvelenamento emerge nitidamente dalla lista stilata da L. Pasetti, *Cases of Poisoning in Greek*

zione⁵². La sua commissione conduce a credere che fra la scoperta del torto subito e la reazione sia intercorso un periodo di tempo sufficiente a programmare le modalità dell'uccisione, che la reazione non sia stata immediata. A causa di ciò, la progettazione segnala spesso, a sua volta, il collegamento fra l'azione e la malvagità del suo autore. In un eventuale processo di fronte alla *quaestio*, argomentare sulla base della reazione immediata dovuta all'*ira* può servire a convincere i giudici a escludere il dolo e, quindi, ad assolvere. Molto più difficoltoso risulterebbe convincerli della mancanza di malvagità dell'agente se non si sia trattato di una reazione immediata. Uno dei *loci* (il sesto), illustrati da Cicerone nel *De inventione*, per suscitare indignazione nei giudici, è quello con cui si mostra che si è agito *consulto et de industria*, sostenendo che *voluntario maleficio veniam dari non oportere* (mentre *inprudenciae concedi nonnumquam convenire*: 1.102)⁵³.

Esiste, tuttavia, un odio non privo di giustificazione, socialmente approvato. Lo aveva evidenziato Aristotele a proposito dei sillogismi con cui accusa e difesa devono costruire i propri ragionamenti⁵⁴. Alcuni

and Roman Declamations, in E. Amato, F. Citti, B. Huelsenbeck (eds.), *Law and Ethics in Greek and Roman Declamations*, Berlin - Munich - Boston, 2015; 181-196; sul motivo della donna avvelenatrice (in particolare dell'*adultera venefica*) nella letteratura latina sino al secondo secolo d.C. cfr. G. Laudizi, *Il tema del veneficio nella letteratura latina dalle origini al II sec. d.C.*, in *Studi di filologia e letteratura*, Lecce 1986, 72-76.

⁵² Emblematica l'enucleazione di una serie di atti preparatori, quali l'acquisto, la vendita e la detenzione del veleno, repressi ciascuno a titolo di *veneficium* dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*; cfr. D. 48.8.1.1 e D. 48.8.3pr. (Marcian. 14 *inst.*); PS. 5.23.1 (= Coll. 1.2.1; 8.4.1 [Paul. 5 *sent. sub tit. l. Corn. sic. et ven.*]).

⁵³ Il *locus* trova il proprio fondamento nel principio etico, che Cicerone esporrà nel *De officiis*, per cui *in omni iniustitia permultum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quae plerumque brevis est et ad tempus, an consulto et cogitata fiat iniuria. Leviora enim sunt ea, quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quae meditata et praeparata inferuntur* (1.27).

⁵⁴ Per formare i sillogismi occorre considerare i motivi per cui si commette ingiustizia, con quale disposizione d'animo, verso chi e la disposizione d'animo della vittima: *Rhet.* 1, 1368b, 1-4.

ἀδικήματα, infatti, sarebbero degni di lode, come quelli attraverso i quali si vendicano il padre e la madre. Altri, con cui si colpisce chi, a sua volta, ne ha commessi numerosi o simili, quasi non apparirebbero ἀδικήματα, così come non lo appaiono, sembrando anzi azioni piacevoli e belle, quando diretti contro coloro che hanno fatto del male, o avrebbero voluto farlo, oppure vogliono o stanno per farlo⁵⁵. È l'odio (μῖσος) generato dall'impressione (φαντασία) che l'odiato sia πονηρός 'in generale' (κοινῶς), di cui parlerà Plutarco nel trattatello sul φθόνος, l'invidia, che distingue dal μῖσος nato dall'impressione, in chi odia, che la persona sia malvagia perché autrice di un torto nei suoi confronti (πρὸς αὐτόν)⁵⁶. Plutarco precisa che «l'odio verso la malvagità è uno dei sentimenti generalmente approvati»⁵⁷. È, anzi, si potrebbe chiosare, un sentimento doveroso, visto che il filosofo di Cheronea sottolinea il fatto che addirittura molti vengono «odiati giustamente, come quelli che definiamo degni di odio, se non fuggono le persone di tal genere e

⁵⁵ Cfr. *Rhet.* 1, 1372b, 2-5 e 1373a, 13-15; cfr. pure 1, 1373a, 16-20.

⁵⁶ «L'odio è originato dall'impressione che la persona odiata sia malvagia o in generale o nei nostri riguardi (chi pensa di aver subito un torto da qualcuno è portato naturalmente a odiarlo, e la gente nutre riprovazione e avversione nei confronti di chi per altri versi è incline all'ingiustizia o alla malvagità)»: *De inv. et od.* 2, 536f-537a. L'opuscolo, mancante delle parti iniziale e finale, forse uno scritto giovanile dedicato all'invidia, appare aderire alla posizione aristotelica; cfr. G. Pisani, *De invidia et odio*, in E. Lelli, G. Pisani (a c. di), *Plutarco. Tutti i Moralia*, Firenze – Milano 2017, 2683, al quale appartiene la traduzione (p. 1013).

⁵⁷ Opinione in linea, forse, con la dottrina peripatetica sulle passioni *mediocres*, criticata da Cicerone nelle *Tusculanae* (Cic. *Tusc.* 3.22 e 4.38-54), articolata, nel corso del tempo, secondo percorsi complessi. Cfr. C. Gill, *Introduction. The Emotions in Greco-Roman Philosophy*, in S. Morton Braund, C. Gill (eds.), *The Passions*, Cambridge, 1997, 5-8; sull'oscillante valutazione etica di una passione quale la collera, con le sue conseguenze nell'esperienza giuridica di Roma antica, qualche indicazione in Rizzelli, *Adulterium* cit. 245-278, e Id., *Intelletto, volontà e crimine nella cultura giuridica romana del principato*, in *RDR.* 20, 2020, 34-47.

non provano nei loro confronti disgusto e ripugnanza»⁵⁸. Si tratta, per esempio, del *civile odium quo improbos odimus*, che Cicerone aveva attribuito a Milone nei confronti di Clodio (*Mil.* 35)⁵⁹.

Queste rapide notazioni indicano la difficoltà e la delicatezza del problema, nella cultura di due intellettuali romani dei primi secoli del principato, di giustificare la reazione a un'offesa sentita come ingiusta. Comunque, se è ipotizzabile che già Valerio Massimo abbia pensato alla vicenda della donna di Smirne come a un caso di veneficio, è altresì presumibile che Gellio abbia presente la tematica del *dolor*. Gli indizi non mancano. Così, quando accenna alla *faciendi causa* che l'accusata asserisce di aver avuto, agevolmente identificabile con il *dolor* che spinge all'*ultio*, di cui parlava Cicerone nelle *Partitiones oratoriae*, la cui menzione è qui funzionale al tipo di difesa adottato. Un altro indizio è la vendetta evocata dalle parole *digna tamen poena homines sceleratos vindicatum fuisset*, riferite agli uccisori del figlio dell'avvelenatrice: una vendetta che tutto induce a identificare con quella richiesta dalla collera alimentata da un *dolor* doveroso, pienamente rispondente alle attese sociali.

Tale carattere rende il *dolor* particolarmente meritevole di considerazione. Per Ammiano Marcellino, che legge Gellio⁶⁰, la donna sarebbe

⁵⁸ Plutarco esemplifica l'affermazione con parole attribuite a un collega di Carillo, nipote di Licurgo. Questi, poiché alcuni «lodavano il nipote di Licurgo, Carillo, che regnava a Sparta ed era persona a modo e mite», avrebbe chiesto «Come può essere buono Carillo, se non è duro nemmeno con i malvagi?» (5, 537c-d; traduzione di Pisani, pp. 2013 e 2015).

⁵⁹ Nelle fonti il motivo della doverosità dell'odio verso il malvagio sembra implicitamente interrelato con quello dell'*ultio* delle *iniuriae* subite da altri (motivo che assume particolare rilievo nell'attività dell'*orator* giudiziario), ripreso peraltro dallo stesso Cicerone, come accade nella *divinatio in Q. Caecilium* – cfr. *Div.* 54 (*ultor iniuriarum*) e 64 (*dolore atque iniuriis commoveri*) –, su cui F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari 1996, 118-124.

⁶⁰ Cfr. Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 171.

stata *ultrix necessitudinum*, vendicatrice del sangue parentale (29.2.19). Dobbiamo proprio a Gellio la notizia per cui, secondo alcuni grammatici, *necessitudo* indicherebbe un *ius quoddam et vinculum religiosae coniunctionis*, mentre, in effetti, il suo significato coinciderebbe con quello di *necessitas* (Gell. 13.3.1-2): come qualche studioso ha evidenziato, tale notizia confermerebbe che, nell'ambito dei rapporti di parentela, «prevalgono le relazioni 'obbligate'», le prestazioni «necessarie»⁶¹. Si può aggiungere che Elio Gallo individuava nei *cognati*, insieme agli affini, i destinatari dei *necessaria officia*⁶² e che Marciano, nel terzo secolo, evidenzierà il collegamento fra *ius* e *necessitudo*, spiegando che *ius etiam pro necessitudine dicimus veluti 'est mihi ius cognationis vel adfinitatis'* (D. 1.1.12 [1 *inst.*])⁶³.

Ma, se è plausibile che Gellio quando scrive abbia ben presente la tematica della sofferenza che consegue all'offesa ricevuta e quella, a essa collegata dell'ira e della vendetta, resta il fatto che non nomina il *dolor*. Forse l'omissione non è casuale e potrebbe trovare una spiegazione nelle considerazioni svolte nel corso di questo lavoro.

4. Quintiliano, illustrando la *relatio criminis*, evoca i casi di Oreste, dell'Orazio superstite e di Milone quali celebri esempi del suo impiego (*Inst.* 7.4.8). Cicerone, all'opera retorica del quale ispira il proprio metodo Valerio Massimo⁶⁴, per esemplificarla aveva usato, nel *De inventione*, l'episodio dell'Orazio.

⁶¹ M. Lentano, *Le relazioni difficili. Parentela e matrimonio nella commedia latina*, Napoli 1996, 44.

⁶² Cfr. Fest. s.v. *Necessarii* (Lindsay 158, 22-25).

⁶³ Cfr. G. Rizzelli, *Pietate necessitudinis ductae. Settimio Severo, Ulpiano e l'accusatio del tutor suspectus*, in *QLSD*. 8, 2018, 155-157; D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-IV*, Roma 2019, 110-111. Il giurista (come Elio Gallo; cfr. Bettini, *Affari cit.* 19), considera evidentemente l'*adgnatio* (non esplicitamente menzionata) ricompresa nella *cognatio*.

⁶⁴ Cfr. Bloomer, *Valerius Maximus cit.* 5.

L'Orazio superstite, uccisi i tre Curiazi dopo aver perduto nello scontro i due fratelli, mentre torna a casa vincitore si accorge che la sorella non soffre per la morte dei congiunti, disperandosi, invece, per quella del fidanzato. Sdegnato, la uccide. È accusato⁶⁵. La formulazione corrisponde a quella del *thema* di una *controversia* scolastica. L'accaduto è presentato in modo che la ragazza appaia non aver provato dolore per la sorte dei fratelli caduti in combattimento, piangendo, invece, la morte del fidanzato, un Curiazio, dunque un nemico. Le parole *indigne passus virginem occidit* suggeriscono che, per chi espone il caso, l'uccisore ha reagito perché si è sentito ingiustamente offeso.

Sul *thema* proposto si scontrano l'accusa e la difesa.

L'accusa (*intentio*) è di aver ucciso la sorella violando il *ius* (*iniuria sororem occidisti*). L'accusato ammette il fatto che gli si addebita, l'uccisione della sorella, ma si difende affermando di aver agito secondo il *ius* (*iure occidi è la depulsio*). Da ciò la *quaestio*, il punto controverso: l'ha uccisa conformemente al *ius*? (*iurene occiderit?*). La *ratio*, la linea adottata dalla difesa, oltre a segnalare l'assenza da parte della vittima di una manifestazione di lutto per i fratelli uccisi, esplicita la circostanza del pianto per il nemico: *illa enim hostium mortem lugebat, fratrum neglegebat*. Inoltre, sostiene l'Orazio, *me et populum Romanum vicisse moleste ferebat*. L'uccisa si sarebbe dimostrata afflitta per la vittoria del fratello e dell'intero popolo romano, vittorioso attraverso l'impresa dell'uccisore. L'*infirmatio* dell'accusa – *tamen a fratre indamnatam necari non oportuit* – oppone che, comunque, l'imputato, in quanto fratello, non avrebbe dovuto uccidere la sorella *indamnata*⁶⁶. Ne consegue la

⁶⁵ Inv. 2.78: *Horatius occisis tribus Curiatis et duobus amissis fratribus domum se victor recepit. is animadvertit sororem suam de fratrum morte non laborantem, sponsi autem nomen appellatam identidem Curiatii cum gemitu et lamentatione. indigne passus virginem occidit. accusatur.*

⁶⁶ Dall'*infirmatio* accusatoria, che si oppone alla *ratio* difensiva, si evince che ciò che sarebbe stato eventualmente lecito a un estraneo non lo è al fratello a causa del

iudicatio, che opera una sintesi delle affermazioni delle parti: «siccome Orazia non si curava della morte dei fratelli, piangendo invece per quella dei nemici, senza gioire per la vittoria del fratello e del popolo romano, doveva essere uccisa dal fratello senza essere stata condannata?»⁶⁷.

Va rilevato come non si specifichi a quale titolo l’Orazio è accusato, forse perché la qualificazione della condotta, oggetto della *constitutio definitiva* (*Inv.* 1.10 e 11), non è uno dei punti su cui appare opportuno indugiare al fine di spiegare la *relatio criminis*. Il *factum* è l’uccisione di qualcuno non condannato, che, se contraria al *ius*, è qualificabile come *parricidium* o come *perduellio*: lo indicano le fonti che si occupano dell’episodio⁶⁸, sulla base, verosimilmente, di tradizioni diverse

vincolo che lo lega alla sorella, nascente dalla *pietas*. È interessante – come mi segnala Mario Lentano – che si dica non *oportuit* anziché non *licuit*. Cfr. la replica dell’accusatore di Oreste alla *ratio* del medesimo (*illa enim meum [...] patrem occiderat*) in *Inv.* 1.18: *at non [...] abs te filio matrem necari oportuit; potuit enim sine tuo scelere illius factum puniri*. La funzione svolta in questo mito dai temi della parentela è evidenziata da M. Lentano, *La parentela. Roma*, in M. Bettini (a c. di), *Il sapere mitico. Un’antropologia del mondo antico*, Torino 2021, 188-189.

⁶⁷ *Inv.* 2.79: *intentio est: ‘iniuria sororem occidisti.’ depulsio est: ‘iure occidi.’ quaestio est: ‘iurene occiderit?’ ratio est: ‘illa enim hostium mortem lugebat, fratrum neglegebat; me et populum Romanum vicisse moleste ferebat.’ infirmatio est: ‘tamen a fratre indamnatam necari non oportuit.’ ex quo iudicatio fit: ‘cum Horatia fratrum mortem neglegeret, hostium lugeret, fratris et populi Romani victoria non gauderet, oportueritne eam a fratre indamnatam necari?’*. Il testo ciceroniano non sembra confortare l’opinione di E. Cantarella, *Come uccidere il padre. Genitori e figli da Roma a oggi*, Milano 2017, 39, in merito alla riprovevolezza del gesto dell’Orazio.

⁶⁸ In *Fest. s.v. sororium tigillum* (Lindsay 380, 15-16) l’Orazio è *accusatus [...]* *parricidi apud duumviros*. Discussione del testo, fra i contributi più recenti, in E. Tassi Scandone, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli 2008, 129-130, e C. Pelloso, *Ai primordi del giudizio popolare: poena capitis del civis nella prima età repubblicana*, in L. Solidoro (a c. di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino 2016, 100-103; Id., «*Provocatio ad populum*» e *poteri magistratuali dal processo all’Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro*, in *SDHI.* 82, 2016, 243-244, con bibliografia.

e, forse, della diversità del *nomen* attribuito all'atto nei dibattiti declamatori⁶⁹.

Esposto l'esempio dell'Orazio, Cicerone illustra come le parti devono procedere nel genere di causa in esame. Ricorreranno innanzitutto a quanto ricavabile dagli altri stati di causa (*constitutiones*), come farà l'accusa per giustificare colui sul quale si trasferisce il *crimen*, o per dimostrare che esso è meno grave di quello dell'accusato⁷⁰. Prosegue, quindi, menzionando la *translatio*⁷¹, nella quale occorre mostrare da chi, per mezzo di chi, in quale modo e in quale momento si sarebbe dovuto agire, giudicare o stabilire su quella questione; e, insieme, occorre mostrare che non si sarebbe dovuto infliggere la pena prima del giudizio⁷². L'accusatore continuerà ad argomentare in questa direzione (cfr. il

Il sororicidio dell'Orazio è *parricidium* anche in Flor. *ep.* 1.3.5 e 6, e in Schol. Bob. Mil. 7 (Stangl 113). A. Magdelain, *Remarques sur la «perduellio»*, in *Jus, imperium, auctoritas. Études de droit romain* (= *Historia* 22, 1973, 405-422), Roma 1990, 502, ritiene che, con le parole *interfectae sororis crimine*, Val. Max. 8.1.1 si riferisca al *parricidium*, e che questo sia il crimine al quale allude Dion. Hal. 3.22.3 con φόνος; che Dionigi traduca il latino *parricidium* crede R. Fiori, *Il crimen dell'Orazio superstite*, in *IVRA* 68, 2020, 37.

⁶⁹ Cfr. Sen. *contr.* 10.4.11. A «una certa confusione in merito al *nomen iuris* da attribuire ai reati di età arcaica, confusione cui forse non è estranea l'annalistica», pensa R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 277. Lo studioso approfondisce l'argomento in Fiori, *Il crimen* cit. 35-76.

⁷⁰ Cfr. Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 121-122.

⁷¹ Nel primo libro Cicerone aveva chiarito che, in essa, *eius constitutionis est controversia, cum aut quem aut quicum aut quomodo aut apud quos aut quo iure aut quo tempore agere oporteat, quaeritur aut omnino aliquid de commutatione aut infirmatione actionis agitur*, informando che *inventor* ne sarebbe stato Ermagora; cfr. *Inv.* 1.16 e *infra*, nt. 125.

⁷² *Inv.* 2.79-80: *postea translationis partibus uti et ostendere, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut iudicari aut statui de ea re convenerit; ac simul ostendere non oportuisse ante supplicium quam iudicium interponere. tum leges quoque et iudicia demonstranda sunt, per quae potuerit id peccatum, quod sponte sua reus*

§ 81), evidenziando come sia *indignum* che colui, il quale non avrebbe potuto punirla neppure se fosse stata condannata, l'abbia uccisa benché non fosse stata nemmeno condotta in giudizio (*eum, qui ne de damnata quidem poenas sumere ipse potuisset, de ea supplicium sumpsisse, quae ne adducta quidem sit in iudicium*), e tratterà ampiamente del punto da giudicare, così enucleato, *ex deliberationis praeceptis* (§ 82)⁷³. La difesa dell'accusato ragionerà in modo speculare, ribaltando gli argomenti accusatori (cfr. i §§ 83-85). A ognuna delle parti converrà servirsi, ovviamente, di alcuni luoghi comuni⁷⁴.

5. Lo stesso Cicerone nella *Pro Milone*, orazione mai pronunciata nella forma in cui è stata tramandata e destinata a notevole fortuna presso i retori⁷⁵, in un passaggio ben noto agli storici del diritto roma-

poenitus sit, moribus et iudicio vindicari. deinde negare audire oportere id, quod in eum criminis conferatur, de quo is ipse, qui conferat, iudicium fieri noluerit, et id, quod iudicatum non sit, pro infecto habere oportere.

⁷³ Regole che saranno esposte nei §§ 155-176, a proposito, appunto, del *deliberativum genus*, il cui fine è, per Cicerone, sia l'*honestas* quanto l'*utilitas*: *Inv.* 2.156. Che Cicerone continua a esemplificare l'argomento con la vicenda dell'Orazio lo rivelano '*damnata*', '*de ea*', '*quae [...] adducta*'.

⁷⁴ *Locus communis accusatoris in eum, qui, cum id, quod arguitur, negare non possit, tamen aliquid sibi spei comparet ex iudiciorum perturbatione. atque hic utilitatis iudiciorum demonstratio et de eo conquestio, qui supplicium dederit indamnatus; in eius autem, qui sumpserit, audaciam et crudelitatem indignatio* (§ 85). L'opposto sosterrà il difensore: *ab defensore, in eius, quem ultus sit, audaciam <cum> sui conquestione; rem non ex nomine ipsius negotii, sed ex consilio eius, qui fecerit, et causa et tempore considerari oportere; quid mali futurum sit aut ex iniuria aut scelere alicuius, nisi tanta et tam perspicua audacia ab eo ad cuius famam aut ad parentes aut ad liberos pertineret aut ad aliquam rem, quam caram esse omnibus aut necesse est aut oportet esse vindicata* (§ 86).

⁷⁵ Il successo ottenuto dall'orazione presso i retori è attestato da Quint. *inst.* 4.2.25 (*M. Tullius in oratione pulcherrima, quam pro Milone scriptam reliquit [...]*) e 11.3.47 (*[...] illud Ciceronis in oratione nobilissima pro Milone principium*).

no (*Mil.* 7)⁷⁶, accennerà al *primum iudicium de capite* svoltosi a Roma di fronte al popolo riunito e conclusosi con l'assoluzione dell'Orazio. Impostata la difesa sulla *qualitas adsumptiva* citerà l'episodio nella *confutatio*, replicando agli argomenti dell'accusa. A tale scopo ricorderà famosi esempi di rei confessi, fra i quali, appunto, quello di cui ci occupiamo, evocando il ricorso alla *relatio criminis* come illustrata nel *De inventione*⁷⁷.

⁷⁶ Su di esso ritorna ora L. Garofalo, *Sull'Orazio sororicida*, in A. McClintock (a c. di), *Storia mitica del diritto romano*, Bologna 2020, 86-87.

⁷⁷ Cic. *Mil.* 35-36: '*At valuit odium, fecit iratus, fecit inimicus, fuit ultor iniuriae, poenitor doloris sui. Quid? si haec non dico maiora fuerunt in Clodio quam in Milone, sed in illo maxima, nulla in hoc? quid voltis amplius? Quid enim odisset Clodium Milo, segetem ac materiem suae gloriae, praeter hoc civile odium, quo omnis improbos odimus? Ille erat ut odisset, primum defensorem salutis meae, deinde vexatorem furoris, domitorem armorum suorum, postremo etiam accusatorem suum: reus enim Milonis lege Plotia fuit Clodius, quoad vixit. Quo tandem animo hoc tyrannum illum tulisse creditis? quantum odium illius, et in homine iniusto quam etiam iustum fuisse? 36. Reliquum est ut iam illum natura ipsius consuetudoque defendat, hunc autem haec eadem coarguat. Nihil per vim unquam Clodius, omnia per vim Milo. Quid? ego, iudices, cum maerentibus vobis urbe cessi, iudiciumne timui? non servos, non arma, non vim? Quae fuisset igitur iusta causa restituendi mei, nisi fuisset iniusta eiciendi? Diem mihi, credo, dixerat, multam inrogarat, actionem perduellionis intenderat; et mihi videlicet in causa aut mala aut mea, non et praeclarissima et vestra, iudicium timendum fuit. Servorum et egentium civium et facinorosorum armis meos civis, meis consiliis periculisque servatos, pro me obici nolui. L'ira, il dolor e la reazione diretta a realizzare la vendetta, richiamati dall'accusa (in quanto funzionali alla *coniectura animo*; cfr. Quint. *inst.* 7.2.11) per affermare la volontà di uccidere di Milone, vengono convertiti dalla difesa in argomenti per giustificare l'azione dell'accusato. Pone in relazione l'*actio perduellionis* con quella *maiestatis*, nota ai declamatori del *corpus senecano* (cfr. la *lex del thema* in Sen. *contr.* 9.2: '*Maiestatis laesae sit actio*'; cfr. pure Sen. *contr.* 7.7: '*Proditionis sit actio*'), S.F. Bonner, *Roman Declamation in the Late Republic and Early Empire*, Berkeley - Los Angeles 1949, 108-109 (che mette a confronto Cic. *Mil.* 36 con Quint. *inst.* 5.10.39). Sul rapporto fra *crimen maiestatis* e *perduellio* si è soffermata C. d'Aloja, *Sensi e attribuzioni del concetto di maiestas*, Lecce 2011, 77-99, con bibliografia. Muove da una definizione ulpiana del *perduellionis**

Nel replicare agli accusatori, per i quali è *fas* che non guardi la luce chi ammetta di aver ucciso un uomo (*Negant intueri lucem esse fas ei qui a se hominem occisum esse fateatur*), si chiede in quale città esistano degli *homines stultissimi* che pongono ciò in discussione, proponendo immediatamente l'episodio dell'Orazio⁷⁸. Infatti, continua, nei processi per un'uccisione l'accusato, sempre che non neghi il fatto, si difende affermando di aver ucciso *recte et iure*⁷⁹, espressione che, distinguendo – si direbbe – le fonti della doverosità, sembra sottolineare il rinvio alla sfera della 'giuridicità' nel suo complesso, ai precetti non riconducibili a norme scritte e, insieme, al *ius* posto dalle leggi⁸⁰.

reus (D. 48.4.11 [8 disp.]) V. Marotta, *Ulpiano e l'impero* II, Napoli 2000, 223-227, per condurre una raffinata riflessione sulla storia di questo rapporto. Sulla *lex Iulia maiestatis* nella giurisprudenza fra Antonino Pio e la fine dell'età severiana cfr. Id., *Ulpiano e l'impero* I, Napoli 2000, 131-146.

⁷⁸ *Nempe in ea quae primum iudicium de capite vidit M. Horati, fortissimi viri, qui nondum libera civitate tamen populi Romani comitiis liberatus est cum sua manu sororem interfectam esse fateretur*: § 7. Cfr. L.S. Fotheringham, *Persuasive language in Cicero's Pro Milone: A close reading and commentary*, London 2013, 139-141. Il gesto dell'Orazio è citato da Cicerone ai fini del *firmamentum* della propria difesa, puntualizza Schol. Bob. *Mil.* (Stangl 113).

⁷⁹ *An est quisquam qui hoc ignoret, cum de homine occiso quaeratur, aut negari solere omnino esse factum, aut recte et iure factum esse defendi?* Queste parole introducono la citazione della risposta di Publio Cornelio Scipione Emiliano sull'iniziativa di Scipione Nasica contro Tiberio Gracco (*Nisi vero existimatis dementem P. Africanum fuisse [...]*); cfr. oltre e Fotheringham, *Persuasive Language* cit. 141-145 (a p. 142 è segnalato l'uso 'avverbiale' di *iure*, che ritorna sette volte nell'orazione). Per C. Moatti, *Res publica. Histoire romaine de la chose publique*, Paris 2018, 105, in *Mil.* 8 Cicerone «cherche [...] surtout à donner une valeur juridique à une obligation de nature morale – empêcher un citoyen d'établir un pouvoir tyrannique dans la cité». Lo stato d'urgenza avrebbe, insomma, fatto il suo ingresso nel diritto soltanto attraverso la decisione politica (pp. 105-106).

⁸⁰ Per Humbert, *La loi* cit. 527, Cicerone, quando difende Milone, invoca il *ius occidendi*, fondato tanto sulla legge (*lex constituit*), quanto sulla natura. Con diversa sfumatura Moatti, *Res publica* cit. 109-113, ricollega *recte* a una *iusta causa* fatta valere nel processo di Opimio e li riconosce produttiva di effetti che sarebbero analoghi al 'diritto'. La stu-

Cicerone elenca, quindi, una serie di casi in cui le uccisioni sarebbero

diosa osserva, però, che «l'exception à la loi est fondée sur un principe supérieur au droit strict» (p. 111). Questo principio non è, in realtà, cosa diversa dalla rilevanza riconosciuta all'elemento esterno all'atto, che ha reso il medesimo conforme al *ius*, il quale, a sua volta, non si esaurisce nella norma formalmente posta. In Cic. *Mil.* 8 alla notazione dell'autore, per cui l'imputato si difende affermando che *recte et iure factum esse*, fa riscontro la formula utilizzata dall'Emiliano: *iure caesum videri* (cfr. il § 11: *insidiatorem interfici iure posse*. Al solo *ius* fa riferimento la formula con cui l'accusato si difende nella *relatio criminis*, riportata da Cicerone nel *De inventione*; cfr. Cic. *inv.* 1.15, 2.78 e 79. V., però, *Inv.* 2.69-70, ma con un esempio in cui la regola deriva dal *mos*. Cfr., ancora, *Inv.* 2.63: *quod factum est aut quod defenditur; pluribus de causis rectum aut probabile videri potest*). Inoltre, l'esempio di Oreste, canonico nella trattazione della *relatio criminis*, mostra come con la stessa ci si appelli anche a regole dettate da una ragione più alta di quella che si riflette nelle opinioni umane; cfr. Cic. *Mil.* 8. Talora per Cicerone sembra esservi piena corrispondenza fra *recte* e *iure* (con il *ius* che non si esaurisce nella norma legislativa, né il *rectum* nel precetto della *natura* o del *mos*) e la controversia verte, appunto, sulla conformità al *rectum* / *ius* dell'azione sottoposta a giudizio. Cfr., ancora a proposito della vicenda di Opimio, Cic. *part.* 106 (*In iis [...] causis, ubi recte factum aut concedendum esse defenditur, cum est facti subiecta ratio, sicut ab Opimio: 'Iure feci, salutis omnium et conservandae reipublicae causa', relatuque a Decio est: 'Ne sceleratissimum quidem civem sine iudicio iure ullo necare potuisti', oritur illa disceptatio: 'Potueritne recte salutis reipublicae causa civem eversorem civitatis necare'*, dove il *recte factum* corrisponde al *iure factum* del § 42, mentre le parole *salutis reipublicae causa* esplicitano il motivo in base al quale l'uccisione è da considerare avvenuta *recte*) e *de or.* 2.106 (Antonio porta un esempio di discussione che verte sulla qualità: *ut cum L. Opimi causam defendebat apud populum audiente me C. Carbo cos. nihil de C. Gracchi nece negabat, sed id iure pro salute patriae factum esse dicebat; ut eidem Carboni tribuno plebis alia tum mente rem publicam capessenti P. Africanus de Ti. Graccho interroganti responderat iure caesum videri. iure autem omnia defenduntur, quae sunt eius generis, ut aut oportuerit aut licuerit aut necesse fuerit aut imprudentia aut casu facta esse videantur*. Come osserva E. Bertì, *Le controversiae della raccolta di Seneca il Vecchio e la dottrina degli status*, in *Rhetorica* 32.1, 2014, 118 nt. 47, nel passo è forse riconoscibile un accenno al collegamento fra la bipartizione *ius* / *aequitas* e lo *status qualitatis*. Interessanti, al proposito, la menzione di quanto *oportuerit* accanto a quella di ciò che *licuerit* – come a ricomprendere in una più ampia nozione di corrispondenza al *ius* la conformità all'*aequitas* e alla norma stabilita – e l'implicito riferimento alla *purgatio*, oltre che alla *relatio criminis*). In *De or.* 2.113 Antonio chiarisce che il genere di cause in cui si discute se l'atto giudicato *recte factum sit*, che alcuni greci aggiungono ai tre che ha appena enunciato, è totalmente

state lecite in quanto di cittadini *scelerati*, a cominciare da quella di Tiberio Gracco per terminare con quella di Catilina e di altri congiurati⁸¹.

Le XII Tavole sono, poi, addotte da Cicerone nel suo ragionamento a proposito dell'uccisione del ladro notturno e del ladro che si difenda con le armi⁸². La citazione lo conduce a chiedersi se vi sia qualcuno che

assorbito da quello, relativo alla qualità (*tria sunt omnino genera quae in disceptationem et controversiam cadere possint: 'quid fiat factum futurumve sit' aut 'quale sit' aut 'quomodo nominetur'. nam id quidem quod quidam Graeci adiungunt: 'rectene factum sit' totum in eo est: 'quale sit'*), in cui si dibatte, appunto, se l'atto sia stato compiuto *iure*, come ha poco prima segnalato il medesimo Antonio. In merito alla distinzione degli *status* operata da Marco Antonio, a proposito di quello indicato attraverso la contrapposizione *ius-iniuria* (ossia il qualitativo) e all'elaborazione dei suoi seguaci, in Quintiliano si legge: *quod iure dicimur fecisse, non hunc solum intellectum habet, ut lege, sed illum quoque, ut iuste fecisse videamur* (*Inst.* 3.6.45; cfr. Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 201-204; Ead., *Logica* cit. 219-220). Di qualche interesse è pure confrontare la precisazione con ciò che aveva affermato Fusco stando a *Sen. contr.* 2.1.19 (sebbene il riferimento non sia al *iustum*, ma al *rectum*), ossia: *quod iure fit* – in conformità, cioè, alla *lex* declamatoria – *verum est, et quod sine iure quod quidem rationem habet recte fit*.

⁸¹ D'altra parte – osserva rivolto ai giudici e richiamando la vendetta di Oreste –, *non sine causa etiam fictis fabulis doctissimi homines memoriae prodiderunt eum qui patris ulciscendi causa matrem necavisset, variatis hominum sentiis, non solum divina, sed etiam sapientissimae deae liberatum* (§ 8).

⁸² Solo dopo la menzione dell'Orazio (§ 7), di Tiberio Gracco, di altri personaggi e di Oreste (a differenza dei precedenti, che attengono alla dimensione politica, relativo in modo immediato a una vicenda familiare) (§ 8), Cicerone ricorda la disposizione delle XII Tavole (§ 9, dove *impune* sostituisce *iure*, come accadrà in *Quint. inst.* 5.14.18 e in *D.* 48.8.9 [Ul. 37 ed.]). Ciò, presumibilmente, perché l'ipotesi del ladro gli appare meno rilevante, dunque la sua rappresentazione meno efficace, in quanto è debole l'analogia che si può istituire fra la condotta di chi uccide il *fur* – il cui comportamento lede la sfera privata del cittadino – e quella di coloro che ha citato prima. Su *Tab.* 8.12 (cfr. *Macrob. Sat.* 1.4.19) L. Gagliardi, «*Iure caesus esto*», in *Labeo* 45, 1999, 425-439, che interpreta la disposizione nel senso che essa avrebbe fissato i presupposti di legittimità dell'uccisione del ladro e che, nel caso in cui questi sussistessero, «l'uccisione sarebbe avvenuta secondo il diritto in senso oggettivo (*iure*)» (p. 433); G. Mosconi, «*Iure caesus: storia di una formula giuridica da Scipione Emiliano a Cicerone, da Cicerone a Svetonio*», in *Riv. Cult. Class. Med.* 49.1, 2007, 65-67; Humbert, *La loi* cit. 511-528 e, in particolare su *iure caesus esto*, 525-528: «la loi décide

ritenga punibile qualunque tipo di uccisione anche di fronte al fatto che, talvolta, la spada per uccidere un uomo è fornita dalle stesse leggi (*cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus*) e a focalizzare l'attenzione su un'ipotesi in cui certo l'uccisore non è punibile. Quando, cioè, non solo secondo giustizia, ma operando anche la necessità⁸³, *vi vis illata defenditur*. L'esempio che convalida l'affermazione è quello del tribuno militare, parente di Gaio Mario, ucciso dal soldato cui *vim adferebat* che non viene punito dal comandante: *hunc ille summus vir scelere solutum periculo liberavit* (§ 9). Un episodio, ricordato dagli autori antichi come paradigmatico per l'atteggiamento pudico del protagonista⁸⁴, che fornisce un tema declamatorio alle scuole di retorica⁸⁵. *Insidiatori vero et latroni quae potest inferri iniusta nex?* chie-

d'intégrer dans le droit un acte qui, en réalité, n'a relevé que de la justice privée. La loi décide que la mise à mort aura valeur de *ius*» (p. 527). Cfr. pure L. Pepe, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano 2004, 11-34, che mette a confronto la disciplina decemvirale e le norme ateniesi, e M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, in M.F. Cursi (a c. di), *XII Tabulae. Testo e commento II*, Napoli, 2018, 583-590.

⁸³ *Si tempus est illum hominis necandi – quae multa sunt –, certe illud est non modo iustum, verum etiam necessarium.*

⁸⁴ Cfr. Val. Max. 6.12 e Plut. *Mar.* 14.3-5. Quint. *inst.* 3.11.14 menzionerà la vicenda, insieme all'esempio dell'uccisione di Clitennestra (cfr. i §§ 11 e 12), in tema di *qualitas: quaestio*: «*An iure fecerit*»; *ratio*: «*quod is vim adferebat*»; *iudicatio*: «*an indemnatum, an tribunum a milite occidi oportuerit*».

⁸⁵ A esso è dedicata una delle declamazioni maggiori pseudoquintiliane, [Quint.] *decl. maior.* 3, il cui *thema* è: *Bello Cimbrico miles Mari tribunum stuprum sibi inferre conantem, propinquum Mari, occidit. reus est caedis apud imperatorem*. Cfr. C. Schneider, [Quintilien] *Le soldat de Marius (Grandes déclamations, 3)*, Cassino 2004; G. Brescia, *Il miles alla sbarra. [Quintiliano] Declamazioni Maggiori III*, Bari 2004, e adesso, sulla sua datazione (che colloca entro gli inizi del secondo secolo d.C.), B. Santorelli, *Datazione e paternità delle >Declamazioni maggiori pseudo-quintiliane<*, in *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintiliane<* cit. 362-366. Il tema è trattato anche in Calp. *decl.* 3, su cui cfr. C. Schneider, *(Re)lire la déclamation romaine: le «Soldat de Marius» par Calpurnius Flaccus*, in M.T. Dinter, Ch. Guérin, M. Martinhos (éds.), *Reading Roman declamation – Calpurnius Flaccus. Beiträge zur Altertumskunde, 348*, Berlin - Boston 2017, 77-96.

de a questo punto Cicerone, circoscrivendo sempre più la situazione per venire, infine, al caso sottoposto al giudizio e richiamando la *non scripta sed nata lex* che lo regolerebbe⁸⁶. Di essa terrebbe, infatti, saggiamente conto la *lex Cornelia* nelle sue disposizioni sui sicari⁸⁷.

6. A differenza di Cicerone, che, nel *De inventione*, sceglie la vicenda dell’Orazio sororicida, la *Rhetorica ad Herennium* illustra la *relatio criminis* (che denomina *translatio criminis*) attraverso l’esame dei discorsi che s’incrociano sulla colpevolezza di Oreste⁸⁸, ancora una volta

⁸⁶ *Est igitur haec, iudices, non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus, ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis* (§ 10). Lo stesso Cicerone cita il passaggio nell’*Orator* (§ 165); cfr. Quint. *inst.* 9.3.83.

⁸⁷ Lo spiega con grande efficacia nel paragrafo che conclude l’argomentazione contro l’*insidiator* e il *latro* (cfr. § 10): *Silent enim leges inter arma nec se expectari iubent, cum ei qui expectare velit ante iniusta poena luenda sit quam iusta repetenda. Etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi quae non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat, ut cum causa, non telum quaereretur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum iudicaretur* (§ 11); cfr. J.-L.Ferrary, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, in *Athenaeum* 79, 1991, 418.

⁸⁸ Cfr. *Rhet. Her.* 1.25 e 26. Oreste è già stato citato in tema di *causarum divisio*, più esattamente a proposito della *narratio*: 1.17. Mentre l’*Auctor ad Herennium* sceglie un esempio del mito greco, Cicerone ne preferisce uno romano pur avendo presente Ermagora di Temno, che probabilmente impiegava quello di Oreste (sul punto, Bonner, *Roman Declamation* cit. 15; per l’uso ermagoreo dell’esempio di Oreste indicazioni in G. Calboli, *Cornifici Rhetorica Ad C. Herennium*, Bologna 1993², 218 nt. 23); cfr. Quint. *inst.* 3.11.18, in relazione alla *quaestio* e agli elementi a essa riconducibili (*ratio, iudicatio, continens*). Un indizio sul motivo della scelta si trae, forse, da quanto lo stesso Cicerone puntualizzerà a proposito della vendetta di Oreste nella *Pro Milone* (cfr. il § 8): a differenza di questo episodio, quello dell’Orazio non è annoverabile fra le *factae fabulae*, ma appare un momento fondativo della comunità romana (non a caso è isolato dagli esempi che seguono). Già nella *Pro Roscio Amerino*, cronologicamente molto vicina al *De inventione*, Cicerone opera un implicito riferimento alla vicenda di Oreste, relegandola ai racconti dei poeti (§§ 65-66) e collocandola fra le *fabulae* (§ 67); cfr. A.R. Dyck, *Cicero*.

in tema di uccisione di una persona non condannata. Un caso, come quello della donna di Smirne, sottoposto al giudizio dell'Areopago, in un processo anch'esso di problematica definizione (infatti i voti dei giurati si bilanciano: Aesch. *Eum.* 752-753), tanto da essere risolto solo dall'intervento di una dea (Aesch. *Eum.* 734-735)⁸⁹.

Cicerone ricorda però, nel *De inventione*, il processo di Oreste per spiegare la *ratio*, che fonda la *causa* (senza la *ratio* non esisterebbe, infatti, la *controversia*). Richiama Oreste, precisa, *ut docendi causa in facili et pervulgato exemplo consistamus*⁹⁰. La giustificazione su cui si basa la difesa riconduce alla *relatio criminis*. Oreste, se venga accusato di matricidio, si deve difendere affermando: '*iure*

Pro Sexto Roscio, New York 2010, 146-147. Cfr. anche quanto nota B. Liou-Gille, *La 'perduellio': les procès d'Horace et de Rabirius*, in *Latomus* 53.1, 1994, 6, e, in generale, le osservazioni sull'uso degli *exempla* in Cicerone, con la sistematica preferenza accordata a quelli romani sui greci, in Bloomer, *Valerius Maximus* cit. 4-5.

⁸⁹ La difficoltà della causa richiede che di essa si occupi un tribunale particolarmente autorevole. Al mito eziologico dell'istituzione dell'Areopago la vicenda di Oreste ricollega l'impiego della forma di difesa che sarà nella retorica latina la *relatio criminis*. Al riguardo si può immaginare che spunti derivanti dalla riflessione sul φόνος δίκαιος (su cui cfr. L. Pepe, *Phonos. L'omicidio da Draconte all'età degli oratori*, Milano 2012, 183-227; Ead., *Atene a processo. Il diritto ateniese attraverso le orazioni giudiziarie*, Bologna 2019, 180-198) siano giunti, attraverso la mediazione di ambienti sofistici, alla retorica giudiziale (cfr. D.A. Russell, *Greek Declamation*, Cambridge 1983, 17-18. Pepe, *Phonos* cit. 198-206, riconduce alla cultura cui appartengono le *Tetralogie* attribuite ad Antifonte la sollecitazione a riflettere sull'elemento soggettivo in materia di uccisione legittima) e siano stati rielaborati da quella latina anche in termini di *relatio criminis*. Echi delle regole dell'esperienza giuridica attica sull'uccisione legittima, che si colgono nella giurisprudenza romana in materia di adulterio (cfr. D. 48.5.24[23]pr. [Ulp. 1 *adult.*]), sono evidenziati da E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976, 168, 197-199.

⁹⁰ Gli farà eco Quint. 3.11.4, introducendo la nozione di *ratio* (con cui *id, quod factum esse constat, defenditur*): *cur non utamur eodem, quo sunt usi omnes fere exemplo?*, ossia quello di Oreste che ha ucciso la madre.

*feci; illa enim patrem meum occiderat*⁹¹. La *ratio* è, dunque, ‘*quod illa Agamemnonem occiderit*’⁹².

⁹¹ Nelle *Eumenidi* di Eschilo Oreste ammette il fatto (589), ma afferma di averlo compiuto per vendicare il padre (458-464), domandando conferma ad Apollo di aver agito δίκην (609-613). Atena, appreso che Oreste aveva ucciso la madre, s’informa se, per caso, l’abbia fatto per necessità o temendo il κότος altrui (426), mentre chi accusa ribatte concentrando l’attenzione sull’atto ed evidenziandone l’enormità: un atto a commettere il quale nessun motivo potrebbe spingere (427). Individua gli elementi retorici nel processo di Oreste, messo in scena in questa tragedia, G.A. Kennedy, *The Art of Persuasion in Greece*, Princeton 1963, 41-43, che sottolinea la scelta dell’accusato di difendersi ammettendo l’uccisione e affermandone la legittimità (p. 42). Rimarca la notevole complessità del problema della colpa di Oreste Pepe, *Phonos* cit. 45 nt. 84; in una recente, approfondita disamina dello stesso, E. Stolfi, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna 2022, 39-75, sintetizza efficacemente il «dilemma tragico» dell’omicida, per cui «è terribile tanto compiere il matricidio quanto ometterlo, lasciando impunito l’assassinio di Agamemnone» (p. 63). Gli autori latini fondano la difesa del matricida nello schema della *relatio criminis*. Nella *Orestis Tragoedia* di Draconzio, retore, avvocato e/o giudice (cfr. A. Grillone, *Blossi Aem. Draconti Orestis Tragoedia*, Bari 2008, 9) del quinto secolo, sarà l’ombra di Agamemnone, apparsa in sogno a Oreste per spingerlo a vendicarlo, a escludere che l’uccisione della madre, adultera e assassina, configuri un crimine in quanto sarà avvenuta *iure* (*nullum crimen erit matrem punisse nocentem, / morte maritali sceleratam iure necabis*), mentre Pirro, a sua volta ucciso perché *raptor* di Ermione, è dichiarato dal tribunale ateniese *iusto mucrone preemptus*; cfr. *Drac. Or.* 539-540 e 954. Analizza la rivisitazione del mito di Oreste e la trattazione del tema della vendetta in Draconzio M.E. Consoli, *Mythos ed Ethos nel Teatro antico*, Lecce 2021, 135-155.

⁹² Seguirà la replica dell’accusa; cfr. *supra*, nt. 66. La *iudicatio* sarà, pertanto, *rectumne fuerit ab Oreste matrem occidi, cum illa Orestis patrem occidisset*. L’*argumentatio* del difensore costituisce il *firmamentum* della giustificazione della condotta oggetto del giudizio, *ut* – spiega Cicerone – *si velit Orestes dicere eiusmodi animum matris suae fuisse in patrem suum, in se ipsum ac sorores, in regnum, in famam generis et familiae, ut ab ea poenas liberi sui potissimum petere debuerint*. *Inv.* 1.18-19. L’esempio del giudizio su Oreste ritorna in *Inv.* 1.92, riguardo al *perspicuum*. Il medesimo, in quanto evidentemente *pervulgatum exemplum*, sarà ampiamente utilizzato da Quintiliano; cfr. *Inst.* 3.5.11; 3.11. 4-6, 11-12 e 20; 7.4.8, dove Oreste è citato insieme all’Orazio superstite e a Milone. È, invece, la difesa di Ulisse a valersi della *relatio criminis* per l’uccisione dei proci nella *controversia* che esemplifica il discorso (che, però, non riguarda questo strumento) di Augustin. *rhet.* 14 (Giomini 60, 5-10): *reus*

7. Queste vicende esemplari, in rapporto con il tema che si potrebbe chiamare di problematizzazione etico-giuridica del meccanismo della *relatio criminis*, sono narrate al di fuori della manualistica retorica sulla base di moduli a essa tutt'altro che estranei⁹³. Lo stesso Valerio Massimo apre il libro ottavo della sua opera con il giudizio dell'Orazio superstite (8.1*abs*.1), su cui l'autore ha già indugiato altrove occupandosi di *severitas* (6.3.6)⁹⁴. Un giudizio emblematico per il fitto intreccio di elementi che condizionano la valutazione di un fatto che sarebbe di per sé criminalmente rilevante, ma provocato da un fatto a sua volta ingiustificabile. L'Orazio, infatti, condannato dal re indotto dall'*atrocitas necis*, è assolto dal popolo che reputa l'*immaturum virginis amorem severe magis quam impie punitum*⁹⁵.

est Ulixes laesae rei publicae, quod procos occiderit (il κρινόμενον è: *numquid tamen, etsi hae res praecesserunt, alia tamen causa, quam praetexit, occiderit, vel numquid ne pessime quidem de se meritos indemnatos debuerit occidere*). In Agostino l'accusa di *laesa res publica* sembra corrispondere a quella di *perduellio* di cui parlano le fonti esaminate a proposito dell'uccisione dell'*indemnatus*. Tuttavia, i declamatori dibattevano se l'uccisione di un uomo fosse perseguibile a titolo di *res publica laesa*. Affermava, per esempio, Latrone in Sen. *contr.* 10.4.11: *qui occidit unum non tamen rei publicae laesae tenetur sed caedis; etiam qui duos, etiam qui plures*. Ben altri sono i comportamenti, avvertiva, che danno luogo all'*actio*, di solito tali da non necessitare neppure di prove: *an laesa sit res publica, non solet argumentis probari; manifesta statim rei publicae damna sunt, si muri diruti sunt, si classis incensa est, si exercitus amissus, si vectigalia deminuta*.

⁹³ Sul ricorso alla *relatio criminis* da parte di personaggi della letteratura latina, che la impiegano per sostenere le loro ragioni, esempi in G.M. Masselli, *Status causae tra dottrina e prassi scolastica*, Madrid 2016, 105-112.

⁹⁴ Cfr., in generale, per il modo in cui Valerio elabora la sua materia, riconducibile a quanto avviene da lungo tempo nelle scuole di declamazione, le osservazioni di Bloomer, *Valerius Maximus* cit. 257.

⁹⁵ L'*amor* della ragazza è qualificato, come in Livio (1.26.4) e come sarà in Floro (*Epit.* 1.3.5-6), *immaturus* (aggettivo che ricorre soltanto due volte in Valerio: Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 14 e 68; cfr. M. Bettini, *La storia di Orazia*, in *Primordia urbium. Forme e finzioni dei miti di fondazione del mondo antico*, Como 1988, 18 e 23-30. L'*amor*, per Floro, sembra essere *immaturus* perché il Curiazio era *hostis*), mentre il pro-

Nel racconto di Tito Livio, insieme a Cicerone la fonte più importante di Valerio Massimo, l'Orazio, tornato vincitore dallo scontro con i campioni di Alba Longa⁹⁶, uccide la sorella che piange la morte del fidanzato Curiazio (1.26.2-4)⁹⁷: un «perennial theme of myth» quello dell'eroe vittorioso sugli uomini ma umiliato da una donna, che, nella

tagonista è indicato quale *vindex* dell'*animus* della stessa: circostanza che appare particolarmente interessante quando si consideri ciò che Cicerone, nel *De inventione*, aveva suggerito al difensore, ossia di mettere in evidenza il *consilium* della vittima dell'accusato (cfr. *Inv.* 2.86. In *Inv.* 1.19 Oreste, nel difendersi, insiste sull'*animus* materno).

⁹⁶ Precisa la natura del duello R. Fiori, *Ordalie e diritto romano*, in *IVRA* 65, 2017, 106-109. Sul significato dello scontro fra due coppie di fratelli trigemini cfr. F. Tutrone, *L'individuo e la collettività. Roma*, in *Il sapere mitico* cit. 67-70.

⁹⁷ Il fidanzato le era cugino in primo grado, stando alla tradizione seguita da Dionigi d'Alicarnasso: *Ant. Rom.* 3.13.4 (Fiori, *Il crimen* cit. 38, evidenzia come il dato vada posto in relazione con l'influenza della letteratura paradossografica) e 3.21.5. Cfr. Bettini, *La storia* cit. 24-25; insiste ora sul punto Garofalo, *Sull'Orazio* cit. 82-85, e Id. *Disapplicazione del diritto e status sanzinatori in Roma arcaica. In dialogo con Aldo Luigi Prosdocimi*, Napoli 2020, 29-36, in disaccordo con le conclusioni sul matrimonio fra cugini paralleli matrilineari, cui giunge G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1999⁶, 71-80. Se, come scrive Bettini, *Affari* cit. 30-31 e 62-63, i matrimoni tra cugini «sono soltanto tre» (gli altri due casi riportati dalle fonti sono l'unione fra Lavinia e Turno, e il matrimonio dei Tarquini e delle Tullie) e «soprattutto costituiscono unioni assolutamente *sfortunate*, paradigmi mitici che sarebbe mal augurante seguire», sono comunque attestati e non scandalizza gli autori tardorepubblicani quello che si sarebbe dovuto celebrare fra Orazia e il Curiazio: nulla in tal senso emerge da Livio (diversamente L. Garofalo, C. Peloso, *Orazio e Appio Claudio. Un eroe e un antieroe a giudizio*, Milano 2019, 95-104; Garofalo, *Sull'Orazio* cit. 83, e Id., *Disapplicazione* cit. 31-34) e dallo stesso Dionigi (per il quale è il padre ad aver promesso la figlia al Curiazio; cfr. *Dion. Hal. ant. Rom.* 3.13.4, 15.2-3, 16-18, 20, 21), né – e non si tratta, forse, di un indizio di poco conto – l'eventuale riprovevolezza dell'unione cui la ragazza si sarebbe accinta è un argomento consigliato alla difesa dell'uccisore nel *De inventione* ciceroniano. Si può concordare con Ph. Moreau, *Incestus et prohibita nuptiae. L'inceste à Rome*, Paris 2002, 172 nt. 4, per il quale il fidanzamento di Orazia con uno dei Curiazi mostra che «indépendamment des pratiques matrimoniales effectives à l'époque où ces récits circulaient, d'autres types de mariages étaient, biais des mythes, objet de réflexion».

variante romana, è funzionale, tra l'altro, a illustrare un'arcaica procedura giudiziale⁹⁸. Su di essa si è concentrata l'attenzione degli storici del diritto romano, che hanno proposto varie interpretazioni dell'episodio, valutandone la storicità, l'eventuale carattere di falsificazione annalistica, cercando con acribia d'individuare il crimine del quale si sarebbe macchiato il protagonista e di ricostruire lo svolgersi del giudizio cui sarebbe stato sottoposto⁹⁹.

Qui ci limitiamo a segnalare come l'articolarsi del racconto dell'uccisione e del giudizio comiziale che ne segue risenta della rivisitazione retorica¹⁰⁰, strumentale alla difesa dell'uccisore dagli attacchi degli ac-

⁹⁸ Cfr. R.M. Ogilvie, *A commentary on Livy. Books 1-5*, Oxford 1965, 114.

⁹⁹ Puntuale ricognizione dei problemi sollevati dalla narrazione e discussione della bibliografia in M. Fiorentini, *La città, i re e il diritto*, in A. Carandini (a c. di), *La leggenda di Roma III. La costituzione*, Milano 2011, 372-376; cfr. anche Pelloso, «*Provocatio ad populum*» cit. 240-246. Un'esaustiva rassegna della letteratura meno recente è in Bettini, *La storia* cit. 8 nt. 1, e C. Masi Doria, *Spretum imperium. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, 73-77. R. Fiori, *Il nome della 'porta della città' nel latino arcaico e l'epiteto di Iuno Sororia*, in *Riv. Ital. Ling. Dialett.* 21, 2019, 39 e 43, reputa il racconto eziologico dell'uccisione della sorella introdotto dall'annalistica del secondo secolo a.C.

¹⁰⁰ Un aspetto, questo, che non sfugge a J.B. Solodow, *Livy and the Story of Horatius, 1.24-26*, in *TAPhA.* 109, 1979, 256-257, che nota come il padre dell'Orazio ricorra alla *iuridicialis constitutio* (anche, pare di capire, all'*absoluta*, quando afferma di giudicare la figlia *iure caesam*). Lo studioso, convinto che Livio rielabori il racconto in modo originale (pp. 261-268), insiste sulla complessità della valutazione morale dell'atto dell'accusato posta in rilievo dalla narrazione, sottolineando i passaggi che evidenziano come la sua condotta appaia contraddittoria in relazione ai diversi valori di riferimento e ponga ai lettori la domanda «are the qualities important to war and empire compatible with civil society, with ordinary life?» (pp. 252-260; la citazione è tratta da p. 255). È possibile credere che quest'impostazione derivi dalla mentalità 'controversiale' certamente presente alla cultura dell'autore, che risolve nella contrapposizione dei valori in gioco l'incrociarsi degli argomenti che immagina usati nel processo a favore e contro l'Orazio. Non manca, per converso, qualche indizio anche della presenza di Livio nel mondo dei declamatori. Compare, infatti, nell'antologia di Seneca padre, che lo cita; cfr. *Sen. contr.* 9.1.14 (lo storico avrebbe criticato Sallustio per aver tradotto, corrom-

cusatori. Questi, aveva spiegato Cicerone nel *De inventione* a proposito delle strategie difensive adottate con la *relatio criminis* (2.84-85), argomentano che si giungerebbe alla *perturbatio* di tutti i *iudicia* se fosse concesso il potere *de indamnato supplicii sumendi*. La difesa deve controbattere che l'*iniuria* cui si è reagito sarebbe stata intollerabile non solo per un *vir bonus*, ma per ogni libero; che era così manifesta da non poter essere negata neppure dal suo autore e tale che a punirla dovesse essere soprattutto proprio l'accusato. Deve, inoltre, sostenere che non sarebbe stato così *rectum*, così *honestum* che il fatto fosse portato *in iudicium* invece di essere vendicato nel modo in cui lo è stato e da colui che lo ha vendicato, e che la *res* era così *aperta* da non richiedere un processo: che, anzi, per fatti tanto atroci e palesi non è né necessario né utile aspettare il *iudicium*.

Livio sembra ispirarsi a precetti simili, a iniziare dalla descrizione del gesto incriminato, vòlta a far apparire gravissima la condotta della ragazza¹⁰¹, la quale si duole per la morte del nemico invece che per

pendola, una *sententia*, in realtà pseudodemostenica, da Fusco o Seneca attribuita a Tucidide; cfr. L. Håkanson, *L. Annaeus Seneca Maior, Oratorum et rhetorum sententiae, divisiones, colores*, Leipzig 1989, 241); 9.2.26 (Livio cita, a sua volta, un retore); *suas.* 6.16-17 e 21-22 (rievocazione liviana della fine di Cicerone). In *Sen. contr.* 10 *praef.* 2 è invece ricordato in quanto suocero di Lucio Magio, modesto declamatore, seguito, *in honorem* dello stesso Livio, da un suo *populus*.

¹⁰¹ Si propone il passo nell'edizione di Bayet 1947. Secondo Ogilvie, *A commentary* cit. 114-115, «Horatia was herself a criminal. She was guilty of *proditio*, she had mourned for an enemy. It follows that she was *accusanda* and *damnanda*». L'atto dell'Orazio, a sua volta, non avrebbe configurato *parricidium*, bensì *caedes civis indemnati*, «which was a matter that concerned the state as a whole and so came into the category of *perduellio*»; cfr. anche quanto afferma a proposito di Liv. 1.26.7, a p. 116. La spiegazione è giudicata «singolare» da M. Falcon, '*Paricidas esto*'. *Alle origini della persecuzione dell'omicidio*, in L. Garofalo (a c. di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli 2013, 224 nt. 67. Ogilvie, che segue Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.2, Tübingen 1952⁴, 1189 n. 3 e trae da questo i testi a conferma, ritiene che emerga «the vestige of a very ancient law which forbade the mourning of an enemy» (p. 115); i

quella dei fratelli, e non gioisce per la vittoria romana: tale condotta avrebbe suscitato l'improvvisa reazione irata del fratello superstite¹⁰². Una simile difesa, la più forte nell'ambito della *qualitas adsumptiva*¹⁰³, esalta l'incisività dell'*exemplum*:

*Princeps Horatius ibat, trigemina spolia prae se gerens; cui soror
virgo, quae desponsa uni ex Curiatiis fuerat, obvia ante portam
Capenam fuit, cognitoque super umeros fratris paludamento sponsi*

testi che lo proverebbero sono D. 3.2.11.3 (Ulp. 6 ed.), D. 11.7.35 (Marcell. 5 dig.) e Svet. *Tib.* 61. Il passo svetoniano informa soltanto che sarebbe stato vietato ai *propinqui* di piangere *capite damnatos*; cfr. Cass. Dio 58.12.4. Da Ulpiano si apprende che *Non solent [...] lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduelliones damnati*. Sul frammento di Marcello, che ritiene probabilmente riassunto dai compilatori giustiniani, riflette S. Querzoli, *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli 2013, 183-198, per la quale la strategia argomentativa del giurista avrebbe forse riecheggiato «uno dei più antichi e celebri casi di *perduellio*», ossia quello dell'Orazio nel racconto di Tito Livio, che indica come non sia *perduellis* colui che uccida un familiare per difendere la patria (pp. 188-189). La studiosa evidenzia, inoltre, che il discorso di Marcello è ricollegabile alla declamazione latina (pp. 189-198), segnalando, anzi, come la prospettiva ideologica in cui questi colloca il conflitto fra i padri e i figli ne allinei la posizione «soprattutto a quella della *declamatio*» (p. 191). Per il giurista la patria è superiore anche ai congiunti più stretti, al padre e al figlio (il figlio anteporrà la *salus* della patria a quella del padre aveva insegnato Cicerone: *Off.* 3.90). Se, poi, gli stessi intendano addirittura distruggerla (e uccidere, di conseguenza, *parentes et liberos*), la loro uccisione cessa di essere un crimine.

¹⁰² L'aggettivo *ferox* ricorda che lo stato mentale del *iuvenis*, il cui *animus* è scosso dalla reazione della sorella, è il medesimo con il quale i contendenti, *feroces*, erano avanzati fra i rispettivi eserciti (1.25.1), come osserva Solodow, *Livy* cit. 253. Cfr., per quanto riguarda invece il comportamento della ragazza, l'immagine del padre accusato di *proditio* in Sen. *contr.* 7.7.1, delineata da Albucio Silo, che pone a confronto la sua tristezza con la felicità generale per la designazione dell'*imperator*. L'atteggiamento paterno è, in questo caso, in funzione d'indizio per la *coniectura*, ma la scena ritratta sembra assimilabile alla liviana, con il sentimento manifestato dal *proditor* contrapposto a quello del popolo: *Tristiorem istum vidimus, cum filius imperator renuntiat est quam cum captus. [...] Imperator adulescens renuntiat est omnibus laetis praeter patrem.*

¹⁰³ Almeno stando a Quint. *inst.* 7.4.8; cfr. Lausberg, *Handbuch* cit. 99 n. 2, e Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 120.

quod ipsa confecerat, solvit crines et flebiliter nomine sponsum mortuum appellat. Movet feroci iuveni animum comploratio sororis in victoria sua tantoque gaudio publico. Stricto itaque gladio, simul verbis increpans transfigit puellam: «Abi hinc cum immaturo amore ad sponsum, inquit, oblita fratrum mortuorum vivique, oblita patriae. Sic eat quaecumque Romana lugebit hostem» (1.26.2-4).

Tale difesa trova riscontro in quella effettuata dal padre dell'uccisore. Questi, intervenuto nel giudizio di fronte al popolo, giustifica il gesto del figlio affermando che la ragazza è stata uccisa *iure*. Al difensore sarebbe impossibile presentare quanto avvenuto come di per sé *iure factum*: l'uccisione della sorella è un atto inammissibile se non, eventualmente, alla luce di circostanze esterne che lo legittimino. Occorre, pertanto, riversare la colpa sulla vittima e affermare che l'Orazio non ha violato il *ius* perché ne ha punito un comportamento inaccettabile.

Moti homines sunt in eo iudicio maxime P. Horatio patre proclamante 'se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse'. Orabat deinde 'ne se, quem paulo ante cum egregia stirpe conspexissent, orbum liberis facerent'. Inter haec senex iuvenem amplexus, spolia Curiatorum fixa eo loco qui nunc Pila Horatia appellatur ostentans, «Huncine, aiebat, quem modo decoratum ovariantemque victoria incedentem vidistis, Quirites, eum sub furca vinctum inter verbera et cruciatus videre potestis? quod vix Albanorum oculi tam deforme spectaculum ferre possent. I, lictor; colliga manus, quae paulo ante armatae imperium populo Romano pepererunt. I, caput obnube liberatoris urbis huius; arbore infelici suspende; verbera vel intra pomerium, modo inter illa pila et spolia hostium, vel extra pomerium, modo inter sepulcra Curiatorum. Quo enim ducere hunc iuvenem potestis ubi non sua decora eum a tanta foeditate supplicii vindicent?» Non tulit populus nec patris lacrimas nec ipsius parem in omni periculo animum, absolveruntque admiratione magis virtutis quam iure causae. Itaque, ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri ut filium expiaret, pecunia publica (1.26.9-12).

Tuttavia, non è la *relatio criminis* a consentire al protagonista di sfuggire alla condanna. O non è solo questa. Del resto, la valutazione

della vicenda non è affatto piana: lo dimostra il fatto che, nella ricostruzione liviana, il re, preoccupato di rendersi *auctor* di un possibile giudizio avverso nei confronti dell'Orazio e della condanna che ne conseguirebbe, rimette il giudizio ai *duumviri*¹⁰⁴, che giudicano l'accusato colpevole. Lo stesso popolo, cui questi provoca, commosso dalle lacrime paterne lo assolverà per il coraggio dimostrato, più che per essere stato l'atto compiuto secondo il *ius (admiratione magis virtutis quam iure causae: 1.26.7 e 12)*¹⁰⁵. Poiché la difesa dell'azione è ardua, più efficace della *relatio criminis* si rivela la richiesta di perdono nella forma della *deprecatio*, che si risolve in un' *ignoscendi postulatio*¹⁰⁶, corroborata dagli argomenti usati dal padre dell'imputato, che corrispondono ad alcuni di quelli consigliati nel *De inventione*¹⁰⁷. Publio Orazio as-

¹⁰⁴ *Rex ne ipse tam tristis ingratiq[ue] ad vulgus iudicii ac secundum iudicium supplicii auctor esset, concilio populi advocato 'Duumviro[s]', inquit, 'qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem facio'*: 1.26.5. Ricostruisce il giudizio duumvirale B. Santalucia, *Osservazioni sui 'duumviri perduellionis' e sul procedimento duumvirale, in Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma 1984, 439-452 (al giudizio dell'Orazio sono dedicate le pp. 440-441 e 448-449); cfr., tuttavia, Tassi Scandone, *Leges Valeriae* cit. 121 e 143-144.

¹⁰⁵ Cfr. Flor. *ep.* 1.3.6: *abstulit virtus parricidium*.

¹⁰⁶ La sua giustificazione è anticipata dall'avvertenza liviana per cui *atrox visum id facinus patribus plebique, sed recens factum obstat*: 1.26.5. Evidenzia il «Konflikt der Normenwertung» che si crea nello *status qualitatis* Lausberg, *Handbuch* cit. 121. Se nella *relatio criminis* «führt der angeklagte eine Norm an, die die Tat erlaubt oder sogar als gerechte Bestrafung des Betroffenen erscheinen läßt», nella *deprecatio* «wird im Gemüt des Richters ein Normenkonflikt erzeugt, indem dem objektiven Rechtsempfinden des Richters die hohe Tugend der *clementia*, ja sogar die ihm suggerierte Ruhmsucht als Konkurrenznorm entgegengesetzt wird». Più sicura che, nel giudizio di fronte al popolo, abbia funzionato un meccanismo difensivo del tipo della *relatio criminis* si dimostra Tassi Scandone, *Leges* cit. 149-150.

¹⁰⁷ *Inv.* 2.106-108: *Oportebit igitur eum, qui sibi ut ignoscatur, postulabit, commemorare, si qua sua poterit beneficia et, si poterit, ostendere ea maiora esse quam haec, quae deliquerit, ut plus ab eo boni quam mali profectum esse videantur (§ 106); deinde locis communibus misericordiam captare oportebit ex iis praeceptis, quae in primo libro*

serisce innanzitutto di giudicare la figlia *iure caesam* (1.26.9)¹⁰⁸, ma passa subito alle preghiere, esibendo la propria condizione di padre

sunt exposita (ossia in 1.106-109) (§ 108). Cfr. *Rhet. Her.* 2.25: *si plura aut maiora officia quam maleficia videbuntur constare; si qua virtus aut nobilitas erit in eo, qui supplicabit; [...] si ea, quae peccavit, non odio neque crudelitate, sed officio et recto studio commotus fecit*; l'*officium* che ha spinto ad agire, invocabile nel caso dell'Orazio, è, chiaramente, quello nei confronti della *patria* e dei congiunti. Per R.A. Bauman, *The Duumviri in the Roman Criminal Law and in the Horatius Legend*, in *Historia Einzelschriften* XII, Wiesbaden 1969, 29-31, il fatto che venga accolta dal popolo la *deprecatio* del padre dell'accusato mostra come sia respinta la difesa, proposta dallo stesso, per cui la figlia sarebbe stata uccisa *iure*. Il racconto liviano riecheggerebbe, piuttosto, una vicenda di età graccana (lo studioso richiama il processo di Lucio Opimio e la formula *iure caesus*). Una critica a questa interpretazione è rivolta da Solodow, *Livy* cit. 265-266.

¹⁰⁸ Publio Orazio sottolinea il proprio ruolo di giudice del figlio in virtù del *ius paterno*: proclama, infatti, di *iudicare* la figlia *iure caesam* e che, altrimenti, avrebbe punito egli stesso il figlio *patrio iure*, introducendo una sorta di collegamento fra la posizione di padre e l'operato del figlio, che egli approva. Un collegamento esplicitato nel mondo dei declamatori, dove il *pater* può ordinare al figlio di uccidere. Addirittura di uccidere la madre insieme all'uomo con il quale l'ha sorpresa in adulterio, come fa un eroe privo di mani, che afferma: *habeo manus: vocavi filium*; cfr. *Sen. contr.* 1.4.1, su cui A. Casamento, *Le mani dell'eroe: in nota a Sen. Contr. 1, 4*, in *Pan* 22, 243-253, e G. Rizzelli, *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce 2017, 97-102. Quintiliano cita il tema di una *controversia* interessante da confrontare con la vicenda dell'Orazio, anche se, in questo caso, il figlio è scagionato dal padre perché avrebbe agito su suo ordine: *Reus parricidii quod fratrem occidisset damnatu iri videbatur; pater pro testimonio dixit eum se iubente fecisse; absolutum abdicat*. Il padre, spiega Quintiliano, ripudia il figlio perché non lo perdona *in totum* (*Inst.* 9.2.88). In modo analogo, si direbbe, l'Orazio non è giustificato del tutto: *ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur; imperatum patri ut filium expiarer pecunia publica*, racconta Livio ricorrendo all'impersonale *imperatur patri* (1.26.12), mentre, per Dionigi d'Alicarnasso, l'iniziativa è assunta dal re, che ritiene insufficiente di fronte agli dèi la sentenza del popolo (*Ant. Rom.* 3.22.6). Sull'intervento di Publio Orazio in difesa del figlio cfr. anche M. De Simone, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino 2017, 275-279. Contestualizza il rapporto padrefiglia, che emerge dal racconto liviano, attraverso l'analisi dei modelli culturali romani G. Brescia, *Declamazione e mito*, in M. Lentano (a c. di), *La Declamazione Latina. Prospettive a confronto sulla retorica di scuola a Roma antica*, Napoli 2015, 76-87.

privato dei figli, elencando i meriti di quello sopravvissuto ed evocando l'immagine dell'eroe legato alla forca e sottoposto ai *verbera*: uno spettacolo vergognoso per colui al quale il popolo romano deve l'*imperium* sugli albanì (1.26.9-11; cfr. 1.25.2 e 13). Il popolo assolve il figlio (1.26.12). La decisione non appare, però, da sola sufficiente a porre fine alla situazione determinatasi a seguito del gesto dell'Orazio. A segnalarlo sta la *caedes manifesta*, che lo ha reso impuro¹⁰⁹. La soluzione all'intrinseca incertezza che connota il giudizio umano sull'evento è cercata per Livio, si direbbe, sul piano della religione e dei suoi riti: viene imposto, infatti, al padre *ut filium expiaret* con denaro pubblico (1.26.12-13)¹¹⁰.

¹⁰⁹ Chiaramente, fra la contaminazione derivante dal sangue versato e l'illiceità del gesto non esiste un rapporto; cfr. la *divisio* di Latrone in Sen. *contr.* 1.2.14 (a proposito di una *virgo* che ha ucciso l'uomo che tentava di violentarla): *an pura sit, in hae divisit: an, etiamsi merito occidit hominem, pura tamen non sit homicidio coinquinata*. Anche Oreste, nelle *Eumenidi* di Eschilo (282-283), si sottopone (questa volta prima del processo) a un rituale purificatorio a causa delle uccisioni di cui è stato autore. Un'eco del motivo della contaminazione dell'accusata (di cui, peraltro, non si dice come abbia ucciso) sembra cogliersi nella narrazione dell'episodio della donna di Smirne in Valerio Massimo.

¹¹⁰ Per Tassi Scandone, *Leges* cit. 133, l'ordine è impartito al padre e non al figlio perché il primo è titolare di *potestas* sul secondo; altre osservazioni sul sacrificio espiatorio alle pp. 339-342. Organizza la descrizione del giudizio in riferimento a moduli della retorica giudiziale anche Dionigi d'Alicarnasso nelle *Antiquitates Romanae*. Il modo in cui avviene il fatto incriminato è illustrato in maniera analoga, anche se più articolata, a quanto si legge in Livio: l'uccisione punisce chi ha dimostrato di non amare la patria e i fratelli, suscitando, così, la collera dell'uccisore (3.21.2-7). Il comportamento del padre lo prova: egli loda il figlio e vieta il funerale della figlia (3.21.7-9). L'accusa cita le norme che non consentono di uccidere impunemente e ricorda l'ira degli dei, che si abbatte sulle città che non perseguono i maledetti. La difesa, rappresentata dal padre, che rivendica il proprio ruolo di giudice, riversa la responsabilità dell'accaduto sulla figlia e sostiene che si è trattato di una punizione (3.22.3-4). Il re è incerto di fronte al contrapporsi degli argomenti, ritenendo, al contempo, ingiusto assolvere colui che ha ucciso la sorella al di fuori di un giudizio e contro le leggi, e metterlo a morte dopo ciò che

8. Livio non parla d'*iniuria*, ma rappresenta l'Orazio senz'altro spinto dal *dolor*, offeso dalla condotta della sorella: un'offesa che ha travalicato la sua persona e colpito l'intero popolo. Egli si è fatto, perciò, vindice della *pietas*, che, pur senza essere nominata, traspare con la sua rete d'imperativi e di gerarchie¹¹¹. Al combattimento gli sfidanti sono spronati rammentando loro di essere osservati innanzitutto dagli dei patrî, dalla patria e dai genitori¹¹². Dopo la *patria*, la *pietas* si dirige verso i genitori e

lo stesso ha fatto per la patria, con il padre che, peraltro, ha approvato la sua azione. La decisione viene, pertanto, rimessa al popolo, che l'assume seguendo l'opinione del padre dell'eroe. Tullo Ostilio, reputando la sentenza insufficiente ad assicurare la pace con gli dei, ordina i sacrifici espiatori prescritti per gli omicidi involontari (3.22.5-6): una puntualizzazione, quest'ultima, di grande interesse, soprattutto se la si ponga in relazione con il tema dello stato d'ira; per la valutazione dello stesso in relazione all'omicidio nell'esperienza giuridica ateniese cfr. Pepe, *Phonos* cit. 129-145, e Ead., *Atene* cit. 162-171.

¹¹¹ Imperativi e gerarchie la cui esistenza fa sì che, uccidendo la sorella, l'Orazio non sia venuto meno alla *pietas* verso i congiunti. Orazia – commenta G. Brescia, *Anna soror e le altre coppie di sorelle nella letteratura latina*, Bologna 2012, 204-205 – avrebbe dovuto mostrarsi «*soror* prima ancora che *sponsa*» e anteporre «le ragioni della parentela patrilineare, colta anche nella linea collaterale che la lega ai *fratres* (*cognatio transversa*) e che trova comune discendenza in linea retta (*cognatio recta*) dal *pater*, al legame con lo *sponsus*, attratto dalle fonti romane nel più ampio concetto di *adfinitas* in cui ricade il rapporto di coniugio». Inoltre, come il padre, in Cic. *rep.* 6.16, ricorda in sogno a Scipione Emiliano, la *pietas, magna in parentibus et propinquis, in patria è maxima*. Significativa la puntualizzazione *severe magis quam impie* in Val. Max. 8.1 *absol.* 1 (che lascia comunque trasparire le incertezze che hanno accompagnato il giudizio): *alterum – il popolo – causa flexit, quia immaturum virginis amorem severe magis quam impie punitum existimabat*.

¹¹² *Cum sui utrosque adhortarentur, deos patrios, patriam ac parentes, quidquid civium domi, quidquid in exercitu sit, illorum tunc arma, illorum intueri manus, feroces et suoapte ingenio et pleni adhortantium vocibus in medium inter duas acies procedunt* (Liv. 1.25.1). Durante il combattimento, *Nec his nec illis periculum suum, publicum imperium servitiumque observatur animo futuraque ea deinde patriae fortuna quam ipsi fecissent* (Liv. 1.25.3). Orazio, accingendosi a uccidere l'ultimo Curiazio ormai ferito, *exsultans 'Duos', inquit, 'fratrum manibus dedi; tertium causae belli huiusce, ut Romanus Albano imperet, dabo'* (Liv. 1.25.12). Il riferimento al dovere verso la patria, che

gli altri consanguinei, esortando a *officium conservare*, aveva ricordato Cicerone trattando del *naturae ius*, in cui rientra, insieme alla *pietas*, anche la *vindicatio*, attraverso la quale respingiamo da noi e dai nostri cari (meglio: da coloro che ci devono essere cari) la violenza e l'offesa, difendendoci o vendicandoci, e puniamo i delitti (*vim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et nostris, qui nobis cari esse debent, et per quam peccata punimur*: Cic. *inv.* 2.66; cfr. il § 161)¹¹³. Perciò, quando la sorella dell'Orazio si scioglie i capelli e invoca piangendo il nome dello *sponsus* morto, l'Orazio la uccide, risultandogli insopportabile che abbia dimenticato i vincoli che la uniscono ai fratelli – a quelli morti, che andrebbero pianti invece del nemico, come a quello vivo¹¹⁴ – e alla patria. È una *pietas*, si direbbe, che va riaffermata dopo gli sconvolgimenti d'i-

prevale su quello verso la famiglia, si evince, inoltre, agevolmente dai discorsi di Mezio Fufezio e di Tullo Ostilio e dalla risposta dell'Orazio alla sorella in Dion. Hal. *ant. Rom.* 3.15-16 e 21.5-6; cfr. pure 18.3 e 21.7-10. In 17.1-5, invece, il rispetto nei confronti del padre evita il possibile attrito fra doveri familiari e doveri nei confronti della patria.

¹¹³ Cfr. L. Beltrami, *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Bari 1998, 149-150. A suggerire che, comunque, gerarchie e forza degli imperativi che ne dipendono possono mutare a seconda dei valori che ai singoli discorsi preme porre in evidenza, non mancano racconti in cui i doveri generati dalla *pietas* verso i congiunti (quanto meno verso il padre) appaiono prioritari perfino rispetto a quelli verso gli dei, come nella descrizione dell'atteggiamento, in Diodoro Siculo (7.4), di Enea che, nell'abbandonare Troia ormai preda dei greci, si preoccupa in primo luogo della salvezza del padre e solo in un secondo momento di prendere con sé i Lari: manifestando, così, la propria εὐσεβεία nei confronti dei genitori e degli dei, commenta lo storico (7.4.4). Sulla *pietas* di Enea e i varianti del mito nella vicenda cfr. M. Lentano, *Enea*, Roma 2020, 92-94, un libro – sia detto per inciso – che, a parere di chi scrive, rappresenta un modello di alta e rigorosa divulgazione.

¹¹⁴ Ci si può chiedere se il rifiuto del bacio, su cui insistono Garofalo, Pelloso, *Orazio e Appio Claudio* cit. 72-95, e Garofalo, *Sull'Orazio* cit. 71-80, e *Disapplicazione* cit. 15-24, non sia assunto, in Fest. s.v. *Sororium tigillum* (Lindsay 380, 12-14), a segno proprio di questo mancato rispetto. Bettini, *La storia* cit. 11, nell'*aversari l'osculum* del fratello ravvisa, infatti, «qualcosa di simbolico e di profondo», pur evidenziando che oggetto del rifiuto è il bacio parentale; cfr. le pp. 10-11 e 18.

deali e ruoli dovuti alle guerre civili¹¹⁵ (Augusto provvede, infatti, a riaffermarla) ed è proiettata su un mito di fondazione dell'*imperium* romano, nel quale s'immagina che il suo rispetto sia stato invocato ai fini dell'assoluzione in un giudizio criminale. E che appare pertanto, si potrebbe aggiungere, tutt'altro che giuridicamente irrilevante al tempo di Livio.

Se il carattere vincolante del complesso di atteggiamenti e di condotte socialmente avvertiti come doverosi viene fatto valere per giustificare la violazione del divieto imposto dal *ius*, in questo caso quello di uccidere una persona non condannata¹¹⁶, l'operazione introduce un confronto tra regole la cui rispettiva forza precettiva può dar luogo a tensioni difficilmente superabili, come suggerisce la narrazione liviana dove sono, in fondo, le ragioni del perdono a prevalere sul riconoscimento della conformità al *ius* dell'atto giudicato: forse una scelta narrativa orientata dall'idea, riconducibile all'esigenza di stabilità e prevedibilità del diritto a seguito dell'esperienza delle guerre civili e al tema della centralità della *lex* nel programma augusteo, per cui il potere di decidere sulla vita di un cittadino spetta esclusivamente alle istituzioni della *civitas*¹¹⁷. La stessa espressione usata dal padre dell'accusato, *iure caesam*¹¹⁸, riconduce il lettore di Livio a una storia paradigmatica di forti contrasti sociali e politici. Da questa storia sembra emergere

¹¹⁵ Querzoli, *Scienza giuridica* cit. 189-197, osserva come tanto in Cicerone, quanto nell'*Institutio* quintiliana «l'attentato all'ordine costituito e alla sicurezza dello stato» venga «associato, per enfattizzarne il significato, ai conflitti familiari» e come vi si allestisca un repertorio «fortemente suggestionato dalla vicenda paradigmatica della sorella di Orazio che *hostium mortem lugebat*» (pp. 189-190). La studiosa si sofferma sul tema del contrasto fra congiunti, elaborato dai declamatori, in cui risuonano anche gli echi delle guerre civili e ricorre il motivo dell'uccisione del parente per salvare la patria.

¹¹⁶ Precisa il significato di *indemnatus* Tassi Scandone, *Leges* cit. 212-213 nt. 211.

¹¹⁷ D'altra parte, tale motivo riconduce al prevalere della volontà del popolo ritualmente riunito, che, nel racconto liviano, si esprime nel ribaltamento del giudizio dei *duumviri*.

¹¹⁸ Su di essa cfr. Humbert, *La loi* cit. 527; cfr. anche Mosconi, *Iure caesus* cit. 67.

l'originaria connessione fra il ricorrere di *'iure caesus'* e le vicende graccane, in cui si confrontano le opposte concezioni di chi ritiene conforme al *ius* che la *res publica* sia difesa anche con le armi e di chi, al contrario, crede che vadano osservate le norme che proteggono la vita del cittadino non condannato in un processo¹¹⁹. Fra i primi si colloca Scipione Emiliano, il quale interrogato su cosa pensasse dell'uccisione di Tiberio Gracco avrebbe risposto che il medesimo gli appariva *iure caesum*¹²⁰. La locuzione *iure caesus*, divenuta famosa tanto da essere impiegata per altre situazioni¹²¹, avrebbe «toutes chances d'être authentique»¹²². La repressione di Tiberio e dei suoi partigiani sarebbe stata, si è sostenuto (adottando, si direbbe, la prospettiva di chi accuserà, alcuni anni dopo, l'autore della stessa)¹²³, giuridicamente ingiustificabile poiché avrebbe negato a dei cittadini il diritto a un processo pubblico¹²⁴.

¹¹⁹ Cfr., sebbene con una sfumatura diversa, Moatti, *Res publica* cit. 100-114. Ricollega la narrazione liviana a tali vicende Bauman; cfr. *supra*, nt. 107.

¹²⁰ Cic. *de or.* 2.106; Liv. *per.* 59.11. Cfr. Cic. *Mil.* 8, e Vell. Pat. 2.4.4. Anche Publio Mucio Scevola, il console che avrebbe rifiutato di ricorrere alla violenza contro Tiberio Gracco per non provocare la morte di un romano non condannato in giudizio (cfr. Plut. *Tib. Gr.* 19.3: ἀναιρήσειν οὐδένα τῶν πολιτῶν ἄκριτον), avrebbe riconosciuto che Publio Scipione Nasica aveva fatto, da privato, ricorso alle armi *iure optimo*: Cic. *Planc.* 88.

¹²¹ Cfr. Mosconi, *Iure caesus* cit. 70, che evidenzia il ruolo che l'uso ciceroniano ha avuto nella fortuna della stessa.

¹²² Così Moatti, *Res publica* cit. 102; cfr. Mosconi, *Iure caesus* cit. 60. Affrontando il problema del diritto cui si sarebbe richiamato Scipione Emiliano, la studiosa francese critica la tesi (cfr. Mosconi, *Iure caesus* cit. 61-63) per cui Scipione avrebbe applicato alla difesa della *res publica* la formula, di diritto privato, contenuta nelle XII Tavole (p. 105).

¹²³ Cfr. Cic. *de or.* 2.132 e *part.* 106.

¹²⁴ Riguardo, poi, agli eventi del 121 si fronteggerebbero due concezioni della *res publica*: i senatori favorevoli al senatoconsulto ultimo, che fanno riferimento a una *res publica* indivisibile, inalterabile, idealizzata, definita da «des principes supérieurs»; i loro oppositori, che riconoscono solo alla legge lo statuto di fonte del diritto: Moatti, *Res publica* cit. 109-114. Lucio Opimio, il console del 121 a.C. responsabile della morte di Gaio Gracco e dei suoi sostenitori, è portato in giudizio sulla base della *lex Sempronia de capite civium*, votata nel 123 a.C., che rafforza la protezione del cittadino non condannato. Su contenuto e finalità

L'Emiliano sembra, comunque, inquadrare la vicenda in una dimensione processuale, dove l'azione promossa dal pontefice massimo, inammissibile in sé per il *ius*, è giustificata con una circostanza esterna che la ricondurrebbe entro i confini di questo¹²⁵.

È disagiata difendere il *factum* quando si tratti dell'uccisione di una persona non condannata in un giudizio¹²⁶.

della legge bibliografia in F. Silla, *Violenza, potere e forme giuridiche. I cd. 'senatusconsulta ultima'*. Casistica, in L. Garofalo (a c. di), *La dittatura romana I*, Napoli 2017, 297 nt. 23. A proposito del processo di Opimio, lo studioso, alle pp. 298-301, focalizza la propria attenzione sul provvedimento senatorio (il c.d. *senatus consultum ultimum*) che ha sollecitato il console a difendere la *res publica*. Al riguardo è interessante osservare come, nei riferimenti ciceroniani alla discussione sulla condotta dedotta in giudizio, il rispetto delle *leges* sia messo a diretto confronto con la necessità di salvare la *res publica* (dalla difesa di Opimio – *Iure feci, salutis omnium et conservandae reipublicae causa* – e dalla replica dell'accusa portata dal tribuno Publio Decio – *Ne sceleratissimum quidem civem sine iudicio iure ullo necare potuisti* – trae origine una *disceptatio* così concepita: *Potueritne recte salutis reipublicae causa civem eversorem civitatis indemnatum necare. Part. 106*), mentre il senatoconsulto assume il ruolo di (autorevole) fondamento dell'iniziativa del console volta a mantenere la stabilità della *res publica*. Cfr. *de or.* 2.132 – *Quid facit causam? quod rei p(ublicae) causa, cum ex s(enatus) c(onsulto) ad arma vocasset*, azione ritenuta inammissibile dall'accusa perché *contra leges: at id ipsum negat contra leges licuisse Decius* - che espone così il punto da giudicare: *veniet [...] in iudicium: licueritne ex senatus consulto servandae rei p(ublicae) causa?*

¹²⁵ È verosimile che abbia fatto ricorso alla *relatio criminis* Gaio Carbone – lo stesso che rivolge la domanda a Scipione sull'uccisione di Tiberio – nella difesa di Lucio Opimio per la sua iniziativa contro Gaio Gracco, come racconta Antonio subito prima di riferire la risposta di Scipione Emiliano: *saepe etiam res non sit necne, sed qualis sit quaeritur: ut cum L. Opimi causam defendebat apud populum audiente me C. Carbo cos. nihil de C. Gracchi nece negabat, sed id iure pro salute patriae factum esse dicebat*. Se davvero Scipione ha affermato ciò che gli si attribuisce, si può ipotizzare che lo abbia fatto avendo presente il meccanismo della *relatio criminis*. L'ἀντέγκλημα trovava posto nel sistema ermagoreo; Ermagora di Temno, peraltro, avrebbe introdotto la *translatio* (almeno secondo i retori), mentre gli altri *status* sarebbero stati preesistenti al suo sistema: Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 35-37 ed Ead., *Logica* cit. 212-213; cfr. F. Woerther (éd.), *Hermagoras. Fragments et témoignages*, Paris 2012, XX-XXIV.

¹²⁶ La stessa potestà paterna di uccidere il figlio non è indiscussa al tempo di Livio.

Pertanto, se non è consigliabile, come avvertiva Cicerone, ricorrere *in iudicio* alla sola *deprecatio*, poiché, ammesso il *peccatum*, è difficile ottenere il perdono dal giudice, da colui il cui compito è quello di essere *peccatorum vindex*¹²⁷, la si può utilizzare se ci si avvalga anche di altri mezzi.

Così, se si difenda un *fortis vir*, un eroe, occorre ricordare come da questo alla *res publica* siano derivati *multa beneficia* (Inv. 2.104). È il caso dell'Orazio sororicida, il cui gesto è difeso innanzitutto con la *relatio criminis* ma, poi, anche con la *deprecatio*, che fa appunto appello ai suoi straordinari meriti nei confronti della *civitas*.

9. Le vicende dell'Orazio, di Oreste e di Milone riguardano il tema della liceità dell'uccisione al di fuori di un giudizio e costituiscono un tassello della storia della rappresentazione della repressione dell'omi-

Nel racconto del processo all'Orazio superstite, in fondo, non basta a convincere il popolo della conformità al *ius* del gesto sottoposto al suo giudizio il fatto che il padre la dichiari, affermando che la figlia era stata uccisa *iure* e di aver mostrato di approvare l'uccisore non punendolo. L'ammissibilità della messa a morte di una persona non condannata in un processo pubblico è, al tempo in cui scrive Livio, sempre un dato problematico, sia pure quando rappresenti una manifestazione della potestà paterna. La circostanza è particolarmente evidente nei dibattiti declamatori del *corpus* senecano sui padri che, con atteggiamenti tirannici, puniscono i figli; cfr. oltre, § 9. In tale prospettiva, il padre non si deve fare giustizia da solo, magari attraverso un figlio o con il suo aiuto, ma deve ottenerla dalle istituzioni della *civitas* e dalle sue leggi che assicurano la punizione dei misfatti perseguita con gli strumenti della ragione, non con l'alogica reazione passionale: una prospettiva, questa, coerente con la riorganizzazione augustea dei rapporti fra la sfera pubblica e quella privata in materia di famiglia e di repressione criminale.

¹²⁷ La *deprecatio* trova, invece, piena applicazione nel senato o nel *consilium* (Inv. 2.105). *In senatu vero et apud populum et apud principem et ubicumque sui iuris clementia est, habet locum deprecatio*, farà eco a Cicerone Quintiliano quasi due secoli dopo (Inst. 7.4.18), confermando che da sola non è utilizzabile *in iudicium*; cfr. Quint. inst. 7.4.17-20. L'altra parte della *concessio*, con cui si domanda il perdono e la cui applicazione non è limitata come quella della *deprecatio*, è la *purgatio*; cfr. *supra*, nt. 49.

cidio nell'esperienza giuridica di Roma tardorepubblicana e del principato: di un crimine, cioè, paradigmatico, insieme all'adulterio (e al furto fra i delitti privati) per l'elaborazione del tema della responsabilità dell'agente¹²⁸. Le prime due sono utilizzate dai retori per esemplificare il funzionamento della *relatio criminis*, di cui l'orazione in difesa di Milone rappresenta un caso d'impiego in relazione a un episodio reale. Quella della donna di Smirne può ben aver costituito un tema discusso nelle scuole di declamazione o, comunque, un *exemplum* utilizzabile in più di una direzione, per esaltare l'equilibrio o l'esercizio della clemenza in chi giudica¹²⁹ o, ancora, per evidenziare il rilievo di un valore socialmente condiviso in contrasto con altri valori anch'essi socialmente condivisi: contrasto che può rendere molto difficoltoso per il giudice giungere alla sentenza.

Valerio Massimo aveva iniziato il suo racconto ponendo in risalto l'*haesitatio* del proconsole. Questi non sarebbe riuscito a risolversi a punire l'accusata, spinta da un *iustus dolor*, perché proprio esso, evidentemente, faceva apparire ammissibile l'azione incriminata. D'altra parte, non sarebbe stato neppure convinto di *liberare* una persona *contaminata* da due uccisioni (la formulazione *liberare duabus caedibus contaminatam*, se segnala che era indiscussa l'attribuzione del *factum* e la sua intrinseca negatività, evita di qualificarlo come crimine). Valerio appare molto attento a scegliere le parole da impiegare per rendere l'idea di una situazione dominata da un'incertezza insuperabile. La *mater familiae*, per Dolabella, non è colpevole e non è neppure innocente: è *rea* in attesa di una condanna o di una assoluzione che non arriverà. Il *factum*, si potrebbe chiosare, come quello dell'Orazio nella narrazione

¹²⁸ Sull'importanza di tale elaborazione in materia di omicidio si v., per tutti, F. Botta, *Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell'homicidium in diritto romano classico*, in *Diritto@Storia* 12, 2014, 5-27.

¹²⁹ Cfr. Campanile, *Cornelio Dolabella* cit. 166-167, a proposito del governatore provinciale nel passo di Valerio Massimo.

liviana, è proprio al margine fra liceità e crimine. Il *consilium* del proconsole – rimarcherà Ammiano Marcellino – si sarebbe trovato in una situazione di stallo, perché chiamato a decidere *inter ultionem et scelus* (29.2.19), ossia se l'atto fosse ammesso dal *ius* in quanto *ultio* per un *dolor* doveroso o se, all'opposto, fosse criminoso. L'impasse sulla sua valutazione è determinata dal tipo di difesa che l'autore immagina l'accusata adottare, fondata, come accennato, sulla *relatio criminis*, che rimuove la colpa dall'azione riversandola sulle sue vittime.

Gellio, inizialmente, sembra fare riferimento al medesimo tipo di strategia difensiva quando informa che la donna, confessato di aver ucciso, aveva affermato *habuisse se faciendi causam* poiché gli uccisi erano gli assassini di suo figlio (12.7.2). Subito dopo introduce, tuttavia, un elemento narrativo dissonante dal racconto di Valerio: il *factum* sarebbe risultato senz'altro criminoso a chi lo valutava. I consiglieri di Dolabella lo avrebbero ritenuto, infatti, meritevole di punizione, sebbene apparisse loro che uomini tanto scellerati fossero stati puniti con una pena adeguata (12.7.4)¹³⁰. In sostanza, la protagonista del dramma sarebbe stata colpevole come le sue vittime, a loro volta giustamente punite. In seguito, presso gli areopagiti il *veneficium* non sarebbe stato assolto, non permettendolo le *leges*; la donna – *nocens* – non sarebbe stata, però, condannata e punita perché meritevole di *venia* (12.7.7). Per i giudici del racconto di Gellio la condotta è certamente colpevole: la protagonista avrebbe evitato condanna e punizione – così lo stesso Gellio spiega l'epilogo della storia – solo per la *venia* ricevuta in considerazione dell'atroce atto in precedenza compiuto dal marito e dal figlio¹³¹.

¹³⁰ La formulazione *quod et confessum veneficium [...] non dimittendum inpunitum videbatur et digna tamen poena in homines sceleratos vindicatum fuisset* sembra quasi ispirata da quella (peraltro problematica) che conclude Val. Max. 8.1 *amb.* 1.

¹³¹ Osserva Holford-Strevens, *Getting Away With Murder* cit. 511: «Even Gellius, for all his sympathy with inflexible justice and stern severity, admits that the Woman of Smyrna deserved mercy, if only because her victims deserved none».

La *relatio criminis* non avrebbe, dunque, funzionato, essendo l'azione indifendibile, mentre, si direbbe, efficace sarebbe stata per l'erudito la *deprecatio*, estrema risorsa dell'accusato quando non può neppure negare di aver commesso volontariamente l'illecito e invoca la *venia*¹³². L'immagine della *damnandi atque absolvendi inexplicabilis cunctatio*, della quale aveva parlato Valerio e cui i giudici dell'Areopago avrebbero fatto fronte con un rinvio, si stempera in quella di una *causa* dubbia che avrebbe trovato soluzione nel perdono accordato alla donna. Ma l'Areopago, stando a Valerio Massimo, non l'aveva affatto perdonata. L'esitazione, il tentennamento nel condannare o assolvere è, infatti, *inexplicabilis*¹³³.

La *cunctatio* rimane tale anche a seguito della decisione del prestigioso tribunale ateniese: anzi, la decisione, pur chiudendo di fatto la vicenda, sancisce definitivamente l'intrinseca, inevitabile incertezza della sua soluzione. *Inexplicabilis* richiama un concetto della retorica. Sarà proprio Gellio a informare che *inexplicabile* traduce, con una certa approssimazione, il greco ἄπορον¹³⁴, che rinvia a un

¹³² Di *deprecativa venia* parla, infatti, Fortun. *ars* 1.17 (Calboli Montefusco 90, 24-91, 3: *Deprecativa venia quem ad modum fit? cum iam nulla potest esse defensio, sed eum cui licet ignoscere, tantummodo deprecamur, quoniam negare non possumus nos voluntate fecisse id, propter quod arguimur*), che la fa rientrare nella *venia*, insieme alla *venia purgativa*; cfr. la *qualitas venialis* di Vict. *comm.* 1.15 (Riesenweber 53, 3).

¹³³ Si è proposto di sostituire 'iudicationem' o 'cogitationem' al tràdito 'cunctationem'. Cfr. Briscoe, *Valerius Maximus* cit. 38; v., però, ciò che osserva lo studioso a p. 98.

¹³⁴ Così Gell. 9.15.6: *Exponit [un.sectator del retore Giuliano] igitur temptamenti gratia controversiam parum consistentem, quod genus Graeci ἄπορον vocant, Latine autem id non nimis incommode inexplicabile dici potest. La controversia proposta è la seguente: DE REO SEPTEM IUDICES COGNOSCANT, EAQUE SENTENTIA SIT RATA, QUAM PLURES EX EO NUMERO DIXERINT. Cum septem iudices cognovissent, duo censuerunt reum exilio multandum, duo alii pecunia, tres reliqui capite puniendum. Petitur ad supplicium ex sententia trium iudicum et contradicit (§§ 7-8). Il più grande vitium degli *argumenta*, ἄντιστρέφον, molto somigliante all'ἄπορον, che produce una situazione che ai giudici appare qualcosa di *dubiosum* [...] *inexplicabileque*, tanto da indurli a rinunciare alla decisione, è illustrato*

genere di cause (gli ἀσύστατα) che non possono sussistere poiché non vi si determina lo *status*. Più precisamente, l'ἄπορον conduce sempre «a un risultato contraddittorio», con la conseguente impossibilità di «emettere un giudizio»¹³⁵: *cum iudex non invenit quam sententiam dicat*, sintetizzerà Fortunaziano (1.3, Calboli Montefusco 69, 3-4)¹³⁶. È ipotizzabile che Valerio evochi l'ἄπορον e che lo faccia per dare risalto all'abilità degli areopagiti nel trovare la soluzione giuridica a una questione altrimenti insolubile¹³⁷. Gellio, che, da giudice, aveva avuto modo di sperimentare l'*inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas* (Gell. 14.2.3), non l'ignora. Evidenza, all'opposto, l'importanza per l'oratore di saper riconoscere l'ἄπορον attraverso il racconto di come Antonio Giuliano avesse ironicamente stigmatizzato l'esibizione di un giovane retore che studiava l'eloquenza latina per discutere cause a Roma: questi, infatti, invitato a trattare una *controversia*, non si era reso conto che gli era stata indicata una appartenente al genere *inexplicabile*¹³⁸. Tutto induce a pensare che Gellio eviti intenzionalmente di presentare il caso della donna di Smirne come un caso non risolvibile.

Lo slittamento di prospettiva nel prosieguo del racconto è, for-

da Gellio in 5.10; cfr. il § 15: *Tum iudices, dubiosum hoc inexplicabileque esse quod utrimque dicebatur rati, ne sententia sua, utramcumque in partem dicta esset, ipsa sese rescinderet, rem iniudicatam reliquerunt causamque in diem longissimam distulerunt.*

¹³⁵ Calboli Montefusco, *La dottrina* cit. 12-13 e 19-22 (le citazioni sono tratte da p. 19); Ead., *Logica* cit. 214-216.

¹³⁶ Il retore, addotto l'esempio *'Tres simul iter agebant, duo soli reversi sunt: accusant se invicem caedis'*, commenta: *hic enim iudex non invenit quid sequatur, cum uterque ab altero dicat occisum, et nihil ab utroque ad probationem possit adferri deficiente circumstantia* (Calboli Montefusco 69, 4-8).

¹³⁷ *Caliginosissimus* qualifica questo *modus asystati* Augustin. *rhet.* 16 (Giomini 64, 9-65, 10).

¹³⁸ Cfr. Gell. 9.15.6 e 11: *'nolite quaerere' inquit 'quid sentiam; adulescens hic sine controversia disertus est'*.

se, spia del fatto che il progressivo accentrarsi del potere punitivo nell'imperatore e nei suoi delegati accentua la problematicità del ricorso alla *relatio criminis* fondata sul *dolor*, verosimilmente già di per sé dagli svolgimenti molto incerti, in particolare qualora l'uccisione non sia stata conseguenza immediata di un *dolor* improvviso. Se la messa a morte di un cittadino è riservata al potere pubblico, l'uccisione di chi non sia stato condannato difficilmente può essere scriminata, per quanto appaia reazione innescata da un *iustus dolor*. Solo il perdono giudiziale può, allora, salvare l'imputato, grazie alla discrezionalità della quale ormai gode il giudice criminale. Al tempo di Gellio, gli arnesi concettuali e le strategie discorsive offerti dalla tradizione retorica – si può credere – vanno, tra l'altro, rimodulati dall'oratore giudiziario per muoversi all'interno del processo criminale. Non a caso il diritto criminale diviene materia di riflessione sistematica dei giuristi, con la nascita di una letteratura giurisprudenziale che l'assume a proprio oggetto specifico¹³⁹.

Ciò non significa che il *dolor*, l'*iniuria* patita cessino, in generale, di rilevare nella riflessione e nella prassi criminalistiche. Tutt'altro¹⁴⁰. Occorre, però, che si manifesti in una direzione che non può più essere quella di una vendetta privata perseguita al di fuori del processo, secondo un modello delineatosi già a partire dalla fine

¹³⁹ Un esempio di cambiamenti nel «pensiero retorico tra I sec. a.C. e I sec. d.C.», correlati al modificarsi delle «forme processuali», è proposto da S. Puliatti, *Del buon uso del vero. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in F. Milazzo (a c. di), *I tribunali dell'impero*, Milano 2015, 114-123. Per la crisi dell'oratore formatosi nella tradizione retorica cfr., in generale, A. Cavarzere, *Oratoria a Roma. Storia di un genere pragmatico*, Roma 2000, 218-221 e 249-258.

¹⁴⁰ Cfr. Botta, *Legittimazione* cit. 233-328, innanzitutto in merito all'omicidio, da cui emergono i nessi che collegano fra loro *iniuria*, *pietas* e *officium*. La legislazione tardoantica continua a riconoscere il *dolor* (condannando, al contempo, la vendetta privata): V. Neri, *La condanna cristiana della cupiditas ultionis. Vendetta privata e vendetta attraverso la legge*, in *Tesserae iuris* 1.2, 2020, 120-122.

dell'età repubblicana¹⁴¹, quando leggi istitutive di *iudicia publica* e meccanismi processuali assicurano alle persone considerate dirette vittime dell'offesa la precedenza nel perseguire l'autore della stessa e riconoscono loro dei privilegi nel portare l'accusa¹⁴², inducendole, al contempo, a praticare le procedure giudiziali¹⁴³.

Anche la *poena* inflitta in un *iudicium* può mitigare il *dolor* che nasce dall'*iniuria* subita, aveva spiegato Cicerone¹⁴⁴, mentre non mancano censure radicali alle reazioni prodotte dalla collera¹⁴⁵ e insistenze sulla necessità che sia decisa in un giudizio pubblico la punizione di un atto particolarmente grave. È il caso di un'interessante *controversia* senecana, la prima del settimo libro, dove si dibatte, fra l'altro, sul castigo di cui un padre giudica meritevole il figlio che avrebbe tramato contro la sua vita¹⁴⁶. Fra i vari interventi dei declama-

¹⁴¹ Cui si affiancherà la netta censura elaborata dalla riflessione cristiana; cfr. Neri, *La condanna* cit. 97-128. Sul processo quale strumento per vendicare i congiunti Thomas, *Se venger au Forum* cit. 68-72, e F. Botta, *La vendetta come officium pietatis*, in G. Lorini, M. Masia (a c. di), *Antropologia della vendetta*, Napoli 2015, 26-27.

¹⁴² Cfr. Botta, *Legittimazione* cit. 105-168 (in particolare 132-142); Id., *La vendetta* cit. 23-31.

¹⁴³ È ciò che sembra proporsi il legislatore augusteo con la legge sugli adulteri: G. Rizzelli, *Augusto, il 'giuridico', la legge*, in *BIDR.* 113, 2019, 402-405. Sull'accusa per fatti di sangue cfr. quanto osserva Thomas, *Se venger au Forum* cit. 77-88 («La vengeance, désormais, se résorbe dans le châtement du Prince»: p. 86, a proposito del *De clementia* di Seneca); Id., *Parricidium* cit. 669-670 e 697-703, e Id., *La Mort du père* cit. 17-18.

¹⁴⁴ Cic. *Caec.* 35, che precisa la funzione dell'*actio iniuriarum*: *actio [...] iniuriarum non ius possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaeque mitigat*. Sul passo cfr. ora M. Giagnorio, *Brevi cenni sul regime delle cose in uso pubblico nell'esperienza giuridica romana*, in *TSDP.* 13, 2020, 33-34.

¹⁴⁵ Così, in ambito epicureo, Filodemo, contemporaneo di Cicerone, aveva affermato che, se si è preda di θυμός e ὀργή, non ci si può vendicare né si può punire (*Ira*, 6.33.17-20 [Indelli, 89]).

¹⁴⁶ Sul punto cfr. Rizzelli, *Padri* cit. 37-41; cfr. anche quanto osserva M. Lenta-

tori¹⁴⁷, illustrano molto chiaramente gli argomenti a favore della riserva alle istituzioni della comunità di una decisione così importante quelli di Latrone, il quale nega che sia condannato e punito giustamente chi, per un grave delitto, non sia stato sottoposto a un giudizio pubblico (cfr. il § 16), di Asinio Pollione e di Vario Gemino. Prendendo le parti dell'altro figlio, *abdicatus* per aver risparmiato il fratello condannato dal padre, Pollione ricorre al seguente *color*: *cogitavi mecum, quid liceret, quid oporteret. Si tantum, inquam, nefas commissum est, nullae meae partes sunt: ad expiandum scelus triumviris opus est, comitio, carnifice. Tanti sceleris non magis privatum potest esse supplicium quam iudicium*. Giudicare e punire privatamente un tale *nefas* contrasta con quanto *licet*, dunque con la *lex*, e con ciò che *oportet*, che nell'universo declamatorio rinvia all'*aequitas* (§ 22). E Vario Gemino, il quale sembra pensare alle attività che si svolgono di fronte alla *quaestio* permanente e che introduce un riferimento al tema dell'inattendibilità dell'*unus testis*¹⁴⁸, affer-

no, «*Auribus vestris non novum crimen*». *Il tema dell'adulterio nelle Declamationes minores*, in A. Casamento, D. van Mal-Maeder, L. Pasetti (a c. di), *Le «Declamazioni minori» dello Pseudo-Quintiliano. Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, Berlin - Boston 2016, 66 nt. 9.

¹⁴⁷ Alcuni dei quali dubitano della correttezza del giudizio che si svolge all'interno della *domus* (cfr. i §§ 4 e 16). Glicone, nel § 26, sembra ritenere inadeguato il giudizio privato di un solo giudice e Gemino, nel § 19, mette a confronto, a favore del secondo, il tribunale domestico e quello pubblico.

¹⁴⁸ Tema, ben presente agli storici antichi e attestato nel materiale declamatorio (cfr. M. Ravallesse, *La città che divora. Aspetti paideutici e giuridici nella XII Declamazione maggiore dello Pseudo-Quintiliano*, in *Le >Declamazioni maggiori Pseudo-quintiliane<* cit. 329-335), su cui si eserciterà la riflessione giurisprudenziale romana: cfr. U. Vincenti, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, 144-148; A. Metro, «*Unus testis nullus testis*», in *Labeo* 44, 1998, 60-67; C. Masi Doria, *Poteri magistrature processi nell'esperienza costituzionale romana* (= 'Exemplum pessimum': *Quinto Mucio e il 'testimonium'* in *Val. Max. 4.1.11*, in *Index* 38, 2010, 70-88), Napoli 2015, 75-97, che considera, alla p. 88, il passo senecano citato in testo; Puliatti, *Del buon uso* cit. 130-135.

ma: *interrogavi fratrem: apud quem praetorem causam dixisti? 'apud nullum' inquit. quis accusator fuit? 'nemo.' quis testis, immo qui testes (uni enim etiam de minore scelere non creditur)? 'nemo' inquit. quis de te pronuntiavit? 'nemo. quid porro?', inquit, 'ego, si reus fuisset, ad te non misissem?' (§ 23).*

Qualche anno dopo, durante il principato di Tiberio, Fedro indica, invece, il rischio insito nell'iniziativa di chi si risolve a vendicare con l'uccisione il proprio *dolor* abbandonandosi all'impulso passionale (3.10.9-50)¹⁴⁹. A tal fine illustra il motivo per cui *exploranda est veritas multum, prius / quam stulte prava iudicet sententia*¹⁵⁰ con il racconto della reazione inconsulta (*irae furentis impetum non sustinens*: 25) di un marito, che, prestando fede alle accuse di un suo liberto, ha ucciso il figlio credendolo un adultero penetrato nella propria casa, senza capire di chi si trattasse perché intento a *vindicare* il proprio *dolor* (*nihil respiciens, dum dolorem vindicet*: 28). Nella vicenda sarebbe intervenuto Augusto, ammonendo che, se il *pater familias* avesse meglio indagato le accuse e valutato con accuratezza la menzogna, non avrebbe sconvolto la *domus* con il suo atto tragico¹⁵¹. L'uomo, senza lasciarsi guidare dal *dolor*, avrebbe potuto considerare con maggior freddezza la situazione, riservandosi magari, si potrebbe chiosare, di affidare la vendetta al processo regolato proprio da una legge augustea, che la realizza razionalizzandola.

Nelle *cognitiones extra ordinem* il rilievo dell'*ultio*, cui conducono

¹⁴⁹ Interessanti considerazioni sul passo in Lentano, *Auribus vestris* cit. 72-74, con bibliografia. Cfr. anche Langlands, *Sexual Morality* cit. 220-223; Rizzelli, *Adulterium* cit. 292-293 nt. 282, e Id., *Padri* cit. 48.

¹⁵⁰ 5-6; cfr. 51-53: *Nil spernat animus, nec tamen credat statim. / Quandoquidem et illi peccant, quos minime putes, / et qui non peccant, inpugnantur fraudibus.*

¹⁵¹ *Quod si delata perscrutans crimina / paterfamilias esset, si mendacium / subtiliter limasset, a radicibus / non evertisset scelere funesto domum*: 47-50.

il *dolor* e l'*ira* causati dall'*iniuria*, non viene meno¹⁵², ma la vendetta si vuole incanalata nelle forme previste davanti alle istituzioni pubbliche preposte alla persecuzione degli illeciti, della quale garantiscono il controllo. Un'articolata elaborazione della disciplina della legittimazione all'accusa, che agevola l'iniziativa delle persone direttamente interessate alla vendetta compensa, sul piano processuale, i limiti sempre più rigorosi posti alla punizione privata¹⁵³.

È, perciò, destinata spesso a fallire lo scopo dell'assoluzione la difesa dell'autore di un'uccisione, che faccia leva sul *dolor*¹⁵⁴. Ciò accade

¹⁵² Cfr., a non lunga distanza di tempo da quando è attivo Gellio, D. 49.14.2 pr. (Call. 2 *iur. f.*), in materia di processo fiscale, a proposito di *qui ulciscendi gratia adversarium suum deferunt*; sul passo cfr. S. Puliatti, *Callistratus. Opera*, Roma - Bristol 2020, 339-345. Per altro verso, la «philosophie pénale de l'Empire» cerca di eliminare il carattere vendicativo della pena attraverso «une interprétation non plus sociale, mais purement psychologique de l'ultio»: Thomas, *Parricidium* cit. 678 nt. 113. Un paradossale ricorso alla *relatio criminis* sarebbe stato operato da alcuni (*ut quidam fingere non erubescunt*) in difesa dell'uccisore del prefetto dell'urbe Pedanio Secondo (lo schiavo avrebbe vendicato *iniurias suas* e il padrone sarebbe stato ucciso, di conseguenza, *iure*): così Cassio Longino in Tac. *ann.* 14.43.4. Alla costruzione retorica dell'intervento in senato del giurista è dedicato il contributo di D. Nörr, *C. Cassius Longinus: der Jurist als Rhetor (Bemerkungen zu Tacitus, Ann. 14.42-45)*, in T.J. Chiusi, W. Kaiser, H.-D. Splenger (Hrsgg.), *Dieter Nörr. Historiae Iuris Antiqui. Gesammelte Schriften III (= Althistorische Studien H. Bengtson)*, Wiesbaden 1983, 187-222), Goldbach 2003, 1585-1620, che ravvisa nell'affermazione del giurista una «ironische Anwendung der qualitas» (p. 1599; cfr. p. 1604); v. ora anche Buongiorno, *Orazioni* cit. 64-65.

¹⁵³ Cfr., per esempio, D. 48.5.38(37) (Pap. 5 *quaest.*): *Filium familias publico iudicio adulterium in uxore sine voluntate patris arguere constitutum est: vindictam enim proprii doloris consequitur*. Costantino restringerà la legittimazione all'accusa di adulterio alle *proximae necessariae personae* argomentando la misura con il rispetto del *dolor* realmente provato; si tratterebbe, infatti, di coloro i quali *verus dolor ad accusationem impellit*. Ammonirà nell'occasione: *In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet*; cfr. CTh. 9.7.2.

¹⁵⁴ In una delle *Declamazioni minori*, che la tradizione ascrive a Quintiliano, il declamatore sembra far leva sul sentimento di disapprovazione verso chi ha ucciso invece di portare di fronte ai giudici quello che, sostiene, aspirava alla tirannide (*primum*

sicuramente già al marito uccisore della moglie adultera o dell'adultero di condizione elevata a seguito della legge augustea sugli adulteri. Essa ne consente la reazione in ipotesi molto circoscritte e, tipizzando le fattispecie in cui il *dolor* può lecitamente trasformarsi in vendetta privata, permette all'uccisore di difendersi ricorrendo alla *qualitas absoluta*, ma rende ardua (sebbene non impossibile) la difesa del marito, fondata sulla *relatio criminis*, che, al di fuori delle ipotesi previste, lo invochi di fronte alla *quaestio de sicariis*¹⁵⁵. L'intervento legislativo incide certa-

te interrogo, si adfectari tyrannidem a patre tuo existimabas, cur occideris antequam criminareris [...]. Non potest [...] videri rei publicae gratia fecisse cui plus aliter praestitisse; cfr. [Quint.] *decl. min.* 322.5 e 6. Ermagora il giovane, un autore del secondo secolo d.C. (cfr. Woerther, *Hermagoras* cit. LXXIII), consiglierà alla difesa, una volta che l'accusato abbia riconosciuto l'ἄδικημα, di ricorrere innanzitutto alla συγγνώμη, la richiesta di perdono, quindi all'ἀντίστασις, la compensazione, e alla μετάστασις, la *remotio criminis*, e soltanto come ultimo all'ἀντέγκλημα, perché affermare che la vittima ha meritato quanto l'è occorso sarebbe difficilmente sopportabile e inadeguato a persuadere l'uditorio: Hermag. Min. T 14 (Woerther 38, 4-10); per la probabile attribuzione del frammento a Ermagora il giovane cfr. Woerther, *Hermagoras* cit. 193-195 (con l'avvertenza di carattere generale a p. LXXIV). Significativo per l'età severiana D. 9.2.45.4 (Paul. 10 *Sab.*), che, sebbene in tema di *lex Aquilia*, sembra argomentare in termini generali: *illum [...] solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit* (poco prima il giurista aveva affermato che *vim [...] vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*).

¹⁵⁵ Cerca di spiegare le limitazioni alla possibilità di uccidere impunemente gli adulteri, poste dalla legge all'iniziativa del marito, Cantarella, *Studi* cit. 195-201. «Ai tempi di Catone il Censore, un marito poteva uccidere la moglie adultera. Sotto Augusto è invece al padre che spetta il diritto di punire. Non è il potere che ha subito un cedimento, ma il matrimonio che è divenuto un legame provvisorio: le donne che circolano rimangono legate alla loro casa d'origine», commenta Y. Thomas, *Roma: padri cittadini e città dei padri (II secolo a.C.-II secolo d.C.)*, in A. Burgiè, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen, F. Zonabend (a cura di), *Storia universale della famiglia I. Antichità. Medioevo. Oriente antico*, trad. it., Milano 1987, 207. F. Lucrezi, *L'adulterio in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* IX, Torino 2020, 85-88, medita ora sull'effettivo ricorso dei mariti all'esercizio del potere di uccidere conferito loro dalla *lex Iulia*. Ai fini dell'efficacia della difesa cui si accenna in testo rileva, verosimilmente, il rapporto

mente sulla rete di valori e di regole che tutelano, insieme al matrimonio, il ruolo e le prerogative del capofamiglia, al quale impongono di vendicarne la violazione. Un indizio in questo senso si ricava dalle declamazioni latine, dove il marito continua a uccidere l'adultera (spesso insieme all'adultero) còlta in flagranza, legittimato dalla *lex retorica*¹⁵⁶. Come spiegherà Papiniano, nel *liber singularis de adulteriis*, il marito che uccida la moglie sorpresa in adulterio è punibile in

fra la *lex* e il nucleo precettivo del *mos*. Il confronto con l'esperienza ateniese sollecita qualche riflessione in merito. Per esempio, il passaggio dell'orazione demostenica contro Aristocrate, in cui si ricorda l'uccisione della madre a opera di Oreste e la competenza del Delfinio a giudicare chi si giustificasse sostenendo di aver ucciso ἐννόμως (74), pone il problema della proponibilità di una difesa basata su norme non scritte; cfr. quanto osserva E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco*, Oxford 1998, 119-120, convinto che «a valid defence before the Delfinium must invoke specific provisions of written law». Si può credere che, *mutatis mutandis*, un problema simile si ponga, agli inizi del principato, ai giudici della *quaestio de sicariis* che giudichino l'uccisore della moglie, dell'adultero di non bassa condizione sociale o di entrambi, il quale si difenda invocando la conformità della propria condotta ai valori veicolati dai *mores* (un indizio di questo stato di cose può forse essere Val. Max. 6.1.13, che, in piena età tiberiana, rievoca le azioni di coloro che *in vindicanda pudicitia dolore suo pro publica lege usi sunt*, ai quali *irae suae indulisse fraudi non fuit*. Un altro potrebbe essere il *dolor* del marito dell'adultera, indicato, nelle declamazioni latine della fine del primo - inizi del secondo secolo, quale causa giustificativa delle uccisioni degli adulteri non autorizzate dalla *lex Iulia de adulteriis*; cfr. la nt. successiva). Un problema, questo, destinato a essere superato, nel corso del tempo, dall'affermarsi della 'centralità normativa' dell'attività imperiale, con le cancellerie concordi (per quanto è dato sapere) nel considerare il *dolor* un'attenuante: circostanza la quale presuppone necessariamente la convinzione che la condotta su cui verte il giudizio va punita.

¹⁵⁶ Cfr. G. Brescia, M. Lentano, *La norma nascosta. Storie di adulterio nella declamazione latina*, in A. MacClintock (a c. di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna 2016, 141-178, che mettono anche in evidenza il ruolo svolto, secondo i declamatori, dal *dolor* nelle uccisioni delle mogli adultere e la sua giustificazione (pp. 160-166); *hoc ius scriptum est mariti dolori, hoc ius ille conditor conscripitorque legis huius voluit esse privatum*, afferma, per esempio, il declamatore in [Quint.] *decl. min.* 277.3.

base alla *lex Cornelia de sicariis* poiché la *lex Iulia* non prevede che possa ucciderla. Se però, aggiunge il giurista, si considera l'azione dal punto di vista della pena, *non inique aliquid eius honestissimo calori permittitur*¹⁵⁷.

Se il *calor* del marito dell'adultera, che descrive sul piano fisiologico l'ira scatenata dal *dolor*, è riconosciuto come *honestissimus*¹⁵⁸, il suo *dolor* è qualificato *iustus* in un rescritto di Antonino Pio, relativo all'uccisione dell'adultera¹⁵⁹, in un passo paolino e in uno ulpiano che, forse, lo riecheggiano, e in una costituzione di Alessandro Severo, dove il *dolor* è una volta indicato come '*incon-sultus*', un'altra come '*iustus*'¹⁶⁰. '*Iustus*', come '*honestus*', esprime

¹⁵⁷ Coll. 4.10.1: *Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidat, quaero. Respondit: nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur: quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur. Sed si de poena tractas, non inique aliquid eius honestissimo calori permittitur; ut non quasi homicida puniatur capite vel deportatione, sed usque ad exilium poena eius statuatur.* Si prescinde in questa sede dal problema se Papiniano sia effettivamente autore di un *liber singularis de adulteriis*, osservando soltanto che non sembrano sussistere motivi per sospettare il contenuto del passo.

¹⁵⁸ L'aver agito *aliqua honesta* [...] *causa* rileva per la *deprecatio*: Cic. *inv.* 2.106; cfr. oltre. Su *honestus* nell'uso retorico cfr. M. Jacotot, *Question d'honneur. Les questions d'honos, honestum et honestas dans la République romaine antique*, Rome 2013, 155-157.

¹⁵⁹ Il rescritto è citato da D. 48.5.39(38).8 (Pap. 36 *quaest.*): *Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: 'Si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet'. Nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: 'Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit. sufficet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari'.* Cfr. D. 48.8.1.5 (Marcian. 14 *inst.*).

¹⁶⁰ Cfr. Coll. 4.12.4 (Paul. 2 *sent. sub tit. adult.*) (= P.s. 2.26.5): *Maritum, qui uxorem deprehensam cum adultero occidit, quia hoc inpatientia iusti doloris admisit, lenius puniri placuit*; D. 29.5.3.3 (Ulp. 50 *ed.*): *Si tamen maritus in adulterio depre-*

qui la corrispondenza del *dolor* a un complesso di valori socialmente condiviso¹⁶¹, non la sua conformità al *ius* posto dalla *lex*, visto che è stato causa di un'azione non soltanto vietata dalla legge sui sicari, ma anche non consentita da quella sugli adulteri (circostanza che rende difficoltoso appellarsi a una causa giustificativa esterna)¹⁶². Il *dolor* è degno di vendetta, ma questa si è concretata in un atto per il quale chi ha confessato di averlo commesso non può non essere punito¹⁶³. Il dubbio

hensam occidat, quia ignoscitur ei, dicendum est non tantum mariti, sed etiam uxoris servos liberandos, si iustum dolorem exsequenti domino non restiterunt; C. 9.9.4.1: Sed si legis auctoritate cessante inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox et dolor iustus factum eius relevat, potest in exilium dari.

¹⁶¹ Cfr., per *honestus*, Jacotot, *Question d'honneur* cit. 138-142, e, sul *iustus dolor*, le osservazioni di M. Lentano, *I giusti dolori della patria. Nota a Claudiano, Laus Serenae*, 155, in *Invigilata Lucernis* 43, 2021, 80-86.

¹⁶² *Iustus* ha, nel provvedimento di Antonino Pio, il significato di «gerechtfertig», «berechtigt», individuato da Th. Finkenauer, *Die römischen Juristen und die Gerechtigkeit*, in O. Höffe (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen 2014, 27, e Id., *Iustitia und iustus bei den Römischen Juristen*, in *Fundamina* 20, 2014, 293.

¹⁶³ Al di fuori dell'ipotesi di uccisione è interessante come le accusate di adulterio sembrano spesso adottare una difesa basata sulla *relatio criminis*, giustificando la propria condotta – secondo un motivo diffuso – quale reazione all'infedeltà coniugale dei mariti. Lo segnalerà Lattanzio (che, però, forse non pensa necessariamente a quanto accade nei giudizi: *nulla est tam perdit pudoris adultera quae non hanc causam vitii suis praetendat, iniuriam se peccando non facere, sed referre: Inst. 6.23.30*), mentre un imperatore *Antoninus* si occupa di qualcuno che intenda accusare l'ex moglie di adulterio, cui sia stato opposto di non averle offerto *castitatis exemplum*: Augustin. *adult. coniug. 2.7*; cfr., sulla citazione dal *De adulterinis coniugiis*, C. Venturini, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti* (= A.a. V.v., *Comportamenti e immaginario della sessualità nell'Alto Medioevo*, Spoleto 2006, 177-221), Napoli 2014, 340-341, e G. Rizzelli, *Il fr. 3 Stramaglia delle Declamazioni maggiori e la circolazione di temi fra retori e giuristi*, in *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee<* cit. 343-346 (per il passo tratto dalle *Divinae institutiones*) e 353-357 (per la testimonianza agostiniana).

di colui che ha sollecitato la risposta imperiale riguarda la pena, non la colpevolezza dell'agente:

Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit.

Altrove la letteratura giuridica sottolinea, piuttosto, il carattere improvviso del *dolor*¹⁶⁴. Le cancellerie imperiali e i giuristi sembrano collocarsi nella prospettiva della difesa che ricorre alla *deprecatio*, tenuta, tra l'altro, a *ostendere* che l'imputato ha agito *aliqua honesta aut probabili causa*¹⁶⁵. L'accertamento della circostanza che ha operato il *dolor*, se inefficace a provare la liceità dell'uccisione, esclude la malvagità dell'agente, mostrandolo meritevole di un perdono che gli evita la punizione prevista per gli omicidi e va a incidere sulla misura della pena, alla quale non è comunque sottratto¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Ciò accade anche nel rescritto di Marco Aurelio e Commodo, citato da Papiniano immediatamente prima di quello di Antonino Pio. Per gli altri passi cfr. Rizzelli, *Intelletto* cit. 33-41.

¹⁶⁵ Cic. *inv.* 2.106. Cfr. Cic. *div. in Caec.* 64, in cui ritorna l'idea della *probabilis causa* collegata a quella delle *iniuriae*, del *dolor* e dell'*honestas*: *Etenim si probabilis est eorum causa qui iniurias suas persequi volunt (qua in re dolori suo, non rei publicae commodis serviunt), quanto illa honestior causa est, quae non solum probabilis videri [...].* Si può ipotizzare anche un ragionamento basato sullo schema della *purgatio*, con la quale si domanda la *venia* per l'imputato sostenendo che la sua volontà, determinata da *inprudencia*, non è identificabile con il *consultum*, causa a sua volta del *voluntarium maleficium*, come si evince da Cic. *inv.* 1.102 e *top.* 64, dove le *perturbationes animi* sono ricondotte all'*inprudencia* che farebbe apparire gli atti cui essa induce *necessaria* o *ignorata*. In età severiana l'ampia discrezionalità del giudice farebbe sì che l'*inprudencia*, manifestatasi in questo caso nella forma della *necessitas*, non conduca all'assoluzione del reo, che non versa in dolo, ma a un'attuazione della pena.

¹⁶⁶ Per Ulpiano si perdona al marito (*ignoscitur ei*) che, in conseguenza del *iustus dolor*, abbia ucciso la moglie: D. 29.5.3.3 (50 *ed.*); sul passo D. Dalla, *Senatus*

Ritornando all'episodio dal quale siamo partiti, in Valerio Massimo è *iustus* il *dolor* della donna di Smirne per la perdita del figlio. Si può immaginare che sia tale perché considerato nella prospettiva di chi si difende di fronte alla *quaestio de sicariis et veneficis* con la *relatio criminis* e afferma di aver agito *iure*. Gellio omette il riferimento al *iustus dolor*¹⁶⁷.

In effetti, il *dolor*, cui, pure, si coglie l'allusione nel suo racconto, difficilmente ora potrebbe essere *iustus* nel senso in cui lo intendeva la sua fonte, ossia conforme al *ius*. Lo è, piuttosto, perché corrisponde a un generico sentimento di *iustitia*: l'unica possibilità per l'omicida di evitare la punizione appare all'autore delle *Noctes Atticae* quella di essere perdonata. Insomma, Gellio, non particolarmente interessato alla retorica degli 'oratori da concerto', si mostra senz'altro aggior-

consultum Silanianum, Milano 1980, 81. Siccome nei rescritti attestati per gli anni da Antonino Pio ad Alessandro Severo gli imperatori, pur non decidendo in modo omogeneo sulla pena da infliggere, concordano nell'escludere quella di morte (cfr. E. Levy, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht I. Die Strafzumessung*, in *Gesammelte Schriften II* [= *BIDR.* 45, 1938, 57-166], Köln - Graz 1963, 477-478), è verosimile che il perdono di cui parla Ulpiano influisca sulla pena, temperandola (non è, tuttavia, impossibile che il giurista pensi a imputati assolti perché perdonati). Coll. 4.3.6 (Paul. *lb. sing. adult. et tit.*) rappresenta come un *parcere* il fatto di sanzionare in modo meno grave il marito uccisore: Marco Aurelio e Commodo stabilirono, infatti, che fosse punito *leviori poena* chi aveva ucciso *inlicite* un adultero, ma anche – *sed et* – Caracalla *pepercit, si qui adulteros inconsulto calore ducti interfecerunt*.

¹⁶⁷ Per spiegare l'omissione si è ipotizzato che ciò avvenga perché a esso la pratica giudiziaria nel secondo secolo si sarebbe riferita soprattutto per la reazione del marito in collera, che avesse ucciso la moglie scoperta in adulterio. Cfr. Holford-Strevens, *Getting Away With Murder* cit. 493, che argomenta in relazione all'intervento di Antonino Pio, attestato in D. 48.5.39(38).8 (Pap. 36 *quaest.*). Riprende l'ipotesi dello studioso D'Alessio, *Aulo Gellio* cit. 15-18, che insiste sulla centralità del riferimento al *iustus dolor* nella narrazione di Valerio Massimo. Il *iustus dolor*, di cui aveva parlato Valerio Massimo, diviene, in Gellio, la *faciendi causa* su cui fa leva la difesa della donna di Smirne, secondo Manni, *L'haesitatio* cit. 75-77: il suo racconto risentirebbe, infatti, «della nuova sensibilità per l'elemento soggettivo del reato, tipica del diritto criminale romano del II sec. d.C.» (p. 75).

nato sui meccanismi di quella giudiziale. Pertanto, se è uno «scholar-gentleman» che a tempo perso si occupa di diritto¹⁶⁸, soprattutto di quello più antico, la sua attenzione alle dinamiche processuali della propria epoca può rivelarsi una spia preziosa di mutamenti intervenuti nella mentalità e nella prassi degli addetti ai lavori.

¹⁶⁸ E la cui opera è utile ai romanisti per confermare la 'classicità' di espressioni contenute nei *Digesta* giustiniane. Così, con un accento polemico per l'atteggiamento di sufficienza che taluni specialisti del diritto romano mantengono nei confronti delle 'fonti letterarie', Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 301 (al quale appartiene la definizione di Gellio, citata in testo): «Romanists, while complaining of his misconceptions, gladly cite his evidence, knowing it has not undergone the interpolation that brought the texts excerpted in the Digest abreast of the times».

Gellio, Catone e l'adulterio prima di Augusto (Gell. 10.23)

Fabio Botta

1. Sono veramente grato alle amiche e agli amici ideatori e organizzatori di questo Convegno per l'onore che mi è stato fatto attraverso l'invito a prendervi parte attiva e allo stesso tempo per avermi altresì costretto a mettere Gellio 'al centro della pagina'.

Mi spiego: le *Notti Attiche* sono una fonte di assoluta rilevanza per lo studioso della storia del diritto romano e antico. Potrei dire che una copia dell'opera gelliana manca difficilmente sul tavolo da lavoro del romanista e raramente un nostro scritto, più o meno agile, si astiene dal citare l'uno o l'altro luogo di Gellio. Ma ciò avviene più spesso in appoggio ed esplicazione di argomentazioni che hanno al loro centro focale altre fonti (non necessariamente giuridiche) piuttosto che l'inverso. Gellio insomma raramente fornisce la pietra d'angolo di una riflessione storico-giuridica, ma ne completa spesso l'informazione; le dà solo (magari ottimamente, ma solo) supporto.

La verifica di quanto ho detto l'ho avuta proprio al momento in cui (improvvidamente forse) mi sono deciso a fornire il titolo della relazione che tengo qui oggi. *N.A.* 10.23 è infatti fonte decisiva di quasi tutte le importanti (e, come vedremo, complesse) tematiche che esplicitamente vi sono trattate o che invece traspaiono dalla sua lettura. Tuttavia, poiché su quei temi (e qui emerge la mia confessata imprudenza nello

* Pubblico qui il testo della relazione che ho tenuto nel Convegno, con poche e poco significative varianti. Nell'apparato di note che ho aggiunto ho riportato solo le informazioni di supporto che credo indispensabili e la citazione della letteratura che reputo fondamentale e comunque la più recente.

scegliere il tema di oggi) poiché su quei temi, dicevo, si è accumulata una ‘spaventosamente’ cospicua (e autorevole) letteratura, tesi e ipotesi di numero rilevantissimo e dai contenuti tra loro spesso incompatibili, ho verificato che il nostro passo – sempre utilizzato in quegli studi – ne occupa però quasi sempre uno spazio laterale, quasi tangente, cosicché – e questo è ciò che intendo far rilevare – vi risulta spesso frammentato e orientato (non oso dire piegato), nelle sue interne articolazioni, a dimostrazione e supporto di assunti ricavabili da altre fonti.

Ora, proprio per la gran mole di materiale bibliografico accumulato sui temi che oggi affronterò, se tendo a rivendicare un po’ di originalità a ciò che verrò dicendo, ciò è solo perché mi sono permesso di ribaltare il ‘normale’ rapporto che intercorre tra questo famosissimo passo di Gellio e quelle fonti, mettendolo cioè, come dicevo, al centro della pagina, al fine di sperimentare se in tal modo la (piccola) luce che esso può spargere sugli antichi (e spesso oscuri) istituti che tocca possa riorientarne la nostra comprensione.

A questo proposito sento utile fare un’altra premessa, probabilmente scontata ma necessaria nel momento nel quale la si sceglie come una delle chiavi di lettura della testimonianza gelliana: diversamente da altre fonti, le giuridiche ovviamente, ma altresì le annalistiche, costrette ad omogeneizzare la narrazione o la trattazione in un presente necessitato, quella dell’erudito antiquario, per coerenza interna, direi ontologica, possiede un’orografia propria, un’articolazione in piani che l’interprete deve necessariamente prendere in considerazione: sicché bisogna cercare di intendere, se possibile, la ragione (l’*occasione*) che spinge l’erudito alla selezione di quel particolare passaggio della fonte antica (se quello è l’oggetto nella specie del suo lavoro), dando il giusto valore allo ‘stupore’ dell’antiquario innanzi allo straordinario del passato ma calandolo in negativo nel presente dello scrittore: presente che, sotto forma di ciò che è (presumibilmente) per lui conosciuto e acquisito, è la lente inevitabilmente usata, d’altra parte, per il modo con cui egli stesso costruisce il contesto in cui situa quella selezione.

Insomma bisogna dapprima mettersi sul naso ‘gli occhiali’ di Gellio e calarsi nelle sue vesti di intellettuale di età antonina, quando, come nel nostro caso, egli dà conto della sua fonte in forma di sunto (del quale, pur presumendosene la correttezza, si deve ipotizzare, l'inevitabile contaminazione indotta da questo modo di trasmissione dei contenuti), e, ovviamente, anche quando Gellio cita testualmente, dichiaratamente copiando il testo selezionato, perché anche in tal caso il copista potrebbe essere stato ‘autore’ (come nel significativo titolo di un notissimo saggio di Luciano Canfora¹). Ne discende perciò la necessità, per comprendere efficacemente il testo, di montare ‘anche’ le lenti dell'autore citato e, dunque, di collocarci nella sua epoca, nella sua cultura, nel suo presente.

Tra i due piani ora indicati, peraltro, deve individuarsene un terzo rappresentato appunto dal sostrato intellettuale sia dell'erudito, sia della sua citazione; da quel ‘non detto’ che è nostro dovere – se si può, ovviamente – riempire con le testimonianze documentali rinvenibili *aliunde*.

In breve per una miglior comprensione di Gellio (ma credo possa valere per l'approccio a tutte le opere antiquarie) andrebbe, *mutatis mutandis*, adottato il principio – punto di fuga delle prospettive gelliane di etica e di grammatica – che il nostro Autore mette in bocca a Favorino in *N.A.* 1.10.4: *vive moribus praeteritis, loquere verbis praesentibus*.

2. Alla luce di queste premesse leggiamo

Gell. 10.23: *Verba ex oratione M. Catonis de mulierum veterum victu et moribus; atque inibi, quod fuerit ius marito in adulterio uxorem deprehensam necare. 1. Qui de victu atque cultu populi Romani scripserunt, mulieres Romae atque in Latio aetatem abstemias egisse, hoc est vino semper; quod ‘temetum’ prisca lingua appellabatur;*

¹ L. Canfora, *Il copista come autore*, Palermo 2002.

abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum ferrent deprehendendi causa, ut odor indicium faceret, si bibissent. 2. Bibere autem solitas ferunt loream, passum, murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia. Atque haec quidem in his, quibus dixi, libris pervulgata sunt; 3. sed Marcus Cato non solum existimatas, set et multatas quoque a iudice mulieres refert non minus, si vinum in se, quam si probrum et adulterium admisissent. 4. Verba Marci Catonis adscripti ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: «Vir – inquit – cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet, si quid perverse taetrique factum est a muliere; multatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur». 5. De iure autem occidendi ita scriptum: «In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio inpune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est».

principiando dalla rubrica ove, accanto al tema del modo di vivere e dei *mores* delle donne romane dei tempi antichi si esplicita che si tratterà di *quod fuerit ius marito in adulterio uxorem deprehensam necare*.

Cominciamo dunque da un ‘non detto’ e da un’ipotesi: che l’attenzione di Gellio verso il passo di Catone² che verrà citato più oltre fosse attratta particolarmente per la facoltà che ivi si trova riconosciuta al marito di mettere immediatamente a morte la donna sorpresa in flagrante adulterio e che tale interesse sorga proprio alla luce della difformità di siffatta statuizione rispetto all’ormai secolare regime repressivo dell’adulterio femminile che trova origine nella *lex Iulia*, la quale, e val poco la pena in realtà di impiegare troppo tempo a ricordarlo essendo scontatissimo per tutti, non permette in alcun caso al marito di procedere

² Su Catone come fonte di Gellio, vd. H. Nettleship, *The Noctes Atticae of Aulus Gellius*, in *AJP* 4, 1883, 406 ss.; B. Baldwin, *Studies in Aulus Gellius*, Lawrence 1975, 10 ss., ma principalmente, L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius: an Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2003, 193 ss., e ora, K. Ceaicovschi, *Cato the Elder in Aulus Gellius*, in *Illinois Classical Studies* 33-34, 2008-2009, 25 ss., *passim*.

all'uccisione dell'*uxor deprehensa in adulterio*. Egli, com'è altrettanto noto, può uccidere il complice, purché di bassa condizione sociale e colto sul fatto nella sua propria casa³. L'adultera, nel regime della legge augustea, può essere uccisa se colta in flagranza, solo dal padre e nel medesimo momento in cui egli procede all'uccisione del drudo⁴.

Lanfranchi⁵, proprio facendo leva sul nostro capitolo gelliano messo a confronto con non poche ma non sempre perspicue controversie rinvenibili nelle opere retoriche del primo secolo d.C., ove il tema in discussione consiste proprio nella facoltà di uccidere l'adultera flagrante data al marito⁶, deduce la storia interna dell'istituto così come esce descritto (al netto del probabilissimo guasto in apertura) da

³ Coll. 4.10.1 (Pap. *l. sing. de adult.*): *Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidat, quaero. respondit: nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur: quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur. Sed si de poena tractas, non inique aliquid eius honestissimo calori permittitur, ut non quasi homicida puniatur capite vel deportatione, sed usque ad exilium poena eius statuatur.* Cfr. D. 48.5.23(22).4 (Pap. 1 *de adult.*): *Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus.* Per tutti, B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998², 203 e nt. 54; G. Rizzelli, *La lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 12: «Coll. 4.10.1... la facoltà di mettere a morte la moglie non era forse esclusa espressamente dalla legge, che la negava – piuttosto – in misura indiretta col riconoscerla al solo *pater* della donna. Se il marito uccide l'adultera incorre nelle sanzioni della *lex Cornelia de sicariis*. ... La *lex Iulia* non dichiarava il medesimo perseguibile come omicida, ma semplicemente sottraeva agli interpreti ogni possibilità di considerare legittima l'uccisione».

⁴ Coll. 4.2.3 (Paul. *l. sing. de adult.*); D. 48.5.21(20) (Pap. 1 *de adult.*); 23(22).2 (Pap. 1 *de adult.*); 24(23).4 (Ulp. 1 *de adult.*).

⁵ F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, Milano 1938, 439 ss.

⁶ Sen. *Controv.* 1.4; Ps. Quint. *Decl. min.* 244; 291; 335; 347; 379, nelle quali sembra rinvenirsi il medesimo regime che appare descritto in Hor. *Sat.* 1.2.41-46; 2.2.61 come vigente prima della riforma augustea. Per tutti, vd. E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976, 181 ss.; Rizzelli, *La lex Iulia* cit. 269 ss.

Sch. Cruq. ad Hor. Sat. 2.7.61: Lex fuit apud Athenienses, ut adulteram cum adultero deprehensam marito liceret occidere. Haec lex abolita est lege Iulia, quae iussit adulterii cognitionem ad iudices referri.

Ma soprattutto dà conto di un mai sopito interesse al problema posto al centro dei rescritti che mitigano (o addirittura scriminano) il trattamento *ex lege de adulteriis* ed *ex lege de sicariis* di età antonina riservati al marito che *impetu doloris* avesse proceduto all'uccisione dell'adultera flagrante:

D. 48.5.39.8 (Pap. 36 *quaest.*): *Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: «si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet». Nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: «ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit. sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior; in insulam relegari».*

L'ipotesi che credo possa avanzarsi, dunque, è che anche il nostro Gellio sia stato attratto, nel redigere il passaggio delle *Noctes* in oggetto, da un tema tutt'altro che antiquario, ma invece di stretta attualità, sì da rinvenire, cioè, colore e sostanza dell'innovazione normativa di Antonino Pio e Marco Aurelio⁷ in quell'antichità venerabile e autorevole che, ad esempio, darà fondamento per Trifonino, come partecipe del *consilium* di Settimio Severo, qualche decennio più tardi, all'inverso incrudelimento normativo in tema d'aborto della coniugata, rendendolo

⁷ Cfr. Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 312. Più generalmente, E. Levy, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, in *Gesammelte Schriften* II, Köln-Graz 1963, 477 s. e cfr. Rizzelli, *Lex Iulia* cit. 12 s., che altresì nota: «si è ipotizzato al riguardo che la mitigazione della pena inflitta al marito, il quale abbia oltrepassato i limiti della *lex Iulia* allo *ius occidendi*, sia un residuo del regime che precede l'emanazione del provvedimento augusteo».

punibile criminalmente, sulla base dell'autorità di un (peraltro malinteso) passo di Cicerone⁸.

3. Della punizione dell'adulterio Gellio parla nei §§ 3, 4 e 5, utilizzando i *verba ex oratione M. Catonis*.

In realtà, benché ne accenni già nell'epigrafe della scheda come oggetto della stessa e ne faccia cenno indicizzando il § 4, Gellio si occupa dello *ius occidendi* del marito solo nel § 5, riportando pedissequamente un brano dell'*oratio de dote* del Censore.

Nei §§ 3 e 4, invece, sempre citando come fonte Catone, discute della punizione per l'*adulterium* commesso con termini e argomentazione apparentemente simili.

In proposito, deve dirsi preliminarmente che, al netto del raffronto

⁸ D. 48.19.39 (Tryph. 10 disp.): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quamdam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam, sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.* Su cui, per tutti, D. Nörr, *Cicero-zitate bei den klassischen Juristen*, in *Ciceroniana 3, Atti del III Colloquium Tullianum*, Roma 1978, 122 ss. Rispetto all'esempio appena ora riportato, tuttavia, va ricordata una differente collocazione di Gellio in ordine alla corte degli imperatori Antonini, rispetto a quella di Trifonino presso Severo, giacché come nota, forse con eccessiva svalutazione del personaggio, Ceacovschi, *Cato the Elder* cit. 32 nt. 12, «it is generally agreed that Gellius was not a member of the imperial circle, but did operate within the milieu of other learned men such as Fronto as a 'social inferior'». Vd. altresì S. Beall, *Aulus Gellius 17.8: Composition and the Gentleman Scholar*, in *CP* 94, 1999, 60; e, soprattutto, Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 11 ss. Nelle *Noctes*, Gellio si autorappresenta senza dubbio come contiguo all'intellettualità di rilievo presso la corte imperiale. Basti solo pensare allo sfondo, l'*area Palatina*', nel quale mette in scena il celebre dialogo sulle XII tavole tra Favorino e Sesto Cecilio (*N.A.* 20.1), '*cum salutationem Caesaris opperiremur*', cioè in attesa, egli alla pari dei due illustri personaggi impegnati nella discussione, di essere ammessi a omaggiare Antonino Pio.

in parallelo, in entrambi i passaggi, tra il bere vino⁹ e il commettere

⁹ Sul divieto di bere vino incombente sulla donna romana (certamente costituente un 'reato proprio': P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato tra storia e propaganda*, Milano 1990, 155 e «strutturalmente omolog[o]» all'adulterio, *ivi*, 175; v. anche E. Cantarella, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano 2010, 177) i suoi limiti, le sue ragioni intrinseche (quand'anche, cioè, non siano viste in connessione eziologica con adulterio [Dion. 2.25.5.; Plut. *Q.R.* 6, Vd. M. Bettini, *'In vino stuprum'*, in O. Murray, M. Tecusan (a c. di), *In Vino Veritas*, London 1995, *passim*, praecipue 229], contaminazione della stirpe [il che è lo stesso, data la coincidenza di vino e sangue, sicché «come l'adultera, così la γαμετή che si accosta al vino realizza una *commixtio sanguinis*, frustrante l'esigenza primaria di certezza della prole»]: Giunti, *Adulterio* cit. 169] e aborto [Non. Marc. 2.24: *vinum, ..., si praegnans biberit, fieri ut abortiatur*. L'equivalenza *vinum-φάρμακεια- venenum- abortus* è in M. Durry, *Les femmes et le vin*, in *REL.* 33, 1955, 108 ss. [cfr. *Id.*, *Sur le mariage romain*, in *Gymnasium* 63, 1956, 187 ss.] ove si sottolinea la credenza antica in effetti anticoncezionali del bere vino. *Contra* però E. Nardi, *Procurato aborto nel modo greco romano*, Milano 1971, 340 ss. e, ora, C. Cascione, *L'interdiction de boire du vin dans le monde antique. Anthropologie et droit*, in *Hommenaje al professor A. Torrent*, Madrid 2016, 119]), la letteratura è letteralmente incontrollabile. Tra gli ultimi rinvio a L. Miniéri, «Vini usus feminis ignotus», in *Labeo* 28, 1982, 150 ss.; J.-M. Pailler, *Quand la femme sentait le vin. Variations sur une image antique et moderne*, in *Pallas* 53, 2000, 74 ss. (con esaustiva rassegna di fonti); B.F. Russell, *Wine, Women, and the Polis: Gender and the Formation of the City-State in Archaic Rome*, in *Greece & Rome* 50, 2003, 77 ss.; R. Fiori, *Il divieto per le donne di bere vino: legge o precedente giudiziale?*, in G.D. Merola, P. Santini (a c. di.), *Lawine. Commercio e consumo del vino nel mondo antico. Aspetti giuridici*, Napoli 2020, 43 ss.; L. Garofalo, *Sull'Orazio sororicida*, in A. McClinck (a c. di), *Storia mitica del diritto romano*, Bologna 2020, 72 ss. Sulla distinzione tra *temetum*, vietato (Cic. *de rep.* 6.6), e altre tipologie di vini (*lorea, passum, murrina*, vd. J. André, *L'alimentation à Rome*, Paris 1961, 174 s.; I. Fargnoli, *I piaceri della tavola a Roma antica. Tra alimentazione e diritto*, Torino 2021², 48 ss.) il cui uso era permesso alla donna, fondata sull'incapacità femminile di essere soggetto attivo nei sacrifici religiosi, per tutti, M. Gras, *Vin et société à Rome et dans le Latium à l'époque archaïque*, in *Modes de contacts et processus de transformation dans les sociétés anciennes*, Rome 1983, 1067 ss. e Giunti, *Adulterio* cit. 168 n. 209. Altre considerazioni in O. de Cazanove, 'Exesto': *L'incapacité sacrificielle des femmes à Rome (à propos de Plutarque 'Quaest. Rom.' 85)*, in *Phoenix* 41, 1987, 159 ss., *passim*; H. S. Versnel, *The Festival for Bona Dea and the Thesmophoria*, in *Greece & Rome* 39, 1992, 45. Sotto profili particolari anche R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 240 ss.

*adulterium*¹⁰ – raffronto che è utilizzato in senso strutturale da Gellio – l'uso nell'uno e nell'altro § di termini quali *probrum*, *existimare* e *multare*, riferibili a prima vista al linguaggio dei *iudicia censoria de moribus*, non è argomento sufficiente per riferire la prima proposizione a una pronuncia censoria, eventualmente vicariata o sostituita da un giudizio familiare condotto dal *vir*, dal *maritus iudex pro censore*, (se si accetta questa lettura della fonte, come meglio vedremo), per il § 4, '*cum divortium fecit*'. E ciò benché la complementarità di un giudizio censorio e di uno 'maritale' non potrebbe escludersi a priori, purché si consideri riferibile la proposizione del § 3 ad un momento successivo all'avvenuto ripudio e in conseguenza di questo (al primo censimento successivo, cioè). Il che non enterebbe in contraddizione con quel poco che sappiamo sul *census* delle donne romane, e cioè dell'esistenza sin dal VI sec. di una lista a fini contributivi di *viduae*, cioè di donne *sui iuris* non sposate¹¹.

È ben vero, però, come si accennava, che nel § 3 Gellio (probabilmente sintetizzando Catone, come meglio si vedrà) esplicitamente parli di *iudex* e non di *censor*. Ed è altrettanto vero che, benché di *iudicium censorium* più volte si parli nelle fonti¹², appare assai singolare che in uno scritto di cui è autore il Censore per antonomasia, della funzione giudicante del *censere* non si affermi espressamente soggetto il *censor*.

Comunque sia, determinante per la comprensione del capitolo gel-

¹⁰ Il rapporto tra le due condotte visto in termini di sovrapposibilità (quanto alla pena) e di 'conseguenzialità' è già nella *lex Romuli*, così come tramandata in Dion. 2.25.5: Ἀμφοτέρα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιῶν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμῖλος, ὡς ἀμαρτημάτων γυναικείων αἴσχιστα, φθορὰν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς.

¹¹ Vd. L. Pepe, *Civis Romana, Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Lecce 2016, 354.

¹² Cic. *Pro Cluent.* 135.10; *de prov. cons.* 46.4; Varro *l.l.* 6.71.6; Quintil. *Inst. Or.* 5.13.33.2.

liano è l'accertamento dell'identità o meno del *iudex pro censore* della seconda proposizione con il *iudex* della prima.

Chi reputa differenti i due soggetti, come a me pare più convincente (il *quoque* al centro del § 4 rafforza questa indicazione di ripartizione dell'argomentazione), dovrebbe dedurre che le due affermazioni siano riferibili a fattispecie diverse – differenti giudizi, differenti giurisdizioni, differenti poteri di accertamento e punitivi –. Se ciò risultasse vero, per i contenuti stessi delle due proposizioni, fattualmente sovrapponibili, verrebbe comunque a porsi un problema di coordinamento delle due affermazioni dato che a prima vista risulterebbe difficile configurare come coesistenti nel medesimo ordinamento e nel medesimo momento storico, organi di accertamento e punitivi dotati di competenze sovrapponibili se non addirittura coincidenti.

All'inverso, mosso a risolvere quest'ultima problematica, piuttosto che a dar peso alla prima, e quindi reputando coincidenti il *iudex* della prima proposizione e il *iudex pro censore* della seconda, Noailles¹³ giunge a negare che il *vir/maritus* sia il *iudex pro censore*, poiché, nella proposizione in cui compare, questa locuzione svolgerebbe funzione di soggetto grammaticale della principale e non di attributo del sostantivo *vir*, soggetto esclusivamente della subordinata '*cum divortium fecit*': sicché quanto Gellio afferma nel § 3 sarebbe esatta anticipazione di quanto riporterebbe, estraendolo direttamente dall'orazione catoniana, nel § 4.

¹³ P. Noailles, *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains*, in *Annales originelles de l'action 'rei uxoriae'*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 17, 1893, 150 ss.: diversi però i risultati, poiché, per l'A., si sarebbe di fronte alla certificazione dell'atto di nascita dell'*actio rei uxoriae* (così, poi, anche H.J. Wolff, *Das iudicium de moribus und sein Verhältnis zur actio rei uxoriae*, in *ZSS*, 54, 1934, 315 ss.). Vd. anche P. Giunti, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, 83 ss. che riferisce il § 4 della trattazione gelliana ad un momento successivo al *divortium*, onde è rimessa a un *iudex* esterno alla famiglia la decisione sull'irrogazione delle sanzioni indicate. Cfr. ora anche U. Agnati, *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli 2017, 62 s.

Partendo dalla notazione che di un *iudex* si tratti e non d'altri organi della *res publica*, l'identità di questi e del *iudex pro censore* della citazione catoniana al § 4, porta Noailles a concludere che si tratterebbe invece del *iudex* chiamato alla decisione sul *iudicium de moribus*, la cui oscura origine, funzione e articolazione verrebbe pertanto così maggiormente a chiarirsi¹⁴. Se ciò fosse vero, ad esempio, tale *iudicium* non si presenterebbe, almeno alle origini, come da alcuni anche recentemente proposto¹⁵, quale giudizio accessorio o quale fase *in iudicio* dell'*actio rei uxoriae* nel quale il *iudex* è chiamato a decidere sull'*exceptio de moribus* opposta dal marito alla pretesa di restituzione della dote da parte della moglie o del padre di lei. Al contrario, secondo Noailles, si rinverrebbero qui tracce dell'azione civile che, sotto il nome di *iudicium de moribus*, si sarebbe data quale mezzo rimediabile concesso al marito nel momento dell'espropriazione statutale, per sé e per i cognati e parenti, dei poteri punitivi propri del *iudicium* maritale o *domesticum*, considerato in precedenza esistente e esclusivamente competente sulle *causae discidii* e sulle relative sanzioni. Si tratterebbe, cioè, di una seconda fase delle relazioni (ormai solo patrimoniali) endoconiugali: quello della 'giurisdizionalizzazione' degli stessi; la terza, per Noailles, sarebbe rappresentata appunto dall'affermarsi dell'*actio rei uxoriae*¹⁶.

Che nel passo gelliano (sia nel § 3 che nel § 4) si tratti del *iudicium de moribus* (e non dell'*actio rei uxoriae* la cui iniziativa è, invece,

¹⁴ Sul *iudicium de moribus*, mi sia concesso rinviare a F. Botta, *Il marito 'adulter'. Attorno alla rilevanza giuridica dei 'mariti mores' in età classica (e a un recente scritto)*, in *TSDP*. 13, 2020, 37 ss. e ntt., ove precedente letteratura.

¹⁵ F. Giumetti, *Prime riflessioni sulla culpa discidii e sul regime giuridico delle retentiones*, in *TSDP*. 11, 2018, 2 ss.

¹⁶ La vasta letteratura sulla natura e le origini dell'*actio rei uxoriae* è ottimamente richiamata da M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 87 s. nt. 209. Ora, Giumetti, *Prime riflessioni* cit. 2 ss., cui *adde* Botta, *Il marito 'adulter'* cit. 34 ss. e ntt.

della *mulier*) sembra chiaro allo studioso francese dato che nel § 4 si riconoscerebbero gli echi della distinzione, poi divenuta classica (*Tit. ex corp. Ulp. 6.12: Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, levio-rem autem octava. Graviores mores sunt adulterio tantum, leviores omnes reliqui*), tra le due categorie di condotte illecite imputabili alla donna pendente il matrimonio: quelle più gravi limitate ai due casi dell'adulterio e del bere vino (quest'ultimo un residuo arcaico destinato a scomparire, come significato, in negativo, dal '*tantum*' del passo dei *Tituli*); quelle più lievi, lasciate indeterminate nell'estratto gelliano, che ricomprenderebbero tutti gli altri comportamenti repressibili posti in essere dalla donna sposata. Si individuerrebbe così il nucleo originario delle *retentiones* dotali e in particolare della *retentio propter mores* e lo si collocherebbe all'interno del *iudicium de moribus mulieris*.

L'attenzione che ho prestato a questa notoria e citatissima tesi di Noailles (privilegiandola nella vasta massa di autorevoli studi sul tema) si giustifica tanto per le sue plausibilità (perché a mio avviso vi sono o vi potrebbero ben essere), quanto per le correzioni che vi si potrebbero apportare. Ingiustificato è infatti, a mio avviso e come in precedenza si accennava, il veder necessariamente identico il *iudex* del § 3 con il *iudex pro censore* del § 4. Ben potrebbe cioè tenersi distinto l'uno dall'altro e non per questo escludere che nel § 3 si parli proprio del *iudex* chiamato a giudicare dei *mores* della donna una volta sciolto il matrimonio¹⁷.

Infatti, credo possa tenersi sul piano della plausibilità l'ipotesi che l'ordinamento abbia messo a disposizione dell'ex marito che, successivamente al divorzio senza addebito alla moglie, fosse invece entrato in possesso di elementi di fatto sufficienti a provare le condotte elencate nel passo (aver bevuto vino, aver commesso *probrum* o *adulterium*) tenute dalla donna pendente il matrimonio, uno strumento di azione

¹⁷ Giacché è palmare considerare che «qui a répudié sa femme n'a plus aucun droit sur elle et ne peut la punir» (R. Marache, *Aulu-Gelle, Les nuits attiques* II (livres V-X), Paris 1978, 224).

atto a convenire l'ex moglie; così che quel *iudex* potrebbe all'esito del giudizio, una volta accertata come adultera la donna (inevitabilmente così macchiata nella sua onorabilità [*existimata*]), assoggettarla a pena pecuniaria (*multata*) in favore del marito (più facilmente sotto forma di una decurtazione *propter mores* della dote restituenda), fermo restando però che tale *iudicium* (*de moribus*) – proprio per la struttura e il contenuto dell'escerto gelliano – non sostituirebbe o si sovrapporrebbe a quello di cui poi lo stesso Catone – a leggere Gellio – tratta più avanti nel § 4, in forza del quale le medesime sanzioni (o perlomeno quelle pecuniarie) qui rimesse alla statuizione del *iudex de moribus* sarebbero state invece irrogate alla *ripudianda* dal *vir/iudex pro censore* al momento del *discidium* avvenuto 'per colpa'.

A supporto di questa lettura, può nuovamente invocarsi quel 'non detto' da Gellio, rappresentato dalla comprensione complessiva della fonte diretta dell'erudito (l'orazione *de dote* di Catone) per mezzo della comparazione parallela del passo gelliano con il luogo, a noi fortunatamente pervenuto, di un'altra delle fonti accertate delle *Noctes*, la *Naturalis Historia* di Plinio il Vecchio¹⁸, laddove cioè questa sembra attingere a sua volta direttamente all'*oratio* catoniana.

Prendendo atto dei contenuti di questo luogo pliniano può infatti ipotizzarsi con una certa plausibilità che il libro XIV della Storia Naturale, dedicato proprio al vino e alla vite, possa essere stato uno di quei libri *in quibus pervulgata sunt* i contenuti che Gellio espone nel § 1 del nostro capitolo e che Plinio possa essere uno di coloro che, anonimamente richiamati dall'erudito in apertura di trattazione, *de victu*

¹⁸ Sulla particolare predilezione di Gellio per Plinio il Vecchio e la sua opera, vd. A. Minarini, *La prefazione delle Noctes Atticae: Gellio fra Plinio e Seneca*, in *Bollettino di studi latini* 30, 2000, 536 ss. Ora anche E. Gunderson, *Nox Philologiae. Aulus Gellius and the Fantasy of the Roman Library*, Madison 2009, 28; 181 ss.; 200; 258; J.A. Howley, *Aulus Gellius and the Roman Reading Culture. Text, Presence and Imperial Knowledge in the Noctes Atticae*, Cambridge 2018, 113.

atque cultu populi Romani scripserunt, e cioè di coloro che avevano scritto del divieto di bere vino incorrente sulle donne romane dell'antichità, del 'temetum' e dello *ius osculi* permesso ai *cognati*¹⁹.

Se si tiene conto, allora, che l'argomentazione gelliana si snoda nell'ordine tematico ora esposto e la si confronta con

Plin. *N.H.* 14.89: *Non licebat id feminis Romae bibere..... 90. Cato ideo propinquos feminis osculum dare, ut scirent an temetum olerent. Hoc tum nomen vino erat, unde et temulentia appellata. Cn. Domitius iudex pronuntiavit mulierem videri plus vini bibisse quam valitudinis causa, viro insciente, et dote multavit.*

salta agli occhi che l'argomentare di Gellio e Plinio sono nella specie quasi esattamente sovrapponibili rendendo plausibile la sensazione che entrambi seguissero un medesimo schema argomentativo e che tale schema fosse da entrambi mutuato da quello predisposto da Catone nell'*oratio de dote*²⁰. Se così fosse, il passaggio nel quale Plinio il Vecchio, citando Catone e forse ivi ricopiandolo, riferisce il caso del *iudicium* di Domizio Ahenobarbo (che, precedendo di poco l'orazione catoniana²¹, molto probabilmente vi giocava il ruolo di rilevante fatto esemplare), nel quale questi *dote multavit* la donna dedita all'abuso di

¹⁹ In tema di *ius osculi* la più recente ricognizione di fonti e letteratura, sotto il profilo antropologico culturale, è in R. Raccanelli, *The Kiss in Plautus' Stichus: Notes on Gestures and Words in View of a Pragmatics of Comic Communication*, in G. Martin, F. Iurescia, S. Hof, G. Sorrentino (a c. di), *Pragmatic Approaches to Drama*, Leiden 2021, 389 ss. e ntt. Con attenzione ai fenomeni giuridici, da ultimi A. Metro, *La rilevanza giuridica del bacio nel mondo romano*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi II*, Torino 2013, 559 ss. e Garofalo, *Sull'Orazio* cit. 72 ss.

²⁰ Cfr. Pailler, *Quand la femme* cit. 76.

²¹ Gneo Domizio Ahenobarbo è pretore (quindi *iudex*?) nel 194, poi console nel 192. L'*oratio de dote*, se intesa, come per alcuni, tra le *ensoriae* (vd. E. Malcovati, *Oratorum Romanorum Fragmenta*, Torino 1955², 89 s.), sarebbe quindi da collocare tra il 184 e il 180 a.C.

vino²², occupa nell'argomentazione di Gellio il luogo in cui questi afferma 'sed Marcus Cato non solum existimatas, set et multatas quoque a iudice mulieres refert non minus, si vinum in se, quam si probrum et adulterium admisissent'. Se, dunque, in un contesto tematico in cui tratta di vino e vite e, dunque, del solo antico obbligo femminile di astemìa, Plinio ha buon gioco nel riprodurre il tenore di una pronuncia giudiziale sul bere vino quale *mos* repressibile della donna romana, Gellio, che ha invece interesse a trattare – come afferma nell'*index* del capitolo – anche dell'adulterio tra i *mores mulierum*, può aver esteso, per logica comparazione, il contenuto sanzionatorio che in Plinio è del giudizio di Ahenobarbo al *probrum* e all'*adulterium*; ne estrae perciò una massima generale riferendola a Catone, nell'orazione del quale, come a questo punto appare ancor più probabile, lo aveva rinvenuto.

Se, in tal modo, da un lato, si comincia a comprendere il perché Gellio costruisca l'intero capitolo in esame tenendo perennemente in parallelo il *vinum bibere* con il regime dell'adulterio, e cioè anche quando, come nel caso in questione, la sua fonte diretta non lo autorizzerebbe a farlo, dall'altro si intende, credo, che se il *iudicium* di Ahenobarbo, così come risulta descritto da Plinio/Catone, non può che essere *de moribus mulierum*, il § 3 del capitolo di Gellio non possa non riferirsi anch'esso a quel *iudicium*. Inoltre, data la notazione pliniana secondo la quale la pronuncia di Ahenobarbo si basava sul presupposto dell'incosapevolezza del marito del fatto illecito della donna ('*viro insciente*'), deve ulteriormente dedursi che quel giudizio non può essere il medesimo di cui Gellio tratta nel § 4, nel quale il *vir* (quale che sia il ruolo che vi riveste) è perfettamente conscio del delitto muliebre, confermandosi così, a mio parere, che le fattispecie presenti nel § 3 e nel § 4 sono ri-

²² L'abuso è sanzionato rispetto all'uso medicinale del vino, permesso anche alle donne (salvo che, non a caso, in gravidanza: Soran. *Gyn.* 91), anzi consigliato, per tutti, nelle fonti antiche e dallo stesso Catone in passaggi del *de re rustica* (122; 124; 129; 132; 134; 135; 136).

feribili a differenti poteri e differenti giurisdizioni, benché coesistenti e complementari.

4. In sintesi, se nel sunto del pensiero di Catone nel § 3 della scheda gelliana il *iudex* (*de moribus*) può *multare* la donna che beve vino non meno di quella che ha commesso *probrum* e *adulterium*, nella citazione diretta dell'orazione, nel § 4, è il *iudex pro censore* a giudicare distinguendo tra pene più lievi e pene più gravi – distinzione nella quale sembra riconoscersi, come s'è detto, l'articolazione divenuta *tralatizia* e a noi nota attraverso *Epitome Ulpiani* tra *graviores* e *leviores mores* –, multando per le più lievi, condannando per le più gravi.

Che nel succedersi di *multare* e *condemnare*, nel § 4, si individui una graduazione di sanzioni pecuniarie è, ad esempio, conseguenza inevitabile per chi reputa identico il *iudicium* ivi descritto con quello di cui si tratta al § 3, trattandosi in entrambi i casi (ad esempio per Noailles, come s'è visto) del *iudicium de moribus*.

Nella medesima logica, non può, d'altra parte, escludersi che, anche considerando soggetto giudicante nel *iudicium* delineato nel § 4 il *vir cum divortium fecit*, descritto come a sua volta dotato del sufficiente *imperium*²³ per imporne l'esecuzione, questi possa irrogare le medesime sanzioni pecuniarie irrogabili dal *iudex* di cui al § 3, chiamato dall'ex marito a pronunciarsi *de moribus mulieris* solo successivamente al perfezionamento del divorzio.

Insomma: prediligendo la lezione del testo che vuole il bere vino oggetto del *condemnatur* al pari del *probrum cum alieno viro*, sicché invece il *multatur* sarebbe riferibile alla prima parte della proposizione catoniana²⁴,

²³ Vd. W. Kunkel, *Das Konsilium im Hausgericht* (1966), in *Kleine Schriften*, Weimar 1974, 132 s.

²⁴ Così sintetizza ottimamente il problema, con ragione, Pailler, *Quand la femme* cit. 76: «La structure de la fin du texte, qui est ambiguë laisse entière la question de son sens: selon la coupure retenue (indique par une virgule ou un point-virgule dans les transcriptions modernes), on oppose la sanction financière du premier 'crime' (le vin) à celle, capitale, du second (l'adultère), ou bien on les range toutes les deux, et donc aussi les

nell'atto di ripudiare il marito opererebbe giudicando come un censore, poiché valuta i *mores* della moglie e, distinguendo tra lesioni più gravi e più lievi dei doveri femminili, irroga più gravi o più lievi sanzioni pecuniarie, assai probabilmente da scontare sulla dote da restituire²⁵.

Ad ulteriore supporto della lettura che ora si è data circa l'identificazione del *vir* quale *iudex pro censore* della propria moglie al momento del ripudio, può proporsi un'ultima notazione ricavabile dal § 5 dell'escerto di Gellio. Qui, ove si entra nel vivo della problematica che maggiormente sembra aver attratto l'attenzione e la curiosità dell'erudito, cioè la facoltà concessa al marito di uccidere la moglie colta in flagrante adulterio, si dice che ciò può avvenire impunemente *sine iudicio*. Ora, poiché è improbabile che Gellio voglia riferirsi qui ad un ulteriore *iudicium*, diverso da quelli già sopra richiamati, è plausibile che possa identificarsi tale *iudicium* con quello descritto nel § 4, nel quale il *vir* è soggetto attivo.

Da quanto finora detto parrebbe discendere, quale prima parziale conclusione, che la trattazione gelliana ricavata da Catone abbia a che vedere (certamente e anche) con le conseguenze patrimoniali del divorzio e quindi con la sorte dei beni dotali (e, d'altra parte e non a caso, il materiale è ricavato da un'orazione esplicitamente dedicata al regime della dote). In questa logica, il parallelo costante mantenuto dall'e-

deux transgression, dans la dernière catégorie. La difficulté vient du fait que la version de Pline, comme le jugement rendu, donneraient à première vue l'impression d'aller dans le premier sens, tandis que celle d'Aulu-Gelle (qui paraît plus proche du texte de Caton) fait pencher pour le second». Ne discende che, contrariamente a quanto afferma R.A. Bauman, *Family Law and Roman Politics*, in *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino* III, Napoli 1984, 1296, la maggiore o minore comprensibilità del testo non dipende dal fatto che esso «suffers from an incurable punctuation problem», ma solo, ovviamente, da scelte interpretative. Così infatti Kunkel, *Das Konsilium* cit. 133 nt. 29.

²⁵ Che il *multatur* rappresenti una decurtazione parziale della dote – a fronte di un delitto lieve – e il *condemnatur* la perdita totale della stessa, è tesi già di M. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II, Leipzig 1885, 212. Vd. anche Wolff, *Das iudicium de moribus* cit. 315.

rudito tra il bere vino e l'adulterio femminile è finalizzato a meglio evidenziare e precisare, in una prospettiva storica, l'evoluzione delle cause di ripudio e dunque dei motivi di addebito e del loro trattamento (nella logica finora frequentata, di solo rilievo patrimoniale).

Quale che siano, dunque, i rapporti intercorrenti tra quanto si afferma nel § 3 della scheda gelliana e quanto si riferisce nel § 4, circa la ripartizione delle competenze cognizionali e punitive tra organi familiari, magistratuali e giurisdizionali, non è dubbio che tutti i soggetti esplicitamente o implicitamente chiamati a giudicarne tendono a considerare l'infedeltà femminile (al pari del bere vino) solo sotto il profilo della lesione delle condotte, prescritte e previste dai *mores* per la donna sposata, che rilevano esclusivamente entro l'ambito delle relazioni endofamiliari e endoconiugali: – a stare solo alla logica del passo delle *Notti Attiche*, non v'è dunque alcuna rilevanza pubblicistica dell'illecito, esso è pertanto assai lontano dall'assurgere a *crimen*. Non v'è alcuna rilevanza penale 'pubblica'²⁶.

In definitiva, se si riconduce l'intero estratto del pensiero catoniano, ricompreso originariamente nell'*oratio de dote*, alla sola sorte dei beni dotali *post divortium* e a quali e quanti siano e a quale giurisdizione (se pubblica solo o, altresì, volontaria e privata) appartengano gli organi chiamati a deciderne, si avrebbe maggior facilità di coordinare il contenuto della trattazione gelliana con le testimonianze intorno ad una repressione comiziale (dunque pubblicistica, dunque criminale) dell'adulterio femminile, principalmente riportateci da Livio²⁷.

²⁶ Il che coincide, almeno in generale, con l'opinione di Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 689, «die Rechtsordnung der Republik hat auf die Verletzung der Frauenkeuscheit so gut wie gar keine Rücksicht genommen».

²⁷ Liv. 10.31.9: *Eo anno Q. Fabius Gurgus consulis filius aliquot matronas ad populum stupri damnatas pecunia multavit; ex multatio aere Veneris aedem quae prope Circum est faciendam curavit*; 25.2.9: *L. Uillius Tappulus et M. Fundanius Fundulus, aediles plebei, aliquot matronas apud populum probri accusarunt; quasdam ex eis damnatas in exsilium egerunt*.

5. In realtà, un tale coordinamento, già tentato in dottrina, sembra destinato al fallimento e non solo perché l'esiguità numerica delle fonti che ci testimoniano di una repressione criminale pubblica dell'*adulterium/stuprum* emarginano i casi ivi ricordati al livello di probabili eccezioni²⁸.

All'inverso, la sensazione che si ha nel leggere il capitolo di Gellio è invece proprio quella che non vi si rinviene alcun elemento che permetta una diretta o indiretta riferibilità degli illeciti dell'impudicizia femminile all'ordinamento criminale cittadino, con esclusione di rilevanza penale pubblica di quei delitti.

Anzi, se si seguisse il filo di un ragionamento che si origina da quanto, ad esempio, ricava Yan Thomas²⁹, sebbene in forma dubitativa, dalla locuzione '*sine iudicio impune necares*' con la quale si esprime in Catone l'esenzione da pena del marito per l'uccisione in flagranza dell'adultera, potrebbe giungersi a conclusioni che asseverano proprio l'assoluta natura 'domestico-familiare' di ogni sanzione conseguente all'accertamento di quelle condotte della *mulier*.

²⁸ In questa logica, seguendo altresì ora A. Ramon, *Repressione domestica e persecuzione cittadina degli illeciti commessi da donne e 'filii familias'*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese III*, Padova 2015, 645 ss. e ntt., che teorizza, nei casi di processo comiziale, una deroga solo parziale e contingente alla competenza esclusiva sugli illeciti sessuali delle donne (non rileva necessariamente però, nel caso, quale fosse lo *status familiae* delle stesse, a mio avviso) rimessa, a quell'altezza temporale, alla *familia*, potrebbe ipotizzarsi che si sia trattato di reprimere davanti al popolo, forsanche in modo esemplare, fenomeni diffusi e particolarmente lesivi della morale pubblica. Vd. altresì l'analisi dei casi in L. Garofalo, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova 1989, 124; Id., *La competenza a promuovere 'iudicia populi' avverso le donne* (1986), in *Apunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova 1997, 92 ss.; R.A. Bauman, *Women and Politics in Ancient Rome*, London 1992, 16 s.; E. Cantarella, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1998, 68 s.

²⁹ Y. Thomas, *Remarques sur la juridiction domestique à Rome*, in *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine*, Rome 1990, 454.

Il *iudicium* che compare in quell'espressione, come già s'è detto, sarebbe per lo studioso francese un esplicito rinvio al *iudicium* del *vir/iudex* di cui al passaggio precedente del testo gelliano. Se così è, però, se cioè vi è identità tra il *iudicium* che compare nel § 5 e quello descritto nel § 4, viene da chiedersi se possa perciò dedursi che la messa a morte dell'adultera sia permessa non solo quando costei sia colta in flagrante ma altresì quando la medesima condotta fosse accertata nel giudizio (pertanto 'anche' *per suspicionem*) condotto dal *vir/iudex pro censore*; possa cioè leggersi nel *condemnatur* con cui si chiude il § 4 della trattazione di Gellio non l'irrogazione di una sanzione patrimoniale sotto forma di decurtazione o ritenzione totale della dote³⁰, ma (anche o solo) quella di una pena corporale capitale irrogabile alla sposa impudica.

Un argomento per sciogliere positivamente il dubbio posto (e non risolto) da Yan Thomas può ritrovarsi ancora, credo, dall'analisi strutturale dell'intera scheda gelliana.

L'*incipit* del § 4 della stessa infatti (che funziona altresì da momento di collegamento tra la sintesi di ciò che concerne le sanzioni del *iudex* e la citazione catoniana delle sanzioni irrogabili dal *vir/iudex pro censore*), espressamente preannuncia al lettore che si sta per leggere una trascrizione testuale di un frammento dell'orazione catoniana in cui è 'anche' (*quoque*) scritto del *ius necandi* della *deprehensa in adulterio*. *Incipit* di analogo tenore è però anche del § 5, ove, invece, effettivamente si tratta di quell'oggetto.

Dunque: o Gellio tende a ripetersi e pertanto nell'*incipit* del § 4 preannuncia ciò che nuovamente indicizza all'inizio del § 5, riferendosi in entrambi i casi alla citazione riportata in quest'ultimo paragrafo, oppure reputa che informazioni su quel diritto maritale fossero presenti anche nella citazione che dà corpo al § 4.

Orbene, io credo che se effettivamente Catone avesse fatto riferi-

³⁰ Vd. *supra* nt. 25.

mento al potere del marito di uccidere 'anche' in seguito al *iudicium*, di cui al § 4, che egli conduce in prima persona, Gellio lo avrebbe puntualmente riportato, essendo il principale oggetto e la ragione della sua spigolatura dell'orazione. È probabile, dunque, che l'attenzione di Gellio nel selezionare proprio quella proposizione dell'orazione catoniana sia caduta sul *condemnatur* finale riferito tanto al *vinum bibere* quanto al *probrum facere* e che abbia letto quella chiusa alla luce delle sue conoscenze 'altre' sull'argomento rispetto all'orazione catoniana, cioè ancora da quel 'non detto' che è da trovarsi *in his libris* citati *inter ceteros* all'inizio del capitolo e nel § 2 espressamente in tema di *vinum bibere*.

Tra questi certamente, perché, come si è già ampiamente detto, già sua fonte diretta, è

Plin. *N.H.* 14.89: *Non licebat id feminis Romae bibere. invenimus inter exempla Egnati Maetenni uxorem, quod vinum bibisset e dolio, interfectam fusti a marito, eumque caedis a Romulo absolutum. Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod loculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a suis inedia mori coactam.*

Quindi, nella logica che Gellio ostenta di seguire in tutto il capitolo in esame, per la quale le sanzioni incorrenti alla donna connesse al divieto di *vinum bibere* avrebbero dovuto essere non meno gravi di quelle conseguenti all'*adulterium* commesso, il contenuto del passaggio di Plinio il Vecchio è più che sufficiente per supportare una conseguenza quale quella prospettata come possibile da Yan Thomas; e ciò pur anche, mi sembra, presupponendo sconosciuti a Gellio³¹, per paradosso (perché assai difficilmente dimenticati nei libri compulsati dall'erudito sul tema *de victu atque cultu populi Romani*), i principi della *lex Romuli*³², che

³¹ Pailler, *Quand la femme* cit. 83.

³² O, più probabilmente, *lex Numae*, secondo quanto da Plut. *Comp. Lyc et Num.* 3.10, ricava Giunti, *Adulterio* cit. 57 ss., ora seguita da Cascione, *L'interdiction* cit. 114. Vd. ora anche, M. Falcon, *L'omicidio nelle leggi di Numa*, Napoli 2022, 70 ss.

espressamente permette al marito e ai *propinqui* (συγγενεῖς) di giudicare e punire con la morte la sposa che avesse bevuto vino o commesso adulterio, secondo quanto a noi tramanda

Dion. 2.25.6: Ταῦτα – οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκασον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος, καὶ – εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυνή, ἀμφοτέρα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιούῃν συνεχώρησεν ὁ Ρομύλος.

Poiché la citazione di Plinio (e la *lex Romuli*) non limita affatto l'uccisione della donna al solo caso di flagranza, ma altresì la descrive come permessa all'esito di un accertamento condotto dai *sui* (in Plinio per mezzo della citazione da Fabio Pittore circa il caso della sottrazione delle chiavi della cella vinaria) o dai *propinqui* e dal marito, come s'è visto, per la legge di Romolo nella versione di Dionigi, allora ben potrebbe leggersi nel *condemnatur* dell'orazione catoniana, riportato da Gellio nel § 4, la disposizione di una (possibile) sanzione capitale per l'adultera quand'anche non colta in flagrante, dando così un significato probabilmente più congruo alla locuzione *sine iudicio*, nel § 5, che potrebbe invece apparire altrimenti ultronea rispetto al contesto così ricostruito³³.

Kunkel, che a conclusioni analoghe è pervenuto facendo leva sulla contrapposizione tra il *multitari* e il *condemnari* della citazione catoniana³⁴, ma altresì ribadendo che la competenza ad irrogare sanzioni di

³³ Così mi sembra che vengano a dire o troppo poco o troppo P. Voci, *Storia della patria potestas* I, (1980), in Id., *Studi di diritto romano*, Padova 1985, 415 s., (che reputa avere effettiva 'funzione giurisdizionale' il consiglio domestico, vd. *infra* nt. 40), quando afferma che «il marito o convoca il consiglio domestico o uccide la moglie subito», e Garofalo, *Sull'Orazio* cit. 73, quando afferma che «al tempo di Catone, al marito non era più concesso mettere a morte la moglie bevitrice o adultera, potendo solo ripudiarla e chiedere poi al pretore la nomina di un giudice deputato a sanzionarne la condotta mediante provvedimenti di contenuto patrimoniale in materia di dote».

³⁴ Kunkel, *Das Konsilium* cit. 134; e che invece, più correttamente, Thomas, *Remarques* cit. 454 nt. 21, vede nella «distinction ... entre multa et condemnatio d'une part, exécution sans jugement d'autre part».

morte nell'ambito familiare fosse dei «Verwandten» ai quali era data, in quei casi la «Schuldspruch» – laddove «dem Manne die Leitung der Verhandlung sowie die Verkündung und der Vollzug des Urteils obliegen haben»³⁵ – afferma quindi che quella sanzione fosse comunque subordinata alla necessità di un «Urteil», di un *iudicium*, cioè, che Yan Thomas, il quale pure si sottrae ad una risposta conclusiva, non appoggia sulla *potestas* (e men che meno sulla *manus*) giacché non si fa ridurre «à l'exercice d'un pouvoir indifférencié»³⁶, ma vede orientato, come tale, solo «à la discipline du mariage», giacché, fondato su un *mos maiorum* di origine pontificale (sarebbe questa per l'A. francese la natura della *lex Romuli*), ne riceverebbe una regolamentazione nelle forme di «une procédure rigoureusement définie». Ma proprio perché vi è «un pouvoir de contraindre et de châtier que la cité aurait laissé subsister»³⁷, nella considerazione della famiglia come «monade politique»³⁸, si profila, in quel *iudicium* (e ancor più nell'esecuzione in flagrante) un assetto di potere che, come per Noailles³⁹, riconduce a un sostrato precivico, di tradizione e fondamento gentilizio, dunque 'non pubblico' e invece 'privato' nel senso di inerente al gruppo originario, alla comunità familiare e di sangue⁴⁰.

³⁵ Kunkel, *Das Konsilium* cit. 134.

³⁶ Thomas, *Remarques* cit. 454.

³⁷ *Ivi*, 450. E che la *res publica* permette di utilizzare ancora in età assai avanzata contro le donne (benché, certo, non quale forma di giurisdizione esclusiva), quali che fossero gli illeciti di cui si erano macchiate: Liv. *Per.* 48; Val. Max. 6.3.8; Tac. *Ann.* 2.50.3; 13.32; Svet. *Tib.* 35.

³⁸ Thomas, *Remarques* cit. 452.

³⁹ Noailles, *Les tabous* cit. 22 s., che connette lo stesso *ius osculi* a una «jurisdiction de groupe», rispetto alla quale «les parents surveillent le respect des usages» di «une coutume religieuse d'un groupe plus restreint que la cité, ..., d'un groupe gentilice» (cfr. Pol. 6.2.3-8). L'adulterio sarebbe «une soillure qui atteint toute la famille, soillure qui doit être expiée et purifiée».

⁴⁰ Più radicalmente di quanto pur condivisibilmente afferma Giunti, (*Adulterio* cit. 170: «proprio come l'adulterio, il consumo femminile di vino lede, di riflesso, quell'or-

E ciò è a mio avviso del tutto condivisibile, al netto del definire tale

ganizzazione sociale che sulla famiglia monogamica e patriarcale fonda le sue radici, così stimolandone la reazione punitiva»), mi sembra si possa dire che adulterio e, per connessione eziologica e ideologica, non astemia corrodono quell'organizzazione sociale non solo perché ne disarticolano l'ordine interno, ma altresì perché la dissano rispetto alla sua stessa essenza teleologica. Non è improbabile, quindi, che in questa luce la *civitas* abbia implicitamente (ma effettivamente) riconosciuta, sebbene in forme, modi ed estensione non sempre a noi completamente perspicui, in ordine a predefinite fattispecie 'illecite', una forma di 'sovranità' alla *familia* che si concreta in una 'competenza' cognitiva/punitiva speciale, collocata in un 'ordinamento separato', spettante al *maritus* in quanto tale (e al *pater*, in altri casi, in quanto tale) e finché tale (cioè fino all'avvenuto divorzio), con l'intervento (*consilium*, con poteri più o meno marcati di decisione e comunque di testimonianza) dei soggetti appartenenti ad un'area parentale (*agnati, cognati, propinqui, sui* del marito stesso e, direi necessariamente, anche della rea [Cantarella, *Studi sull'omicidio* cit. 176 ss. e nt. 17; ma vd. ampia ricognizione bibliografica in C. Fayer, *La familia romana. Parte terza. Concubinato Divorzio Adulterio*, Roma 2005, 199 e ntt.]), che si estende nel tempo a quella amicale (A. Ruggiero, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino* IV, Napoli 1984, 1598 ss.; ora G. Finazzi, *Amicizia e doveri giuridici*, in A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (a c. di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 704 ss.). In quell'ordinamento, infatti, per usare le parole di Catone, il marito è *ensor* e ha *imperium* (cfr. Svet. *Claud.* 16 e vd. A. Balducci, *Intorno al iudicium domesticum*, in *AG.* 190, 1976, 71 s.). Credo, pertanto, che siano da condividere su questo tema, tutt'altro che secondario per la comprensione dei problemi rappresentati da Catone/Gellio, le osservazioni mosse (senza però che si prenda in considerazione l'escerto gelliano) da N. Donadio, «*Iudicium domesticum*», riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla «*patria potestas*», in *Index* 40, 2012, 175 ss. alla tesi di E. Volterra, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano* (1948), in *Scritti giuridici* II, Napoli 1991, 127 ss., laddove si considera erroneo parlare di una giurisdizione del *pater familias* sui sottoposti, distinta da quella pubblica, specie se intesa come antagonistica a quest'ultima. L'A., infatti, (al netto, forse, di un uso più controllato del termine giurisdizione, su cui considerazioni condivisibili in Balducci, *Intorno al iudicium domesticum* cit. 89 s.: il saggio è, per l'intero, critica demolitoria del lavoro di Volterra) giustamente afferma «di non presupporre una tensione di fondo tra l'intervento del *pater* (e del *consilium*) e quello degli organi della giurisdizione pubblica (o tra questi e gli atti di esercizio della *patria potestas*); quanto, piuttosto,

giudizio *domesticum*⁴¹, di definirne in generale i compiti e l'esatta composizione degli organi legittimati a pronunciarlo⁴² e al netto dunque di individuare e definire l'effettivo potere punitivo che vi si esplica⁴³. Che d'altra parte tale potere ci sia, sia amplissimo e trovi attuazione anche al di là delle stesse fattispecie prese ora in considerazione credo dimostri oltre ogni dubbio la testimonianza liviana⁴⁴ di fatti di poco successivi probabilmente all'orazione catoniana:

Liv. 39.18.6.1: *mulieres damnatas cognatis, aut in quorum manu essent, tradebant, ut ipsi in priuato animaduverterent in eas: si nemo erat idoneus supplicii exactor, in publico animaduvertebatur.*

una sincronia tra l'intervento pubblico (di repressione criminale, nota censoria etc.) e quello integrante un giudizio, una condanna o un'esecuzione da parte dei membri *sui iuris* del nucleo familiare» (Donadio, «*Judicium domesticum*» cit. 177 s.). Il che è tanto più plausibile quanto più si consideri quella sincronia come dipendente da un effettivo riconoscimento della *civitas*, in virtù della consapevolezza di un'originaria ripartizione di 'poteri sovrani', della competenza – tendenzialmente esclusiva anche in età successive – cognitivo/punitiva propria (per materia e per soggetti coinvolti e in quegli stretti limiti) del gruppo familiare.

⁴¹ Thomas, *Remarques* cit. 469. Sul c.d. *iudicium domesticum*, recente ricognizione della copiosissima letteratura precedente in Ramon, *Repressione domestica* cit. 617 nt. 3, cui si rinvia. Adde J.U. Krause, *Kriminalgeschichte der Antike*, München 2004, 70 s.; M.J. Bravo Bosch, *Mujeres y símbolos en la Roma republicana. Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Madrid 2017, 140 ss.; G. Rizzelli, *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce 2017, 44 ss.

⁴² Condivisibili le osservazioni sul problema di Thomas, *Remarques* cit. 468 s. che in qualche modo tolgono rilevanza alle discussioni sulla 'legalità' o meno del c.d. '*iudicium domesticum*' (e alla sua storicità): R. Düll, *Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*, in ZSS. 63, 1943, 59; E. Pòlay, *Das 'regimen morum' des Zensors und sogenannte Hausgerichtsbarkeit*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra III*, Milano 1971, 317 ss.

⁴³ Vd. Mommsen, *Strafrecht* cit. 688 ss., e le notazioni di Noailles, *Les tabous* cit. 22 s.

⁴⁴ Anche Val. Max. 6.3.7.

Siamo nel 186 a.C.: circa il *supplicium* delle condannate in forza del *Senatoconsulto de Bacchanalibus*, esso è rimesso in prima istanza dalla *res publica* alla famiglia – quale che sia la posizione della donna al suo interno, dunque non solo ai titolari di *potestas* e *manus* (e indifferentemente dal fatto che fossero sottoposte a quei poteri) – alla quale è dunque riconosciuto lo *ius puniendi*⁴⁵. E ciò non perché il potere pubblico deleghi la potestà punitiva; non perché si faccia così vicariare, ma evidentemente perché deflette dall'esercizio della facoltà pubblica all'irrogazione della sanzione criminale astenendosi dall'inadere un'area – quella della *familia*, della comunità di sangue – nella quale sembra collocarsi la primaria e più immediata potestà disciplinare sulla donna alla quale la *res publica* evidentemente mostra di subordinare quella a sé pertinente⁴⁶.

In conclusione, seguire l'andamento del passo gelliano, superando cioè le «Schwierigkeiten ... welche die Stelle unserem Verständnis bietet» lamentate da Kunkel, permette a mio avviso di intravedere, nello specchio dell'orazione di Catone sulla dote e dunque nei primi decenni del II secolo a.C., le tracce della incipiente 'pubblicizzazione' e 'giurisdizionalizzazione' dei rapporti patrimoniali post-coniugali, sicché si riversa nel giudizio del giudice terzo quanto dipende dal precisarsi e dall'affinarsi dei legittimi motivi di ripudio, ancora nel momento in cui, in costanza di matrimonio, e cioè fino al momento e nel momento stesso della formalizzazione del *discidium* per *culpa mulieris*, sembra perpetuarsi invece su quelle specifiche condotte della donna piena giu-

⁴⁵ Una qualche connessione tra repressione del culto bacchico e divieto di bere vino per le donne (e ovviamente di avere atteggiamenti sessuali indecorosi) è suggerita da Pailler, *Quand la femme* cit. 77, commentando Pol. 6.13 e Val. Max. 2.1.5: *Vini usus olim Romanis feminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero Patre intemperantiae gradus ad inconcessam Venerem esse consuevit*.

⁴⁶ Vd. E. Volterra, *Nuove ricerche sulla 'conventio in manum'* (1966), in Id., *Scritti giuridici* III, Napoli 1991, 17, che imputa al rispetto del pudore femminile la competenza a punire dei cognati e del marito.

risdizione familiare basata su un illimitato potere punitivo maritale⁴⁷.

⁴⁷ Con il che credo conduca a diversamente valutare la lettura di chi intende riferire alla *manus* arcaica acquisita a seguito di sola *confarreatio* il potere di mettere a morte la donna e non solo quando questa essa è colta in flagranza (vd. Fayer, *La familia romana. Parte terza* cit. 197 e nt. 26; cfr. ora Garofalo, *Sull'Orazio* cit. 78). E ciò in virtù dell'indissolubilità del matrimonio *confarreato* il cui scioglimento può avvenire solo con la morte (qui per mano dell'offeso), surrogata, nel tempo, dal ripudio (le cui cause si sovrappongono a quelle — adulterio, aborto volontario, ubriachezza — legittimanti in precedenza il potere punitivo del *maritus*). Ricognizione e sintesi delle posizioni dottrinali in proposito e adeguata rassegna delle fonti (Dion. 2.25.6; Plut. *Rom.* 22.3) ora in P.G.M. Lobiati, *Giustizia, pena e misericordia nell'istituto del matrimonio nel diritto romano*, in *Vergentis* 5, 2017, 144 ss. Alle medesime conclusioni ma con ragionamenti diversi giunge chi reputa che l'irrogazione della sanzione da parte del marito sia legittima solo in caso di matrimonio *cum manu* e che dunque sarebbe abusiva in ogni caso l'uccisione dell'adultera rimasta *in potestate patris*, esponendosi in tal caso il marito alla vendetta di sangue dei parenti della donna (F. Blaive, *Le mythe indo-européen du Guerrier Impie et le péché contre la vertu des femmes*, in *Latomus* 46, 1987, 146 s.). Così come limitativo sembra affermare che il *ius occidendi adulteram* concesso al marito in età preaugustea fosse dipendente dal solo potere di *manus* che poneva la moglie in posizione di *loco filiae* (V. Schaub, *Der Zwang zur Entlassung aus der Ehegewalt und die remancipatio ohne uxor*, in *ZSS.* 82, 1965, 123 ss.; Ramon, *Repressione domestica* cit. 642 nt. 67) e ciò perché costringe poi a vedere scriminato l'omicidio dell'adultera ancora *in potestate patris* colta in flagrante sulla base del *iustus dolor* del marito, il che, vista l'identità delle fattispecie (e senza tener conto che non si considererebbe così l'ipotesi che la *mulier* fosse *sui iuris*), rende irrilevante che il marito avesse o meno la *manus* sulla donna (così Ramon, *Repressione domestica* cit. 646 nt. 74; *contra*, a mio avviso giustamente, Cantarella, *Studi sull'omicidio* cit. 179 ss. e nt. 21, sulla base della considerazione che «la *manus* sarebbe stato un potere il cui contenuto non mi sembra avrebbe potuto legittimare il marito a uccidere l'adultera». Cfr. Ead., *L'«usus» e la «conventio in manu»*, in *Labeo* 41, 1995, 437). Prototipo delle tesi ora esaminate è da rinvenirsi nell'importante lavoro di Volterra, *Il preteso tribunale domestico* cit. 137 ss. e nt. 16 (che non intende, però, per intero la testimonianza di Catone/Gellio), e nel tributo pagato dal Maestro romano alle tesi di P. Bonfante, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia* (rist. corretta della I ed. a c. di G. Bonfante e G. Crifò), Milano 1963, 103. Ne discende la perseguibilità in flagranza della sola *mulier in manu* (così si legge la «leggendaria» *lex Romuli*) giacché «le donne *in manu* si trovavano nell'esatta posizione dei *filifamilias* e che sopra di esse il *pater familias* aveva il *ius vitae necisque*». Contro le osservazioni sopra riportate, quanto esposto in testo della tesi di Yan Thomas, le condivisibili osservazioni di Rizzelli, *La lex Iulia* cit. 273 ss.,

All'inverso, si può così ipotizzare che tale potere sanzionatorio del marito nei confronti dell'adultera, *deprehensa* o meno, asseverato da Gellio proprio tenendo in parallelo, per stretta analogia, il regime punitivo connesso con l'antico divieto incombente sulle donne di bere vino, sia del tutto esterno agli assetti autoritativi della *civitas* rispondendo ad altre e più arcaiche logiche associative e di comunità. Di modo che gli illeciti su cui si esercita quel potere sono a loro volta esterni all'ordinamento civico, rilevando solo quali lesioni di regole assolute di condotta proprie ed esclusive dell'ordinamento familiare, dell'osservanza delle quali, appunto, la *civitas* non si disinteressa ma solo permette, anzi riconosce, che siano giudicate e punite *aliunde* da poteri conformativi e repressivi la cui estensione e le cui azioni non sono comunque sindacabili secondo le regole cittadine che vincolano, ad esempio, l'esercizio dell'*imperium* magistratuale.

e le notazioni, tra gli altri, di Noailles, *Les tabous* cit. 32, che giustamente segnala che «le mari qui tue peut ne pas être père de famille et il a le droit de tuer la femme» (e ciò vale quale che sia o si voglia che sia il rapporto intercorrente tra *manus* e *patria potestas* gravanti sulla donna *in manu*), dunque, per l'opposto, che il diritto sembrerebbe riconosciuto al marito altresì nei confronti della donna sposata *sine manu* o *sui iuris*. Vd., infatti, la generalità del dettato di *Rhet. ad Her.* 4.16.23: *Maiores nostri si quam unius peccati mulierem damnabant, simplici iudicio multorum maleficiorum convictam putabant. Quo pacto? Quam inpudicam iudicarent, ea veneficii quoque damnata existimabatur. Quid ita? Quia necesse est eam, quae suum corpus addixerit turpissimae cupiditati, timere multos. Quos istos? Virum, parentes, ceteros ad quos videt sui dedecoris infamiam pertinere.* Del tutto particolare e suggestiva l'ipotesi ricostruttiva di Fiori, *Homo sacer* cit. 238 ss., secondo la quale, in sintesi, si reputa che «in età arcaica, alcuni illeciti della donna [*vinum bibere*, adulterio, aborto volontario] erano ritenuti causare una infrazione dell'ordine (familiare e dunque) 'cosmico'. Quando la donna fosse stata *filiafamilias*, ossia in *potestate* e dunque soggetta ad un *ius vitae ac necis*, è ragionevole presumere che fosse punita dal *pater*. Quando invece ella fosse stata *materfamilias*, cioè non sottoposta ad alcuna *potestas*, veniva consentita una forma di giustizia indifferenziata, che il più delle volte trovava il suo materiale o principale esecutore nel marito. Molti indizi indurrebbero a vedere in questa facoltà di messa a morte l'applicazione di una *sacratio*».

6. Restano da spendere alcune parole, infine, circa un ultimo profilo di interesse della nostra fonte che riguarda, se si vuole, l' 'esprit idéologique' che muove Gellio nella stesura di *N.A.* 10.23, dato che ben potrebbe chiedersi se egli abbia messo mano alla sua scheda animato o meno da una sorta di *laudatio temporis acti* sicché possa ricavarsene l'invocazione nostalgica (magari 'reazionaria') di un passato idealizzato alle cui regole di sottomissione ancestrale al maschio e di buon ordine familiare dovessero rinviarsi anche le donne del II secolo d.C.⁴⁸.

La questione, che forse in altri contesti potrebbe apparire poco meno che oziosa, assume un suo particolare rilievo, a mio avviso, proprio a fronte dell'ipotesi su cui si è tentato di incanalare le nostre riflessioni sulla fonte e cioè che l'attenzione mostrata da Gellio ai regimi sanzionatori connessi agli antichi divieti comportamentali incorrenti sulle donne non abbia mero valore erudito-antiquario ma anzi risulti strumentalmente indirizzata a definire meglio e più precisamente il regime preaugusteo dell'adulterio femminile onde utilizzarlo (quand'anche quale autorevole precedente) a raffronto con le innovazioni imperiali del suo tempo.

Se si presceglie dunque quest'ultimo punto di vista quale chiave interpretativa dell'intero capitolo gelliano non potrebbe allora non valorizzarsi, a mio parere, la seconda parte dell'ultima proposizione escerpita direttamente dall'opera di Catone, quella cioè in cui si afferma, che in contrapposizione esatta al potere capitale del marito sulla moglie, 'illa te, si adulterares sive tu adulterarere, digito non auderet contingere, neque ius est'. Infatti, dalla selezione e riproduzione di siffatta notazione di Catone centrata sull'asimmetria, sulla disegualianza giuridica fondamentale, riscontrabile nei doveri sessuali dell'uomo verso la moglie e della moglie verso il marito discendenti dal matrimonio, e sugli opposti poteri correzionali e punitivi spettanti ai coniugi, si è già

⁴⁸ Ceaicovschi, *Cato the Elder* cit. 33 s.

dedotto⁴⁹, per converso, un intento e un punto di vista ‘progressista’ di Gellio che si rafforza, probabilmente, assumendo un certo qual valore nella trama delle nostre attuali riflessioni, quando lo si connetta non solo e non tanto al più volte prospettato generico interesse del nostro erudito per l’evoluzione del diritto, ma, come qui si è finora e per altri versi ipotizzato, all’elevata e specifica attenzione che Gellio potrebbe aver prestato alle novità normative del suo tempo, alle costituzioni dei ‘suoi’ imperatori: Antonino Pio e Marco Aurelio.

Risulta difatti assai difficile sottrarsi alla suggestione di riscontare che lo schema argomentativo che Gellio rinviene in Catone – quale che fosse l’intento ‘moralistico’ del Censore nel pronunciare il suo emarginato passaggio della sua orazione –, nel quale si contrappongono i *mores* femminili a quelli maschili in pendenza di matrimonio (addirittura evidenziando, quasi per paradosso, con l’*adulterarere* quanto di più turpe e forse di illecito, per il diritto e per i valori patriarcali dominanti nel II secolo a.C., vi fosse nell’omosessualità del marito⁵⁰), è di fatto l’esatto negativo di quello sul quale non solo si era venuta articolando, nel secolo precedente, un nuovo statuto etico dei rapporti endoconiugali dettato dal medio stoicismo⁵¹ al

⁴⁹ Da Pailler, *Quand la femme* cit. 83 che nota: «inversement, Aulu-Gelle oriente *a posteriori* son propos – et il est le seul à le faire – en reproduisant la remarque de Caton sur la dissymétrie, l’inégalité fondamentale entre l’homme et la femme du point de vue du *ius occidendi* ... L’explication de cette présentation singulièrement ‘progressiste’ tient sans doute à l’intérêt marqué de l’auteur pour le droit et pour son évolution». Generalmente per Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 306, «Gellius’ antiquarian moralism does not extend to sex».

⁵⁰ Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 312 nt. 32 che pertanto è incerto se collocare la condotta omosessuale attiva dell’uomo sotto l’*adulterare* (insieme a quella con donna diversa dalla moglie) o l’*adulterarere*, nella quale è assai probabile possa inserirsi la condotta passiva. Ora osservazioni approfondite sulla nostra fonte in C. De Cristofaro, *Impudicus. Il diritto romano di fronte al prisma della sessualità maschile dalle origini al Principato*, Napoli 2022, 212 ss. e ntt.

⁵¹ Muson. *Diatr.* 12; Sen. *ep. ad Lucil.* 94.26; Hierocl. in Stob. *Flor.* IV 22.21-24; (28.19). Cfr. F. Botta, *Ecl. 17.21. Alle origini dell’obbligo giuridico di fedeltà reciproca tra coniugi*, in *Studi per Giovanni Nicosia II*, Milano 2007, 67 ss.

quale Gellio presta particolare attenzione⁵², ma altresì di quello sul quale fa perno una memorabile (e controversa) costituzione, oggetto successivamente di una massima di Ulpiano⁵³, a noi riportata in un altrettanto noto e discusso passo di Agostino (che la legge nel *codex Gregorianus*):

Aug. de adult. coniug. 2.8.7: ... legant quid imperator Antoninus, non utique christianus, de hac re constituerit, ubi maritus uxorem de adulterii crimine accusare non sinitur; cui moribus suis non praebuit castitatis exemplum, ita ut ambo damnarentur; si ambos pariter impudicos confictus ipse convinceret. Nam supra dicti imperatoris haec verba sunt, quae apud Gregorianum leguntur. Sane, inquit, litterae meae nulla parte causae praeiudicabunt. Neque enim, si penes te culpa fuit, ut matrimonium solveretur et secundum legem Iuliam Eupasia uxor tua nuberet, propter hoc rescripto meo adulterii damnata erit, nisi constet esse commissum. Habebunt autem ante oculos hoc inquirere, an, cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuisti. Periniquum enim mihi videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibet. Quae res potest et virum damnare, non ob compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel causam facti tollere.

Se si volesse considerare che la costituzione e il principio che sembra esservi fissato (*periniquum enim mihi videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibet*), come parrebbe asseverato per il futuro dagli autorevolissimi rimandi, di Ulpiano e di Agostino, nei quali assume carattere di paradigma, non possa non aver avuto grande eco anche negli ambienti intellettuali coevi, in particolare tra quelli più vicini all'imperatore, e che l'Antonino, alla cui cancelleria il vescovo

⁵² Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 274 ss.

⁵³ D. 48.5.14(13).5 (Ulp. 2 *de adult.*): *Iudex adulterii ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utroque communicare.*

di Ippona attribuisce la norma (sull'identità del quale, per vero, molto si è dibattuto), possa ben essere proprio uno degli Antonini⁵⁴, e cioè tanto Antonino Pio quanto Marco Aurelio, potrebbe ragionevolmente immaginarsi che Gellio l'avesse presente al momento della redazione della scheda in esame, indulgendo, pertanto, *pour cause*, alla sottolineatura del passaggio in oggetto dell'orazione di Catone.

Poiché è del tutto evidente che nella costituzione antonina si delineano geometrie dei doveri coniugali circa le condotte reciproche di marito e moglie diametralmente opposte a quelle che sottostanno al ragionamento catoniano⁵⁵, l'ipotesi di lettura del passo gelliano ora proposta, specie alla luce della su evidenziata speculazione etica del medio stoicismo, da un lato può contribuire a dare corpo e maggior sostanza alla comprensione delle motivazioni effettivamente sottostanti alle innovazioni apportate da Antonino Pio e da Marco Aurelio nelle costituzioni scriminanti l'uccisione dell'adultera flagrante richiamate da Papiniano, inserendole (e dunque perciò definendone meglio motivazioni e finalità) sullo sfondo dell'etica pubblica dominante nel II secolo d.C., e dall'altro può rafforzare, credo, l'immagine che qui si propugna di un Gellio attento al presente e alle sue novità, di modo che possa dirsi, appunto, che le lenti di Gellio, nel leggere e raccogliere l'antico, sono le lenti della contemporaneità⁵⁶.

⁵⁴ Che, infatti, G. Rizzelli, *Agostino, Ulpiano e Antonino*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VII*, Napoli 2002, 102, indica in Marco Aurelio. Ma deve registrarsi la tradizionale tesi che identifica l'emanante in Caracalla: J. De Churruca, *Un rescrit de Caracalla utilisé par Ulpien et interprété par Saint Augustine*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam 1995, 71 ss.

⁵⁵ Vd. Rizzelli, *Agostino* cit. 76 ss.; Botta, *Il marito 'adulter'* cit. 21 ss.

⁵⁶ M. L. Astarita, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'*, Catania 1993, 152.

***Il flamen Dialis nelle Notti attiche.
Premesse per uno studio sulla qualificazione
giuridica delle membra del corpo umano***

Luigi Garofalo

1. Grazie ad Aulo Gellio sappiamo non poco dello statuto normativo del *flamen Dialis*, il sacerdote consacrato a Giove, la cui istituzione viene collegata dalla tradizione a Numa¹. In 10.15.3-25 delle *Notti attiche* l'autore ripropone infatti una densa e antica precettistica concernente questa figura, che dell'originaria formulazione conserva l'andamento stringato e ritmico, tipico del risalente linguaggio giuridico in ambito sacrale.

Già scrupolosamente repertoriata nei libri *de sacerdotibus publicis compositi* e nel primo dei libri di Fabio Pittore – scritti nel III o II secolo a.C., a seconda che in costui si veda il celebre annalista Q. Fabio Pittore o un più tardo pontefice della *gens Fabia* che avrebbe redatto almeno sedici libri *de iure pontificio* e, al pari dell'altro, un'opera storica² –, proprio da queste fonti attinge Gellio, per quanto egli stesso precisa in 10.15.1-2: *Caerimoniae impositae flamini Diali multae, item castus multiplices, quos in libris qui de sacerdotibus publicis compositi sunt, item in Fabii Pictoris librorum primo scriptos legimus. Unde haec ferme sunt quae commemoramus.*

Da altre fonti ancora, invece, Gellio ricava quanto riversa in 10.15.31-

¹ Cfr. E. Espérandieu, voce 'Flamen', in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, III, Roma 1962, 140; D. Sabbatucci, *Il mito, il rito e la storia*, Roma 1978, 491; v. anche 'Leges regiae', a c. di G. Franciosi, Napoli 2003, 66 ss.

² Cfr. B. Albanese, *Il 'trinotium' del 'flamen Dialis'*, in *SDHI*. 35, 1969, 76 ss., il quale accorda la sua preferenza alla prima ipotesi.

32, due paragrafi di cui riporto la traduzione, ricordando che nei cinque precedenti l'autore indugia sulle pratiche rituali alle quali era tenuta la moglie del *flamen Dialis*. Queste, specifica dunque Gellio, sono «le parole del pretore, tratte dall'editto perpetuo che riguarda il flamine diale e la sacerdotessa di Vesta: 'In tutto l'ambito della mia giurisdizione non sottoporro a giuramento la sacerdotessa di Vesta e il flamine diale'». E queste, prosegue l'autore, sono «le parole di Marco Varrone sul flamine diale, dal secondo libro delle *Antichità divine*: 'Egli solo porta il galero bianco: o perché è il sacerdote più importante o perché il galero dev'essere confezionato con una vittima bianca sacrificata a Giove'»³.

2. Ebbene, un primo motivo di interesse per i dettami che reggevano la vita del *flamen Dialis*, registrati da Gellio, personalmente l'ho maturato anni or sono, quando andavo alla ricerca di chi fosse l'*homo liber* che troviamo nella legge di Numa sull'omicidio volontario, di cui ricordo il testo tramandato da Paul.-Fest. *verb. sign.*, voce *Parrici<-di> quaestores* (ed. Lindsay 247): *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*. Escluso, per ragioni sulle quali qui sorvolo⁴, che agli albori della *civitas* nell'*homo liber* si ravvisasse l'antagonista dello schiavo o di qualcuna tra le altre tipologie di individui scorte dagli studiosi, mi ero convinto che con questa locuzione si designasse l'*homo non sacer*, ovvero l'appartenente alla collettività romana di contro a chi – l'*homo sacer*, appunto – vi era uscito per entrare nella proprietà del dio che aveva offeso con il suo comportamento. E trovavo un prezioso sostegno alla mia ipotesi proprio in una delle prescrizioni cui era assoggettato il *flamen Dialis* ricordate da Gellio, a tenore della quale, come si legge in 10.15.11, unicamente all'*homo liber* il *flamen Dialis* poteva

³ Cfr. Aulo Gellio, *Le notti attiche*, a c. di G. Bernardi-Perini II, Torino 1992, 781.

⁴ Le ho invero ripetutamente esposte: l'ultima volta nel mio *Disapplicazione del diritto e 'status' sanzionatori in Roma arcaica. In dialogo con Aldo Luigi Prosdociami*, Napoli 2020, 39 ss.

rivolgersi per il taglio dei capelli: *Capillum Dialis nisi qui liber homo est non detondet*.

Questo il mio ragionamento. A supporre, con riguardo all'enunciato normativo testé riferito, che fin dal suo enuclearsi per *homo liber* si intendesse l'uomo libero perché non schiavo, prestando così adesione all'unanime dottrina, rimarrebbe oscuro il motivo ultimo per cui al sacerdote era interdetto ricorrere al non *liber* per la semplice operazione ricordata da Gellio. Non vanno infatti oltre la superficie del comando, ancorati come sono a un'impostazione meramente descrittiva se non anche tautologica, coloro che lo ravvisano nell'esigenza che i capelli del *flamen Dialis*, in quanto parte della sua sacra persona, fossero «sottratti al contatto, che è anche scambio di 'forza vitale', di chi deve restare nel rango servile»⁵ ovvero nella preoccupazione di tutelare al massimo «la situazione di assoluta libertà» nella quale il flamine «doveva sempre permanere»⁶. Viceversa, se si accetta che la regola mirasse, almeno in un

⁵ A pronunciarsi così è Bernardi-Perini, in sede di commento ad Aulo Gellio, *Le notti attiche* cit. 777, nt. 8. Analoga è l'opinione di W. Pötscher, 'Flamen Dialis', in *Mnemosyne* 21, 1968, 222 s., avanzata dopo l'analisi critica di quella di Wagenvoort, la quale rimanda al concetto di *mana* (valorizzata in adesione da P. De Francisci, 'Primordia civitatis', Roma 1959, 271 ss., secondo cui «potenza contaminante è attribuita allo schiavo che, ad esempio, non può *tondere* il *Flamen Dialis*): «Die Berührung mit dem Haar des Priesters und besonders dann, wenn dieses abgeschnitten wird, bringt den Haarschneider (der ihm ja die Haare 'abschneidet', also quasi 'wegnimmt') in Berührung mit dessen Lebenskraft. Und deshalb muss es ein freier Römer sein und darf kein Sklave, der eben unterworfen sein soll, das Haar des *Flamen Dialis* scheren». Unitamente a quella di Wagenvoort, questa tesi appare semplicemente riproposta da F.M. Simón, 'Flamen Dialis'. *El sacerdote de Iúpiter en la religión romana*, Madrid 1996, 119 s.

⁶ A ipotizzare ciò, sulla scia di Kerényi, è G. Martorana, *Osservazioni sul 'flamen Dialis'*, in *Philiás charin. Miscellanea di studi classici in onore di Eugenio Manni IV*, Roma 1980, 1465, il quale non esclude tuttavia che, attraverso il precetto in considerazione, «si volesse evitare che anche il non libero, lo schiavo, ricevesse dei benefici esoterici dalla sacra persona del *flamen*», ossia acquisisse la libertà in virtù del contatto instaurato con questa all'atto del taglio dei capelli, così come ottenevano un evidente

primo tempo – non potendosi scartare l’ipotesi di una posteriore reinterpretazione dell’*homo liber* in chiave di non schiavo⁷ –, a impedire al *flamen Dialis* di avvalersi dell’*homo sacer* per il taglio dei capelli, riconoscendo così che nell’*homo liber* veniva individuato il non *sacer*, affiora nitidamente la sua intima ragione d’essere.

Come gli studiosi della religione romana hanno messo in luce, il *flamen Dialis*, dipinto da Liv. 1.20.2 quale *adsiduus sacerdos* della divinità donde traeva il nome, viveva un’esistenza che testimoniava la presenza di Giove tra i mortali⁸, costituita da giorni tutti festivi (*Dialis cotidie feriatu est*, dice Gellio in 10.15.16 delle *Notti*) e interamente culturali⁹, anche se non ininterrottamente dedicati ai sacrifici a favore

vantaggio sul piano della libertà l’incatenato e il *verberandus* che entravano in rapporto con il sacerdote nei modi che vedremo oltre, nel testo e alla nt. 36. Ma anche questa spiegazione, per quanto suggestiva, è insufficiente, non riuscendo a giustificare convincentemente perché lo schiavo non dovesse trarre utilità, al pari delle altre due figure, dal contatto, nel suo caso addirittura fisico, con il *flamine*.

⁷ Non è infatti da trascurare che il primitivo significato del complesso regime valevole per il *flamen Dialis* andava appannandosi nel corso dei secoli, come sottolinea E. Espérandieud, voce ‘*Flamen*’ cit. 144.

⁸ Cfr. K. Kerényi, *Il rapporto con il divino*, trad. it., Torino 1991, 80 s.; v. anche D. Sabbatucci, *Lo stato come conquista culturale. Ricerca sulla Religione Romana*, Roma 1984², 116 s.; E. Montanari, *Identità culturale e conflitti religiosi nella Roma repubblicana*, Roma 1988, 139, il quale ricorda che per Plutarco il *flamen Dialis* era una «vivente e sacra immagine» di *Iuppiter*.

⁹ Cfr. F. Prescendi, voce ‘*Flamines*’, in *Der neue Pauly* IV, Stuttgart - Weimar 1998, 538: «Der *flamen Dialis* ... trennte sich nie von seiner religiösen Rolle». E perfino il suo sonno «è un atto sacralmente rilevante», secondo Albanese, *Il ‘trinoctium’ del ‘flamen Dialis’* cit. 75, che sul punto menziona Gell. 10.15.14: testo in cui, dopo essersi ricordato che i piedi del letto del *flamen Dialis* devono essere spalmati di un sottile strato di fango, che non gli è concesso dormire per tre notti consecutive fuori da quel letto e che nessun altro può dormirvi, si dice che presso il montante del letto è necessario che sia posta una cassetta con *strues atque fertum*, e cioè, come precisa lo stesso Albanese nella pagina precedente a quella poc’anzi richiamata, «con delle piccole focacce disposte in pile, da offrire nel rito sacrificale». Evidente è pertanto che il letto flaminico è esso

della divinità¹⁰. Prezioso per il suo corpo, prima ancora che per le sue parole e i suoi gesti, egli rappresentava «l'estremità sensibile, umana, di un fascio di correlazioni mistiche, un'altra estremità del quale toccava la sovranità e il cielo di Giove»¹¹. Coerentemente, dunque, all'interno della miriade di norme in cui era irretito, alcune gli imponevano comportamenti atti a palesare il suo peculiare rapporto con questa zona cosmica, pervasa di luce¹², mentre altre ne vietavano il contatto con ciò che aveva attinenza con la sfera ctonia¹³, alla quale era ricondotta la dimensione della morte.

Tra queste ultime rientrano, per esempio, quelle che proibivano al sacerdote di toccare un cadavere, di accedere in luoghi in cui si trovasse una tomba¹⁴, di guardare un esercito pronto a combattere¹⁵, di toccare e nominare la capra, la carne cruda, l'edera e la fava¹⁶ e

stesso un luogo di culto, una sorta di altare, che dà valore sacro anche al dormirvi. Da aggiungere, sulla base di Gell. 10.15.7, è il divieto di asportare dalla casa del *flamen Dialis*, equiparata dunque a un tempio, il fuoco, con l'eccezione di quello sacro.

¹⁰ Cfr. K. Kerényi, *Religione antica*, trad. it., Milano 2001, 153. Secondo Gell. 10.15.21, in convivio solo il *rex sacrificulus* sopravanza, per posto, il *flamen Dialis*.

¹¹ Le parole sono di G. Dumézil, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano 1977, 496; e la loro piena validità è confermata da J. Ries, *Il mito e il suo significato*, trad. it., Milano 2005, 49 s. Da esse muovono le notevoli riflessioni dedicate al *flamen Dialis*, «segno del divino in terra», da A.L. Prosdocimi, 'Iupiter'; 'Mars' e 'Quirinus'. *Il divino, il sacro e il sistema sociale a Roma*, in Id., *Forme di lingua e contenuti istituzionali nella Roma delle origini I*, Napoli 2016, 448 ss.

¹² Cfr. J. Bayet, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it., Torino 1992, 109.

¹³ Cfr. A. Brelich, *Appunti sul 'flamen Dialis'*, in *Acta classica Univ. scient. Debreceniensis* 8, 1972, 19 s.

¹⁴ Cfr. Gell. 10.15.24. Come rileva Bernardi-Perini, in Aulo Gellio, *Le notti attiche* cit. 779, nt. 19, il permesso di assistere ai funerali, di cui godeva il *flamen Dialis* stando al passo successivo, in 10.15.25, «non è contraddittorio: anzi promuove un atto di espulsione della morte dal corpo sociale».

¹⁵ Cfr. Gell. 10.15.4.

¹⁶ Cfr. Gell. 10.15.12.

anche di toccare la farina impregnata di lievito¹⁷, essendo essi elementi connessi con il culto dei morti o cari agli dei inferi¹⁸, di passare sotto una pergola coperta di tralci di vite pendenti¹⁹, in quanto «suprema manifestazione vegetale del dionisiaco»²⁰. Ma nelle norme in parola, condividendone pienamente il sostrato, va altresì inserita quella sul taglio dei capelli, consentito al solo *homo liber* poiché il suo opposto, l'*homo sacer*, era di solito consegnato a una divinità collegata al regno sotterraneo, come sappiamo grazie a Dion. Hal. 2.10.3. E nelle stesse è parimenti da includere quella attestata da Gellio in 10.15.15 delle *Notti* (*unguium Dialis et capilli segmina subter arborem felicem terra operiuntur*), che obbligava a interrare *subter arborem felicem*, cioè sotto un albero non appartenente agli dei inferi²¹ – ai quali erano invece consacrate le *arbores infelices*²², piante sterili menzionate da Plinio²³ –, le unghie e i capelli del *flamen Dialis* una volta tagliati²⁴ (e tagliati,

¹⁷ Cfr. Gell. 10.15.19.

¹⁸ Cfr. Bernardi-Perini, in Aulo Gellio, *Le notti attiche* cit. 777, nt. 9; Kerényi, *Religione antica* cit. 155 s.

¹⁹ Cfr. Gell. 10.15.13.

²⁰ Riprendo Kerényi, *Religione antica* cit. 156, per il quale verrebbe qui in rilievo un Dioniso arcaico, signore del mondo sotterraneo e grande cacciatore. Anche la proibizione di montare a cavallo di cui a Gell. 10.15.3 (*equo Dialei flaminem vehi religio est*) potrebbe forse spiegarsi in ragione del fatto che tale animale rappresenta la morte in diverse culture, tra le quali quella romana. Per le differenti opinioni in proposito cfr. Simón, 'Flamen Dialis' cit. 115 ss., nonché F. Sini, *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. stor. e giur. sardo di Sassari* 4, 1997, 43, il quale dal passo in considerazione trae altresì conferma dell'«esistenza di uno stretto rapporto semantico tra *nefas* e *religio/religiosus*: termini che nel linguaggio precettivo dei sacerdoti assumono spesso la stessa valenza imperativa e negativa del *nefas*».

²¹ Cfr. Kerényi, *Religione antica* cit. 157; v. anche Martorana, *Osservazioni sul 'flamen Dialis'* cit. 1466.

²² Cfr. Martorana, *Osservazioni sul 'flamen Dialis'* cit. 1466, nt. 86.

²³ In *nat. hist.* 16.45.108.

²⁴ Per la dottrina in argomento cfr. E. Samter, voce 'Flamines', in *REPW.* VI.2, Stuttgart 1909, 2489; Simón, 'Flamen Dialis' cit. 122 ss.

sembra, con strumenti necessariamente di bronzo²⁵, mai di ferro²⁶).

Il precetto che a noi interessa, peraltro, ha titolo per essere ricompreso pure tra le norme del primo gruppo, al quale sono ascrivibili quelle che, tendendo a preservare l'unicità del legame che stringeva il sacerdote a Giove, visto nel proprio aspetto luminoso, gli ordinavano di indossare permanentemente, di giorno e di notte, il copricapo che esprimeva l'unione al dio²⁷, di non togliersi la *tunica intima nisi locis tectis ... ne sub caelo tamquam sub oculis Iovis nudus sit*²⁸, di astenersi dal contrarre vincolo alcuno che non originasse da matrimonio confarreato²⁹, per cui, per esempio, non poteva giurare³⁰, e perfino di sottrarsi alla vista di qualsiasi vincolo esterno non derivante da tale matrimonio

²⁵ Cfr., anche per le fonti sul punto, Simón, *'Flamen Dialis'* cit. 120 ss.

²⁶ L'interdizione dell'uso di arnesi di questo metallo in relazione ai sacerdoti doveva essere estesa a non poche popolazioni italiche, come nota anche C. Gioffredi, *Il frammento di Fabio Pittore in Gell. N. A., 10.15.1, e la tradizione antiquaria dei testi giuridico-sacrali*, in *BIDR.* 79, 1976, 40; *Macr. Sat.* 5.19.13, per esempio, trae da un'opera di Carminio (grammatico, studioso di antichità e forse commentatore di Virgilio, situabile tra il III e IV secolo) la notizia che presso i Sabini erano di bronzo i rasoi utilizzati per la rasatura dei sacerdoti.

²⁷ Cfr. *Gell.* 10.15.17, che accenna anche alla sopravvenuta attenuazione dell'obbligo; sul copricapo v. inoltre le fonti segnalate da Espérandieu, voce *'Flamen'* cit. 142 s., nonché l'accenno che vi fa J. Rüpke, *La religione dei Romani*, trad. it., Torino 2004, 145, là dove ricorda che, «poco prima del 218 a.C., i *flamines Dialis* perdono ripetutamente la loro carica perché, all'aperto, era scivolata loro giù dal capo la copertura della testa».

²⁸ Cfr. *Gell.* 10.15.20; sul passo v. Martorana, *Osservazioni sul 'flamen Dialis'* cit. 1466.

²⁹ Sulla doverosa *confarreatio* del *flamen Dialis* cfr. Kerényi, *Religione romana* cit. 156. È comunque opportuno ricordare, sulla scorta di *Gell.* 10.15.22-23, che l'unione tra il *flamen Dialis* e la *flaminica* non poteva sciogliersi se non per la morte di uno dei due coniugi; inoltre che il *flamen* decadeva dal sacerdozio se rimaneva vedovo (in proposito cfr. Kerényi, *Il rapporto con il divino* cit. 81).

³⁰ Cfr. *Gell.* 10.15.5 (ma v. anche 10.15.31). Quanto alla letteratura sul punto, v. Albanese, *Il 'trinoctium' del 'flamen Dialis'* cit. 93; F. Milazzo, *Due tabù del 'flamen Dialis' e un'ipotesi sul 'iurare in leges'*, in *Index* 32, 2004, 311 ss.

(alla cui celebrazione il flamine infatti partecipava³¹), tanto che non doveva portare nulla di annodato nel suo abbigliamento³², né un qualche anello, salvo che fosse spezzato (o, meglio, «non chiuso, considerate le tecniche più risalenti di fabbricazione degli anelli»³³) e anche liscio (cioè senza gemma)³⁴, mentre, se un individuo in catene varcava l'uscio della sua dimora, era necessario liberarlo immediatamente e gettare le stesse dall'*impluvium*³⁵. Analogamente a queste ultime, infatti, anche la prescrizione che ammetteva esclusivamente l'*homo liber* al taglio dei capelli del *flamen Dialis* era volta a proteggere costui dall'intollerabile contatto con chi, in quanto *sacer* (e come tale non *liber*), era portatore di un vincolo, quello alla divinità offesa dal proprio comportamento: per di più indissolubile senza un insperabile intervento da parte della divinità stessa, al contrario di un eventuale vincolo tra uomini, anche derivante dalla condizione di schiavo³⁶.

3. Ma non è solo per via dell'*homo liber* che compare in 10.15.11 delle *Notti* che trovo utile, anche per il cultore del diritto romano, lo studio dello statuto normativo del *flamen Dialis*, restituitoci principalmente da Aulo Gellio. Negli ultimi tempi mi sono infatti persuaso che da quello e più in generale dalla eterogenea disciplina cui erano sottoposti i vari altri sacerdoti romani e le vestali si possano trarre elementi in grado di corroborare un'ipotesi ricostruttiva che propongo qui, nonostante esiga da parte mia ulteriori approfondimenti proprio alla luce della pista

³¹ Cfr. Dumézil, *La religione romana arcaica* cit. 147.

³² Cfr. Gell. 10.15.9.

³³ Così L. Peppe, *Note sulla risalenza del cd. 'anulus pronubus'*, in *Iura* 44, 1993, 169 s.

³⁴ Cfr. Gell. 10.15.6.

³⁵ Cfr. Gell. 10.15.8.

³⁶ Gell. 10.15.10 ricorda questa regola: deciso per taluno il supplizio delle verghe, se questi, prima del suo inizio, si getta supplicante ai piedi del *flamen Dialis*, è sacrilego flagellarlo nel giorno in cui ciò è accaduto.

di ricerca che ho appena additato. Questo il suo fulcro³⁷. Le membra del corpo umano erano considerate, già in epoca remota, sacre: vale a dire appartenenti a qualche dio, dando credito a quanto, rispetto al sacro in generale, teorizzava Trebazio Testa, il giurista amico di Cicerone, nel libro primo del trattato *De religionibus*, dove Macrobio, come questi attesta in *Sat.* 3.3.2, leggeva appunto che *sacrum est quidquid est quod deorum habetur*³⁸ (meno perspicuamente, lo stesso Macrobio, in *Sat.* 3.7.3, avrebbe rilevato che *quidquid destinatum est dis sacrum vocatur*, al pari di Servio nel commento a Verg. *Aen.* 10.419, secondo cui *quidquid destinatum fuerit diis, id sacrum appellari*). Proprio perché rientranti nella sfera del divino quelle stesse membra erano sottratte alla proprietà, e dunque alla disponibilità, di qualsiasi individuo, compreso quello del cui corpo esse costituivano articolazioni, come certifica Ulpiano in D. 9.2.13 pr.: *Dominus membrorum suorum nemo videtur*.

Le implicazioni sottese al mio assunto, la cui attendibilità – come detto – è subordinata a ulteriori verifiche, non mi paiono trascurabili: allargo

³⁷ Nel formularlo ho presente le ricerche confluite in due volumi, da me curati, usciti a Pisa nel 2015 e 2017, sotto il titolo *Il corpo in Roma antica*, per quanto esse non orientino direttamente nella direzione che vado a proporre.

³⁸ La definizione si correla a quella, proveniente dallo stesso Trebazio, di *profanum*, riferita in *Macr. Sat.* 3.3.4: *Eo accedit quod Trebatius profanum id proprie dici ait 'quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est'*. Essa va certamente letta nel senso che è sacro «tutto ciò che, a qualunque titolo, possa essere ritenuto appartenente agli dei»: cfr. C. Santi, *Alle radici del sacro. Lessico e formule di Roma antica*, Roma 2004, 87 s. Diversa è la nozione di *sacrum* di Elio Gallo conservata in *Fest. verb. sign.*, voce *Sacer mons* (ed. Lindsay 424). B. Albanese, 'Sacer esto', in *BIDR.* 91, 1988 (ma pubblicato nel 1992), 178 s., pensa che essa non corrisponda alla più antica, tramandata appunto da Trebazio; mentre G. Falcone, *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, in *AUPA.* 41, 1991, 235, nt. 37, tende addirittura a escludere che «per il discorso eliano contenuto nella glossa *Sacer mons* si possa parlare di una vera e propria definizione del *sacrum*», e C. Santi, *Alle radici del sacro* cit. 85 s., ritiene che Elio Gallo intendeva riferirsi «solo all'universo delle *res*», con esclusione quindi degli *homines*.

quindi a talune di queste l'orizzonte, ancor prima di esplicitare perché le pagine di Aulo Gellio sul *flamen Dialis* concorrano a puntellarlo.

Gli studiosi dei diritti umani imputano ai giuristi romani un fatto dalle conseguenze perniciose, persistenti nel tempo: aver riconosciuto la piena titolarità dei diritti non all'individuo in carne e ossa, ma al soggetto con capacità giuridica, tale, per giunta, non in quanto semplicemente nato, bensì in quanto portatore dei tre *status* di cui sappiamo: *libertatis*, per non essere schiavo; *civitatis*, per non essere straniero; *familiae*, per essere *sui iuris*, cioè privo di ascendenti maschi in linea retta viventi. Anche oggi, affermano quegli studiosi, gli ordinamenti statali, prigionieri di una tradizione dominante nei secoli che ci separano da Giustiniano, non riescono a rinunciare alla mediazione della categoria della capacità giuridica, pur quando, secondo l'opzione accolta nell'art. 1 del nostro codice civile, attribuiscono tale capacità a ogni nuovo nato solo perché nato.

Vero tutto ciò, ritengo però altresì vero che dell'individuo in carne e ossa, e dunque del corpo, i giuristi romani si occupassero, eccome: ma nell'ambito del *ius divinum* – detto nelle fonti anche *ius sacrum*³⁹ –, ossia in quella parte del diritto (oggettivo) che, concernendo i rapporti tra gli uomini e gli dei, con l'affermarsi del cristianesimo sarebbe progressivamente transitata nelle mani della Chiesa. Che infatti, oltre a promuovere l'eclissi del suo originario contenuto, ha continuato a dettare molte delle regole relative al corpo⁴⁰, non abdicando a questa funzione neppure ai

³⁹ L'equivalenza della duplice terminologia è sottolineata da F. Fabbrini, voce 'Res divini iuris', in *Noviss. Dig. it.* XV, Torino 1968, 516 e 518.

⁴⁰ Secondo J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, a c. di C.M. Mazzoni e con traduzione italiana di L. Colombo, Milano 2003, 113 ss., «il corpo è stato sottoposto, fuori della civiltà romana, alla doppia disciplina della religione e della medicina». La gestione del corpo da parte della religione si è attuata tramite la tecnica della norma giuridica: e invero, «è stato il diritto canonico a reintrodurre il corpo nel diritto occidentale ... soprattutto tirando tutte le conseguenze dal fatto che la disciplina e la cura delle anime implicava fundamentalmente la disciplina e la cura dei corpi». A partire da quelli dei coniugi. La materia matrimoniale, con tutto ciò che

giorni nostri, sebbene adesso, per l'accentuata secolarizzazione delle società occidentali, se ne avverta appena l'esistenza e comunque si sia notevolmente allentata la loro osservanza perfino da parte dei fedeli meno distratti. Con un risultato sotto gli occhi di tutti, restando all'esperienza italiana: la materia del corpo, considerata a lungo periferica dal legislatore e dalla scienza giuridica, paga ora, con lo sgretolamento dei vincoli religiosi al quale si sommano i progressi della medicina, l'insufficiente attenzione di cui è stata oggetto a livello normativo e dottrinale, come provano le roventi polemiche divampate in occasione delle decisioni giudiziarie rese sul caso Englaro e su altre vicende simili, per tacere di quelle che hanno accompagnato l'azione di autorità varie impegnate nella lotta contro la pandemia di Covid-19 dilagata anche in Italia a partire dal 2020⁴¹.

riguarda i rapporti sessuali, viene infatti minuziosamente regolata dal diritto canonico. Alla religione tenderà ad affiancarsi la medicina, a sua volta chiamata in causa dalla missione sanitaria della Chiesa, poi assunta, in concorrenza e talora in antagonismo, dallo Stato. Ma la salute, al centro del sistema canonico, non vi uscirà: mentre non poteva giocare un ruolo significativo in una società, quale quella romana, che aveva «disincarnato il diritto». Lentamente il corpo riappare così nel campo visivo del giurista, trainato da regimi normativi introdotti da un legislatore attento ai lavoratori, alla loro sicurezza e via dicendo.

⁴¹ Non si distacca molto dalla mia impostazione Baud, *Il caso della mano rubata* cit. 200, là dove constata: perché i giuristi siano costretti a occuparsi a fondo del corpo, «bisognerà che le scienze mediche li mettano con le spalle al muro, 'estraendo qualcosa da un corpo vivo e domandando loro che cos'era'. Del sangue in un recipiente, dello sperma congelato nella neve carbonica, un arto separato dal corpo, un organo in attesa di essere trapiantato: nulla di tutto ciò può essere definito una persona umana. E a questo punto si impongono due domande. Prima domanda: Qual è lo statuto giuridico dell'elemento corporeo separato dal corpo? Seconda domanda: Lo statuto giuridico dell'elemento corporeo separato è il medesimo del corpo vivente considerato nella sua globalità?». Due domande cui lo studioso offre una risposta in più luoghi, uno dei quali alle pp. 229 s.: «Tutti i sistemi giuridici fondati sulla distinzione tra persone e cose dovranno riconoscere che il corpo di un uomo vivente è una cosa dal momento che il cadavere e le parti staccate dal corpo sono delle cose». Con la conseguenza, auspicata

Se, come penso, i *prudentes*, nel solco di un sentire comune assai risalente, reputavano sacre le membra del corpo – forse giungendo a classificarle all'interno delle *res divinae iuris*, appunto tra le *res sacrae* o magari tra quelle *religiosae*⁴² (dalla mia prospettiva l'alternativa è indifferente) –, ciò non è affatto segno del sovrano disinteresse per il corpo accollato da Jean-Pierre Baud, e non solo⁴³, alla scienza giuridica romana⁴⁴. Anzi, di-

da Baud alle pp. 237 s., che si pervenga al «riconoscimento alla persona di un diritto di proprietà sul suo corpo», essendo questo «il modo migliore di proteggerlo contro chi volesse commercializzarne i prodotti (caso Moore [relativo a peculiari cellule di un uomo]), come anche contro le pretese abusive dell'autorità pubblica». Naturalmente dovrà trattarsi di un diritto di proprietà sottoposto a limitazioni varie, atte a evitare, come si legge alla p. 238, «che il corpo e i prodotti corporei diventino delle merci».

⁴² Innumerevoli sono gli studi incentrati sulla *res divini iuris*, ampiamente richiamati nelle note a corredo di M. Milani, *Il regime giuridico dei sepolcri tra Roma antica e Italia contemporanea*, in M. Falcon (a c. di), *A New Thinking about 'Res'. Roman Taxonomies in the Future of Goods*, Napoli 2022, 31 ss.

⁴³ Tra i molti che potrei citare scelgo A. Trisciungoglio, *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comprativistiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato II*, Napoli 2006, 394: «Per quanto riguarda la qualificazione giuridica del corpo umano vivente nella riflessione giurisprudenziale romana, dobbiamo accontentarci di un esito dell'indagine di carattere negativo».

⁴⁴ Cfr. Baud, *Il caso della mano rubata* cit. *passim*. Alla p. 43, per esempio, l'autore scrive: «Il civilista medievale (vale a dire il 'romanista' chiamato anche 'glossatore') si inserisce in una tradizione di ripugnanza inaugurata dal suo antenato, il giureconsulto romano, che aveva voluto che la sepoltura proiettasse tutta la materialità umana in una zona di sacralità in cui il diritto non doveva più intervenire». Una zona, al riparo del diritto, in cui si trovava comunque già il corpo vivente, considerato che esso, come emerge dalla p. 48, «non cambia natura giuridica al momento della morte». Ribadisce lo studioso, alla p. 60, che «il corpo è stato escluso dalla civiltà dei giuristi perché era allo stesso tempo sacro e triviale, mentre per le stesse ragioni ha conservato invece tutta la sua importanza nella cultura popolare». Che poi il corpo rientrasse nelle *res divini iuris*, Baud afferma insistentemente: tra l'altro alla p. 65, in cui leggiamo che «per la sua sacralità, il corpo umano poteva appartenere alla categoria delle cose, e più particolarmente delle cose che dipendevano dal diritto divino, sulle quali il diritto civile non poteva aver presa. L'invenzione della persona e, come correlato, la censura del corpo

mostra il contrario. Ne derivavano infatti esiti di estremo rilievo sul piano del diritto⁴⁵, ben noti allo stesso Baud: per esempio, e come già osservato, veniva a essere preclusa all'uomo la proprietà e dunque la disponibilità delle sue e altrui membra. Di queste si può allora predicare, con il conforto plebiscitario della dottrina, che erano *extra commercium*: ma non perché, come crede Alberto Burdese, estranee al novero delle *res*⁴⁶ – per vero inclusivo di quelle *res corporales* nelle quali il breviloquente Gaio inserisce l'*homo*⁴⁷ –, quanto perché, lo ripeto, rientranti nel dominio divi-

umano si imposero nella civiltà romana come condizioni indispensabili perché il diritto degli uomini potesse gestire la materia umana». Assunto che sembra trascurare come in Roma antica tutto il diritto, anche quello divino, si vedesse prodotto dagli uomini. R. Fiori, *La condizione di 'homo sacer' e la struttura sociale di Roma arcaica*, in T. Lanfranchi (a c. di), *Autour de la notion de 'sacer'*, Rome 2018, 195 ss., sul punto è chiarissimo: «Il *ius humanum* e il *ius divinum* non sono due dimensioni giuridiche aventi una diversa origine, umana e divina, ma due parti del *ius* della città, delle quali la prima regola i rapporti tra uomini e la seconda i rapporti tra uomini e dei». Esse divergono solo per l'oggetto, derivando entrambe direttamente dagli uomini, che le individuano per lo più attraverso un'attività sapienziale nel monopolio di specialisti, quali erano a suo tempo i pontefici, poi soppiantati da giuristi laici.

⁴⁵ Ovviamente, verrebbe da dire, posto che «il sacro, il religioso e il pubblico, a Roma, sono anche delle categorie pienamente giuridiche», come evidenzia Y. Thomas, *Il valore delle cose*, trad. it., Macerata 2015, 39.

⁴⁶ Cfr. A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1993⁴, 168.

⁴⁷ Come riconosce Trisciuglio, *Il corpo umano vivente dopo la nascita* cit. 391 s., sulla base di un passo di Gaio in D. 41.3.9, dove si parla dell'uomo libero perché non schiavo; per parte mia, non escludo che in 2.13 delle *Istituzioni* dello stesso Gaio, dove si definiscono ed esemplificano le *res corporales*, l'*homo* che vi è enumerato non sia o, meglio, non sia soltanto lo schiavo e valga quale richiamo per eccesso delle membra del corpo umano (si avrebbe allora, per il libero e lo schiavo, una parità di regime che si riflette sulla parità di regime del *locus* che accoglieva il corpo morto dell'uno e dell'altro, sempre *religiosus*, coma ancora dirò). Si potrebbe peraltro obiettare che in un brano successivo, in 2.48, si dà per evidente che non possono essere usucapiti gli uomini liberi, le *res sacrae* e *religiosae*: ne deriverebbe infatti che Gaio non considerava gli uomini liberi nelle *res sacrae*. Ma ciò non sarebbe sufficiente a invalidare l'ipotesi che in queste il giurista vedesse anche le membra del corpo umano. Forse vi era in Gaio una certa riluttanza a precisare

no. Le parole di Ulpiano poc' anzi riferite (*dominus membrorum suorum nemo videtur*), d'altro canto, spingono nella direzione che ho indicato, lasciando immaginare che un *dominus* delle membra del corpo comunque vi fosse, benché diverso dall'uomo. Una notazione dello stesso Burdese⁴⁸, del resto, sembra avvalorare quanto vengo sostenendo. A suo parere, quello della commerciabilità del cadavere o di parti staccate di esso è «un problema che la giurisprudenza romana non si è neppure posto», essendo solo gli imperatori cristiani ad avvertire la necessità «di affermare la in-commerciabilità delle reliquie dei martiri», come testimonia la costituzione del 386 in C. 1.2.3 (*nemo martyres distrahat, nemo mercetur*). Orbene, se gli imperatori cristiani adottano provvedimenti normativi di tal genere la ragione è da ricercarsi nel loro rifiuto delle costruzioni giuridiche pagane, che contemplavano l'appartenenza delle membra del corpo, vivo o morto, al mondo degli dei. Un'appartenenza, e qui nuovamente divergo dal pensiero del mio Maestro, di cui la giurisprudenza romana trattava investigando il *ius divinum*, anche per evidenziarne il corollario dell'inidoneità di quelle membra a formare oggetto di rapporti giuridici fra privati.

Guardando proprio al cadavere, Baud ha argomentato a favore dell'idea che nella Roma antica il corpo, vivente o meno, fosse percepito come sacro e perciò – punto sul quale ho già espresso e motivato il mio dissenso – al di fuori delle materie di cui discutevano i giuristi. Il suo ragionamento, che, se accettato, condurrebbe comunque a configurare quale *religiosus* e non sacro il corpo – con conseguenze ai fini che qui importano irrilevanti –, valorizza la nota regola che voleva appunto

che nelle cose sacre (o religiose) rientravano le membra in parola, magari dovuta al fatto che i problemi giuridici sorgevano soprattutto con riferimento all'uomo nel suo complesso, come mostra l'accenno all'iusucapibilità dell'uomo libero, correttamente qualificato come estraneo alle *res sacrae e religiosae*. Lo sguardo di Gaio, comunque, non si estendeva a uomini, come il *sacer* e il *devotus* di cui tratterò, che sicuramente avevano carattere sacro, appartenendo nella rispettiva totalità a divinità varie.

⁴⁸ Ancora in Burdese, *Manuale di diritto privato romano* cit. 168.

religiosus il *locus* di seppellimento del cadavere, anche dello schiavo⁴⁹, dalla quale si ricaverebbe che morto o vivo il corpo fosse reputato tale⁵⁰. Ma, come ha messo in luce Yan Thomas, *religiosus*, in base a quella regola, diventava il luogo di inumazione del cadavere o il manufatto che lo proteggeva, mentre non lo era il cadavere in sé⁵¹. Anche per questo, dunque, la traiettoria euristica inaugurata da Baud, cui va senz'altro riconosciuto il merito di aver scorto un problema qualificatorio prima negletto, per me va corretta in alcuni punti.

Più precisamente, in questi: non è dallo statuto giuridico della tomba che si può inferire quello del cadavere, per poi trasferirlo al corpo dell'uomo vivente; sacre, per le ragioni che ho indicato, dovevano considerarsi le sole membra del corpo dell'uomo vivente o morto; in qualche caso, come quello del *flamen Dialis* o della vestale o dell'*homo sacer* o del *devotus*, era l'intero corpo, forse anche morto, di un individuo a essere sacro, come tra poco vedremo meglio; tutta questa materia era fatto oggetto di un approfondimento giurisprudenziale non pervenutoci, in quanto condotto trattando del *ius divinum* o *sacrum*, cioè di un settore dell'ordinamento di cui l'imporsi del cristianesimo ha difficoltàato la compiuta trasmissione, lasciando vedere ai lettori della compilazione giustiniana pochi spezzoni del medesimo.

⁴⁹ Cfr., per esempio, il testo di Ulpiano in D. 11.7.2 pr.: *Locum in quo servus sepoltus est religiosum esse Aristo ait.*

⁵⁰ Cfr. Baud, *Il caso della mano rubata* cit. 43 e 48: «La sacralità della tomba era solo la conseguenza della sacralità del cadavere» (di nuovo alla p. 70: «Il cadavere conferiva alla tomba la sua sacralità, mentre la sua sacralità non era precisata da nessuna parte e si doveva dedurla attraverso un ragionamento *a fortiori*»); la sacralità connotava anche il corpo vivente, poiché la morte non ne mutava la «natura giuridica».

⁵¹ Cfr. Y. Thomas, *'Corpus aut ossa aut cineres'. La chose religieuse et le commerce*, in *Micrologus VII, Il cadavere / The Corpse*, 1999, 93: «Or toute la jurisprudence de la violation des sépulchres est fondée sur un postulat: c'est le tombeau qui est religieux, pas le corps qu'il contient».

4. Torno al *flamen Dialis* di Aulo Gellio. Il cumulo di prescrizioni cui era assoggettato questo sacerdote spinge a ritenere che l'intero suo corpo animato, nel significato di dotato di vita, fosse sacro a Giove, distinguendosi perciò dal corpo dei comuni viventi, le cui sole membra erano sacre a qualche divinità. L'eccedenza è difficile da definire con precisione, ma certo coinvolgeva i capelli e le unghie, che ancor oggi faticheremmo a etichettare quali membra. E che significativamente, se relativi al *flamen Dialis*, erano sottoposti a una disciplina particolare e non lasciati, come d'ordinario, alla libera disponibilità dell'uomo cui pertenevano.

Quale essa fosse, è emerso in precedenza, ma è comunque opportuno ricordare qui, circostanziandola meglio. Prima ancora voglio però sottolineare che il caso del *flamen Dialis* non è unico: basta infatti dirigere lo sguardo alla vestale per accorgersi che l'intero suo corpo animato, eccedente le membra, era parimenti sacro a una divinità, nella specie Vesta⁵². Lo dimostra, a tacer d'altro, quanto capitava alla vestale colpevole di aver violato l'obbligo di castità. Scoperta e processata dal collegio dei pontefici, al fine di far constare a Vesta e alla comunità cittadina l'infrazione, la donna veniva accompagnata in una stanza sotterranea dalla quale non sarebbe più potuta uscire, provvista di un letto, di una lanterna accesa e di una piccola fornitura di pane, acqua, latte e olio, mentre il suo complice era messo direttamente a morte a titolo di sacrificio espiatorio in grado di risanare la ferita alla *pax deorum*⁵³. In quel confinamento è invero leggibile l'abbandono della vestale impudica a ciò che aveva in serbo per lei la dea cui apparteneva *in toto* il suo corpo

⁵² Sul destino delle vestali a seguito dell'avvento del cristianesimo sono interessanti le osservazioni di L. Sandirocco, *Laiche e religiose*, in *TSDP*, 10, 2017, 42 ss. (online)

⁵³ Cfr. E. Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni della pena di morte nell'antichità classica*, Milano 1991, 136 ss.; L. Sandirocco, *Vergini Vestali. Onori, oneri, privilegi. Riflessione sul 'ius testamenti faciundi'*, Roma 2016, 34 ss.

fin dall'ingresso nel sacerdozio, solo presuntivamente individuato in un futuro segnato dalla morte⁵⁴. Come, a ben vedere, suggerisce il brano in 10.9 della *Vita di Numa* di Plutarco, dove, a commento del rituale in parola, lo scrittore nota che a giustificarlo valeva lo scrupolo religioso dei romani, il quale li induceva a non voler «far morire di inedia un corpo consacrato con i riti più solenni»⁵⁵.

Termino sul punto richiamando i precetti che interessavano i capelli e le unghie del *flamen Dialis*. Mentre il taglio dei capelli per l'uomo qualunque non rispondeva ad alcuna regola concernente il suo artefice, trattandosi di un atto che incideva su una parte del corpo non sacra, per quel sacerdote, i cui capelli erano sacri e proprio a causa del loro essere tali, era ammesso – per quanto abbiamo letto in 10.15.11 delle *Notti* – solo se eseguito da un *homo liber*, a mio avviso da intendersi, avuto almeno riguardo all'epoca più risalente, come antitetico all'*homo sacer*, per i motivi sopra esposti. Sulla ragion d'essere della norma, difficilmente afferrabile se nell'*homo liber* si vedesse, fin dal concepimento di questa, il contrario dello schiavo, non indugio ancora, avendone già parlato.

Passiamo al comando attestato in 10.15.15 delle *Notti*, a mente del quale le unghie e i capelli del *flamen Dialis* una volta tagliati dovevano essere interrati *subter arborem felicem*: cioè, come visto, sotto un albero non appartenente agli dei inferi, poiché questi avevano attinenza con la sfera ctonia, alla quale era ricondotta la sfera della morte. Fabrizio Fabbrini spiega la norma sostenendo che le unghie e i capelli del *flamen Dialis* erano sacri⁵⁶, come anch'io credo. Ma lascia nell'ombra due elementi secondo me da valorizzare, ovvero: che tutto il corpo del nostro sacerdote era sacro a Giove, compresi le unghie e i capelli, laddove

⁵⁴ Cfr. F. Zuccotti, *Ancora sulla configurazione originaria della saceretà*, in *Iura* 64, 2016, 348.

⁵⁵ Mi sono avvalso della traduzione che compare in *'Leges regiae'* cit. 11.

⁵⁶ Cfr. Fabbrini, voce *'Res divini iuris'* cit. 540.

dell'uomo comune erano sacre a qualche divinità le sole membra del corpo, per cui egli poteva disporre *ad libitum* delle unghie e dei capelli dopo il distacco; che il *flamen Dialis* non poteva altrettanto, essendo sacro a Giove anche nelle unghie e nei capelli separati dal corpo e come tale tenuto a non compiere gesti riguardanti le une e gli altri che lo portassero a contatto con la sfera ctonia, donde il loro obbligatorio interrimento *subter arborem felicem*.

5. L'ordinamento romano conosceva altre tipologie di individui, estranei all'ambiente sacerdotale, dal corpo anche vivente interamente sacro. Alludo all'*homo sacer*, già evocato, e al *devotus*, due figure sulle quali mi sono spesso intrattenuto. Dai contributi che vi ho dedicato⁵⁷ riprendo allora quanto qui è essenziale, iniziando dall'*homo sacer*.

Tenendo uno dei comportamenti che il sistema giuridico sanzionava con l'acquisizione dello *status* di *sacer* da parte del loro autore – e così sanzionava in vista del ripristino della *pax deorum* che ne era risultata infranta –, questi, il soggetto agente, si trovava in una condizione peculiare, senza bisogno di una preventiva pronuncia di colpevolezza: di estromissione dalla comunità in cui era nato e cresciuto, ovvero di privazione della qualifica di *liber* che denotava proprio l'inserimento nel gruppo sociale, e di appartenenza al dio che aveva osato ingiuriare.

Poiché l'*homo sacer* era nel dominio di un dio, è giocoforza che questo potesse disporne a piacimento. E magari decidere di segnare in negativo il suo destino, visto che, per quanto si apprende da 1.73.4 degli *Annali* di Tacito, ... *deorum iniurias diis curae*⁵⁸: per esempio, ingenerando in lui, a livello corporale o mentale, qualche malattia più o meno grave oppure

⁵⁷ Richiamati alle ntt. 42 della p. 38, 127 della p. 69 e 223 della p. 103 del mio *Di-sapplicazione del diritto* cit., dove di nuovo tratto dell'*homo sacer* alle pp. 69 ss. e del *devotus* alle pp. 102 ss.

⁵⁸ Cfr. anche Cic. *leg.* 2.10.25: *Quod autem non iudex, sed deus ipse vindex constituitur, praesentis poenae metu religio confirmari videtur.*

istigandolo con successo al suicidio o anche troncandogli la vita. Da questo punto di vista è significativo quanto ha messo in risalto Gianluca De Sanctis, per il suo valore almeno indiziario. Nel frammento di Vegoia dei *Gromatici Veteres*⁵⁹, attribuito dai più al I secolo a.C.⁶⁰, la ninfa etrusca, a proposito di «coloro che rimuoveranno i cippi» (di confine), profetizza che avrebbero sperimentato la punizione divina e sarebbero stati pertanto colpiti «da tremende malattie e infermità e debilitati nelle membra». E verso la fine dell'*Eneide*, quando Turno ed Enea sono sul punto di affrontarsi nel duello decisivo, il primo divelle un grosso macigno che fungeva da pietra di confine, incorrendo così nello *status* di *sacer*, cui consegue l'esaurirsi delle sue forze voluto dal dio offeso⁶¹.

Peraltro, in quanto nessun dio si sporcava del sangue di un individuo – *numquam deos ipsos admovere nocentibus manus*, si legge in 5.11.16 di Livio –, pure quello nella cui signoria fluttuava il suo oltraggiatore si sarebbe servito di un uomo per l'attuazione del proposito cruento maturato, potendo ricorrere a lui perché le regole del tempo, estese ai rapporti con gli esseri soprannaturali, ciò ammettevano. E il prescelto, anzi, quello che avvertiva – come tutti i consociati gli riconoscevano – di essere stato individuato dal dio, coerentemente non avrebbe risposto dell'omicidio perpetrato e sarebbe così scampato al castigo capitale al quale inesorabilmente conduceva la caduta nello *status* di *paricidas*, dal momento che, come sappiamo, esulava dalla fattispecie incriminatrice contemplata nella legge di Numa in materia – formulata con esclusivo riferimento a colui che mettesse a morte *dolo sciens un homo liber* – l'uccisione intenzionale dell'*homo non liber*, qual era l'*homo sacer*.

⁵⁹ Alla p. 350 dell'edizione Lachmann.

⁶⁰ Cfr. R. Fiori, '*Homo sacer*'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 206 ss., anche per la pregnanza del «parallelo di diritto etrusco» che vi è descritto.

⁶¹ Cfr. G. De Sanctis, *La logica del confine. Per un'antropologia dello spazio nel mondo romano*, Roma 2015, 19 ss. e 87 ss.

Né egli, altrettanto coerentemente, sarebbe diventato *sacer* o avrebbe comunque subito un peggioramento del suo *status* a causa del fatto commesso, integrante, in mancanza della giustificazione insita nella sua veste di esecutore di una risoluzione divina, una grave intromissione in un rapporto, quello intercorrente fra il dio e chi gli aveva arrecato vituperio, al quale ogni terzo doveva rimanere estraneo. Un brano delle *Antichità romane* di Dionigi di Alicarnasso, in 2.74, lo conferma inequivocabilmente. Vi si dice che, in virtù di una legge di Numa richiamata anche in Paul.-Fest. *verb. sign.*, voce *Termino* (ed. Lindsay 505), diventava *sacer* al dio dei confini il violatore delle pietre di confine, il quale, a motivo della sua condizione, poteva essere liberamente ucciso da chiunque, dal momento che l'omicida, oltre a non rispondere della morte inferta, nemmeno perdeva lo stato di purezza, vale a dire lo stato «normale», dal quale si usciva laddove si fosse compiuta un'azione reputata lesiva della *pax deorum*⁶².

E a voler immaginare che l'assassino dell'*homo sacer* fosse accusato per l'omicidio consumato di proposito, è da ritenere che si sarebbe sottratto all'imputazione provando la situazione in cui versava la sua vittima, forse oggetto di qualche forma di pubblicità in seno alla *civitas*. Che, poi, quell'assassino pur eventuale fosse per lo più la vittima dell'illecito commesso da chi era diventato a motivo di ciò *sacer*, come suppone taluno, è senz'altro credibile.

Che l'uccisione dell'*homo sacer* fosse normativamente prevista come eventuale, d'altro canto, era imposto dal fatto che, a livello ordinamentale, si percepiva come eventuale la decisione di interrompere la sua esistenza dall'esterno (o anche dall'interno, attraverso il suicidio) da parte del dio in balia del quale il nostro *homo* si trovava. Vincolare ogni membro della *civitas* o qualche suo organo alla messa a morte di costui sarebbe invero equivalso a non riconoscere al dio che ne era divenuto il

⁶² Cfr. Prosdocimi, 'Iupiter'; 'Mars' e 'Quirinus' cit. 451.

padrone il potere di determinarsi discrezionalmente, come ogni *dominus*, rispetto a un proprio bene. Viceversa, lasciare alla libera valutazione di ogni individuo la decisione circa la sorte effettiva dell'*homo sacer* significava, già nell'immaginario della Roma dei primordi, rispettare pienamente le prerogative acquisite da un dio attraverso un meccanismo, qual era quello della sacertà, d'indole giuridica e dagli effetti inderogabili. E implicava quindi sfuggire al pericolo che il dio reagisse malamente nei confronti della comunità nel caso in cui sentisse prevaricata la sua volontà, avendo qualcuno ucciso, in adempimento di un dovere arbitrariamente configurato in seno alla *civitas*, un *homo sacer* che egli voleva lasciar sopravvivere o tormentare diversamente, nell'uno o nell'altro dei modi in precedenza indicati. Ancora in 2.10.3 di Dionigi troviamo una preziosa, per quanto parziale, conferma di tutto ciò. Vi si afferma infatti che sarebbe stato lecito, a chi lo avesse voluto, porre a morte il soggetto, patrono o cliente, caduto in potere di Zeus infero – in quanto divenuto *sacer* al medesimo –, quale vittima decisa da questa divinità.

Ciò che lo statuto normativo dell'*homo sacer* insegna è dunque che il suo corpo anche vivente era tutto nelle mani di una divinità, le apparteneva per intero. Proprio per questo, d'altro canto, ne era vietata l'uccisione a titolo di sacrificio, essendo questo il mezzo attraverso il quale si trasferiva la vittima nel dominio di una divinità, nel caso dell'*homo sacer* già proprietaria di costui. Il tutto è icasticamente rappresentato nella voce *Sacer mons* di Festo (ed. Lindsay 424). Qui, a proposito dell'*homo sacer*, si dice: *Neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur*. Dunque, l'immolazione dell'*homo sacer* era vietata da una norma del *fas* – inteso, in scia a Maurizio Bettini, quale apparato deontologico di carattere assoluto e inderogabile, riconosciuto da tutti come tale⁶³ –, in quanto provocava una lesione della *pax deorum*⁶⁴. Solo

⁶³ Cfr. M. Bettini, *Roma, città della parola. Oralità, Memoria, Diritto, Religione, Poesia*, Torino 2022, specialmente 237 ss.

⁶⁴ La messa a morte dell'*homo sacer*, il quale già si trovava nella proprietà divi-

ne era ammessa, da una norma certo molto risalente, peraltro estranea al *fas* – e quindi di per sé potenzialmente variabile –, l’uccisione irrituale, in nessun modo riconducibile a un sacrificio, che non integrava l’ipotesi di omicidio volontario.

La figura dell’*homo sacer* richiama quella del *devotus*. Mediante il rito della *devotio*, infatti, il comandante militare impegnato in una battaglia dall’esito incerto e semmai compromesso rendeva se stesso o un proprio soldato *sacer* ai Mani e alla Terra, confidando che queste divinità ctonie prestassero aiuto a lui e al suo esercito. Valeva quindi per il *devotus* lo statuto dell’*homo sacer*, fatta salva la peculiare disciplina applicabile al primo qualora sopravvivesse allo scontro, concepita per consentirgli di tornare fra gli appartenenti alla *civitas*, reintegrato nella condizione giuridica a lui propria prima del compimento del rito, e sottrarsi così alla sfera di dominio degli dei nella quale era venuto transitoriamente a trovarsi⁶⁵.

Di essa si occupa Livio in 8.10.12-14, lasciando intendere che non vi era necessariamente accoppiato lo scacco militare comprovante l’inazione divina. Aiutati dalla traduzione di Luciano Perelli⁶⁶, possiamo volgere così il brano: Se il *civis* che è stato consacrato in luogo del magistrato *cum imperio* artefice della *devotio* muore, questo è segno di buona riuscita; se non muore, allora si seppellisce un fantoccio alto sette piedi o più e si immola una vittima espiatoria; a ogni magistrato romano è vietato – dal *fas* – calpestare il terreno sotto il quale si trova il fantoccio.

na, quale vittima sacrificale avrebbe implicitamente disconosciuto la precedente sua attribuzione alla sfera divina ed esposto la comunità che risultava non averlo espulso e trasferito in mani soprannaturali al pericolo conseguente a un’ulteriore rottura della *pax deorum* o comunque, ragionando diversamente, avrebbe dato luogo a un’intollerabile interferenza in un già costituito legame dominicale e causato perciò, come nella precedente ipotesi, una nuova violazione della *pax deorum*.

⁶⁵ Cfr. L. Garofalo, *Rubens e la ‘devotio’ di Decio Mure*, Pisa 2017, 68 ss.

⁶⁶ Cfr. Tito Livio, *Storie (Libri VI-X)*, a c. di L. Perelli, Torino 1979, 321.

Se un magistrato *cum imperio* consacra se stesso, nel caso in cui non muoia non può compiere senza macchiarsi d'impurità alcun atto sacro privato o pubblico, sia con il sacrificio di una vittima sia in qualunque altro modo voglia. Al magistrato *cum imperio* che si consacra e non perisce è però concesso – dal *ius* – offrire le armi a Vulcano o a qualunque altro dio da lui scelto.

Per meglio comprendere questo testo, giova osservare che il *devotus*, magistrato *cum imperio* o *civis designatus*, uscito indenne dallo scontro con l'esercito nemico, vincitore o vinto che fosse, continuava a essere legato in via esclusiva ai Mani e alla Terra, in quanto sacro a loro in esito al compimento della *devotio*: tanto che, riferisce Livio con specifico riguardo al magistrato autoconsacratosi, egli non poteva procedere ad alcuna cerimonia religiosa di natura privata o pubblica accessibile ai membri della collettività romana⁶⁷ – indice evidente della sua persistente emarginazione da questa⁶⁸ –, se non a pena di contaminazione⁶⁹ (*sin autem sese devovere volet, sicut Decius devovit, ni moritur, neque suum neque publicum divinum pure faciet, sive hostia sive quo alio volet*). Valevano quindi per lui le regole applicabili all'*homo sacer* di cui parla Festo nella voce *Sacer mons* dianzi richiamata⁷⁰:

⁶⁷ Sulla complessa materia cfr. almeno A. Maiuri, 'Sacra privata'. *Rituali domestici e istituti giuridici in Roma antica*, Roma 2013; J. Scheid, *Quando fare è credere. I riti sacrificali dei Romani*, trad. it., Roma - Bari 2011. In linea di massima si può dire, con G. De Sanctis, *La religione a Roma. Luoghi, culti, sacerdoti, dèi*, Roma 2012, 71, che i *sacra* si distinguevano a seconda che fossero *publica* o *privata*: i primi «ufficiati a nome dell'intera collettività, rappresentata dai suoi funzionari (magistrati e sacerdoti), e come tali finanziati dalla cassa cittadina»; i secondi «celebrati dai singoli gruppi familiari, nella fattispecie dalla persona del *pater familias*, a spese private».

⁶⁸ Cfr. Rüpke, *La religione dei Romani* cit. 128.

⁶⁹ Cfr. R. Edwards, 'Devotio', *Disease, and 'Remedia' in the Histories*, in V.E. Pagán (a c. di), *A Companion to Tacitus*, Malden - Oxford - Chichester 2012, 239.

⁷⁰ L'accostamento delle due figure, *homo sacer* e *devotus* superstite, non è sconosciuto alla dottrina, come ricorda Y. Berthelet, 'Homo sacer', 'consecratio' et 'destinatio dis', in *Autour de la notion de 'sacer'* cit. 232 s.

chiunque avrebbe potuto impunemente ucciderlo, restando per giunta puro, per quanto arguibile dal già citato brano di Dionigi di Alicarnasso in 2.74, e nel contempo nessuno, e dunque né la comunità cittadina né i suoi singoli componenti, avrebbe potuto sacrificarlo ritualmente a qualche divinità, dal momento che apparteneva già ai Mani e alla Terra. A queste entità il sistema giuridico romano doveva però riconoscere la facoltà di sciogliere il vincolo che a loro astringeva il *devotus*⁷¹. E anche se non abbiamo notizie sicure al proposito, è da supporre che nella sopravvivenza del *devotus* quel sistema ravvisasse proprio il segnale dell'intervenuto esercizio della facoltà in parola. Esplicitatosi nel concreto, entravano allora in gioco le previsioni ricordate da Livio, volte a garantire il reinserimento del superstite nella *civitas*, nello scrupoloso rispetto della *pax deorum*: e così, come indicato dal *ius*, il magistrato *cum imperio* che si era personalmente consacrato doveva offrire le sue armi, che costituivano una parte di sé⁷², a uno degli dei, con preferenza per Vulcano (*qui sese devoverit, Volcano arma sive cui alii divo vovere volet ius est*)⁷³, potendo allora nuovamente compiere in modo puro atti di culto⁷⁴; mentre – ancora in conformità al *ius*, è da presumere – il *civis* consacrato in sua vece dal magistrato *cum imperio* officiante doveva adoperarsi affinché fosse sotterrata una figura sostitutiva alta almeno sette piedi (*signum septem pedes altum aut maius in terram defodi*)⁷⁵ e venisse

⁷¹ Che pure la divinità cui apparteneva l'*homo sacer* godesse del potere di scioglierlo dal vincolo proprietario è ammissibile, per quanto del suo concreto esercizio non mi pare che le fonti rechino traccia.

⁷² Cfr. L. Sacco, 'Devotio', in *Studi Romani* 52, 2004, 329.

⁷³ Cfr. Dumézil, *La religione romana arcaica* cit. 285: «Le armi divenute vane e perfino pericolose del *devotus* che abbia la cattiva idea di sopravvivere dovrebbero essere date *Volcano sive cui alii divo vovere volet*, espressione dalla quale si deduce che Vulcano, a meno che non vi siano ragioni particolari, è il dio designato per tale ufficio».

⁷⁴ Cfr. De Francisci, 'Primordia civitatis' cit. 313.

⁷⁵ Cfr. G. De Sanctis, 'In effossa terra'. *Sacrifici di fondazione, sepolture rituali e*

celebrato un sacrificio espiatorio (*et piaculum hostia caedi*)⁷⁶. Una disposizione che potremmo definire di secondo grado, significativamente qualificata da Livio come emanazione del *fas*, statuiva inoltre che la sepoltura del fantoccio avrebbe reso impraticabile a un magistrato romano il suolo sovrastante (*ubi illud signum defossum erit, eo magistratum Romanum escendere fas non esse*).

Vero è, peraltro, che lo stesso quadro ricostruttivo qui proposto, contemplando la sepoltura del *signum*, ai ben noti effetti, per il solo caso del *civis* consacrato e sopravvissuto alla contesa, esige una riflessione che renda comprensibile il motivo per cui essa non era richiesta quando a salvarsi dai nemici fosse stato il magistrato *devotus*. Orbene, può darsi che nella permanenza in vita, a combattimento finito, del legionario *devotus* si scorgesse sì l'annuncio della volontà delle divinità inferie cui apparteneva di affrancarlo dal loro dominio, ma non tanto indubitabile quanto lo sarebbe stato se a non spirare guerreggiando fosse stato il magistrato. La cautela imponeva allora il ricorso alla sepoltura del fantoccio, nel quale le divinità inferie, le cui reali intenzioni potevano essere state mal interpretate, se del caso avrebbero continuato a vedere – essendone il «doppio», diremmo dopo aver letto Jean-Pierre Vernant⁷⁷ – il soggetto con-

vie di accesso per l'aldilà, in *SMSR*. 80, 2014, 208 s. Secondo H.J. Rose, voce 'Devotio', in *Dizionario di antichità classiche di Oxford I*, Roma 1981, 645, solo se il sostituto del comandante «non veniva ucciso e si vinceva egualmente bisognava seppellire in suo luogo un'immagine alta almeno due metri»: ma nelle fonti non trova riscontro il secondo presupposto.

⁷⁶ Cfr. G. Firpo, voce 'Votum', in *Noviss. Dig. it.* XX, Torino 1975, 1061. Che in un primo tempo fosse «il soldato stesso ad essere immolato agli dei ctoni», come si legge alla nt. 10, non è però ipotizzabile sulla base delle fonti di cui disponiamo.

⁷⁷ Cfr. J.-P. Vernant, *Figurazione dell'invisibile e categoria psicologica del 'doppio': il 'kolossós'*, in Id., *Mito e pensiero presso i Greci. Studi di psicologia storica*, trad. it., Torino 2001, 343 ss., dove di «doppio» si parla a proposito del colosso di area greca, cioè della statua che sostituiva un cadavere assente, tenendo quindi il posto del defunto.

segnato loro con la *devotio*⁷⁸. E a nessun magistrato romano, inteso all'evidenza come organo rappresentativo di tutti i *cives*, era concesso transitare sul terreno sotto il quale si trovava il fantoccio, a causa del rischio che tale azione andasse a incrinare la *pax deorum*: non era infatti sicuro che fosse venuto meno il rapporto che legava in via esclusiva il *devotus* alle divinità infere alle quali era stato consacrato, per cui un'azione siffatta, nell'eventuale perdurare di questo rapporto, avrebbe simbolicamente assunto la consistenza di un'indebita interferenza nel medesimo.

Ma quel che più conta è che tutte queste regole confermano la sacertà dell'intero corpo del *devotus*, destinata a durare fino a quando costui rientrasse nella comunità dei *cives* nei modi prescritti dall'ordinamento: al che le sole membra del suo corpo avrebbero conservato il carattere sacro, secondo lo statuto valevole per gli uomini in generale.

⁷⁸ Per L. Sacco, *Osservazioni comparative sulla sepoltura della vestale a Roma*, in *Mediterraneo antico* 13, 2010, 423, «le divinità destinatarie del *signum* non possono essere se non quelle cui, fin da principio, il *devovens* stesso doveva intendersi destinato: vale a dire, i *Mani* e *Mater Tellus*». L'assunto, se al *devovens* si sostituisce il cittadino *devotus*, è del tutto condivisibile.

De mandatis obsequendis: a proposito di Gell. 1.13

Luigi Pellecchi

I. Premessa

Un capitolo delle *Noctes Atticae* offre la possibilità, non così frequente per chi si occupi di diritto privato romano, di collegare i discorsi dei giuristi a quelli di altre discipline e saperi. Nel capitolo gelliano si discute se sia opportuno deviare dalle istruzioni ricevute nell'interesse della persona che quelle istruzioni ha impartito. La discussione è condotta *lato philosophiae*, ma corrisponde, con i dovuti aggiustamenti, a quella che impegnava i giuristi sui *fines mandati* e la possibilità di trascenderli.

È merito della intelligenza e della finezza di Okko Behrends e Dieter Nörr di aver richiamato, sul testo l'attenzione degli storici del diritto, pressoché contemporaneamente, dopo alcuni fugaci accendi di Beseler, Pringsheim e, in tempi più recenti, di Remo Martini¹. Non si può tutta-

¹ G. v. Beseler, *Fruget et paleae*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* III, Milano 1948, 282; F. Pringsheim, *Noch einmal Gai. 3.161. und Inst. Just. 3.26.8*, in *ZSS.* 72, 1955, 65 nt. 41; R. Martini, *Il mandato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, a c. di J. Paricio, Madrid 1994, 646 nt. 38; O. Behrends, *Die bona fides im mandatum. Die vor-klassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in M.J. Schermer e Z. Végh (a c. di), *Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 54-55 (= M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl e C. Möller [a c. di], *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze* II, Göttingen 2004, 830-831); D. Nörr, *Mandatum, fides, amicitia*, in D. Nörr e S. Nishimura (a c. di), *Mandatum und Verwandtes*.

via dire che lo spunto offerto dai due illustri Maestri sia stato pienamente raccolto. Se non vedo male, eccettuate alcune pagine di Carla Masi, peraltro più interessate agli aspetti pubblicistici della questione², il solo autore che sia tornato sulla notizia della *Noctes Atticae*, e con motivate riserve circa la possibilità di servirsene per una migliore intelligenza dei testi dei giuristi, è stato Giovanni Finazzi³. Gli ultimi studi monografici, dedicati al mandato, ignorano sostanzialmente il problema⁴, che a noi sembra valga invece la pena di riprendere e di affrontare, oltre che con le lenti della *iurisprudencia*, con quelle della retorica.

Si vedrà in questo modo che le riserve, circa la possibilità di trasportare il discorso di Gellio al mondo del diritto (anche privato), hanno un valore relativo. Si vedrà anche che se va senz'altro evitato di attribuire al testo più di quanto esso non dica, esso permette comunque di recuperare una visione di fondo dell'eccesso di mandato, che non è priva di utilità per chi si accosti alle fonti giuridiche. Ciò anche a fronte di alcune incrostazioni, determinatesi nella stagione dell'interpolazionismo, non ancora del tutto rimosse.

Beiträge zum römischen und modernen Recht, Berlin 1993, 29-31 (= T. J. Chiusi, W. Kaiser e H.-D. Spengler [a c. di], *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften* III, Goldbach 2003, 1949-1951).

² C. Masi Doria, *Spretum imperium. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, 104-125. Nella scia di Nörr, vd. anche i rapidi cenni di A. Bürge, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt 1999, 134.

³ G. Finazzi, *Amicitia e doveri giuridici*, in A. Corbino, M. Humbert e G. Negri (a c. di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 782-785.

⁴ Il testo non riceve più che una citazione in T. Rundel, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia: Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster 2004, 20 nt. 94, nonché in S. Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 29 nt. 92.

II. Il testo

Inizieremo con il presentare il capitolo delle *Noctes Atticae* (1.13) secondo l'edizione oxoniense di Marshall⁵. Di seguito, ne offriremo una prima interpretazione in via di parafrasi. Essa permetterà di fissare alcuni punti iniziali, relativamente fermi, e di mettere a fuoco quali questioni sia invece necessario approfondire nell'ottica di una lettura 'giuridica' del testo.

In officiis capiendis, censendis iudicandisque, quae καθήκοντα philosophi appellant, quaeri solet, an negotio tibi dato et, quid omnino faceres, definito contra quid facere debeas, si eo facto videri possit res eventura prosperius exque utilitate eius, qui id tibi negotium mandavit. 2. Anceps quaestio et in utramque partem a prudentibus viris arbitrata est. 3. Sunt enim non pauci, qui sententiam suam una in parte defixerint et re semel statuta deliberataque ab eo, cuius id negotium pontificiumque esset, nequaquam putaverint contra dictum eius esse faciendum, etiamsi repentinus aliqui casus rem commodius agi posse polliceretur, ne, si spes fefellisset, culpa inpatientiae et poena indeprecabilis subeunda esset, 4. si res forte melius vertisset, dis quidem gratia habenda, sed exemplum tamen intromissum videretur, quo bene consulta consilia religione mandati soluta corrumperentur. 5. Alii existimaverunt incommoda prius, quae metuenda essent, si res gesta aliter foret, quam imperatum est, cum emolumento spei pensitanda esse et, si ea leviora minoraque, utilitas autem contra gravior et amplior spe quantum potest firma ostenderetur, tum posse adversum mandata fieri censuerunt, ne oblata divinitus rei bene gerendae occasio amitteretur; 6. neque timendum exemplum non parendi crediderunt, si rationes dumtaxat huiusmodi non abessent. 7. Cum primis autem respiciendum putaverunt ingenium naturamque illius, cuius res praeceptumque esset: ne ferox, durus, indomitus inexorabilisque sit, qualia fuerunt Postumiana imperia et Manliana. 8. Nam si tali praeceptorum ratio reddenda sit, nihil faciendum esse monuerunt aliter quam praeceptum est.

⁵ A. Gellii *Noctes Atticae*. *Recognovit brevique adnotatione critica instruxit* P. K. Marshall, I, Oxford 1968, 63-65.

9. *Instructius deliberatiusque fore arbitramur theorematium hoc de mandatis huiusmodi obsequendis, si exemplum quoque P. Crassi Muciani, clari atque incluti viri, apposuerimus.* 10. *Is Crassus a Sempronio Asellione et plerisque aliis historiae Romanae scriptoribus traditur habuisse quinque rerum bonarum maxima et praecipua: quod esset ditissimus, quod nobilissimus, quod eloquentissimus, quod iurisconsultissimus, quod pontifex maximus.* 11. *Is cum in consulatu obtineret Asiam provinciam et circumsedere oppugnareque Leucas pararet opusque esset firma atque procera trabe, qui arietem faceret, quo muros eius oppidi quateret, scripsit ad magistratum Mylattensium, sociorum amicorumque populi Romani, ut ex malis duobus, quos apud eos vidisset, uter maior esset eum mittendum curaret.* 12. *Tum magistratus comperto, quamobrem malum desideraret, non, uti iussus erat, maiorem, sed quem esse magis idoneum aptioremque faciendo arietem facilioremque portatu existimabat, minorem misit.* 13. *Crassus eum vocari iussit et, cum interrogasset, cur non, quem iusserat, misisset, causis rationibusque, quas dictitabat, spreto vestimenta detrahi imperavit virgisque multum cecidit corrumpi atque dissolvi officium omne imperantis ratus, si quis ad id, quod facere iussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat.*

La cronaca di Gellio si basa sull'impiego di due diverse fonti, che conferiscono al discorso una struttura dichiaratamente bipartita. A una prima parte, che delinea lo svolgimento della *quaestio* filosofica in termini (fino a un certo punto) generali (§§ 1-8), segue la rievocazione di uno specifico episodio storico, addotto come *exemplum* per concretizzare la *quaestio* stessa e mostrare forse anche, tra le righe, in quale delle posizioni filosofiche in campo Gellio si riconosca (§§ 9-13).

La *quaestio* – che nella giuntura tra la prima e la seconda parte del capitolo è indicata a mo' di titolo come *theoremantium de mandatis obsequendis*⁶ – trova un riassunto abbastanza fedele nell'indice di aper-

⁶ Sul diminutivo – e le sue possibili ascendenze – vd. R. Till, *Der Befehl. Zu Sempronius Asellio Fragment 8*, in *Chiron* 3, 1973, 110 nt. 6.

tura delle *Noctes Atticae*⁷. Si tratta di sapere se, dopo aver ricevuto un incarico, definito in ogni suo aspetto, sia doveroso deviare dalle consegne ricevute, quando in questo modo ragionevolmente si stimi di poter meglio servire gli interessi del mandante⁸.

Si tratta di una *quaestio anceps* (§ 2), a seguire illustrata prospettando le tesi presentate in un senso e nell'altro da due schiere di filosofi, non meglio individuati, ma che si è usi ricondurre alla scuola stoica⁹. Da una parte e dall'altra, gli argomenti addotti sono di un doppio ordine, soggettivo e oggettivo. I fautori (*non pauci*) della tesi più rigorosa sostengono che non ci si deve mai discostare dalle istruzioni deliberate dal titolare della faccenda (*is cuius id negotium pontificiumque esset*¹⁰). E ciò sia per il rischio di rispondere in prima persona in caso d'insuccesso (§ 3) sia, nel caso di un successo dovuto alla bontà divina, per non offrire un cattivo precedente, in grado di incrinare la *religio mandati* (§ 4). Altri filosofi sono invece meno categorici, e giustificano che ci si possa discostare dalle direttive del mandante in presenza di una doppia condizione, positiva e negativa. In positivo, affinché l'iniziativa

⁷ Sulla natura, la funzione e la tradizione letteraria dei *capita rerum* gelliani, vd. da ult. J.A. Howley, *Aulus Gellius and Roman Reading Culture. Text, Presence, and Imperial Knowledge in the Noctes Atticae*, Cambridge 2018, 52 ss.

⁸ *Quaesitum esse in philosophia, quidnam foret in recepto mandato rectius, idne omnino facere, quod mandatum est, an nonnumquam etiam contra, si id speres ei, qui mandavit, utilius fore; superque ea quaestione expositae diversae sententiae*. Nel sunto della *quaestio*, reso per l'indice, il dettaglio omissso è che si tratti di un mandato prefissato in tutti i suoi aspetti: *negotio tibi dato et, quid omnino faceres, definito* (§ 1). Nel riportare il testo alle fonti giuridiche si tratta di un dato rilevante, non sempre tenuto nel debito conto: vd. § 6.

⁹ Sulla base delle parole con cui la *quaestio* è introdotta al § 1: *quae καθήκοντα (scil. officia) philosophi appellant*: sul punto vd., con varietà di approfondimenti, Till, *Der Befehl* cit. 109; Behrends, *Die bona fides* cit. 830 e nt. 53; L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius. An Antonine Scholar and his Achievement*, Oxford 2003², 281.

¹⁰ Sulle difficoltà che pone la lezione *pontificium*, vd. peraltro Till, *Der Befehl* cit. 115 s. nt. 34.

del mandatario non si traduca in un pericoloso precedente, occorre che il *commodum* superi l'*incommodum*, vale a dire che la posta in gioco non sia troppo elevata e le speranze di successo realistiche (§§ 5-6). In negativo, occorre che il *praeceptor* non sia di carattere *ferox, durus, in-domitus* e *inexorabilis*, come i celeberrimi Aulo Postumio Tuberto e Tito Manlio Imperioso (§ 7). Le tremende punizioni che costoro, secondo la tradizione, non avevano esitato a infliggere per insubordinazione, senza farsi trattenere né dalla parentela con la persona punita, né dal fatto che l'iniziativa del sottoposto fosse stata comunque coronata dal successo¹¹, costituiscono la tacita spiegazione della riflessione con cui si chiude questa prima parte del discorso, e cioè che di fronte a *praeceptores* di tal fatta l'esecuzione del mandato deve sempre essere la più scrupolosa (§ 8).

Questo riferimento agli *imperia Manliana et Postumiana* – riferimento che Gellio potrebbe anche aver trovato nella fonte (medio o tardo) stoica utilizzata¹² – prepara il lettore all'*excursus* successivo, dove il discorso, da generale che era nelle prime battute (*negotium datum / res statuta et deliberata / religio mandati*), si concretizza definitivamente intorno al problema della trasgressione agli ordini militari. Anche la formula di transizione sottolinea questo passaggio dal generale al particolare, avvertendo che l'esempio addotto serve per rendere più accurato e giudicabile il problema teorico *de mandatis huiusmodi obsequendis* (§ 9), dove la specificazione si riferisce evidentemente a *mandata* impartiti appunto in teatri bellici.

L'*exemplum* addotto – il cui valore sta per Gellio nella caratura del protagonista (sempre § 9), presentato come un uomo nel quale i

¹¹ Per la tradizione sui due personaggi, v. le fonti raccolte in Masi Doria, *Spetrum imperium* cit. 110-116. Su Manlio Torquato vd. poi in part. J. Gasper, *Titus Manlius Imperiosus Torquatus - exemplum severitatis. Die episodische Erzählung im Geschichtswerk des Livius und ihre Behandlung im Lektüreunterricht*, ebook consultabile all'indirizzo: <https://www.grin.com/document/204848>, 2003, *passim*.

¹² Cfr. Till, *Der Befehl* cit. 110 nt. 5.

contemporanei riconoscevano essersi concentrate in massimo grado ricchezze, riconoscimenti e talenti (§ 10)¹³ – riguarda un episodio che coinvolse Publio Licinio Crasso Divite Muciano durante la campagna contro Aristonico; campagna che Crasso guidava come console¹⁴. Durante l'assedio della città di Leuca, egli aveva fatto battere con le verghe il magistrato, o comunque una carica, di una città alleata¹⁵. Richiesto di abbattere e di portare al campo romano un certo albero, che l'*imperator* voleva fosse usato come ariete, l'alleato aveva fatto invece recapitare un albero diverso, secondo lui più idoneo alle necessità dell'assedio (§§ 11-13). La motivazione finale della punizione, ascritta al console (sempre § 13), è in linea con la posizione dei filosofi più intransigenti, in particolare con l'argomento che iniziative non richieste creano un precedente da evitare, perché capaci tanto di *solvere la religio mandati* (per i filosofi, in generale) quanto di *corrumpere atque dissolvere l'officium imperantis* (per Crasso, in particolare).

Dal momento che Crasso non era certamente sospettabile di essere un *praeceptor* del tipo di Manlio e Postumio¹⁶ e dal momento che dalla inizia-

¹³ Il giudizio – sulla cui prospettiva aristocratica vd. K.-J. Hölkeskamp, *Self-servings Sermons: Oratory and the Self-construction of the Republican Aristocrat*, in C. Smith e R. Covino (a c. di), *Praise and Blame in Roman Republican Rhetoric*, Swansea 2011, 27 – è ripreso dalle *Historiae* di Sempronio Asellione (fr. 8 Pet.). Sul fatto che Asellione rappresentasse la fonte da cui Gellio riprese e sunteggiò l'episodio rievocato di seguito, vd. da ult. H. Bernader, *Drei Fragmente aus dem Werk des annalisten Sempronius Asellio*, in R. Rollinger e B. Truschneegg (a c. di), *Altertum und Mittelmeerraum: die antike Welt diesseits und jenseits der Levante. Festschrift für P.W. Haider zum 60. Geburtstag*, Stuttgart 2006, 703-705.

¹⁴ Sulla campagna nel suo complesso vd. F. Daubner, *Bellum Asiaticum. Der Krieg der Römer gegen Aristonikos von Pergamon und die Einrichtung der Provinz Asia*, München 2004², *passim*.

¹⁵ Tanto il nome della comunità alleata quanto la precisa titolatura della carica che la rappresentava non sono esattamente determinabili, a causa di una tradizione testuale compromessa: dettagli in Till, *Der Befehl* cit. 112-113.

¹⁶ La cosa va osservata soprattutto in ragione di quanto affermato da Finazzi, *Amici-*

tiva dell'alleato non dipendevano certo le sorti dell'assedio, se ne deduce che, nell'ambito almeno dell'*imperium militiae*, le idee di Crasso (e sembrerebbe di Gellio) coincidessero con quelle dei filosofi più intransigenti.

III. *Rilievi storiografici e inquadramenti teorici*

Il capitolo delle *Noctes Atticae*, che abbiamo succintamente riassunto, è stato accostato alla disputa tra Sabiniani e Proculiani intorno a una *quaestio iuris* che la dottrina moderna inquadra nel problema del cd. eccesso di mandato. Dalle Istituzioni di Gaio (3.161) – e dalla integrazione che sul punto ne offrono le Istituzioni di Giustiniano (3.26.9) – si sa che a fronte dell'incarico di acquistare un certo bene a un certo prezzo, qualora il mandatario avesse perfezionato la compera a un prezzo superiore, il mandante non sarebbe stato tenuto a ratificare l'acquisto: in nessun caso, secondo i Sabiniani; a condizione che il mandatario non si offrisse di rimettere la somma pagata in eccesso, secondo i Proculiani.

Ad avviso di Behrends, i Sabiniani sarebbero stati ispirati da una visione della *religio mandati* analoga a quella in cui si riconoscevano i *non pauci* filosofi della prima corrente rappresentata nelle *Noctes Atticae*. Il resoconto di Gellio, a detta dell'illustre autore, lascerebbe anzi intendere che la stessa visione permeasse la giurisprudenza repubblicana nel suo complesso, atteso che «der Protagonist des Beispiels Licinius Crassus Mucianus, der Onkel des Q. Mucius *pontifex*, gehört in hiren

tia cit. 783 s., il quale sembra vedere nell'*exemplum* di Crasso una concretizzazione del «tipo caratteriale» del *praeceptor* dai cui ordini anche i filosofi della seconda corrente raccomandavano di mai discostarsi (cfr. in part. p. 784: «non si può escludere che, ove lo sfortunato architetto avesse avuto a che fare con un comandante romano meno duro, la sua scelta, ove profittevole, sarebbe stata approvata»). Nel senso proposto nel testo vd. invece Till, *Der Befehl* cit. 117, con una rassegna delle fonti che ben illustra la compresenza nell'uomo romano Crasso di «Macht und Menschlichkeit».

Kreis (*scil.* dei *veteres*-Juristen)»¹⁷. Anche Nörr ha rilevato una identità tra la posizione sabiniana e il primo «philosophischen Standpunkt»¹⁸, ma ha evitato di trarne corrispondenze troppo stringenti. A giudizio dell'illustre maestro di Monaco, sul versante del diritto privato, il valore di questo capitolo delle *Noctes Atticae* viene dal suo documentare che la discussione sugli obblighi del mandatario era trasversale a varie discipline, accomunate dalla presa d'atto dell'esistenza di «ambivalenter normativen Erwartungen»¹⁹. Si tratta di una posizione non solo esatta, ma che un approfondimento, oltre che del testo di Gellio, di alcuni escerti del *corpus* retorico e di un brano in particolare della giurisprudenza romana permetterà di affinare e di circostanziare.

Circa l'uso giuridico, se così lo si può chiamare, del capitolo delle *Noctes Atticae* sono stati tuttavia sollevati due ordini di rilievi, che conviene affrontare in via preliminare. I rilievi in questione hanno di mira soprattutto le deduzioni tratte da Behrends. È però vero che la loro portata è più generale, toccando tra l'altro punti non affrontati dalle rapide osservazioni sia di Behrends sia di Nörr.

Il primo rilievo è che dei vari argomenti messi in campo, via Gellio, nell'approccio filosofico al problema solo alcuni trovano riscontro nelle fonti che mostrano i giuristi confrontarsi (e all'occorrenza dividersi) in merito al problema parallelo dell'eccesso di mandato²⁰. Il secondo rilievo è che l'*exemplum*, sempre via Gellio, di Crasso può fare stato solo per il suo tempo e il suo ambito, vale a dire per l'età repubblicana e la

¹⁷ *Die bona fides* cit. 830.

¹⁸ *Mandatum* cit. 1949. In senso analogo Bürge, *Römisches Privatrecht* cit. 134.

¹⁹ *Mandatum* cit. 1950. A riscontro di questa trasversalità, Nörr segnala che anche la trattazione dell'eccesso di mandato nell'*Ad Edictum* di Paolo «enthält (...) Sätze die in der Erörterung des Gellius ihren Platz hätten finden können»: sul pt. vd. meglio *infra* § 5.

²⁰ Finazzi, *Amicitia* cit. 783. Il riferimento è al fatto che i *non pauci* filosofi più rigorosi chiamavano in causa (tra l'altro) il rischio che il mandatario non conseguisse il risultato sperato, mentre quelli più possibilisti raccomandavano (tra l'altro) di vagliare il carattere del *praepceptor*.

coercitio magistratuale, non certo per fare luce su una disputa relativa al contratto di mandato, insorta a secoli di distanza²¹.

Di per sé presi, non c'è dubbio che entrambi i rilievi costituiscano un giusto monito a non trarre dalle *Noctes Atticae* conclusioni improprie o affrettate. Ma d'altro canto, sarebbe altrettanto affrettato prendere atto delle peculiarità della cronaca di Gellio e non procedere oltre. Il fatto che la *quaestio anceps* delle *Noctes Atticae* risulti affrontata (nella prima parte del capitolo) *lato philosophiae* e il fatto che essa venga concretizzata (nella seconda parte) con un *exemplum* dalle coordinate cronologiche e tematiche molto lontane da quelle dei testi dei giuristi, che essa dovrebbe illuminare, non significa che tra le fonti giuridiche e il testo di Gellio non possa instaurarsi un confronto comunque virtuoso. L'essenziale è che il confronto sia condotto con metodo. Per convincersene, occorre innanzitutto mettere meglio a fuoco la cornice concettuale del *theorematum de mandatis obsequendis*. Di lì risulterà evidente perché non tutti gli argomenti enucleati sul piano della filosofia morale potessero spendersi altrettanto bene su quello della giurisprudenza.

Nell'ideale dialogo che si vorrebbe comporre tra giuristi e filosofi, il primo nodo concettuale da sciogliere è rappresentato dal fatto che il *theorematum de mandatis obsequendis* risulta affrontato, nelle *Noctes Atticae*, avendo come riferimento l'ipotesi di un mandato accettato, o comunque di un incarico impartito, ma non ancora eseguito. Non sarà infatti sfuggito che la discussione filosofica è condotta mettendosi nei panni di un mandatario che debba deliberare il da farsi, incerto sull'opportunità di deviare dall'incarico e cogliere l'occasione di meglio servire gli interessi del mandante, avendo come alternativa il non lasciarsi tentare dalla sorte e attenersi scrupolosamente alle istruzioni ricevute. Se la si guarda con le lenti della retorica – le cui incursioni nel campo delle *quaestiones* (più

²¹ *Op. cit.* 783 s. Il *caveat* – condivisibile nella sostanza – è tuttavia appoggiato alla premessa (errata: *supra* nt. 16) che l'*exemplum* di Crasso servisse a Gellio per concretizzare la figura del comandante romano del tipo inflessibile.

o meno) *infinatae* dei filosofi sono ben documentate²² – la discussione prospettata nelle *Noctes Atticae* va insomma inquadrata come una *quaestio de futuris*, e dunque come una questione che nella tradizionale tripartizione dei *genera dicendi* dava luogo a discorsi diversi da quelli che chiamavano in causa il diritto e si svolgevano nei tribunali²³.

Il confronto con la precettistica retorica illumina però anche su un secondo aspetto. Le questioni deliberative – che nelle scuole di retorica si declinavano in forma di *suasoriae* – erano affrontate con argomenti che attenevano per lo più allo *status* della *comparatio*²⁴. Sicché non stu-

²² Cfr. in gen. L. Pasetti, *Filosofia e retorica di scuola nelle Declamazioni Maggiori pseudoquintiliane*, in F. Gasti ed E. Romano (a c. di), *Retorica ed educazione delle élites nell'antica Roma*, Pavia 2008, 113-115, nonché ora G. Krapinger e Th. Zinsmaier, *Philosophische Theoreme in den Declamationes*, in A. Lovato, A. Stramaglia e G. Traina (a c. di), *Le »Declamazioni maggiori« pseudo-quintiliane nella Roma imperiale*, Berlin - Boston 2021, 148 s.

²³ Cfr. Quint. 3.4.6-7: *Omne orationis officium aut in iudiciis est aut extra iudicia. Eorum de quibus iudicio quaeritur manifestum est genus: ea quae ad iudicem non veniunt aut praeteritum habent tempus aut futurum: praeterita laudamus aut vituperamus, de futuris deliberamus*. Il passo offre una rielaborazione della tradizionale tripartizione aristotelica tra retorica epidittica, deliberativa e giudiziaria. Dal momento che il *genus* giudiziale aveva ad oggetto anch'esso τὰ γεγενημένα (cfr. Arist. *Rhet.* 1.3.1358b), è difficile comprendere come H. Kalverkämper, *Quintilian: Redner und Lehrer*, in M. Erler e C. Tornau (a c. di), *Handbuch Antike Rhetorik*, Berlin - Boston 2019, 449 s. possa identificare il *genus manifestum* dell'oratoria giudiziaria nell'«Aktuelles», come contrapposto al «Vergangenes» di quella epidittica e al «Zukünftiges» di quella deliberativa. Oltre a Quint. 7.4.2 (*infra* nt. 25), cfr. Quint. 7.2.3 (sia pure nella prospettiva specifica della *coniectura*): *In iudiciis praeteritum tempus maxime valet, nemo enim accusat nisi quae facta sunt*. Naturalmente, il fatto che la *quaestio* deliberativa sia svolta *de futuris* non impedisce che anche il passato vi sia conglobato in forma di *exempla* (cfr. Quint. 3.8.66: *usum exemplorum nulli materiae [scil. la suasoria] magis convenire merito fere omnes consentiunt, cum plerumque videantur respondere futura praeteritis*). Il che è esattamente quanto avviene nel capitolo di Gellio, prima con l'accenno ai *Postumiana et Manliana imperia*, e poi soprattutto con la rievocazione dell'episodio di Crasso.

²⁴ Cfr. Quint. 3.8.34: *Ita fere omnis suasoria nihil est aliud quam comparatio, videntumque quid consecuturi simus et per quid, ut aestimari possit plus in eo quod petimus sit commodi, an vero in eo per quod petimus incommodi*.

pisce che su un piano comparativo si muovessero anche le due schiere di filosofi delle *Noctes Atticae*. Da una parte e dall'altra, essi mettevano infatti su un piatto della bilancia innanzitutto il rischio personale, cui sarebbe andato incontro il mandatario: secondo una tesi, se la sua iniziativa non avesse avuto successo; secondo l'altra, se il carattere del *praeceptor* fosse stato tale che l'infrazione sarebbe stata punita a prescindere, anche in caso di successo. Al di là del profilo soggettivo, rappresentato dal rischio personale del mandatario, è però anche tutto il versante oggettivo della discussione a risultare impostato in termini comparativi, basato com'è sul confronto tra due diversi valori. I filosofi di orientamento più rigoroso, come si è visto, affermavano infatti che l'iniziativa personale del mandatario, anche se coronata dal successo, avrebbe comunque compromesso un valore più importante, rappresentato dalla *religio mandati*. I filosofi dell'altra corrente, dimostrando maggior fiducia in una razionalità collettiva capace di distinguere da caso a caso, spostavano invece la comparazione su un piano tutto interno al singolo mandato. A loro avviso, il mandatario doveva cioè valutare, nel concreto della situazione data, se il *commodum* derivante da un esito favorevole – e ragionevolmente certo – della sua iniziativa avrebbe superato gli svantaggi che si sarebbero potuti innescare devian-do dalle istruzioni ricevute.

Da un punto di vista sempre retorico, è poi banale osservare che lo *status causae* della *comparatio* era parte della *qualitas adsumptiva*: posto un fatto, di cui le parti non dibattono né la qualificazione né la illegittimità di base, si tratta di vedere se una qualche circostanza esterna non lo possa però almeno giustificare. Il che, applicato al *theoremium de mandatis obsequendis*, equivale a dare per scontato che sia sbagliato, in linea di principio, deviare dalle istruzioni ricevute, e che ciò di cui si discute è solo se l'assenza di rischi personali (aspetto soggettivo) e l'opportunità di meglio realizzare gli interessi del mandante (aspetto oggettivo) non rendano la cosa giustificabile.

Inquadrata la *quaestio* filosofica entro gli schemi concettuali della

retorica, una prima conclusione in merito alla sua trasversalità si fa a portata di mano. I maestri di oratoria avvertivano infatti che sul piano della *qualitas* – e degli argomenti correlati – non si davano differenze di principio tra *suasoriae* e *controversiae*, e dunque tra oratoria deliberativa e forense. Come spiega Quintiliano – rifacendosi ancora una volta alla tradizionale partizione dei *genera dicendi* – la differenza tra un discorso deliberativo e un discorso giudiziario non risiede nel modo in cui si deve ricercare *facienda vel non facienda, aptanda evitanda*, ma solo nel fatto che il discorso deliberativo applica gli argomenti relativi a problemi futuri, quello giudiziario a problemi del passato²⁵.

Il fatto che i filosofi delle *Noctes Atticae* dibatteressero *de futuro* non crea dunque alcuna difficoltà ad attribuire ai loro ragionamenti una portata potenzialmente generale, assumendoli cioè come ar-

²⁵ Quint. 7.4.2: *Eidem qualitati (scil. intesa la qualitas come status causae) succedunt facienda ac non facienda, adpetenda vitanda: quae in suasorias quidem maxime cadunt, sed in controversiis quoque sunt frequentia, hac sola differentia, quod illic de futuris, hic de factis agitur*. Da questo punto di vista, la fungibilità argomentativa di *suasoria* e *controversia* – e di più: da scuola a foro – è testimoniata in concreto da due noti squarci del terzo libro del *De officiis*, dove Cicerone, affrontando il problema della giustizia prima con riferimento alla *lex naturae* e poi alle *leges populorum*, riporta tra gli esempi della prima discussione (stoica) tra Diogene di Babilonia e Antipatro di Tarso circa i doveri di chi vende (negli *exempla ficta*: del grano o una casa), e, più avanti, tra gli esempi di *leges populorum*, la nota sentenza di M. Porcio Catone Saloniano all'esito di un *iudicium empti*. Comune alle due situazioni è la *quaestio* di fondo della reticenza del venditore, se cioè egli debba informare la controparte di varie circostanze che potrebbero incidere sulla determinazione del prezzo (se non della conclusione stessa del contratto). La differenza sta nel fatto che, i casi lasciati alla discussione dei filosofi sono impostati *de futuro*, figurandosi cioè un venditore «che deve decidere quale atteggiamento assumere» (R. Fiori, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel De officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 270), mentre la *sententia Catonis* non può che essere il frutto di una discussione *de praeterito*. La differenza indicata tuttavia non impedisce a Cicerone di porre le due situazioni a confronto e di sottolineare (con qualche forzatura: cfr. sempre Fiori, *op. cit.* 322 s.) la fungibilità dell'argomentazione: *Quod si recte iudicavit (scil. Catone), non recte frumentarius ille, non recte aedium paestilentium venditor tacuit (off. 3.67)*.

gomentazioni potenzialmente replicabili in contesti processuali o nei discorsi dei giuristi. Questa affermazione vale però sul piano astratto, delle nomenclature retoriche. Il passo successivo dev'essere di misurare il tutto su un piano concreto, dato dai contenuti del *theoremium de mandatis obsequendis*. E su questo piano, l'analisi non può non tenere conto del fatto che gli argomenti dei filosofi erano di un doppio ordine, soggettivi e oggettivi, e che in merito ai primi il passaggio dalla *quaestio de futuris* a quella *de praeteritis* non poteva non avere conseguenze. Sono in particolare gli argomenti soggettivi a essere toccati dallo spostamento diacronico della discussione. In primo luogo, perché in una *quaestio de praeteritis* non si può argomentare, come facevano i filosofi più rigorosi, a partire dall'incertezza circa l'esito dell'iniziativa del mandatario. In secondo luogo, perché in un processo non si vede bene quale peso potesse darsi al carattere più o meno duro del *praeceptor*; il che era invece quanto facevano i filosofi più possibilisti²⁶.

Ragionare a cose fatte – vale a dire, su un mandato disatteso con successo, anziché su un mandato che si è tentati di disattendere, nella speranza di cogliere un'occasione addirittura più vantaggiosa per il mandante – implica insomma il venir meno degli argomenti soggettivi messi in campo da ambedue le schiere di filosofi. Il fatto che nella transizione ideale che stiamo tentando – dalle aule di filosofia a quelle dei tribunali – la discussione riportata da Gellio sia destinata a perdere un

²⁶ Semplicemente per sottolineare quanto la nostra poca conoscenza della fase dibattimentale del processo romano debba comunque invitare a una certa cautela, nell'escludere che l'aspetto soggettivo del carattere del *praeceptor* potesse trovare spazio in una causa forense, va comunque rilevato che nelle *controversiae* scolastiche il cui *focus* fosse la disobbedienza di un figlio al padre (dunque, tipicamente, nelle *controversiae* per *abdicatione*) una linea difensiva poteva consistere nel dirsi convinti che il padre non intendesse davvero che l'ordine dato fosse osservato: cfr. e.g. Sen. *contr.* 1.1.18 *i.f.*, 7.1.22. Un *color* del genere, ove lo si fosse dovuto concretizzare in una causa vera, difficilmente avrebbe potuto prescindere da un'analisi del carattere del *praeceptor*: cfr. (indirettamente) Sen. *contr.* 7.1.15: *an non putatis misericordem, qui, quem damnavit puniendum fratri dedit?*

pezzo non va però interpretato come il segno di due discussioni (quella filosofica e quella giuridico-giudiziaria) destinate ad andare ciascuna per proprio conto, irriducibili l'una all'altra. Si tratta piuttosto del prodotto di un cambio del tavolo di gioco, che obbliga a rinunciare ad alcuni elementi. Tutto sta dunque a vedere se gli elementi rimanenti trovino invece una loro – *de praeteritis* – nelle fonti a nostra disposizione.

IV. *Disciplina militare e legazioni pubbliche*

Tolto l'aspetto soggettivo, la questione della trasversalità del *thematium de obsequendis mandatis* si concentra dunque sull'aspetto oggettivo. Un aspetto che si potrebbe idealmente riassumere intorno al concetto di *utilitas mandatoris*, rifacendosi al modo in cui Gellio sintetizza i termini del problema sia nella rubrica del capitolo (*si id speres ei, qui mandavi, utilius fore*) sia nel preambolo della discussione (*ex utilitae eius, qui id tibi negotium mandavit*). Volto il problema dal futuro al passato, si tratta insomma di verificare se nel foro e nei libri dei giuristi trovasse spazio la tesi che era nei poteri di un incaricato di deviare dalle istruzioni ricevute, quando con la sua iniziativa personale egli avesse procurato un vantaggio al mandante.

Gli ambiti rispetto ai quali le fonti permettono di porre il problema sono tre: la disciplina militare, le legazioni pubbliche e il contratto privatistico di mandato. Del primo e del secondo ambito diremo in questo §; del terzo in quello successivo.

Sul piano della disciplina militare disponiamo di un testo di Modestino, tanto prosaico quanto istruttivo: *in bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit*²⁷.

Rispetto ad altri testi, ancora più prosaici, che gli vengono spesso

²⁷ D. 49.16.3.15 (Mod. 6 *de poen.*).

accostati²⁸, il valore del brano di Modestino sta nel rilievo dato all'argomento del successo colto dal sottoposto che abbia disobbedito agli ordini ricevuti. Al *rem bene gessisse* ci si riferisce infatti come a una sorta di *ratio dubitandi*, cioè come a un elemento di peso, ma comunque insufficiente per deviare dalla regola del caso, qui rappresentata dalla massima punizione del responsabile. Il che vale – è il caso di precisarlo – sul piano del diritto (militare). Sul piano della *deprecatio* – che per la maggior parte dei maestri di retorica equivaleva a mettersi al di fuori degli schemi di un processo²⁹ – il successo colto disobbedendo agli ordini ricevuti poteva essere una delle considerazioni utili a impetrare la *venia* del comandante. Ne è un esempio l'emblematica vicenda del *magister equitum* Fabio Rolliano, reo di avere ottenuto un'importante vittoria sui Sabini, nel 325, contravvenendo agli ordini espliciti del *dictator* Papirio Corsore³⁰. Proprio questa vicenda offre peraltro l'attestazione più eloquente della *ratio decidendi* sottesa al precetto esposto da Modestino. *Cum polluta semel militari disciplina* – fa infatti replicare Livio al dittatore, per giustifica-

²⁸ Come D. 49.16.6.2 (Men. 3 *de re milit.*): *Contumacia omnis adversus ducem vel praesidem militis capite punienda est*. Per la sovrapposizione del passo a D. 49.16.3.15 vd. e.g. Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 30 nt. 1; F. v. Calker, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht*, Oldenbourg 1891, 63; S. Perea Yébenes, *El soldado romano, la ley militar y las cárceles in castris*, in S. Torallas Tovar e I. Pérez Martín (a c. di), *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, Madrid 2003, 132. Per la verità, che a *contumelia* debba attribuirsi in D. 49.16.6.2 il significato di disobbedienza è tutt'altro che chiaro: cfr. le diverse interpretazioni proposte da E. Sander, *Das römische Militärstrafrecht*, in *RhM.* 103, 1960, 292 e da J.H. Jung, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten. Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, in *ANRW.* II/14, 1982, 991.

²⁹ Cfr. Quint. 7.4.17: *Ultima est deprecatio, quod genus causae plerique negarunt in iudicium umquam venire*.

³⁰ Liv. 8.30-35: alla vittoria – e alla sua portata nel conflitto in atto – fanno riferimento prima il *magister equitum* (8.31.5-9) e poi suo padre (8.33.18-22) per attaccare l'intransigenza del *dictator*. Sulla vicenda nel suo complesso, con particolare attenzione ai suoi risvolti costituzionali, vd. Masi Doria, *Spretum imperium* cit. 23 ss.

re la sua (iniziale) intransigenza – *non miles centurionis, non centurio tribuni, non tribunus legati, non legatus consulis, non magister equitum dictatoris pareat imperio, nemo hominum, nemo deorum verecundiam habeat, non edicta imperatorum, non auspicia observentur*³¹.

Tolto l'aspetto religioso – legato alle contingenze della vicenda, dove l'ordine di soprassedere da ogni operazione bellica derivava dalla necessità di rinnovare gli *incerta auspicia* del *dictator*³² – è dunque la necessità di non minare l'autorità del comando a giustificare l'applicazione indefettibile della regola. Si tratta dello stesso valore che nel resoconto di Gellio sorregge la decisione di Crasso di punire il magistrato alleato. Il suo perfetto rovescio è rappresentato dalle lodi di cui erano invece fatti segno quei sottoposti che sapevano trattenersi dall'inseguire facili occasioni di vittoria per non usurpare le parti dell'*imperator*³³.

Quando però ci si allontana da quel valore assoluto che è la *disciplina militaris – praecipuum decus ac stabilimentum Romani imperii*, secondo l'efficace rappresentazione di Valerio Massimo³⁴ – le maglie che vincolano l'agire del mandatario cominciano a farsi più larghe, e ancora sul terreno del diritto pubblico.

Grazie a Quintiliano, si sa che la domanda se a un *legatus* fosse lecito discostarsi, in misura più o meno larga, dalle istruzioni ricevute dalla *civitas* costituiva una delle *quaestiones (iuris)* caratteristiche delle

³¹ Liv. 8.34.7-8.

³² Cfr. Liv. 8.30.1-2, su cui vd. in part. Masi Doria, *Spetrum imperium* cit. 28-30.

³³ Cfr. Caes. *b.c.* 3.51: *At plerique existimant, si acrius insequi voluissent* (scil. il legato P. Silla, che con l'arrivo delle due legioni di cui aveva il comando aveva facilmente respinto l'attacco pompeiano) *bellum eo die potuisse finire. Cuius consilium reprehendendum non videtur. Aliae enim sunt legati partes atque imperatoris: alter omnia agere ad praescriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet.* È notevole che la lode del subalterno sia affidata a una *sententia* generale: cfr. J.D. Craig, *The General Reflection in Caesar's Commentaries*, in *CR.* 45, 1931, 107.

³⁴ Val. Max. 2.7 pr.

controversie per *male gesta legatio*³⁵. Si tratta di una informazione resa all'interno di una rassegna della *Institutio Oratoria*, il cui obiettivo è di mostrare quanto numerose siano – tra scuola e foro – le cause impronotate allo *status* della *qualitas*³⁶. Il fatto che nella rassegna in questione gli esempi più prossimi alla *male gesta legatio* siano rappresentati da soggetti tipicamente declamatori³⁷ ha fatto pensare che l'osservazione incidentale riferita da Quintiliano a questo tipo di *controversia* in particolare – *apud Graecos et veris causis frequens* – sottintendesse che le esercitazioni per *male gesta legatio* non avessero corrispondenze nelle *verae causae* anche del foro romano³⁸. A questo proposito, va tuttavia osservato che sotto l'etichetta di 'mal condotta ambasceria' i retori non riportavano soltanto le *quaestiones iuris* del tipo di quella di cui s'è detto

³⁵ Quint. 7.4.36: *Male gestae legationis, ubi iuris loco quaeri solet an omnino aliter agere quam mandatum sit liceat et quo usque sit legatus (quoniam aliae in <nuntiando legationes, aliae et in> renutiando sunt), ut in Heio, qui testimonium in Verrem dixerat post perlatam legationem*. La seconda *quaestio* – al netto di un testo la cui costituzione è congetturale: cfr. M. Winterbottom, *Problems in Quintilian*, London 1970, 127 – sembra focalizzata sul momento in cui doveva intendersi smessa la veste di *legatus*. L'episodio che esemplifica il punto è infatti relativo alla testimonianza resa nel processo contro Verre dal messinese Gaio Eio. Come *princeps legationis*, costui aveva prima esposto la *laudatio* deliberata dal senato cittadino a favore dell'ex governatore, per poi testimoniare però contro Verre da privato cittadino; di qui il tentativo di chiamarlo a rispondere in patria per non aver ottemperato ai doveri di legato, di cui in Cic. 2 in *Verr.* 4.18: cfr. M. Tulli Ciceronis in *C. Verrem actionis secundae liber quartus (de signis)*, a c. di G. Baldo, Firenze 2004, 257-267.

³⁶ Quint. 7.4.24-40; per questa chiave di lettura cfr. M. Winterbottom, *Quintilian and Declamation*, in *Hommages à Jean Cousin. Rencontres avec l'antiquité classique*, Paris 1983, 229.

³⁷ Dall'*accusatio inscripti malefici*, di cui alla prima parte di Quint. 7.4.36, fino alle *controversiae* testamentarie simulate che chiudono la lista al successivo § 39.

³⁸ Cfr. da ult. A. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città che si cibò dei suoi cadaveri (Declamazioni maggiori, 12)*, Cassino 2002, 122; B. Breij, *The Law in the Major Declamations Ascribed to Quintilian*, in E. Amato, F. Citti, B. Huelsenbeck (a c. di), *Law and Ethics in Greek and Roman Declamation*, Berlin - Boston 2015, 245 s. Meno netta T. Wycisk, *Quidquid in foro fieri potest. Studien zum romischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008, 210.

(cioè della facoltà di disattendere le istruzioni ricevute), ma anche varie *quaestiones facti* che trovano più di una corrispondenza con i doveri che le fonti giuridiche ascrivono ai legati cittadini³⁹. Si aggiunga che gli statuti municipali di età Flavia prevedono un processo popolare per multa a carico del legato che avesse contravvenuto ai *mandata* decurionali o che avesse assolto in ritardo alla missione o alla relazione finale sulla stessa⁴⁰. Tutto ciò suggerisce che anche per Roma le *controversiae* corrispondenti si basassero su una *lex* la cui valenza non era esclusivamente *scholastica*.

Fidando di una corrispondenza almeno approssimativa tra scuola e foro, l'affermazione di Quintiliano, da cui siamo partiti, schiude dunque una prospettiva interessante. Se alle cause per *male gesta legatio* ineriva la *quaestio (iuris)* dell'*aliter agere quam mandatum sit*, significa che in questo ambito la liceità di eventuali deviazioni dalle istruzioni ricevute non era esclusa a priori, come invece avveniva nell'ambito della giurisdizione militare.

Ciò detto, si tratta di capire secondo quali argomenti fosse usualmente impostata la *quaestio (iuris)* di un'esecuzione dell'ambasceria

³⁹ Nel catalogo di addebiti, in cui Quint. 4.4.5 scompone il processo per *male gesta legatio* subito da Eschine, il terzo e il quarto capo d'imputazione (*quod moratus sit, quod munera acceperit*) si rispecchiano, rispettivamente, in D. 50.7.2.1 e D. 48.11.1. Pure è significativo che l'infedele esecuzione della legazione che Cicerone imputa a T. Roscio Capitone d'Ameria (*Rosc. Am.* 24-26, 109-117) abbia come sfondo l'idea che il *legatus* responsabile patisca (anche) la nota d'infamia, esattamente come per la condanna per παραπροσβεία del caso di Gaio Eio (di cui alla nt. 35).

⁴⁰ *Irn.* 47: R(ubrica). *De eo qui non ex decreto decurionum legatione functus erit. Ne quis legatus adversus mandata decurionum conscriptorumve facito neve dicitio neve dolum malum adhibeto, quo quit adversus mandata decurionum conscriptorumve fiat, quove tardius peragetur renuntieturve legatio. Qui adversus ea fecerit sciens dolo malo, quanti ea res erit in qua adversus ea quid factum erit, tantum damnas esto dare, eiusque pecuniae deque ea pecunia municipi ei ius municipi qui volet, cuique per hanc legem licebit, actio petitio persecutio esto.* Sul *caput* in questione vd. da ult. A. Triscuoglio, *Il mandato imperativo: dall'esperienza romana antica nei concilia provinciali ai costituzionalismi moderni*, in *Roma e America* 40, 2019, 290-293.

non conforme alle direttive ricevute. Il problema si pone perché il testo di Quintiliano non entra nel merito della questione. Né la cosa si può direttamente ricavare dalle (pochissime) altre fonti retoriche direttamente riferibili alle *controversiae* per *male gesta legatio*⁴¹. Una indicazione indiretta può tuttavia venire dalla Dodicesima Declamazione maggiore dello Pseudo Quintiliano. Proprio perché il testo illumina il tema solo di riflesso, è necessario brevemente inquadralo.

Protagonista di questo esercizio retorico – verosimilmente della prima metà del secondo secolo⁴² – è un legato il cui incarico consiste nell’acquistare del frumento oltremare e riportarlo entro un dato termine alla città, afflitta dalla carestia. La vicenda che dà il la al processo, che vedrà imputato proprio il *legatus*, si può riassumere in questi termini. Dopo aver reperito il grano ed essere ormai prossimo al rientro, il legato è costretto a fare scalo in una città vicina. Anche questa seconda città è piegata dalla fame, e dunque il legato riesce a vendervi al doppio del prezzo il carico che si era procurato. Rimessosi per mare, per procurarsi altro frumento – e che grazie al ricavato della prima vendita sarà questa volta di quantità doppia – egli torna finalmente in patria, quando il termine della legazione sta ormai per scadere⁴³.

L’accusa mossa nei confronti del *legatus* è di *laesa res publica*. Si

⁴¹ Vale a dire Quint. 4.4.5, Fortun. *rhet.* 89.1-11 (p. 93 Calb. Mont.) e Iul. Vict. 4.6 (p. 391 Halm). Nel primo testo, come si è visto (*supra* nt. 39), il focus è sulle *quaestiones facti* che caratterizzavano questo tipo di *controversiae*. Nel secondo e nel terzo il discorso attiene sì alla teoria degli *status*, e della *qualitas adsumptiva* in particolare, ma focalizzandosi sulla *remotio criminis* (anziché sulla *comparatio*).

⁴² Cfr. da ult. B. Santorelli, *Datazione e paternità delle Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee*, in *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee<* cit. 374-377.

⁴³ *Decl. mai.* 12.1 pr.: *Cum civitas fame laboraret, misit ad frumenta legatum, praestituta die intra quam rediret. Profectus ille emit et ad aliam civitatem tempestate delatus duplo vendidit et duplum frumenti modum comparavit. Illo cessante corporibus suorum pasti sunt. Reversus ad praestitutam diem rei publicae laesae accusatur.* Per le circostanze di tempo e di luogo di cui è stata arricchita la scarna esposizione del *thema*, vd. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città* cit. 91 s. ntt. 1-2.

tratta di una imputazione che nelle controversie figurate dei retori copre un'ampia tipologia di danni portati alla integrità dello stato⁴⁴. Nel caso di specie, l'accusatore sostiene che la *res publica* sia stata compromessa dalla scelta del legato di privarsi del primo carico: l'allungamento della missione, che ne è derivato, ha infatti condannato larga parte della cittadinanza a morire di fame e i superstiti a cibarsi dei morti⁴⁵.

Se il discorso, condotto su un capo d'accusa di questo genere, si può avvicinare alla *male gesta legatio*, è perché il declamatore, prima di dare avvio all'*argumentatio* vera e propria, fa prevenire all'accusatore una *praescriptio* di natura traslativa, volta a obiettarli che la legge incriminatrice, cui riferire i fatti di causa, non sia quella sulla *laesa res publica*, ma appunto quella sulla *male gesta legatio*⁴⁶. Evidentemente, tra le accuse dell'uno e dell'altro tipo doveva darsi una connessione di fatto; connessione che l'accusatore stesso, del resto, non disconosce in quanto tale⁴⁷. Ciò spiega per

⁴⁴ Cfr. da ult. L. Pasetti, *Decl. min. 260*, in L. Pasetti, A. Casamento, G. Dimatteo et al. (a c. di), *Le Declamazioni minori attribuite a Quintiliano I (244 -292)*, Bologna 2019, 300-302, con nt. 3 e 304, con indicazioni di fonti e lett. Ivi anche per una sostanziale tripartizione del perimetro dell'*accusatio*, tra danni materiali ai beni della *res publica* (ipotesi di base), danni alle «risorse umane» della stessa e danni «d'immagine».

⁴⁵ Sul tema del cannibalismo – che sembra costituire l'aspetto più originale della *Decl. mai. 12*, rispetto a esercizi più o meno simili della retorica greca (cfr. Stramaglia, [Quintiliano] *La città* cit. 23 e 91 s. nt. 1) – vd. da ult. M. Ravallese, *La città che divora. Aspetti paideutici e giuridici nella XII Declamazione maggiore dello Pseudo-Quintiliano*, in *Le >Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee<* cit. 321-328.

⁴⁶ *Decl. mai. 12.12.2: Quid, quod actionem rei publicae laesae temptat in legem male gestae legationis deflectere?*

⁴⁷ Cfr. *Decl. mai. 12.12.5: Rem autem qui male agit, ut arbitro, laedit*. Anche nel merito, la *praescriptio* è confutata secondo il principio generale del concorso tra reati, opponendo cioè che il fatto che la condotta contestata cada sotto una certa legge incriminatrice non esclude che anche altre norme possano essere state al contempo violate: cfr. (comparandolo con C. 9.2.9.1 [Diocl. et Maxim., a. 289]) il § 12.6 della declamazione: *an existimas hanc legatis dari peccandi licentiam, ut quaecumque scelera in eo officio commiserunt, cum his omnibus hac una lege decident?*

quale ragione se la *confirmatio* si svilupperà lungo le *divisiones* canoniche delle accuse per *laesa res publica*⁴⁸, la *refutatio* costringerà invece il *delator* a confrontarsi con una serie di *contradictiones* perfettamente spendibili anche a fronte dell'altro tipo di accusa.

Le obiezioni con cui il legato giustificerebbe il proprio operato si possono seguire in una progressione diacronica. Egli ha venduto sì il primo carico, ma lo ha fatto al doppio del prezzo ('*duplo vendidi*')⁴⁹. Ciò gli ha permesso di ricomprare il *frumentum* atteso e di riportarlo in patria in quantità addirittura doppia ('*ego vero*' *inquit* '*attuli et quidem duplum*')⁵⁰. Il rientro è avvenuto prima che scadesse il termine indicato nella legazione ('*ad diem veni*')⁵¹.

Se la terza questione apre a una discussione *de scripto et sententia*, che non presenta particolare interesse, nell'ottica del nostro discorso⁵², le prime due obiezioni danno invece luogo a una replica incentrata sulla

⁴⁸ Vale a dire, se quello patito dalla *civitas* sia un danno, ai sensi della legge incriminatrice (§§ 13.2-15.6), e se a provocarlo sia stata la condotta del legato (§§ 15.7-19.1). Sui modelli di questa partizione vd. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città* cit. 136 nt. 128.

⁴⁹ *Decl. mai.* 12.19.3, con reiterazione ai §§ 19.6-7.

⁵⁰ *Decl. mai.* 12.23.6.

⁵¹ *Decl. mai.* 12.24.4. Incastonate in questa progressione sono invece le giustificazioni della scelta di vendere il carico, illustrate (e confutate) a ritroso: il legato temeva che il carico gli sarebbe stato comunque sottratto con la forza dagli abitanti affamati della città vicina (§ 20.3), nella quale egli era stato costretto a fare scalo da una tempesta (§ 22.7).

⁵² La replica sarà *de scripto et sententia* perché l'accusatore oppone che la data indicata al momento di decretare la legazione costituiva il termine massimo concesso dalla *civitas* per il caso di condizioni di navigazione avverse; cfr. in part. *Decl. mai.* 12.25.1-3: *Tu tamen, si interpellatus tempestatibus serius venisses, excusares mare et ambiguus flatus, et tibi bonam causam habere videreris, cum diceres: 'Ante non potui'. Et nos hoc cogitavimus, his casibus ampliavimus tempus. Nos illum tibi diem dedimus, sed quid attinet? Citius emisti, quam speravimus, supra votum nostrum navigasti; ad proximum litus mature classis adplicata est. (...) Ergo, quantum in te <est>, tempus consumptum [est], dies excessit.* Per l'emendazione della parte finale del testo, vd. Stramaglia, [*Quintiliano*] *La città* cit. 181 s. nt. 286.

effettiva utilità rivendicata dal legato al proprio operato. A che cosa è servito – contesta infatti l'accusatore – vendere il carico al doppio del prezzo e arricchire così la *res publica*, se la *res publica* stessa, proprio a causa di questa scelta scellerata, era destinata a morire di fame?⁵³ E allo stesso modo, che importanza può avere che il carico sia arrivato alla fine in quantità doppia, se così tanti compatrioti sono morti appunto di fame, e gli altri costretti a cibarsi dei loro cadaveri?⁵⁴

Che questo gioco di obiezioni e di repliche rientri perfettamente nella topica delle accuse per *laesa res publica* non c'è nemmeno bisogno di dire⁵⁵. Ma il modo – anche se ironico e iperbolico – con cui l'accusatore replica al legato, immaginato a insistere sullo zelo e l'*industria* messi nell'espletare la missione, mostra che si trattava di *contradictiones* perfettamente adattabili anche alle *controversiae* per *male gesta legatio: miror Hercules, si tam bene negotium gesseras, quomodo nobis pecuniam non retuleris*⁵⁶. In buona sostanza, anche spostando la controversia sul piano del *male* o del *bene gessisse*, anziché su quella dell'avere leso o giovato allo stato, la contestazione di fondo nei confronti del legato sarebbe rimasta la medesima, vale a dire che egli avrebbe dovuto attenersi fedelmente allo spirito della legazione, procurandosi il grano per i suoi concittadini e rientrando in patria il più rapidamente possibile⁵⁷.

⁵³ *Decl. mai.* 12.19.4. La seconda parte della replica (§§ 19.8-20.2) gioca sul filo dell'assurdo, rimproverando il legato di non aver 'aperto' la vendita alla sua stessa patria, così che essa potesse «riacquistare quel carico, o almeno una sua parte, a qualunque prezzo» (Stramaglia, *op. cit.* 162 nt. 221).

⁵⁴ *Decl. mai.* 12.23.7-24.3.

⁵⁵ Atteso che una delle *quaestiones iuris* canoniche per questo tipo di *controversiae* era se l'accusato non avesse giovato allo stato, anziché danneggiarlo: cfr. Quint. 7.4.37.

⁵⁶ *Decl. mai.* 12.19.5, su cui vd. Stramaglia [*Quintiliano*] *La città* cit. 162 nt. 221.

⁵⁷ Che il prisma con cui valutare l'operato del legato rimanga, al fondo, il rispetto o meno delle consegne ricevute, è confermato dalla *sententia* '*legatum a praecepto non recedat*', con cui si chiude la prima parte della replica (§§ 20.4-7) all'obiezione che la

Al tempo stesso, proprio il fatto che il torto del legato emerga attraverso un giudizio comparativo, dove l'*utilitas* della sua iniziativa vien fatta apparire come davvero poca cosa rispetto alle sofferenze indicibili patite dalla *civitas*, è la riprova che non si tratta di ragioni che si potessero rigettare a priori, come si è visto avvenire invece nell'ambito della giurisdizione militare. Entro il perimetro della *Declamatio* dodicesima – e cercando di renderlo il più possibile omogeneo, rispetto al perimetro della *quaestio* filosofica della *Noctes Atticae* – la colpa del legato non discende insomma dal fatto che egli non avrebbe dovuto in assoluto deviare dalle direttive ricevute. La sua colpa sta nel fatto di aver sbagliato a pesare in concreto *comoda e incommoda*, così come anche da parte dei filosofi più possibilisti era comunque richiesto di fare.

V. Mandato privatistico

Resta da dire del contratto privatistico di mandato e della questione se i libri dei giuristi dessero qualche spazio alla tesi che al mandatario è lecito deviare dalle istruzioni ricevute nel miglior interesse del mandante. In questo ambito, già Nörr ha segnalato che un riverbero della posizione dei filosofi gelliani meno intransigenti sembra cogliersi in un passaggio dell'*Ad Edictum* di Paolo⁵⁸. A mo' d'introduzione al tema

vendita del grano si era resa necessaria per evitare che gli abitanti della città vicina se la prendessero con la forza (§ 20.3, *supra* nt. 51). Se ciò anche fosse vero – lamenta l'accusatore con una falsa preterizione – il legato non avrebbe comunque opposto la minima resistenza, prima di recedere così supinamente da quanto gli era stato ordinato (cioè di rientrare, approvvigionato, il più rapidamente possibile).

⁵⁸ D. Nörr, *Paulus (32 ad ed.) D. 17.1.3,5: Ein Traktat zum Mandatsexeseß*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg (Suisse) 1993, 367 (= *Historiae* III cit. 1911); Id., *Mandatum* cit. 1950 s.

dell'eccesso di mandato, Paolo presenta infatti una *divisio* incentrata sul risultato (economico) dell'iniziativa del mandatario, al quale talvolta non è neppure consentito migliorare la *causa mandantis*, in altri casi sì, ma mai ovviamente peggiorarla⁵⁹. La seconda classe di casi – che nell'ottica di un confronto con le *Noctes Atticae* sarebbe quella più interessante⁶⁰ – nella compilazione giustiniana risulta tuttavia esemplificata da un'unica fattispecie, poco significativa. L'ipotesi è infatti quella di un mandato di comprare a un certo prezzo un certo bene, che il mandatario riesce invece a procurarsi a un prezzo inferiore oppure ottenendo in aggiunta un qualche accessorio⁶¹.

Ciò che rende il caso poco rilevante ai nostri fini è la motivazione con cui Paolo indica come legittima la condotta del mandatario: *utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti*. Se la si legge

⁵⁹ D. 17.1.3 pr. (Paul. 32 ad ed.): *Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior; deterior vero nunquam*. Per i problemi che pone la costituzione dell'*incipit* del testo, vd. sempre Nörr, *Mandatum* cit. 1950 nt. 80.

⁶⁰ Le fattispecie (superstiti) che Paolo avrebbe incasellato sotto la classe del '*nec melior causa mandantis fieri posse*' sarebbero invece, ad avviso di Nörr, quella del mandato a comprare a un certo prezzo un certo bene, che il mandatario procura però a un prezzo superiore (D. 17.1.3.2) e quella del mandatario che, al posto del bene indicato, ne compri *intra pretium* uno di valore superiore (D. 17.1.5.2). Nel primo caso, l'impossibilità di migliorare la *causa mandantis* è il frutto della tesi (non unanime: cfr. D. 17.1.4, I. 3.26.8) che il mandatario non può pretendere il rimborso di quanto pagato, neppure rinunciando alla differenza, perché non si può far dipendere dalla scelta di una delle parti (di rinunciare o meno alla differenza) il diritto dell'altra di farsi trasmettere il bene comprato: cfr. Nörr, *Paulus* (32 ad ed.) D. 17.1.3,5 cit. 1909-1911.

⁶¹ D. 17.1.5.5 (Paul. 32 ad ed.): *Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti*. La seconda ipotesi può esemplificarsi col caso di un mandatario che riesca a comprendere nel prezzo di vendita il peculio dello schiavo comprato; nelle compere di schiavi, il peculio non era infatti incluso automaticamente nell'oggetto del contratto: cfr. D. 18.1.29 e D. 21.2.3.

alla luce della motivazione impiegata da Gaio per la (sola) fattispecie dell'acquisto a un prezzo inferiore (*is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si posset, emeretur*)⁶², risulta evidente che il caso non era affrontato dai giuristi secondo lo stesso statuto logico della discussione gelliana. In questa, come si è visto, per giustificare l'iniziativa personale del mandatario, il piano scelto da (una parte de)i filosofi era quello della *comparatio* e, dunque, della *qualitas adsumptiva*: in linea di principio è sbagliato disattendere le istruzioni ricevute, ma se nel caso dato il *commodum* supera l'*incommodum*, allora la deviazione si può giustificare. Nella fattispecie giurisprudenziale dell'acquisto a un prezzo inferiore del bene che si era stati incaricati di comprare, si direbbe invece che i giuristi scegliessero il piano dello *scriptum et sententia*, e dunque della *qualitas absoluta*: il mandatario non ha trasgredito alle istruzioni ricevute, perché la sua condotta implicitamente vi rientrava.

Più proficuo, nella prospettiva di un dialogo con le *Noctes Atticae*, si rivela invece un secondo brano di Paolo, anch'esso già richiamato da Nörr, ma non ulteriormente approfondito⁶³. Si tratta di un brano, sempre dell'*Ad Edictum*, estratto da una sezione dedicata alla *stipulatio*, nella quale doveva trovare spazio anche l'analisi della *stipulatio poenae*⁶⁴. È infatti con il relativo regime che il caso discusso da Paolo interseca le regole dell'*adpromissio* e del mandato, sotteso all'assunzione della garanzia. Il collegamento al *theorematum de mandatis obsequendis* emerge peraltro nella seconda parte del testo, dove la soluzione del caso specifico si apre a una motivazione più generale sulla 'libertà', che il mandatario può prendersi, in determinati casi, per meglio realizzare gli interessi del mandante. Sull'affidabilità proprio di questa motivazione

⁶² Gai 3.161 *i.f.*: *quod si minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut C milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur.*

⁶³ *Paulus (32 ad ed.) D. 17.1.3,5 cit.* 1906 nt. 26.

⁶⁴ Cfr. Lenel, *Pal.* 1.1091, fr. 806.

sono stati tuttavia espressi dubbi reiterati, anche in tempi piuttosto recenti. Conviene dunque lasciare come prima cosa la parola al testo (e a una sua prima interpretazione in via di parafrasi), per poi valutare la consistenza delle critiche in questione.

D. 17.1.46 (Paul. 74 ad ed.): *Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: 'si Stichum non dederis, centum milia dabis?' et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum milium stipulatio committatur, constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.*

Come accennavamo, il testo si divide tra una presentazione del caso, accompagnata dalla relativa soluzione, e una trattazione che di quanto precede sembrerebbe porsi al tempo stesso come motivazione e generalizzazione. Il caso si articola come segue. Previo mandato, uno *sponsor* si fa garante di una *stipulatio poenae* che impegna il debitore principale a pagare centomila se non avrà trasferito allo stipulante un certo schiavo. Allo *sponsor*, anziché al debitore principale, si offre l'occasione di acquistare lo schiavo a un prezzo inferiore. Per evitare che scatti la penale, egli lo compra e lo trasferisce direttamente allo stipulante. La questione è se possa agire ora in regresso, con l'*actio mandati*, per recuperare dal debitore principale il prezzo versato al venditore.

Paolo afferma di sì, e indica che si tratta anzi di una soluzione pacifica (*constat*). Dalla trattazione che segue parrebbe che la *ratio dubitandi* fosse collegata al contenuto più o meno tassativo dell'incarico. *In mandatis* – si osserva infatti, generalizzando il discorso – va seguita questa regola (*forma*) che se il mandato è precisamente determinato (*certum*) non ci si deve allontanare dalla regola (di nuovo *forma*, ma qui nel senso concreto di direttiva) indicata dal mandante⁶⁵. Se invece si tratta

⁶⁵ Non mi pare che nella frase *recedi a forma non debeat* il significato del sostantivo

di un mandato che presenti aspetti non precisati (*incertum*) o di contenuto complesso (*plurium causarum*), allora il mandatario è libero di assolvervi con prestazioni che possono anche essere diverse da quelle che sarebbe stato naturale associare all'incarico ricevuto (*praestationes [...] quae ipso mandato inerant*), purché la cosa si traduca in un vantaggio del mandante (*si hoc mandatori expedierit*).

A differenza del precedente passaggio dell'*Ad Edictum*, segnalato da Nörr, qui il giro della motivazione ha il pregio di allineare (parzialmente) il discorso alla discussione filosofica delle *Noctes Atticae*. La concessiva *licet aliis praestationis (...) exsoluta sit causa mandati* indica infatti l'eccezione alla regola-base che il mandato non ammette deviazioni. La condizione *si hoc mandatoris expedierit* indica invece l'elemento che l'eccezione giustifica (in concorso con il contenuto imperfettamente determinato del mandato). Al netto della differenza di cui diremo nel prossimo §, l'assetto di fondo del ragionamento è dunque lo stesso di quei filosofi che Gellio presentava come (relativamente) aperti alla possibilità di deviare dal mandato. I valori da mettere sulla bilancia sono due: da un lato, l'esigenza che il mandante possa fidarsi del fatto che saranno le sue istruzioni (ed esse soltanto) ad essere eseguite; dall'altro lato, l'opportunità di poter meglio servire gli interessi stessi del mandante. A date condizioni – è il senso della motivazione di Paolo – questa seconda opportunità ha un valore maggiore della prima esigenza.

Prima di prendere le misure definitive rispetto al discorso di Gellio,

sia «vicino a quella *natura contractus*, che è notoriamente un utensile di grande uso nella dogmatica bizantina», come vorrebbe invece V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, 111 nt. 1. Direi piuttosto che il riferimento sia al contenuto (dell'incarico), nello stesso senso con cui per es. in Tac. *ann.* 6.17.4 si parla di *forma senatus consulti* per riferirsi a certe prescrizioni (disattese) del senato o in D. 45.1.52 pr. (Ulp. 7 *disp.*) di *contractui forma* per riferirsi al contenuto delle *stipulationes conventionales* (intese come il prodotto di quanto voluto dai contraenti e perciò opposte alle *praetoriae stipulationes* il cui contenuto normativo [*lex*] si determina in base alla *mens praetoris*).

occorre tuttavia chiedersi se quanto si legge nella seconda parte di D. 17.1.46 sia davvero di Paolo. Come si accennava, il problema si pone perché da più parti si è sostenuto il contrario. Dell'origine classica della seconda parte del brano Donatuti, Sanfilippo e Scapini sono stati i critici più severi⁶⁶. Ma non meno rilevante, ai fini del nostro discorso, è la tesi di G. Longo, il quale indicava come unica interpolazione sostanziale di D. 17.1.46 la condotta del mandatario *mandatori expedierit*⁶⁷. Diversi tra gli interventi successivi non hanno fatto altro che mettersi sulla scia delle critiche precedenti⁶⁸. E se è vero che negli anni non sono mancate esegesi molto più equilibrate, è vero anche che esse non sono riuscite a superare del tutto indenni la china sdruciole-vole cui costringe l'interpolazionismo⁶⁹.

⁶⁶ G. Donatuti, *Mandato incerto*, in *BIDR.* 33, 1923, 182 s. (= *Studi di diritto romano* I, Milano 1976, 173 s.); C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte prima*, Catania 1947, 63 s. (rist. in *RDR.* 4, 2004, p. 27 dell'estr., consultabile all'indirizzo <https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04sanfilippo.pdf>); N. Scapini, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, Milano 1973, 1201-1210.

⁶⁷ G. Longo, *Sul mandato incerto*, in *Scritti in onore di C. Ferrini II*, Milano 1947, 141 e 146.

⁶⁸ Cfr. M. Camacho de los Ríos, *El mandatum incertum*, in *Riv. Fac. Der. Univ. Gr.* 2, 1999, 530; Randazzo, *Mandare* cit. 186-188; A. Murillo Villar, *La responsabilidad del mandatario en el mandatum incertum*, in *Revista Jurídica del Notariado* 62, 2007, 447-451. I tre studiosi si appoggiano, rispettivamente, alle conclusioni di Scapini, Donatuti e Longo.

⁶⁹ Così in part. Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 110-113. Anche a fronte di una esegesi sostanziale che ne mostra l'intrinseca coerenza, l'autore sostiene che la seconda parte di D. 17.1.46 sia stata «scritt[a] o per lo meno riscritt[a] su un canovaccio paolino ormai perduto, da mano postclassica» (p. 112). Nella sua scia anche P. Voci, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)* I.1. *Il contenuto dell'obligatio*, Milano 1969, 221 nt. 57, parla di «riassunto» dell'originale classico. Quanto ai principali rilievi di Arangio-Ruiz, va detto che essi non appaiono così cogenti. Da un lato il sintagma *causam (mandati) exsolvere* si basa su un significato traslato e astratto di *exsolvo*, nel senso di assolvere un impegno, che ha attestazioni plurime (cfr. *ThLL.* s.v., nr. I.B.2.b) e che nel caso specifico si giustifica forse anche per la connessione del caso alla tematica della *stipulatio*

Entrando allora nel merito delle critiche, va detto innanzitutto che la tesi dell'interpolazione della seconda parte di D. 17.1.46 ha come primo caposaldo un presupposto esterno al testo, vale a dire che il diritto classico ignorasse la figura del *mandatum incertum*, intesa quale figura di mandato in cui si sarebbe rimesso, anche implicitamente, all'*arbitrium boni viri* del mandatario di determinare le modalità di esecuzione dell'incarico. Gli *scholia* ai Basilici – è stato sostenuto – dimostrerebbero che si tratta di una figura elaborata solo dalla dogmatica bizantina; sicché sarebbero spuri tutti quei luoghi del Digesto, come la seconda parte di D. 17.1.46, in cui affiorano punti di vista più o meno simili⁷⁰. Va da sé che si tratta di un modo di argomentare a forte rischio di circolarità. Si aggiunga che gli scoli che sono sembrati più significativi, ai sostenitori di questa teoria, sono stati oggetto di una rinnovata indagine che ha confermato la tesi opposta, vale a dire che il diritto bizantino non ha affatto ipostatizzato la categoria del *mandatum incertum*⁷¹.

Resta dunque la decostruzione cui D. 17.1.46 è stato sottoposto, per così dire, dall'interno; decostruzione che consiste nel presentare la prima e la seconda parte del testo come se i rispettivi contenuti (caso e soluzione da un lato, motivazione, dall'altro lato) siano estranei gli uni

poenae. La consegna al creditore dello schiavo (procuratosi dal garante-mandatario) costituisce infatti quella prestazione che nella *stipulatio poenae* garantita Paolo avrebbe indicato, ai sensi del brano escerpito in D. 44.7.44.5 (*infra* nt. 75), ma palingeticamente connesso con D. 17.1.46 (cfr. Lenel, *Pal.* 1.1091, fr. 806), come dedotta *in exsolutione*. Dall'altro lato, l'indicativo futuro della proposizione conclusiva si spiega considerando il tratto at *quotiens incertum* (scil. *mandatum sit*) *vel plurium causarum, tunc (...)* *mandati erit actio* come un periodo indipendente, anziché come una proposizione coordinata alla completiva precedente. Quanto infine al presunto significato bizantino del termine *forma*, vd. alla nt. 65.

⁷⁰ Donatuti, *Mandato incerto* cit. *passim*, seguito da Sanfilippo, *Corso* cit. 26 s.; Scapini, *Appunti* cit. 1209 s., 1218 ss.

⁷¹ Cfr. H. de Jong, *Some remarks on mandatum incertum in Byzantine Law*, in *RIDA*. 69, 2012, *passim*; Ead., *Ἐντολή (mandatum) in den Basiliken*, Leiden - Boston 2020, 77-102.

agli altri. Se con Donatuti la cosa si risolve peraltro in un'affermazione di puro principio⁷², a dar credito a Sanfilippo l'attuale incongruenza del testo starebbe in quel che presuppone la motivazione, vale a dire che quello di garanzia fosse un *mandatum incertum*⁷³. Infine, secondo Scapini, a cui si deve la critica indubbiamente più circostanziata, sul piano dell'esegesi giuridica, fattispecie e motivazione di D. 17.1.46 non corrisponderebbero, perché sarebbero espressione di logiche diverse: il caso sarebbe stato risolto dai classici sulla base delle sole regole dell'*adpromissio*, mentre della (nuova) motivazione, basata sulla figura del *mandatum incertum*, avrebbero avuto bisogno i bizantini, a causa della diversa configurazione dogmatica assunta ormai ai loro occhi dalla garanzia personale. Secondo tale autore, in particolare, a rendere scontato per diritto classico il regresso del garante sarebbe stato il principio dell'identità del debito di *sponsor* e debitore principale. Difatti, anche se la *stipulatio poenae* garantita era del tipo cd. semplice⁷⁴, e dunque prevedeva la pena *in obligatione* e la facoltà di dare lo schiavo (solo) *in exsolutione*⁷⁵, della medesima facoltà alternativa del debitore principale non c'era dubbio che potesse avvalersi lo *sponsor*⁷⁶.

Cominciando proprio da quest'ultimo punto il confronto, va detto

⁷² *Mandato incerto* cit. 173: «Questa (*scil.* la decisione di cui alla prima parte di D. 17.1.46) non è applicazione né del principio *recedi a forma non debeat* né del principio *licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expederit*».

⁷³ *Corso* cit. 27: «In ogni caso non vi è alcuna questione di determinatezza o meno del mandato, poiché il mandato era assolutamente certo: prestare la fideiussione. La questione è solo quella della valutazione dell'oggetto dell'*actio mandati contraria*». Per la critica di questo punto di vista, vd. oltre nel testo.

⁷⁴ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 568.

⁷⁵ Cfr., il brano, proprio di Paolo e palinogeneticamente connesso (*supra* nt. 69), escerpito in D. 44.7.44.5: *Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis, centum dare spondes?' sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus*.

⁷⁶ Scapini, *Appunti* cit. 1201 s., 1204 s.

che le regole dell'*adpromissio*, anche ammesso che il loro richiamo sia a tutti gli effetti pertinente, offrirebbero una spiegazione comunque soltanto parziale della fattispecie prospettata in D. 17.1.46. Se la logica dell'*idem debitum* dovesse tutto spiegare, si arriverebbe infatti all'assurda conclusione di riconoscere allo *sponsor* la libertà di decidere lo stesso che era libero di decidere il debitore principale, vale a dire se dare lo schiavo o pagare la penale, e di deciderlo secondo quello che allo *sponsor* fosse apparso più conveniente. È invece proprio perché le cose non stanno così che il testo, nel prospettare il caso, esplicita sia che lo schiavo era stato acquistato dal garante *vilius*, cioè a un prezzo inferiore all'importo della penale, sia che il suo trasferimento al creditore era dettato dall'esigenza di evitare la *commissio* della *poena*. Questa precisazione (in fatto) – che (in diritto) fa il paio con la condizione *si hoc mandatori expedierit* della motivazione⁷⁷ – mostra che la soluzione applicata da Paolo, anche qualora avesse tenuto conto della logica dell'*adpromissio* e dell'*idem debitum*, lo avrebbe comunque fatto senza prescindere dal mandato e dalle sue regole⁷⁸. Il che riapre la porta alla

⁷⁷ Corrispondenza che mi pare escluda che proprio questo e solo inciso sia da ritenere interpolato, come invece voleva G. Longo: vd. *supra* nt. 67.

⁷⁸ Lo riconosce implicitamente lo stesso Scapini, *Appunti* cit. 1202, quando osserva *incidenter* che il regresso è comunque subordinato alla condizione dell'«avere il mandatario ottenuto lo schiavo per una somma non superiore a quanto dedotto in *obligatione*». D'altro canto, nemmeno la spiegazione delle ragioni per cui i giustiniani avrebbero dovuto aggiungere l'intera parte motiva di D. 17.1.46 appare così stringente. Secondo l'Autore, le difficoltà di recepire senza modifiche il testo di Paolo dipendevano dalla costituzione con cui Giustiniano aveva eliminato gli effetti estintivi della *litis contestatio* nei rapporti di garanzia (C. 8.40[41].28, a. 531) e dalla prassi del periodo di fare sottoscrivere ai creditori *cautiones* che li impegnavano a escutere preliminarmente il debitore principale. Secondo lo studioso, la somma dei due elementi avrebbe messo in crisi il paradigma dell'*idem debitum* e ridotto il garante al rango di debitore sussidiario. A queste (mutate) condizioni, un garante come quello di D. 17.1.46, che invece di attendere di essere eventualmente escusso per la pena, di sua iniziativa procuri e trasferisca al creditore lo schiavo indicato nella *stipulatio poenae* garantita, figurerebbe inevitabilmente come un

motivazione di D. 17.1.46 e invita a tornare senza preconcetti sulla questione della sua congruenza o meno con la prima parte del testo.

A questo proposito, conviene ribadire che la motivazione ascritta a Paolo segue un duplice movimento: essa inizia col ricordare la regola-base del mandato, e cioè che il mandatario non può discostarsi dalle istruzioni ricevute (*recedere a forma [mandati]*), ma finisce per ammettere che, a fronte d'istruzioni che non coprano ogni singolo aspetto dell'incarico o quando questo abbia contenuto composito, siano allora lecite prestazioni anche diverse da quelle che sarebbe spontaneo associare all'incarico stesso (*aliae praestationes quam quae ispo mandato inerant*). Ancora, va ribadito che la prima parte di D. 17.1.46, ha per protagonista uno *sponsor* che non ha atteso di essere sollecitato a quell'unica prestazione direttamente richiamata dalla garanzia assunta (cioè di pagare al creditore la *poena*), ma ha fatto qualcosa di obiettivamente diverso (comprando lo schiavo da un terzo e poi trasferendolo al creditore). Va dunque da sé che chi ha vergato la motivazione di D. 17.1.46 era guidato dall'idea che quello assunto dallo *sponsor* rientrasse tra i mandati del secondo tipo, quelli cioè il cui oggetto non fosse stato predeterminato in tutto e per tutto dal mandante.

Che un giurista classico potesse far sua una qualificazione del genere non ha nulla di sorprendente; né vale in senso contrario il rilievo, di Sanfilippo, che nel caso prospettato nella prima parte di D. 17.1.46 «non vi è alcuna questione di indeterminatezza del mandato, poiché il mandato era

mandatario andato oltre i *fines mandati*. Di qui la necessità di trovare una 'nuova' giustificazione alla soluzione di Paolo, individuata nella 'nuova' figura del *mandatum incertum*. A nostro avviso, questa complessa spiegazione sconta l'evidente difficoltà di anticipare le implicazioni di una riforma – quella del cd. *beneficium excussionis* – non ancora maturata al momento della compilazione del Digesto (dovendosi attendere Nov. 4, a. 535). Da un lato, infatti, l'Autore basa su una petizione di principio l'idea che la prassi giustiniana si caratterizzasse per le indicate *cautiones* a sfavore dei creditori (cfr. *Appunti* cit. 1207 s.). Dall'altro lato, nemmeno si sofferma a spiegare per quale motivo nel Digesto siano stati mantenuti testi, come per es. D. 46.1.62 pr. (Scaev. 5 *resp.*), dove si continua evidentemente a postulare la *libera electio* del creditore.

assolutamente certo: prestare la fideiussione»⁷⁹. Questo modo d'argomentare trascura, come è stato osservato⁸⁰, che un mandato di garanzia poteva assumersi in modo anche totalmente implicito. Si aggiunga che questo tipo d'incarico poteva finire per accollare al mandatario prestazioni su cui è ben possibile che le parti non si fossero soffermate al momento della conclusione del contratto. Basti dire che, una volta prestata la garanzia, se fossero maturate delle eccezioni di dolo o di patto di cui si avesse conoscenza, il garante aveva l'onere di opporle⁸¹; il che vuol dire che il mandatario, anziché pagare, avrebbe dovuto in certi casi sostenere in giudizio le ragioni del debitore principale. E allo stesso modo, se nel giudizio intentatogli dal creditore il garante avesse subito una condanna ingiusta, avrebbe avuto in linea di massima l'onere di impugnare la sentenza, facendosi perciò carico di un secondo processo⁸².

In questa dimensione di relativa incertezza è del tutto ragionevole che i giuristi riconoscessero alla *bona fides*, su cui s'imperniava il mandato, una elasticità per così dire bidirezionale. In altre parole, come potevano darsi casi in cui si pretendeva dal garante/mandatario di fare qualcosa di diverso dall'eseguire la prestazione principale (negli esempi ora visti: non pagare, ma farsi citare in giudizio e opporre l'*exceptio* del caso; oppure: non ottemperare alla sentenza di condanna, ma impu-

⁷⁹ Sanfilippo, *Corso* cit. 27.

⁸⁰ Da Voci, *Le obbligazioni* cit. 210 e nt. 56, con rinvio a D. 17.1.6.2 e D. e.t. 40.

⁸¹ Cfr. D. 17.1.29 pr., nella lettura – anche per i problemi posti dalla costituzione del testo – di C.A. Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II.1, Torino 2003, 174 s.

⁸² Cfr. D. 17.1.8.8: *Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: 'Catullo Iuliano. si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te'. Igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbabat eis necessitas provocandi, ceterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia. sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare.*

gnarla), allo stesso modo potevano darsi casi in cui si riconosceva che avesse agito bene il garante/mandatario che, di sua iniziativa, aveva sostituito quella principale con altre prestazioni, per il mandante addirittura più utili.

VI. Conclusioni

Definita l'esegesi di D. 17.1.46, possiamo tirare le fila del discorso, tornando là da dove eravamo partiti, da *Noctes Atticae* 1.13. Come già le fonti retoriche sulle *controversiae per male gesta legatio*, anche il testo di Paolo presenta un significativo punto di contatto con i termini della discussione filosofica esposta da Gellio. In particolare, D. 17.1.46 dimostra che i giuristi, come appunto già i retori, nelle loro discussioni *de mandatis obsequendis* non escludevano a priori che al mandatario fosse lecito allontanarsi dalle direttive ricevute, a differenza di quella che era invece la regola inderogabile, applicata nella giurisdizione militare. Di più, come i retori, anche i giuristi argomentavano secondo lo *status* della *comparatio*, pesando sulla bilancia *religio mandati* e *utilitas*, vale a dire la fiducia del mandante che le sue direttive avrebbero vincolato il mandatario e il fatto che a discostarsi dalle direttive in questione si era potuto meglio attendere agli interessi stessi del mandante. Lo sfondo argomentativo è dunque lo stesso attribuito nelle *Noctes Atticae* a quei filosofi che, sia pure sul piano di una *quaestio de futuris*, anziché *de praeteritis* (e dunque, retoricamente parlando, di una *suasoria*, anziché di una *controversia*), si opponevano a chi riteneva che la *religio mandati* fosse un valore tendenzialmente assoluto, da non scalfire lasciando al mandatario di ergersi a miglior giudice degli interessi del mandante.

Nel mettere testi di natura tanto diversa in relazione gli uni con gli altri e nel recuperare, per loro tramite, un *idem sentire* trasversale a retorica, giurisprudenza e (parte della) filosofia, non va peraltro trascurato un elemento che indubbiamente distingue il testo di Gellio dagli altri

fin qui considerati. I retori – per quanto si può giudicare dalle *controversiae per male gesta legatio* – e senz’altro i giuristi ammettevano la possibilità di argomentare *de utilitate* quando il contenuto dell’incarico lasciasse al mandatario qualche margine⁸³. Di fronte a indicazioni tassative, quale poteva essere quella di comprare uno specifico bene a un certo prezzo, i giuristi non dubitavano che l’indicazione andasse comunque rispettata, anche quando l’iniziativa del mandatario avrebbe potuto assicurare un vantaggio economico al mandante⁸⁴. Quello di un mandato perfettamente definito in tutti i suoi aspetti è invece proprio l’oggetto della *quaestio anceps* delle Notti Attiche: *an negotio tibi dato* - precisa infatti Gellio, nel prospettare in esordio i termini della discussione – *et quid omnino faceres definitio*. Di fronte a incarichi che non presentassero la caratteristica, su cui le *Noctes Atticae* focalizzano la discussione, si potrebbe dunque azzardare che la legittimità di iniziative personali che realizzassero il miglior interesse del mandante fosse riconosciuta da tutti: non solo da retori e giuristi, ma anche dai filosofi. Quella che ai filosofi (e forse a loro soltanto) restava da discutere era l’ipotesi estrema, del che fare quando la buona occa-

⁸³ Anche se non sono perfettamente sovrapponibili a D. 17.1.46, dal momento che l’iniziativa del mandatario non si traduce in una maggiore utilità del mandante, bensì nel raggiungere per altra via lo stesso risultato economico-giuridico che questi si attendeva, sono comunque significativi della tendenza indicata D. 17.1.62.1 (mandato di garantire *verbis* il mutuo da erogare in favore di un terzo, cui il mandatario assolve assumendo la garanzia nelle forme del *mandatum credendi*) e D. 17.1.45.4 (mandato di pagare un creditore, cui il mandatario assolve liberando il mandante attraverso una *expromissio*). In D. 17.1.59.6 l’alternativa che esplicitamente si riconosce al mandatario di ricevere o pegni o fideiussioni dipende dalla genericità dell’espressione (*idonea cautio*) usata dal mandante.

⁸⁴ Significativo in questo senso è D. 17.5.5.2: non è legittimo, a un prezzo uguale o addirittura inferiore, comprare una cosa diversa da quella indicata dal mandante, che pure sia *longe maioris pretii*. Come si è detto (in corrispondenza delle ntt. 61-62), il legittimo acquisto a un prezzo inferiore della cosa indicata dal mandante era riportato alla regola argomentando *de scripto et sententia*.

sione di deviare dal mandato si fosse presentata a chi aveva ricevuto un incarico definito in ogni suo aspetto.

È insomma possibile che a rendere davvero *anceps* la *quaestio* delle Notti Attiche fossero i termini tanto radicali entro i quali i filosofi avevano finito per porla. Né deve stupire che solo in questi termini il problema sia stato raccolto da un autore come Gellio, collezionista sì, ma dichiaratamente attento a non tediare il lettore⁸⁵.

⁸⁵ Cfr. *Praef.* 11; sul passo vd. L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius* cit. 165.

Le tipologie di comitia calata nel primo libro ad Q. Mucium di Lelio Felice

Carlo Pelloso

I. Aulo Gellio, Labeone e Lelio Felice

Nel libro quindicesimo delle Notti Attiche di Aulo Gellio¹, ad apertura del capitolo 27 (introdotto dal lemma *Quid sint comitia calata, quid curiata, quid centuriata, quid tributa, quid concilium; atque inibi quaedam eiusdemmodi*)², si rinviene un lungo e denso tratto che molto mutua, con citazioni che paiono autenticamente te-

¹ Sull'importanza dell'opera di Gellio per il diritto romano, da un lato, «è appena il caso di ricordare...quanto numerosi siano i luoghi dell'opera dedicati dall'autore all'analisi di istituti giuridici, di fonti normative o di brani giurisprudenziali spesso per noi altrimenti sconosciuti», e, dall'altro, non va dimenticato che «Gellio è ritenuto dalla più attenta dottrina complessivamente affidabile nelle citazioni e mosso da un interesse antiquario-erudito (con particolare attenzione alle opinioni dei *veteres*) che lo induce a conservare la propria documentazione il più delle volte scevra da modificazioni e manipolazioni personali» (O. Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio*, in O. Diliberto (a c. di), *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli 1993, 123); sul sapere e sulle fonti di Gellio basta rinviare, ancora una volta, all'imprecindibile O. Diliberto, *Materiali per la palinogenesi delle XII tavole I*, Cagliari 1992, 126 ss., oltre che ai lavori fondamentali di F. Casavola, *Giuristi adrianei con note di prosopografia e bibliografia sui giuristi del II secolo d.C. di G. De Cristofaro*, Napoli 1980, 93 s.; G. Bernardi-Perini, *Le Notti Attiche di Aulo Gellio I*, Torino 1992, 10 ss.

² Cfr., da ultima, C. Rinolfi, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant... aut in procintu'*. *Testamenti, diritto e religione in Roma*, Torino 2020, 63 ss., 83 ss., 105 ss.

stuali, dal primo libro dell'opera *Ad Q. Mucium* di Lelio Felice³. Un

³ Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 1-3 (Gell. 15.27.1-2,4,5; P.E. Huschke, *Turisprudenciae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1867 [= Huschke]), equivalente a Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* (Gell. 15.27.1-5; O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889 [= Lenel I]). Per Lenel non sarebbe da escludere che il Lelio Felice citato da Gellio coincida con il Lelio che Paolo ricorda sia come giurista dissenziente rispetto ai *quidam* menzionati da Atilicino con riguardo al problema della previa restituzione del legato già conseguito necessaria per chi, legatario, esperiva, di poi, la *petitio hereditatis* se non *per calumniam*, comunque *per errorem*, sia come testimone oculare nel Palatino della presenza di una donna di Alessandria (in procinto di essere presentata all'imperatore Adriano) che aveva avuto cinque gemelli, dei quali quattro partoriti contemporaneamente, mentre il quinto dopo quaranta giorni: Paul. 2 *ad Plaut.* D. 5.3.43; Paul. 17 *ad Plaut.* D. 5.4.3 (v. Lenel, *Palingenesia* I cit. 557 nt. 1: «non constat, sed verisimile est, Laelium Felicem, cuius apud Gellium [...] mentio fit, eundem Laelium esse, qui in digestis [...] laudatur»; cfr. S. Rocchi, C. *Gaius Gaius [Noster]: il nome dell'autore delle 'Institutiones' e altri ragionamenti letterari ed epigrafici [con un'Appendice sulla tecnica di citazione dei nomi degli auctores nel Digesto]*, in U. Babusiaux, D. Mantovani (a c. di), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, Pavia 2020, 46). Contro la identificazione di Lelio Felice con Gaio, sostenuta da G. Scherillo, *Adnotationes galianae* III. *Il nome di Gaio*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I, Milano 1968, 84 ss. (ma v., altresì, M.L. Astarita, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'*, Catania 1993, 131; cfr. W. Smith, *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, 2, London 1846, s.v. *Felix, Laelius*; T.F.V.O., *Gaius and His Work. A Study in Roman Law*, in *The Cape Law Journal* 11, 1894, 10 ss.; J. Muirhead, H. Goudy, A. Grant, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, London 1916, 417 s.), v. P. Arces, *Studi sul disporre 'mortis causa'. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Torino 2013, 138 s. Cfr., inoltre, sull'opera di Lelio – ancorché, come di recente è stato correttamente messo in evidenza, non sia possibile «andare oltre il campo delle congetture, visto che... il più ampio passo di Lelio Felice di cui attualmente disponiamo è proprio quello presentato nel riferito capitolo delle Notti Attiche, e ben poco si può dire di questo giurista del II secolo»: Id., *Studi sul disporre 'mortis causa'* cit. 138 –, F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968, 363 (a cui avviso «resta dubbio se l'opera avesse carattere giuridico oppure antiquario e aneddotic»); A. Schiavone, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 120 e nt. 22 (che si limita a supporre che l'opera sia composta almeno di due libri); E. Stolfi, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio II. Contesti e pensiero*, Milano 2001, 16 nt. 33 (che dubita che l'opera di Lelio Felice costituisca un precedente rispetto all'*ad Quintum Mucium* di Pomponio).

libro, quest'ultimo, che il tanto misterioso quanto controverso giurista di età adrianea conosciuto attraverso gli appena ricordati *duo nomina*, plausibilmente dedicava, secondo il modello civilistico muciano, alle 'voci' del diritto testamentario⁴: e tra queste vi era di sicuro il desueto – almeno nella cornice della seconda metà del II secolo d.C. – verbo *calare*, un lemma capace di polarizzare l'attenzione dell'erudito romano, intercettando il suo gusto antiquario frammisto alla passione per la lingua latina e all'inclinazione alla digressione giuridica.

Esordendo con una preziosa citazione di Labeone – forse di un passo

⁴ J. Platschek, *Das Verhältnis der Institutiones zu den so genannten 'Res cottidianae sive Aurea'*, in Babusiaux, Mantovani (a c. di), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller* cit. 297; così congetturava già Lenel, *'Palingenesia iuris civilis'* I cit. 557 nt. 2. Vero è infatti che i commentari a Quinto Mucio, aventi con buona probabilità struttura lemmatica, seguivano l'ordine espositivo dell'opera di modello, che, appunto, trattava in posizione d'apertura proprio la materia testamentaria (cfr., sulla corrispondenza dell'ordine di Pomponio a quello muciano, M. Lauria, *'Ius romanum'* I.1, Napoli 1963, 9 ss., 55 ss.; Id., *'Ius'. Visioni romane e moderne. Lezioni*, Napoli 1967³, 203; G. Scherillo, *Il sistema civilistico*, in *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, 15 ss., e Id. *'Adnotationes'* cit. 68 ss.; Id., *Gaio e il sistema civilistico*, in A. Guarino e L. Bove (a c. di), *Gaio e il suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966, 145 ss.; R. Astolfi, *I 'Libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova 2001², 199 ss.; Schiavone, *'Ius'* cit. 155 ss., 163 ss.). Sul punto v., inoltre, M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², 108 e nt. 21, a cui avviso, nella sua trattazione della materia dei *testamenta*, Quinto Mucio Scevola divagava in un *excursus* storico che indugiava anche sulla «sua forma comiziale ormai desueta» (e ciò, per l'appunto, a mente della considerazione che nel primo libro del commentario all'opera *de iure civili* il giurista adrianeo Lelio Felice descriveva i *comitia calata*); cfr., di poi, M. D'Orta, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino 1996, 158 nt. 73, 160 nt. 76, secondo cui l'opera civilistica muciana sarebbe inoltre la fonte sia di Gaio sia di Lelio e ipotizza una unica connessione tra i commentari di Lelio Felice e la divisione in *genera* dei testamenti in Gaio, da una parte, e i *libri iuris civilis* con la loro esposizione dei tipi di testamento, dall'altra; v., inoltre, F. Terranova, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'* I. *Il ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 63 ss.

dei suoi *libri de iure pontificio* – incastonata nella citazione, Gellio, in seno ad una ricca disamina delle diverse tipologie di assemblee popolari qualificabili in termini di *comitia* (e, dunque, con una evidente torsione prospettica rispetto alle specole fatte proprie dai due giureconsulti rievocati)⁵, trasmette un doppio insegnamento prudenziale in tema di *comitia calata* gravido di interrogativi fondamentali per la storia del diritto pubblico e, in connessione ad esso, anche per la storia dei ‘luoghi’ e dei ‘contesti’ del diritto criminale (quale è la struttura e quali sono le funzioni dei *comitia calata?*, quali sono i rapporti con i *comitia curiata* e con quelli *centuriata?*, chi convoca e chi presiede i *comitia calata?*, in quale spazio urbano si riunisce il popolo *calatis comitiis?*):

Gell. 15.27.1-3: 1. *In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere ‘calata’ comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. 2. Eorum autem alia esse ‘curiata’, alia ‘centuriata’; ‘curiata’ per lictorem curiarii ‘calari’ id est ‘convocari’, ‘centuriata’ per cornicinem. Isdem comitiis, quae ‘calata’ appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. 3. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum,*

⁵ Il più ampio quadro di riferimento è quello di una trattazione comprensiva anche delle figure dei *concilia* e idealmente connessa a quella relativa alle *contiones* e al cd. *comitiatus*: Lael. Fel. 1 ad Q. Muc. 2 (Gell. 15.27.4 [Huschke]): *In eodem Laeli Felicis libro haec scripta sunt: Is qui non universum populum, sed partem aliquam adesse iubet, non ‘comitia’ sed ‘concilia’ edicere debet*; Val. Mess. 1 *ausp.* 2 (Gell. 13.16.1: F.P. Bremer, *Turisprudientiae Antehadrianae quae supersunt* I. *Liberae rei publicae iuris consulti*, Lipsiae 1896 [= Bremer 1]; [Huschke]): *idem Messala in eodem libro de minoribus magistratibus ita scripsit: ‘consul ab omnibus magistratibus et comitiatum et contionem avocare potest. Praetor et comitiatum et contionem usquequaque avocare potest nisi a consule. Minores magistratus nusquam nec comitiatum nec contionem avocare possunt. Ea re, qui eorum primus vocat ad comitiatum, is recte agit, quia bifariam cum populo agi non potest nec avocare alius alii potest. Set si contionem habere volunt, uti ne cum populo agant, quamvis multi magistratus simul contionem habere possunt’*; Gell. 13.16.2-3: *Ex his verbis Messalae manifestum est aliud esse ‘cum populo agere’, aliud ‘contionem habere’. Nam ‘cum populo agere’ est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet, ‘contionem’ autem ‘habere’ est verba facere ad populum sine ulla rogatione.*

*quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhibetur*⁶.

II. I 'comitia calata': le ipotesi ricostruttive contemporanee

Secondo un orientamento risalente e tradizionale⁷, a valle dell'at-

⁶ Lael. Fel. 1 ad Q. Muc. 1 (Gell. 15.27.1-3 [Huschke]); Lab. 187 (Gell. 15.27.1-2: F.P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, 2.1, 'Primi post principatum constitutum saeculi iuris consulti', Lipsiae 1898 [= Bremer 2.1]), equivalente a Lab. 22 (Gell. 15.27.1-2 [Huschke]). Per la citazione labeoniana, v., *ex plurimis*, A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 1, Halle 1873, 45 (che, al pari di Bremer, si spinge ad ipotizzare la provenienza della citazione dai libri de iure pontificio, su cui v. P. Jörs, voce *Antistius*, in *RE*. I, Stuttgart 1894, 2250); cfr., altresì, Huschke, *Iurisprudentiae anteustinianae quae supersunt* cit. 48. Quanto al § 1, cfr. G. Aricò Anselmo, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei 'comitia'*, Torino 2012, 190 nt. 547; quanto al § 5, Pernice, *Marcus Antistius Labeo* cit., 45, esprime il dubbio che in un'opera ritenuta di diritto pontificale Labeone trattasse, oltre che dei *comitia calata*, anche di altri comizi (sicché si tratterebbe di una digressione di Lelio o di Gellio), così come, sulle orme di Lenel, *'Palingenesia iuris civilis'* I cit. 557, F. Daverio, *'Sacrorum detestatio'*, in *SDHI*. 45, 1979, 530, si interroga su quanto, nei passi delle Notti Attiche in questione, vi sia di autenticamente labeoniano e considera sospetta la parte in cui si rinviene la digressione sulle varie forme di testamento, ritenendo essa – più che riferibile a Labeone – una nota aggiunta o da Lelio o da Gellio.

⁷ Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* I, Leipzig 1887³, 204; Id., *Römisches Staatsrecht*, II.1, Leipzig 1887³, 18 ss., 36 ss., 40 nt. 2; Id., *Römisches Staatsrecht*, III.1, Leipzig 1887, 307, 318 ss., 390. Ma v. A. Magdelain, *Le suffrage universel à Rome au Ve siècle avant Jésus-Christ*, in *'Jus', 'imperium', 'auctoritas'*. *Études de droit romain*, Rome 1990, 459, originariamente in *CRAI*. 123, 1979, 698 ss.; v., inoltre, Id., *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris 1978, 82 s.; cfr. L. Lange, *Römische Alterthümer* I, Berlin 1876³, 398; B. Kübler, voce *'Calata comitia'*, in *RE*. III.1, Stuttgart 1879, 1332; J. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung* III, Leipzig 1885² (rist. New York, 1975), 283, 323; A. Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, Paris 1886, 21; G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer*², München 1912, 512; U. Coli, *'Regnum'*, in *SDHI*. 17, 1951, 66; P. De Francisci, *'Primordia civitatis'*, Roma 1959, 494, 728; A. Kirsopp Michels, *The Calendar of the Roman Republic*, Princeton 1967,

tribuzione all'arcaico verbo *calare* del significato stretto di 'chiamare da parte del pontefice', i *comitia calata* individuerebbero una tipologia di assemblee popolari in primo luogo connotata religiosamente, per l'appunto, sul piano della convocazione e su quello della presidenza rispetto ad eterogenee *species* di *comitia*: il *pontifex maximus*, ritenuto – ancorché non *magistratus* – titolare di un potere di imperio quasi-magistratuale e, per l'effetto, anche di un potere auspicale, in forza del suo *ius agendi cum populo* avrebbe 'calata' i *comitia* e ne sarebbe stato, conseguentemente, il presidente (come per i comizi tributivi convocati a seguito di *provocatio* contro multa pontificale e come per le assemblee delle diciassette tribù finalizzate alla scelta di certuni sacerdoti). I *comitia calata*, quanto a funzione, sarebbero state riunioni del popolo ora deliberative, dopo *contio* preliminare (come per il *testamentum*, e analogamente, per la *detestatio sacrorum* e l'*adrogatio*), ora non-deliberative (come per le *inaugurationes* dei sacerdoti maggiori), laddove le assemblee 'calendariali' (ossia quelle in cui al popolo vengono comunicate sia la data delle *Nonae* sia quella delle principali festività mensili) sarebbero state delle riunioni informali, non qualificabili pertanto come *comitia*. Questi ultimi, infatti, quanto a struttura, implicherebbero un necessario ordine di convocazione e di strutturazione interna (anche in assenza di *suffragium*): gli stessi *comitia calata* dal pontefice, per conto del collegio, sarebbero generalmente *curiata*, ma talora (e in casi del tutto eccezionali e limitati) potrebbero anche configurarsi come *centuriata* (limitatamente all'inaugurazione del *flamen Martialis*)⁸.

A questo orientamento si contrappongono molteplici ricostruzioni maggiormente 'fluide'. Così, pur prendendo le mosse dalla testé cenna-

38, 47; G.J. Szemler, voce 'Pontifex', in *RE*, Supplement Band, XV, Stuttgart 1978, 363; E. Bianchi, *Il 'rex sacrorum' a Roma e nell'Italia antica*, Milano 2010, 195 ss.; v., inoltre, P. Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale* I, Torino 1960, 367 ss.

⁸ Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.1 cit. 307; v., diversamente, Id., *Römische Forschungen* I, Berlin 1864, 273.

ta sovrapposizione dell'atto del *calare* con la convocazione e la presidenza pontificale⁹, v'è stato chi, oltre a postularne la identità strutturale (ma solo una volta perfezionatosi il passaggio sul finire del *regnum* dalla 'curia-consorteria gentilizia' alla 'curia-divisione artificiale della popolazione'), ha avvicinato i (più risalenti e originariamente unici) *comitia calata* ai (più recenti) *comitia curiata* al livello di originaria funzione (nel senso che entrambe le assemblee, in età regia, durante la loro coesistenza, sarebbero state prive di poteri deliberativi), ferme rimanendo le antitesi – oltre che sul piano cronologico, quanto alla rispettiva istituzione – sul piano degli scopi perseguiti nonché dei soggetti chiamati a convocare e a presiedere. Inoltre, vi sono stati altri autori che non solo hanno ritenuto di attribuire alla celebrazione dei *comitia calata* istituti che risultano formalmente collegati ai *comitia curiata* (così, invero, talora connotando implicitamente i primi in senso deliberativo), ma addirittura – e ciò più o meno consapevolmente e più o meno approfonditamente – hanno inteso espressamente omologare le due figure (se non far assurgere i *calata* a *species* antichissima dei *curiata*). Si sono così rese pressoché fungibili le due, innegabilmente

⁹ Cfr. De Francisci, 'Primordia civitatis' cit. 562 ss., 577 nt. 87, 589 s., 728; G.W. Botsford, *The Roman Assemblies. From Their Origin to the End of the Republic*, New York 1968 (rist.), 152 ss.; R.E.A. Palmer, *The Archaic Community of the Romans*, Cambridge 1970, 83, 95, 193 s. V., analogamente, C.J. Smith, *The Roman Clan. The 'Gens' from Ancient Ideology to Modern Anthropology*, Cambridge 2006, 212; v., inoltre, F. Schwind, *Römisches Recht I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes*, Wien 1950, 374; M. Amelotti, *Le forme classiche di testamento I. Lezioni di diritto romano raccolte da R. Martini*, Torino 1966, 29; A. Calonge, *El 'pontifex maximus' y el problema de la distinción entre magistraturas y sacerdocios*, in *AHDE*. 38, 1968, 24, 29; Magdelain, *La loi à Rome* cit. 82 s.; L. Ross Taylor, *Roman Voting Assemblies from the Hannibalic War to the Dictatorship of Caesar*, Michigan 1990, 9; M. Fiorentini, *La città, i re e il diritto*, in A. Carandini (a c. di), *La leggenda di Roma III. La Costituzione*, Milano 2011, 304; E. Tassi Scandone, *Sulla natura della 'lex' del 'Niger lapis'*, in *Index* 44, 2016, 78 s., 81.

differenti, denominazioni tecniche che le fonti ci hanno consegnato¹⁰, e si è così giunti – anche dopo una certosina indagine su alcuni istituti peculiari (come quello della *adrogatio*) – al seguente assetto: da un lato, a tutti i *comitia calata* sono state estese talune peculiarità, come la supposta presidenza magistratuale (e non sacerdotale)¹¹, evincibili solo da ipotesi particolari riconnettibili ai *comitia curiata*; dall’altro (e senza considerare analiticamente i singoli atti perfezionati dinanzi tali assem-

¹⁰ Cfr. J. Bleicken, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes* 85, 1957, 352; G. Nicosia, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma I*, Catania 1977, 42; F. Van Haepelen, *Les comices curiates, une assemblée garante de la norme?*, in *La norme sous la République et le Haut-Empire romains. Elaboration, diffusion et contournements*, édité par T. Itgenshorst et P. Le Doze, Bordeaux 2017, 390. Sembrano vedere nei *comitia calata*, una forma particolare degli stessi *comitia curiata*, P.F. Girard, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it., Milano 1909, 813; G. Nocera, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milano 1940, 2 s.; G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino 1965, 46; C. Maschi, *Storia del diritto romano*, Milano 1968, 51 ss.; M. Kaser, *Storia del diritto romano*, trad. it., Milano 1977, 27; F. Serrao, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma I.1*, Napoli 1984, 109; L. Capogrossi Colognesi, *Le curie*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, Milano 1989, 45; R. Marache, *Aulu-Gelle, Les nuits attiques, Tome III, Livres XI-XV*, Paris 1989, 229 nt. 2; R.E. Mitchell, *Patricians and Plebeians. The Origin of the Roman State*, Ithaca - New York 1990, 6 ss.; G. Giliberti, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino 1993, 104; L. Labruna, F. Cassola, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, Napoli 1933, 179 ss.; A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli 1998¹², 91; cfr., inoltre, P. Cerami, *Sulla struttura formale dell’adrogatio per populum*, in I. Piro (a c. di), *Scritti per A. Corbino II*, Tricase 2016, 90.

¹¹ F. Van Haepelen, *Le collège pontifical (3e s. a.C. - 4e s. p.C.)*. *Contribution à l’étude de la religion publique romaine*, Bruxelles - Rome 2002, 276 ss.; v., inoltre, circa la presidenza magistratuale dei *comitia*, K. Latte, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, 300, 400 ss.; J.G. Wolf, ‘*Comitia, quae pro conlegio pontificum habentur*’. *Zur Amtsautorität der ‘Pontifices’*, in *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von F. Wieacker*, Ebelsbach am Main 1980, 3 ss., 22; ma, soprattutto, v. l’ampia analisi di Bleicken, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium* cit. 348 ss., 352 ss., 356 ss.

blee), con riguardo al «rôle exact exercé par les comices calates»¹², si è considerato preferibile astenersi dal prendere una posizione netta.

Se questi due filoni di pensiero assumono che la *calatio* permetta di distinguere, in primo luogo, la convocazione sacerdotale (propria, per l'appunto, dei *comitia calata*) da quella magistratuale (propria delle altre assemblee), in adesione ad altra risalente lettura il verbo *calare* veniva inteso nel senso generale di «*advocare*» e, più precisamente, nell'accezione di «*advocare quae cum vocata essent non convenirent*»¹³. I *comitia calata*, a fronte di tale accezione, rappresenterebbero, da un lato, un'assemblea imprescindibilmente dotata di poteri deliberativi (in quanto tale potere sarebbe indissolubile dai *comitia*), dall'altra, un'assemblea suscettibile di tenersi dinanzi magistrati e pontefici (in quanto la *calatio* risulterebbe neutra a livello di soggetti convocanti); il dato caratterizzante, dunque, sarebbe, secondo quest'ottica, il solo destinatario dell'atto di convocazione (posto sia che autore della *calatio* potrebbe essere anche un magistrato, sia che la presidenza pontificale di per sé non sarebbe coessenziale all'essere *calatum* di un dato comizio), ovverosia non il popolo romano nella sua universalità, ma solo una parte di esso (parte, comunque, organizzata ora in curie, come per la *lex curiata de imperio*, ora in centurie, come per la *lex de potestate censoria*). E, per di più, attesa la presunta coessentialità del voto ai *comitia calata*, l'assemblea per i testamenti avrebbe rappresentato una eccezione non in quanto le curie non avrebbero deliberato, ma in quanto il loro *suffragium* sarebbe stato «*non clam*».

Secondo un ulteriore filone di pensiero, i comizi in parola non tro-

¹² Cfr. Van Haepelen, *Les comices curiates* cit. 392.

¹³ I.M.J. Valetton, 'De inaugurationibus Romanis caerimoniarum et sacerdotum', in *Mnemosyne* 19, 1891, 421 ss., 426 ss., 429. Cfr. J. Paoli, *La notion de temps faste et celle de temps comitial* (Varron, *De l. L.*, VI, 31 et 32), in *REA*. 56, 1954, 135 ss., sulla scorta di Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 1 cit. 204 (nonché Id., *Die römische Chronologie bis auf Caesar*, Berlin 1858, 241 ss.) e di O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* I, Leipzig 1885, 49, 380.

verrebbero, nella convocazione e nella presidenza i principali criteri discretivi rispetto alle ulteriori tipologie assembleari romane. Se, da un lato, infatti, i comizi curiati e quelli centuriati sono funzionalmente votanti, i *comitia calata*, come potrebbe trarsi dallo stesso *nomen iuris*, sono riunioni popolari – si assume – solo ‘formalmente convocate’ che, secondo alcuni strutturalmente analoghe ai comizi esitanti in un voto¹⁴, secondo altri strutturalmente neppure ordinate in unità votanti ma corrispondenti al *populus confusus*¹⁵, non manifesterebbero né *consensus*, né *iussus*¹⁶. Essi, di contro, o assisterebbero a notifiche

¹⁴ Per le assemblee della *inauguratio*, del *testamentum* e della *detestatio*, nonché – per la maggior parte degli autori – anche degli annunci calendariali, intese come non votanti ancorché convocate ed organizzate come autentici *comitia* deliberanti, cfr. J. Rubino, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte I. Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, Cassel 1839, 244; J.N. Madvig, *Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates I*, Leipzig 1881, 221; W. Soltau, *Über Entstehung und Zusammensetzung der altrömischen Volksversammlungen*, Berlin 1888, 40; W. Liebenam, voce ‘*Comitia*’, in *RE*. IV, Stuttgart 1901, 680; G. Scherillo, *Corso di diritto romano. Il testamento I*, Trieste 1965, 233; P. Voci, *Diritto ereditario romano I*, Milano 1967², 16 ss.; F. Pina Polo, *Las ‘contiones’ civiles y militares en Roma*, Zaragoza 1989, 61; L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L’età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C)*, Napoli 2008, 433 nt. 1033; Lange, *Römische Alterthümer I cit.* 398 s.; Mommsen, *Römische Forschung I cit.* 270 nt. 3; Id., *Römisches Staatsrecht III.1 cit.* 319; Kübler, voce ‘*Calata comitia*’ cit. 1333; Catalano, *Contributi I cit.* 238 ss., 243; Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’ cit.* 204 s.; Aricò Anselmo, *Antiche regole procedurali cit.* 347; Arces, *Studi sul disporre ‘mortis causa’ cit.* 105, 145; Van Haeperen, *Les comices curiatis cit.* 390; sul punto v., più di recente, M.F. Cursi, *La ‘mancipatio familiae’: una forma di testamento?*, in *Homenaje al Profesor A. Torrent*, Madrid 2016, 191.

¹⁵ Ascon. *Corn.* 56 (Stangl): *Astat populus confusus ut semper alias, ita et in contione*. A. Corbino, *La nozione di ‘comitia calata’*, in *Iura* 42, 1991, 145 ss.; v., inoltre, U. Coli, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in *Iura* 7, 1956, 42 ss. (ma v., anche, Id., ‘*Regnum*’ cit. 66); F. Grelle, voce ‘*Comitia*’, in *Noviss. dig. it.*, 3, Torino 1959, 602. Per l’esclusione del supposto rapporto *species-genus* sono pure Catalano, *Contributi I cit.* 238 ss.; 243 ss., e Arces, *Studi sul disporre ‘mortis causa’ cit.* 145.

¹⁶ Cfr., sulla differenza tra *iussus* e *consensus populi*, Nocera, *Il potere dei comizi e i suoi limiti cit.* 162.

o testimonierebbero formalmente la perfezione di atti a fronte di convocazione e presidenza, sostanzialmente regia, per taluno, pontificale, per talaltro¹⁷. I *comitia calata* – non qualificabili né come *species* degli antichi *comitia curiata*, né come forma coincidente con tali *comitia*, né come *species* comiziale connotata dall'autore o dal destinatario della convocazione – sarebbero, insomma, o un sotto-tipo di comizi (vuoi delle curie, vuoi delle centurie) caratterizzato dal non esitare nella fase del *suffragium*¹⁸.

III. *L'insegnamento di Labeone rispreso da Lelio Felice: i comizi per l'inauguratio*

Il pensiero di Lelio Felice e di Labeone in tema di *comitia calata*, per come conservatoci da Aulo Gellio, si interseca di necessità con quello di Mucio Scevola.

Se quest'ultimo, nell'ambito di una disamina anche storica dei *genera* di testamento si occupava di *comitia calata* solo in connessione con la più antica delle forme testamentarie conosciute in Roma (oggetto, invece, di un diretto interesse, come era per lo stesso Lelio Felice); se il dotto antiquario del II secolo d.C. elevava proprio i *comitia* con le sue plurime articolazioni e le figure assembleari contigue (quali le

¹⁷ Cfr. G. Padelletti, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole*, Firenze 1878, 138 nt. 2; Kübler, voce '*Calata comitia*' cit. 1330 ss.; v., inoltre G. De Sanctis, *Storia dei Romani* IV.2.1, Firenze 1953 (rist.), 356; Catalano, *Contributi* I cit. 367 ss.; Pina Polo, *Las 'contiones' civiles y militares* cit. 63 s.

¹⁸ Oppure si tratterebbe di un *genus* di comizi a sé in tutto analogo alla figura delle *contiones*, se i *comitia calata* non fossero stati preceduti necessariamente dalla presa degli auspici e non fossero stati insuscettibili di essere celebrati in contemporanea con altre assemblee popolari (ma alla non necessità di prese auspicali sembra credere, tra gli ultimi, Pina Polo, *Las 'contiones' civiles y militares* cit. 62).

contiones e i *concilia*) a sua area di principale attenzione; se è vero tutto ciò, rimane ancora dubbia la specola da cui, invece, il giurista augusteo scriveva con riguardo ai *comitia calata*. Tuttavia, la citazione che Lelio Felice fa di Labeone (§ 1-2: *in libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere 'calata' comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse 'curiata', alia 'centuriata'; 'curiata' per lictorem curiatum 'calari' id est 'convocari', 'centuriata' per cornicinem*) sembra essere esplicitamente limitata ai problemi tra loro interconnessi relativi alla *inauguratio* di re e di flomini e alle modalità di convocazione dei *comitia* (quali sacerdoti vengono inaugurati?, come viene convocata e, poi, organizzata l'assemblea del popolo?, è richiesta la presenza di magistrati oltre che dei pontefici?). Ciò rende plausibile l'idea – che muove dall'ipotesi già formulata da Lenel – secondo cui il giurista augusteo, più che trattare di diritto testamentario o di diritto assembleare, impostasse una limitatissima questione di dettaglio – non quella 'generale' dei *comitia calata*, ma quella 'specificata' funzionalmente e strutturalmente dei *comitia calata inaugurandi causa* – alla luce dello studio di *sacra, sacerdotes* e *magistratus*, ossia in conformità alle partizioni ulpianee della *positio studii* cd. gius-pubblicistica¹⁹.

Lelio Felice, pur trattando in via principale di diritto ereditario e di successione testamentaria, cita dunque Labeone e lo fa in quanto interessato alla peculiare prospettiva di quest'ultimo, nonché aperto agli

¹⁹ Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.2: v. P. Catalano, *La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)*, in *Studi in onore di G. Grosso* VI, Torino 1974, 670; cfr., inoltre, F. Sini, *Documenti sacerdotali di Roma antica I. Libri e commentarii*, Sassari 1983, 213 s.; Id., *'Sua cuique civitati religio'. Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001, 175, 267 s. nt. 75; G. Aricò Anselmo, *'Ius publicum' - 'ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA*. 37, 1983, 739 ss.; J. Scheid, *Le prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdotes et le droit public à la fin de la République*, in *Des ordres à Rome*, édité par C. Nicolet, Paris 1984, 243 ss.

stesso a digressioni *de iure publico* in una trama espositiva lemmatica squisitamente di *ius civile*, per poi procedere (§ 2, in fine) a integrare la compatta dottrina labeoniana in tema di assemblee popolari e *inauguratio* con la menzione di due ulteriori applicazioni particolari – in primo luogo a livello di funzione – del *genus* dei *comitia calata* (*iisdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant*), applicazioni di cui, nell'immediato prosiegua (§ 3), o Gellio o, ancora una volta testualmente, lo stesso giurista adrianeo²⁰ precisano il piano strutturale (*tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret*).

Dunque, se ci si concentra sulla prospettiva giuspubblicistica di La-beone, dal testo gelliano emerge come il giurista – già lo si è anticipato – instauri un legame tra la inaugurazione di *rex* e *flamines*²¹, i *comitia*

²⁰ Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 1 (Gell. 15.27.1-2 [Huschke]); Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* (Gell. 15.27.1-5 [Lenel 1]). Sono tre le esplicite citazioni e si trovano in corrispondenza dei §§ 1-2, nonché del § 4 e del § 5, laddove è Lenel, '*Paligenesia iuris civilis*' I cit. 557 nt. 1, che ipotizza – e, ritengo, ben plausibilmente – la medesima, ancorché non esplicita, derivazione leliana per il § 3.

²¹ Per l'*inauguratio* del *rex sacrorum*, dei *flamines* maggiori, nonché degli *augures*, cfr. Liv. 27.36.5; Liv. 40.42.8; Cic. *Phil.* 2.43.110; Gai 1.130; Gai 3.114; Tit. Ulp. 10.5; Liv. 27.8.4; Liv. 29.38.6; Liv. 37.47.8; Liv. 41.28.7; Liv. 45.15.10; Cic. *Brut.* 1.1; Dion. Hal. 2.73.3; Liv. 30.26.10. Cfr. H.J. Rose, voce '*Flamines*', in *Oxford Classical Dictionary*, Oxford 1970²; A. Ferrari, voce '*Rex sacrificulus*' o '*Rex sacrorum*', in *Dizionario di mitologia greca e latina*, Torino 1999, 606; A. Bendlin, voce '*Rex sacrorum*', in *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike* X, Stuttgart - Weimar 2001, 937 ss.; Bianchi, *Il 'rex sacrorum'* cit. 124 s., 202 s. Per la *inauguratio* dei pontefici (Cic. *leg.* 2.8.21; Liv. 30.26.10; cfr., altresì, Dion. Hal. 2.22.3, 2.73.3; Fest. voce '*Saturno*' [Lindsay 462]), v. J. Marquardt, *Le culte chez les Romains* I, Paris 1889, 276 s.; De Francisci, '*Primordia civitatis*' cit. 445; Catalano, *Contributi* I cit. 211 ss.; F. Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, 48 ss.; F. De Martino, *Storia della costituzione romana* I, Napoli 1972², 138 e nt. 68; *contra*, cfr. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* II.1 cit. 35 nt. 2; Wissowa, *Religion und Kultus* cit. 490 e nt. 3; Latte, *Römische Religionsgeschichte* cit. 141 e nt. 3; Bianchi, *Il 'rex sacrorum'* cit. 124 s.; v., inoltre, sul punto anche Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano* cit. 283 ss.

cosiddetti *calata* e il collegio dei pontefici. In età repubblicana avanzata, l'assetto di relazioni entro il collegio sacerdotale allargato si atteggia in ben altro modo rispetto al più risalente *ordo sacerdotum*, per come viene attestato *in primis* da Verrio Flacco attraverso il medio imprescindibile dell'opera festina, atteso che giusta tale *ordo* in posizione subordinata sia al *rex* sia ai tre flamini maggiori versa il pontefice massimo²². Quest'ultimo, infatti, sicuramente già dalla seconda metà del III secolo a.C. risulta oramai al vertice della gerarchia sacerdotale, in conformità alle prime certe attestazioni di un potere non solo d'indirizzo, di supervisione, e di consulenza, ma anche di natura coercitiva nei confronti dei sottoposti²³. E ciò – ovviamente – se non si vuole accedere all'idea di una immediata subordinazione proto-repubblicana al *pontifex maximus*

²² Fest. voce 'Ordo sacerdotum' (Lindsay 198); Gell. 10.15.21; Serv. *Aen.* 2.2. Cfr., *ex plurimis*, cfr. P.M. Martin, *L'idée de royauté à Rome I. De la Rome royale au consensus républicain*, Clermont-Ferrand 1982, 113 ss.; R. Seguin, *Remarques sur les origines des pontifes romains: 'Pontifex Maximus' et 'Rex Sacrorum'*, in *Hommages à H. Le Bonniec. 'Res Sacrae'*, édité par D. Porte et J.-P. Néraudau, Bruxelles 1988, 412; J.H. Vangaard, *The 'Flamen'. A Study in the History and Sociology of Roman Religion*, Copenhagen 1988, 46 ss.; F. Blaive, 'Rex Sacrorum': *Recherches sur la fonction religieuse de la royauté romaine*, in *RIDA.* 42, 1995, 134; T.J. Cornell, *The Beginnings of Rome: Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars [c. 1000-264 B.C.]*, London - New York 1995, 233 ss.; F. Marco Simón, 'Flamen Dialis'. *El sacerdote de Júpiter en la religión romana*, Madrid 1996, 43 ss., 57 s., 197; G. Dumézil, *La religione romana arcaica. Miti, leggende, realtà della vita religiosa romana. Con un'appendice sulla religione degli etruschi*, trad. it., Milano 2001, 106 ss.; R.T. Ridley, *The Absent Pontifex Maximus*, in *Historia* 54, 2005, 280 ss.; A. Carandini, *Sindrome occidentale. Conversazioni fra un archeologo e uno storico sull'origine a Roma del diritto, della politica e dello stato*, Genova 2007, 55 ss.; M. Ravizza, *Pontefici e vestali nella Roma repubblicana*, Milano 2020, 34 ss.; Wissowa, *Religion und Kultus* cit. 509 e nt. 4; De Francisci, 'Primordia civitatis' cit. 494; Szemler, voce 'Pontifex' cit. 343; Schiavone, 'Ius' cit. 57 ss., 73 s.; Van Haerperen, *Le collègue pontifical* cit. 80 ss., 88 ss.; Bianchi, *Il 'rex sacrorum'* cit. 111 ss.

²³ Sul potere multaticio del pontefice nei confronti del sacerdote sottoposto, nonché sul diritto del sottoposto a suscitare il giudizio popolare, v., da ultima, nel quadro delle 'collisions' e dei conflitti 'esterni', Ravizza, *Pontefici e vestali* cit. 43 ss.

di *rex* e *flamines*, la quale troverebbe al contempo in Livio un appiglio, e in Plinio un forte ostacolo²⁴. E, parimenti, per una sola tarda affermazione del prepotere pontificale militerebbero le testimonianze – dirette o indirette – della gerarchia vigente entro il collegio sacerdotale²⁵, una volta che queste ultime vengano lette non solo come attestazioni di un ordine formale (ossia rituale ed onorifico), ma anche di un ordine sostanziale (ossia conforme agli attuali rapporti di potere); una volta che queste ultime vengano lette come documentazioni di un ordine non solo pertinente alla tarda età regia, ma esteso altresì all'età proto-repubblicana, a mente di quelle numerose e ulteriori fonti storiografiche che,

²⁴ Se è certo che al tempo di Verrio Flacco l'*ordo* attestato da Festo non rappresentasse più i rapporti di potere all'interno dell'ordine sacerdotale repubblicano, da un lato, Plin. *nat. hist.* 11.71.186 pare confermare per la prima metà del III secolo a.C. ancora il primato regio (almeno nelle datazioni), dall'altro, episodi che risalgono a un'epoca non successiva alla seconda metà del III secolo a.C. in vario modo registrano concreti casi di 'rapporti in atto' chiari nel dimostrare la sovraordinazione del *pontifex maximus* rispetto a *rex* e a flamine: è difficile quindi prendere netta posizione tra il polo del ribaltamento della gerarchia sacerdotale quale conseguenza delle riforme politiche della seconda monarchia (Schiavone, '*Ius*' cit. 57 ss., 73 s.), quello del mutamento proto-repubblicano (Dumézil, *La religione romana arcaica* cit. 106 ss., che crede ad una originaria sottomissione del *rex* al *pontifex* già ai primordi della repubblica), e quello della rivoluzione medio-repubblicana (Latte, *Römische Religionsgeschichte* cit. 37, 117, 195 ss., il quale, come noto, ritiene che l'*ordo* attestato in Festo, avente natura solo onorifica, possa rispecchiare il sistema sacerdotale dopo quella 'rivoluzione pontificale' dopo la metà del IV secolo a.C. che avrebbe esautorato il *rex*; cfr. L. Mercklin, *Die Cooptation der Römer. Eine Sacralrechtliche Abhandlung*, Mitau - Leipzig 1848, 89; G.J. Szemler, *The Priests of the Roman Republic. A Study of Interactions between Priesthoods and Magistracies*, Bruxelles 1972, 62 s., 76 s.; Id., voce '*Pontifex*' cit. 331 ss.; A. Guarino, *Il vuoto di potere*, in *Pagine di diritto romano* III, Napoli 1994, 182 ss.; Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome* cit. 289 s.; Wissowa, *Religion und Kultus* cit. 503 ss.; Bleicken, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium* cit. 354 ss.; De Martino, *Storia della costituzione romana* I cit. 136 e ntt. 60, 61, 63, 140).

²⁵ Oltre a Fest. voce '*Ordo sacerdotum*' (Lindsay 198); Gell. 10.15.21; Serv. *Aen.* 2.2; v. Cic. *har. resp.* 6.12; Cic. *dom.* 52.135; Macr. *Sat.* 3.13.10-11; Dion. Hal. 2.64-73; Liv. 1.20.

se tacciono di casi assurgenti a indici della supremazia pontificale per i primi due secoli e mezzo della *res publica*, considerevolmente forniscono prova di casi siffatti proprio e solo a far tempo dalla metà del III secolo²⁶. Ben si comprende, dunque, come al *pontifex maximus* gli autori antichi attribuiscono la scelta, nella forma della *captio*, non solo delle vestali, ma anche dei flamini²⁷, e altresì lo stesso conferimento della carica di *rex sacrorum* (un tempo vertice dell'*ordo sacerdotum*) venga fatto dipendere dalla volontà, insindacabile, di un sacerdote subordinato quale il pontefice²⁸.

Tale atto unilaterale di scelta, perfettamente inquadrabile nell'ege-

²⁶ V. Val. Max. 1.1.2; cfr., inoltre, Liv. *per.* 19; Tac. *ann.* 3.71; Serv. *Aen.* 8.552; cfr., inoltre, Gell. 10.15; Plut. *quaest. Rom.* 40, 44, 50, 109, 110, 111, 112, 113; Fest. [Lindsay 92]; Liv. 26.23.8, 27.8.4-5. Da Liv. 37.51.1-6; Liv. 40.42.8-11; Dion. Hal. 4.74.4 e 5.1.4; Cic. *Phil.* 11.8.18; v., altresì, Liv. *per.* 59; Oros. 5.10.1.

²⁷ Per la Vestale, cfr. Fab. Pict. 1 *iur. pont.* 4 (Gell. 1.12.14 [Huschke]). È pur vero che *inaugurare* viene talora contrapposto a *capere*, così come i flamini vengono contrapposti alle vestali (Gai 1.130; Tit. Ulp. 10.5; cfr., inoltre, Gai 3.114; Liv. 29.38.6, 41.28.7), ma altrettanto vero è che Gellio, Livio e Tacito impiegano il verbo *capere* espressamente anche per i flamini: Gell. 1.12.15-16; Liv. 27.8.5; Tac. *ann.* 4.16. Di conseguenza, se – da una parte – non è affatto incontroverso che le vestali fossero, oltre che *captae*, anche *inaugurateae*, non mi pare dubbio che i flamini fossero *capti* prima di essere *inaugurati*: a favore della *captio* non seguita da *inauguratio* per le Vestali, e della *captio* seguita da *inauguratio* per i flamini (nonché per il re), v., da ultimi, L. Wildfang. *Rome's Vestal Virgins: A Study of Rome's Vestal Priestesses in the Late Republic and Early Empire*, London 2006, 37 ss.; Ravizza, *Pontefici e vestali* cit. 25 s. nt. 65; cfr., inoltre, R. D'Alessio, *La 'cap(t)io' della vergine vestale*, in *Sem. Compl.* 27, 2014, 291 ss. (secondo cui *captio* «per descrivere il rito dell'assunzione della sacerdotessa nel collegio delle Vestali» sarebbe termine inadatto), e A. Carandini, *Il fuoco sacro di Roma. Vesta, Romolo, Enea*, Roma - Bari, 2015, 78 s. (a cui credere la cerimonia pubblica sarebbe piuttosto vicina ad un rito iniziatico con separazione dalla famiglia e segregazione).

²⁸ A ben vedere, è il *flamen* ad essere costantemente *captus* (Liv. 27.8.4-5; Val. Max. 6.9.3), non il *rex* (Liv. 40.42.8-11): il che non è rilevato dalla più recente dottrina (cfr. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano* cit. 164 ss.; Bianchi, *Il 'rex sacrorum'* cit. 143 ss.).

monia della cd. *Pontifikalreligion*, non pare di contro giustificabile con riferimento ad un sistema, più risalente, che – come noto – subordina al *rex (sacrorum)* tutti gli altri membri del collegio e colloca il pontificato massimo solo dopo i *flamonia* maggiori. In un contesto come quello appena riassunto, escluso che il *rex* e i *flamines* potessero essere *capti* unilateralmente da un sacerdote loro subordinato, ossia il *pontifex maximus*, non resta che congetturare, sulla scorta dei dati disponibili nelle fonti. Vero è che nel III secolo a.C. per il *pontifex maximus* è attestata una procedura di elezione, verisimilmente tra tre candidati-*nominati* da parte del collegio stesso, imputabile a *comitia* popolari in senso atecnico (in quanto costituiti di diciassette tribù sorteggiate), il cui voto era seguito – come si ricava dal regime successivo all’entrata in vigore della *lex Domitia* – dalla imprescindibile conferma pontificale²⁹. Di contro, per l’epoca precedente è stato ritenuto plausibile che, una volta cooptato un nuovo pontefice alla morte del massimo, si procedesse direttamente alla scelta all’interno del collegio appena ricostituito pienariamente (sempre che, invece, non fosse il *maximus* d’età a ricoprire la carica d’ufficio)³⁰. Per quanto attiene ai flomini maggiori e al re, o la

²⁹ Cfr. Liv. 25.5.2-4; Cic. *leg. agr.* 2.7.16-19. Cfr. F. Vallocchia, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008, 21 ss., 65 ss.; Van Haereren, *Le collèges pontifical* cit. 100, 120 s.; Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano* cit. 110 ss.; Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’* cit. 143 ss.

³⁰ V. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* II.1 cit. 24, 28, 31 nt. 3. La tesi di Wissowa, *Religion und Kultus* cit. 495 e nt. 1, 508 nt. 11, secondo cui, esclusa la fase storica intermedia della cooptazione antecedente i *comitia pontificis maximi*, il pontefice massimo sarebbe stato *ipso iure* il membro del collegio più anziano d’età, è stata più di recente ritenuta persuasiva da J. Rüpke, ‘*Collegia sacerdotum*’. *Religiöse Vereine in der Oberschicht*, in U. Egelhaaf-Gaiser, A. Schäfer (hrsgg.), *Religiöse Vereine in der römischen Antike. Untersuchungen zu Organisation, Ritual und Raumordnung*, Tübingen 2002, 59; nonché da Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano* cit. 102 nt. 4; ma v., altresì, Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’* cit. 127 e nt. 70. Quale criterio fosse effettivamente seguito prima del III secolo a.C. mi pare difficile da determinare. Tuttavia, ciò che, a mio giudizio, merita qui sottolineare è quanto segue. L’origine del pontificato collegiale

procedura della *captio* era una innovazione della *Pontificalreligion* o tale atto di imperio era ad essa precedente, anche se in una fase in cui l'*ordo* sacerdotale subordinava a re e flamini maggiori il *pontifex maximus*, l'atto in questione – incontrovertibile tanto dall'interessato quanto dai parenti dello stesso – mediante il quale si sceglieva tra i candidati (che verisimilmente sempre il collegio proponeva) il nuovo sacerdote era di spettanza esclusiva dell'allora sommo sacerdote (ossia il *rex*, per l'appunto, secondo la gerarchia attestata da Festo). Atto, quello della *captio* regia (precedente quella dell'era del predominio pontificale relativa a re e flamini maggiori) con cui si ponevano i presupposti – umani – della investitura, laddove solo con il successivo *incrementum* – divino – si sarebbe determinata la perfezione nel *captus* della dignità sacerdotale³¹. A non voler credere né ad una immediata superiorità pontificale in età proto-repubblicana, né ad una originaria inesistenza dell'atto della *captio*, né alla connessione di quest'atto con le sole vestali, ebbene, la attestata competenza regia originaria della scelta unilaterale delle appena ricordate sacerdotesse³² rende plausibile l'ipotesi che, in corri-

è generalmente ricondotta al regno numano (Cic. *rep.* 2.14.26; Cic. *de orat.* 3.19.73; Dion. Hal. 2.73.1; Plut. *Numa* 9.1; Flor. 1.2.2; Lact. *inst. Div.* 1.22.4; *contra* cfr. Auct. *vir. ill.* 3.1; Liv. 1.20.5). Secondo una tradizione il *rex* è 'sacerdote e pontefice' (Serv. *Aen.* 3.80; Zosim. 4.36; Plut. *Numa* 9.1). Il pontefice massimo, attestato per la prima volta nel 450 a.C. (Liv. 3.54.11), secondo una tesi recente, potrebbe essere insieme al *rex sacrorum* una carica da riportare all'età tarquinia, essendo l'*ordo sacerdotum* di Festo da riferire proprio a quest'ultima età regia (Dumézil, *La religione romana arcaica* cit. 106 ss.; Cornell, *The Beginnings of Rome* cit. 234 s.; Carandini, *Sindrome occidentale* cit. 55 ss., 58 s.). Se è vero tutto ciò, nulla esclude che prima della scissione tarquinia della natura regia sacerdotale spartita tra *rex sacrorum* e *pontifex maximus* da quella militare-politica, il *rex optimo iure*, inizialmente, sia stato il *primus* ossia il *maximus* entro il collegio pontificale e, come tale, detentore di tutte le conoscenze monopolizzate da detto collegio (v. Cic. *dom.* 1.1, 12.33, 54.138).

³¹ Cfr. Catalano, *Contributi* I cit. 235 s.; De Francisci, 'Primordia civitatis' cit. 527 nt. 68, 534.

³² Gell. 1.12.10; v., inoltre, Dion. Hal. 3.67.2; Plut. *Numa* 10.1.

spondenza della primazia regia sacerdotale, i subordinati al *rex* fossero non cooptati dal collegio, bensì *capti*, cioè scelti unilateralmente. Tale *captio* regia, quindi, avrebbe determinato, contestualmente alla vigenza dell'*ordo* descritto da Festo, sia i flamini maggiori sia, sulla scorta di uno spunto che si rinviene in Gellio (che contrappone l'attualità in cui secondo *plerique* solo le vestali sono *captae*, laddove in un imprecisato tempo passato, auguri, pontefici, flamini erano omologati all'insegna della *captio*), lo stesso pontefice massimo³³. Di contro, il *rex*-sacerdote *maximus* e *potentissimus* (che invero non è giammai qualificato come *captus* neppure quando subordinato al pontefice e da questi *nominatus*), in età repubblicana antica (e forse già in età tarquinia), non poteva che essere, prima della sua inaugurazione *in arce*, eletto dai membri stessi dell'*ordo* di cui era il 'sovrano', come, verisimilmente, sarebbe accaduto in età successiva per il nuovo sacerdozio in posizione apicale nel rinnovato *ordo*³⁴.

³³ Gell. 1.12.15-16.

³⁴ Dion. Hal. 5.1.4. Se è vero che per ben due volte si rinviene l'aggettivo *maximus* – riferito al re e al pontefice –, aggettivo tipico degli istituti attribuiti all'era romana dei Tarquini, altrettanto vero è che il *flamen Dialis* è definito sacerdote del mondo intero (*universi mundi*), con attributo che meglio corrisponde al sacerdote non del più antico Giove Feretrio, ma a quello 'etrusco' di *Jupiter-*rex**, mentre il *rex* dell'*ordo* è la figura nuova del *rex sacrorum* tesa a laicizzare il potere regio e a separare le funzioni religiose da quelle politiche e militari. Anche il pontefice massimo potrebbe essere stato introdotto come 'giudice e arbitro delle cose umane e divine', ma collocato in ultima posizione gerarchica rispetto ai flamini (in posizione secondaria) e al *rex sacrorum* (in posizione primaria), scelto senza *creatio* e senza *iussum* popolare (a differenza del *rex* primitivo), e forse inaugurato proprio come il *rex* primitivo. Più che una retrodatazione liviana della *inauguratio* del *rex sacrorum* all'età della procedura numana, ben si potrebbe leggere Liv. 1.18.6-9, seguito da Plut. *Numa* 7.3, nel segno della continuità, e, quindi, ritenere che l'originale *iter* previsto per il completamento della investitura del *rex* primitivo, mediante l'incremento divino, sia rimasto immutato quando la direzione dei *sacra* venne attribuita ad un doppio del *rex* (e ciò contro un pensiero ben diffuso in dottrina: Mommsen, *Römisches Staatsrecht* II.1 cit. 15; A. Magdelain, *Recherches sur l'imperium*. *La loi curiate*

In questo variare cronologicamente stratigrafico di regimi repubblicani concernenti la scelta dei sacerdoti dell'ordine (dalla *captio* regia di flamini maggiori e *pontifices* alla *captio* pontificale di flamini maggiori e alla *nominatio* pontificale del re; dalla *cooptatio* nel collegio dei pontefici, all'elezione quasi-comiziale del pontefice massimo e susseguente conferma collegiale), non sembra invece essere oggetto di modifiche nel corso dell'età repubblicana la fase della *inauguratio*: il dato va tenuto ben presente.

IV. *Strutture e funzioni delle tipologie labeoniane e leliane di 'comitia calata'*

Se, come si è scritto nel paragrafo precedente, Labeone sembra volersi occupare di un problema assai limitato, vale a dire né quello – invero di interesse ‘gelliano’ – dei comizi in generale, né quello – parimenti ‘gelliano’ – dei caratteri propri dei *comitia calata* ‘tout court’, bensì quello (strutturale e funzionale) perimetrato inesorabilmente dal nesso ‘assemblea popolare-*inauguratio* sacerdotale’, lo stesso Lelio Felice, in linea con scopi e oggetto del primo libro di commento a Quinto Mucio (ossia il diritto successorio), sembra voler ampliare la prospettiva labeoniana, individuando ulteriori strutture e ulteriori funzioni imprimevoli ai *comitia calata* individuati da Labeone.

Quali sacerdoti vengono inaugurati alla presenza del popolo? Come

et les auspices d'investiture, Paris 1968, 39; J. Linderski, *The 'Augural Law'*, in *ANRW*. II.16.3, Berlin - New York 1986, 2256 ss.; F. Blaive, *De la 'designatio' à l' 'inauguratio'*. *Observations sur le processus de choix du 'Rex Romanorum'*, in *RIDA*. 45, 1998, 86; J. Vaahtera, *Roman Augural Lore in Greek Historiography. A Study of the Theory and Terminology*, Stuttgart 2001, 104 ss.; Bianchi, *Il 'rex sacrorum'* cit. 143 s. e nt. 121). Cfr. Dion. Hal. 2.5.1-2, che connette l'*auspicatio* posta in essere da Romolo con gli auspici di investitura delle magistrature di età repubblicana (sul punto, R. Fiori, *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in *ZSS*. 131, 2014, 76 ss.).

viene convocato e organizzato il popolo? È richiesta la presenza di ulteriori sacerdoti? Il passo labeoniano sembra rispondere a queste (comunque insoddisfacenti, per chi cercasse una trattazione densa, ma generale, sulle assemblee popolari romane) domande, senza prendere posizione esplicita sulla presidenza e sulla autorità convocante, senza nulla dire *apertis verbis* circa la struttura assembleare e il luogo di convocazione. La *inauguratio* celebrata *pro conlegio pontificum*, infatti, non è affatto indice della (generale) presidenza pontificale, attesa la genericità del riferimento all'intero collegio e la dubbia funzione della preposizione *pro*³⁵. Né, in verità, alcuna presidenza magistratuale dei *comitia calata* – oggetto di interesse di Labeone, Lelio Felice e Gellio – può desumersi dal regime della *adrogatio*, istituto che neppure emerge nel contesto e che si presenta come totalmente eterogeneo sotto diversi profili rispetto, non solo – come è palese – alla *inauguratio*, ma anche al *testamentum*³⁶.

³⁵ Che i comizi per la solenne e pubblica inaugurazione (atto di conferma divina della dignità sacerdotale: Cic. *leg.* 2.8.21; Dion. Hal. 2.22.3) tanto del *flamen captus* (Liv. 27.8.4-10), quanto del *rex nominato* (Liv. 40.42.8-11), si tenessero *pro conlegio pontificum* è un dato di fatto. Cosa sia da intendere con questa espressione non è altrettanto chiaro: 'dinanzi al collegio', 'in suo nome', 'in suo luogo', 'su sua domanda'? Essa, del resto, nulla dice circa le modalità di convocazione e di presidenza, essendo la fonte in questione solo indicativa, al più, del fatto che a dette assemblee era presente il *pontifex maximus*.

³⁶ Cfr., sulla presidenza magistratuale, con riguardo all'atto di adozione comiziale, le seguenti fonti: Cic. *dom.* 13.34; Cic. *dom.* 14.36; Cic. *dom.* 14.38; Cic. *Att.* 2.12.2; Cic. *Sest.* 7.16; Cic. *har. resp.* 21.45; Gell. 5.19.5-7. In tema v. l'analisi puntuale e persuasiva, in chiave 'anti-mommseniana', condotta anzitutto da Bleicken, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium* cit. 348 ss., 352 ss., 356 ss.; v., inoltre, nella stessa linea di pensiero, Catalano, *Contributi*, 1 cit. 238 ss.; Vallocchia, *Collegi sacerdotali* cit. 82 nt. 64; di recente la tesi di Mommsen, *Römisches Staatsrecht* II.1 cit. 37 s., della convocazione e della presidenza pontificale dei comizi per le adozioni è stata ripresa e argomentata da Cerami, *Sulla struttura formale dell'adrogatio per populum* cit. 90 s., 101 e nt. 39. Come messo in luce da Arces, *Studi sul disporre 'mortis causa'* cit. 119, «pur parlando Gellio (in *noct. Att.* 15.27.3) del compimento, oltre che del testamento, anche della *detestatio sacrorum* nei *comitia calata* (e cioè 'in *populi contione*'), ciò non autorizza a supporre che anche l'*adrogatio* potesse

La generalizzata identificazione dei *comitia calata*, sostanzialmente, in una *contio* (ove, come noto, non solo non si esercita il *ius agendi* da parte del magistrato o del sacerdote convocante e non si esita nel *suffragium* sulla *rogatio*, ma neppure si ordina l'assemblea per unità) non è affatto supportata. Vero è, infatti, che è Lelio, o Gellio (ma, comunque,

svolgersi *calatis comitiis*, e cioè anch'essa 'in *populi contione*': sarebbero mancate quelle 'rogationes' all'adottante, all'adottando e al popolo che ne erano l'elemento qualificante, posto che, come si è ricordato, la *contio* consiste nel 'verba facere ad *populum sine ulla rogatione*'. Del resto, sulla scorta di B. Albanese, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in *Scritti giuridici II*, Palermo 1991, 1621 ss., già in *Poteri, 'negotia', 'actiones'*. *Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 12-15 maggio 1982)*, Napoli 1984, 109 ss., 122 s., anche G.M. Facchetti, *All'origine del 'testamentum'*, in *Index* 30, 2002, 232, ha correttamente rimarcato la divergenza tra la *nuncupatio testamenti (itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote)* quale autentico testamento, e la formula della *adrogatio* di cui a Gell. 5.19.9 (*haec ita uti dixi, ita vos Quirites rogo*), quale «richiesta di approvazione»; v., inoltre, G. Scherillo, *Corso di diritto romano. Il testamento* I cit. 246; A. Corbino, *La capacità deliberativa dei 'comitia curiata'*. *Appunti*, in L. Capogrossi Colognesi, A. Corbino, L. Labruna, B. Santalucia (a. c. di), *Le strade del potere. 'Maiestas populi Romani, imperium, coercitio, commercium'*, Catania 1994, 65 ss.; F. La Rosa, *Le attribuzioni dei 'comitia curiata'*, in *Index* 28, 2000, 181 ss.; E. Höbenreich, *Familie und Gesellschaft*, in E. Höbenreich, G. Rizzelli (hrsgg.), *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien - Köln - Weimar 2003, 56; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 16 ss.; Aricò Anselmo, *Antiche regole procedurali* cit. 352 nt. 1227; Terranova, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'* I cit. 349 e nt. 749. A tale differenziazione non accede Fiorentini, *La città, i re e il diritto* cit. 304, là ove, per negare che nei giorni *QRCF* si celebrassero testamenti comiziali, scrive che, in questi ultimi «il *rex* convocava il popolo nel Comizio per *ius dicere*; ma il testamento veniva proclamato di fronte ai *comitia calata*, che si riunivano sul Campidoglio di fronte alla *curia Calabra*» e che «l'*adrogatio*, che si compiva in presenza dei *comitia curiata*, era presieduta dal Pontefice Massimo: Labeone, citato da Gellio, *Noct. Att.* 15.27.1 parla di 'comizi che si tengono di fronte al collegio dei Pontefici'. Ebbene, se è vero che Labeone scrive che i *comitia calata* si tengono *pro conlegio pontificum* e nei giorni *QRCF* il re convoca l'assemblea, non è altrettanto vero che l'*adrogatio* sia presieduta dal pontefice massimo; né il regime di quest'atto può arbitrariamente estendersi agli eterogenei negozi conclusi *calatis comitiis*; né risulta che il Campidoglio sia il luogo di riunione dei *comitia calata* in generale (anzi, per quelli *calata et centuriata* è da ritenere che il luogo sia estraneo all'Urbe: cfr. Aricò Anselmo, *Antiche regole procedurali* cit. 262 s.).

non Labeone), con riguardo alle assemblee popolari presenti per la *de-testatio* per il *testamentum* (ossia due scopi eterogenei e ulteriori rispetto a quelli della *inauguratio*), che intende puntualizzare come, rispetto alle procedure comiziali che interessavano Labeone (per l'incremento divino allo statuto di re e di flamini), i due testé menzionati atti pubblici formali *fiunt*, ossia si perfezionano validamente ed efficacemente, non solo *calatis comitiis* (ossia una volta che i medesimi comizi del popolo siano stati convocati), ma anche *in contione*, ossia in presenza, non di unità di voto (come in quelli 'sacerdotali' ove il popolo si riunisce in *curiae* o in *centuriae*), bensì dei singoli individui costituenti il *populus Romanus* chiamato come *adsistens*³⁷.

Tutti questi rilievi mi paiono utili per poter meglio precisare la portata degli insegnamenti conservati in Gell. 15.27.1-3.

In primo luogo, quanto al rapporto tra *comitia calata*, *comitia centuriata* e *comitia curiata*, Labeone struttura un periodo che pianamente tende ad escludere sia che i *comitia calata* siano da identificare *in toto* con i *comitia curiata*, sia che questi ultimi siano, in quanto tali, un *genus* dei primi. Inoltre il giurista, nel contesto particolare ed esclusivo delle *inaugurationes* sacerdotali, menziona quelle assemblee popolari che, convocate a tal scopo, intervengono solo quando il re e i flamini maggiori debbono ricevere, a completamento della elezione, l'*incrementum* divino, escludendo quindi che per il *pontifex maximus* (così come, del resto, per gli altri sacerdoti minori) si proceda analogamente: a queste e queste soltanto il giurista augusteo intende far riferimento³⁸. Nel passo,

³⁷ Per un ragguaglio utile, v. C. Tiersch, *Politische Öffentlichkeit statt Mitbestimmung? Zur Bedeutung der 'contiones' in der mittleren und späten römischen Republik*, in *Klio*. 91, 2009, 40 ss.

³⁸ Ciò non significa che per il *pontifex maximus* sia esclusa in senso assoluto la *inauguratio*, sempre e comunque condotta dagli auguri, ma che essa, almeno per questo sacerdote, non implica un atto e solenne e pubblico come è, di contro, per il re e i flamini maggiori, per i quali soli, appunto, il popolo *pro conlegio pontificum* deve essere

per maggior esattezza, non si puntualizza affatto che tutti i *comitia* sono o curiati o centuriati: il che, per l'appunto, renderebbe poco intelligibile, nell'economia di un tale discorso, l'assenza dei *comitia tributa*, se il *genus* di riferimento fosse dato da tutti i comizi deliberanti o da tutti i comizi non *calata*; oppure l'assenza e dei *tributa* e dei *calata*, se il *genus* di riferimento fosse quello di tutti i *comitia* e si attribuisse al verbo *calare* un significato più specifico del semplice convocare³⁹. A struttura curiata o a struttura centuriata sono quei soli tipi di *comitia calata* che vengono presi in esame da Labeone.

In secondo luogo, il giurista augusteo non vuole sostenere che tutti i *comitia calata* sono ripartibili in sole due *species* (quelli *curiata* e quelli *centuriata*) a seconda delle modalità e di convocazione e di organizzazione (e in connessione con il fine ultimo perseguito). Il che, per altro, mal si concilia con la successiva notazione, di origine leliana, secondo cui i testamenti comiziali sono atti che, una volta che l'assemblea è stata convocata – *calatis comitiis* –, vengono conclusi solamente in

convocato a fronte di Lab. 187 (Gell. 15.27.1 [Bremer 2.1] = Lab. 22 [Huschke]); cfr. Cic. *leg.* 2.8.21; Liv. 30.26.10; Dion. Hal. 2.22.3 e 2.73.3.

³⁹ Come già evidenziato, secondo Corbino, *La nozione di 'comitia calata'* cit. 149, la distinzione labeoniana *alia...alia* si riferirebbe solo a *comitia*, e non alla locuzione *comitia calata*. Lo studioso ritiene che se Gellio (avesse voluto distinguere entro i *comitia calata* tra *curiata* e *centuriata*, «egli – trovandosi di fronte ad una alternativa possibilità – avrebbe più probabilmente scritto *altera... altera...*). Ebbene, a parte la considerazione morfologico-stilistica, di per sé non dirimente, la divisione interna ai *comitia calata inaugurandi causa* segnalata da *alia...alia* ben può essere suggerita dalla contrapposizione tra alcuni e plurimi casi di *inauguratio curiata* (per il *rex*, per i *flamines* di Giove e di Quirino) contrapposti al caso di *inauguratio centuriata* (per il *Flamen Martialis*, come ipotizzato, data la natura bellica del dio e dell'assemblea, da Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.1 cit. 307, di recente seguito – credo con ragione – da Van Haerperen, *Les comices curiates* cit. 391). È quindi assai improbabile che il genitivo *eorum* riprenda *comitia* e non *comitia calata (inaugurandi causa)*: cfr., da ultima, in senso opposto a quello ipotizzato da Corbino, Cursi, *La 'mancipatio familiae'* cit. 191 s. e nt. 26.

contione, ossia senza che il popolo si disponga in unità; precisazione, quest'ultima, che non identifica tutti i *comitia calata* in una *contio*, ma suggerisce al contrario che il *populus* per il confezionamento di taluni atti è sia *calatus* (come per le ipotesi di *inauguratio*) sia *in contione* (a differenza delle ipotesi di *inauguratio*)⁴⁰.

⁴⁰ Cfr., sul punto, a favore della, a mio giudizio errata, generale equivalenza '*calatis comitis = in contione*', Kübler, voce '*Calata comitia*' cit. 1333; Liebenam, voce '*Comitia*' cit. 680; Catalano, *Contributi* I cit. 239; nel senso di una omologazione tra *inaugurationes*, *testamenta*, *detestationes* e quindi nella valenza onnicomprensiva della *partitio* labeoniana, entro il *genus* dei *comitia calata*, tra *curiata* e *centuriata*, si risolve pure il recente contributo di Arces, *Studi sul disporre 'mortis causa'* cit. 145. Quanto ricostruito sin qui, in questa sede, circa i rapporti tra singole tipologie comiziali – a partire dall'insegnamento di Labeone e di Lelio Felice – anzitutto milita contro la tesi maggioritaria di coloro che vedono la *detestatio sacrorum* (abbandono mediante una rinuncia solenne e pubblica dei *sacra* familiari) e la *adrogatio* come atti uniti da un collegamento negoziale, secondo l'ipotesi formulata da F.C. Von Savigny, *Über die juristische Behandlung der 'sacra privata' bei den Römern und über einige damit verwandte Gegenstände*, in *ZSS.* 2, 1815-1816, 362 ss., 401 ss. e fatta propria da Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 3.1 cit. 41 s.; cfr. E. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains* I, Paris 1891, 217; G. Humbert, voce '*Detestatio sacrorum*', in *DS.* 2.1, Paris 1892, 113; C.G. Bergman, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund - Leipzig 1912, 137 nt. 1; M. Kaser, *Das altrömische 'ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 181 nt. 18, 342 nt. 39, 343 nt. 45; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 145; M. Lemosse, *L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil*, in *Studi in memoria di E. Albertario* I, Milano 1953, 387 ss., 487 ss.; J. Paoli, *Le testament 'calatis comitiis' et l'adrogation d'Octave*, in *Studi in onore di E. Betti* III, Milano 1962, 541 s.; G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, Torino 1995³, 61; Wissowa, *Religion und Kultus* cit. 401 nt. 8, 512; Bleicken, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium* cit. 352 ss.; Dumézil, *La religione romana arcaica* cit. 528; cfr., per una puntuale critica alla *communis opinio*, C. Castello, *Il problema evolutivo della 'adrogatio'*, in *SDHI.* 33, 1967, 150 (nonché in *Scritti scelti di diritto romano. 'Servi filii nuptiae'*, Genova 2002, 322); Daverio, '*Sacrorum detestatio*' cit. 544; Fayer, *La 'familia' romana*, Roma 2005, 296 nt. 16; P. Arces, *Note in tema di 'sacrorum detestatio'*, in *Diritto@Storia*, 5, 2006, § 1 ss.; Id., *Studi sul disporre 'mortis causa'* cit. 111 ss., 143 ss. Parimenti, solo una supposizione risulta quella tesi

Labeone – diversamente da Lelio Felice – concentra l’attenzione solo su quei *comitia* popolari che, ai fini dell’inaugurazione sacerdotale (ossia *comitia calata inaugurandi causa*), si svolgono anche alla presenza del collegio pontificale; e, con limitato riguardo a questa sub-specie (del *genus* dei *comitia*), il giurista procede ad una ulteriore bipartizione che assume come criterio discretivo non la funzione comiziale (che è, come si è appena rilevato, comune), bensì il *modus calandi* e, quindi, il *modus congregandi*. Alcuni *comitia* (pur essendo volti alla *inauguratio* sacerdotale, e pur svolgendosi dinanzi al testé menzionato *conlegium*, ossia pur partecipando dei caratteri comuni del tipo di assemblea immediatamente superiore) vengono

che inserisce la *detestatio sacrorum* nella procedura della successione testamentaria, nel senso che l’ereditando espressamente ‘onerava’ dei *sacra* il successore di tutti i beni o della maggior parte di essi (cfr. J. Cuiacius, *Opera* VIII, Napoli 1768, 520 s.; *contra*, v. C.G. Schwarz, ‘*De detestatione sacrorum*’, in *Diss. Sel.*, Erlangen 1778, 309; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig 1901, 98; A. De Marchi, *Il culto privato di Roma antica II. La religione gentilizia e collegiale*, Milano 1903; B. Kübler, voce ‘*Sacrorum detestatio*’, in *RE*. 1.A.2, Stuttgart 1920, 1682; J. Zablocki, *Appunti sulla ‘sacrorum detestatio’*, in *BIDR*. 92-93, 1989-1990, 527). Non seguibile è, poi, quell’orientamento che nega qualsivoglia connessione tra *detestatio* e *adrogatio* soltanto in quanto – si dice – la prima avviene nei comizi calati (come il *testamentum*), mentre la seconda nei comizi curiati (Daverio, ‘*Sacrorum detestatio*’ cit. 531 ss.; v., inoltre, Catalano, *Contributi*, 1 cit. 243 ss., nonché H.A.A. Danz, *Der sacrale Schutz in römischen Rechtsverkehr*, Jena 1857, 90 ss.). Arbitrario, infine, sembra quel tentativo di connettere per il tramite del *testamentum* la *detestatio* e la *adrogatio*: sostenere che la più antica forma di testamento comiziale si risolve in una *adrogatio* e che il testamento comiziale e la *detestatio* sono connessi in Lab. 187 (Gell. 15.27.1 [Bremer 2.1] = Lab. 22 [Huschke]), oltre che in Gell. 7.12.1, significa, da un lato, non tener conto del fatto che il testamento comiziale si aveva *in contione* mentre la *adrogatio* implicava una votazione, dall’altro, creare fantasiosamente connessioni sostanziali sulla base di giustapposizioni formali da cui altro non può ricavarsi che, per il testamento come per la *detestatio*, si ricorreva ai *calata comitia* (cfr. A.M. Seelentag, ‘*Ius pontificium cum iure civili coniunctum*’. *Das Recht der Arrogation in klassischer Zeit*, Tübingen 2014, 68 ss., per una recente opportuna differenziazione tra testamento arcaico e *adrogatio*).

calata per il mezzo di un *lictor curiatus* e, proprio in quanto ‘curiati’, non possono che essere sia ordinati *per curias* (e, dunque, articolati secondo il criterio distributivo dei *genera hominum*)⁴¹, sia destinati

⁴¹ Va qui ricordato Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 3 (Gell. 15.27.5 [Huschke]): *in eodem libro hoc scriptum est: cum ex generibus hominum suffragium feratur ‘curiata’ comitia esse.* Il § 5, testé riprodotto qui solo nel suo primo periodo, si colloca all’esito di una sequenza di citazioni per cui, sin dall’apertura del capitolo, Gellio proclamava la fonte, ossia il primo libro dell’opera *Ad Q. Mucium* di Lelio Felice, qui ricordato dall’espressione *in eodem libro*: il testo si colloca dopo alcune digressioni apparentemente personali sui *genera testamentorum* (dove si ricorda che il *testamentum calatis comitiis* si concludeva ‘*in populi contione*’), nonché uno stralcio testuale dell’opera di Lelio Felice, in cui si distingue tra *comitia* e *concilia* (precisandosi che questi ultimi sono assemblee in cui, a differenza delle prime ‘universali’, viene convocata una parte soltanto del popolo, che i tribuni della plebe sono incapaci a convocare assemblee patrizie, o a riferire loro, che i plebisciti solo dopo la *lex Hortensia* sono efficaci nei confronti dei patrizi). Quindi, sempre attingendo da Lelio Felice, Gellio continua a rimarcare le differenze tra quelle che anche Labeone aveva detto essere le due fondamentali tipologie di *comitia calata*: nei *comitia curiata*, infatti, il voto si esprime *ex generibus hominum*, mentre nei *comitia centuriata* (per i quali si rimarca, tra l’altro, l’impossibilità di convocazione all’interno del pomerio) il *suffragium* si esprimeva in base al censo e all’età. Sul passo si è di recente soffermata anche Tassi Scandone, *Sulla natura della ‘lex’ del ‘Niger lapis’* cit. 79 s., la quale si interroga sul motivo della assenza di ogni riferimento ai *comitia calata* e, congetturalmente, propone tre alternative risposte: o Gellio (o, meglio, la sua fonte) commette un errore di omissione; o i *comitia calata* sono distribuiti per *genera hominum* come quelli *curiata* e ogni menzione sarebbe superflua; o, ancorché la soluzione abbia «carattere del tutto ipotetico», per i *comitia calata* «il *suffragium* non è previsto». Nonostante il discorso si inserisca in una cornice espressamente dubitativa, è la stessa impostazione del problema che pare del tutto oziosa. La prima soluzione non è prospettabile, atteso che Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 3 (Gell. 15.27.5 [Huschke]) indubabilmente concentra l’attenzione sui comizi convocati *ad suffragium ferendum* e sulle differenti tipologie di unità votanti, laddove Lab. 187 (Gell. 15.27.1-2 [Bremer 2.1] = Lab. 22 [Huschke]) si occupa di *comitia calata*, ossia *comitia* eterogenei rispetto a quelli qui invece discussi, in quanto non votanti. La seconda è doppiamente insostenibile in quanto presuppone sia comizi calati votanti, sia una identificazione totale che Lab. 187 (Gell. 15.27.1-2 [Bremer 2.1] = Lab. 22 [Huschke]), distinguendo i comizi calati in due *species*, potendo essere ora *curiati* ora *centuriati*, nega recisamente; la terza,

a svolgersi entro il perimetro dell'Urbe⁴². Altri (compartecipando dei sopraddetti caratteri teleologici e funzionali generali) divergono dalla prima *species* per le concrete modalità di convocazione e, all'evidenza, consequenzialmente anche per la struttura, essendo il popolo, in questi casi, radunato per il mezzo del suonatore di tromba (*cornicen*) nonché – a seguito della riforma serviana – ordinato necessariamente *per centurias* al di là del *pomerium* in conformità tanto al *fas* quanto al *ius*⁴³.

Lelio Felice va oltre: i *comitia calata* non sono solo quelli religiosi (ora curiati, ora centuriati)⁴⁴. di Labeone; sono *comitia calata* che di-

pur condivisibile di principio, è minata dalla concezione stessa dell'autrice dei *comitia calata*, assemblee in cui «il popolo pare assistere essenzialmente in qualità di testimone», sia per le *inaugurationes*, sia per i *testamenta*, sia per le *adrogationes* (negozi questi ultimi che né Labeone né altre fonti dicono essere perfezionati *calatis comitiis*, né, presupponendo una *rogatio*, possono prescindere dalla necessità di un *suffragium*; v., paradigmaticamente, De Martino, *Storia della costituzione romana* I cit. 154 s.).

⁴² Cfr., inoltre, sulla riunione comiziale delle curie solo all'interno del pomerio, Varr. *I.L.* 5.155: *comitium ab eo quod coibant eo comitiis curiatis et litium causa*; cfr., inoltre, Paul.-Fest. voce '*Comitiales*' (Lindsay 34); Ps.-Ascon. *Verr.* 1.1.22 (Stangl 238); Plut. *quaest. Rom.* 19; Dio Cass. fr. 5.7 (Boissovain). Per i *genera hominum*, v. l'ampia discussione in J.-C. Richard, *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéien*, Rome 1978, 215 ss.; contro la obsoleta visione solo patrizia delle *curiae* (di recente ripresa per escludere dai *comitia calata* i plebei da C.I. Murzea, *The calatis comitiis testament*, in *Bulletin of the Transilvania University of Braşov* 8.57, 2015, 197 ss.) cfr., per tutti, Smith, *The Roman Clan* cit. 185 ss., 202, 211 ss., 230 ss.

⁴³ Cfr. Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 3 (Gell. 15.27.5 [Huschke]): ... *cum ex censu et aetate 'centuriata', cum ex regionibus et locis 'tributa'*. *Centuriata comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem ius non sit. Propertea centuriata in campo Martio haberi exercitumque imperari praesidii causa solitum, quoniam populus esset in suffragiis occupatus* (v., paradigmaticamente, Cic. *Rab. perd.* 4.11; Liv. 6.20.10, 26.22.11, 31.7.1; Dion. Hal. 7.59.3; Varr. *I.L.* 6.92; nonché, per tardi casi di comizi centuriati celebrati nell'ἄγορά, v. Plut. *Cam.* 36.6; *Crass.* 15.5; *Pomp.* 52.2, ma con le note critiche di Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.1 cit. 379).

⁴⁴ I *comitia* che venivano *calata* per la *inauguratio* dei sacerdoti in assenza ancora della organizzazione per *centuriae* del *populus* (introdotta la quale, la comunità romana veniva chiamata dal suonatore di corno nei *comitia centuriata*) non potevano

vergono per struttura e per funzione da quelli *inaugurandi causa* anche quelli orientati o alla confezione dei testamenti o alla *detestatio sacrorum* nonché unitariamente organizzati senza suddivisioni in unità di voto.

Il quadro, per come emerge dalle considerazioni appena sopra svolte, mi pare chiaro. Dal, seppur conciso, insegnamento labeoniano e dalla successiva nota leliana emerge come i *comitia calata* vengono configurati come un multiforme *genus*: ora sono curiati, ora sono centuriati (ossia assimilabili strutturalmente a tutte le assemblee votanti)⁴⁵, ora corrispondono strutturalmente a una riunione non deliberante, ossia ad una *contio*. Il sintagma *comitia calata* non è, però, sinonimo di *comitia* (atteso che tutti i *comitia*, anche quelli deliberanti, debbono essere convocati e la precisazione mediante l'attributo *calata* per qualificare 'tout

configurarsi che come *curiata*: solo successivamente, entro il *genus* dei *comitia calata* avrebbero potuto rinvenirsi le *species* dei *comitia centuriata* e dei *comitia curiata* (con riferimento al *quomodo* differenziato della distribuzione del popolo, oltre che, implicitamente, alle diverse tipologie di *calatio*. In un'epoca in cui non esistevano ancora i comizi centuriati, tuttavia non è automatico inferire che i comizi calati coincidessero *in toto* con quelli curiati descritti da Labeone: non è da escludere, infatti, né che un contestuale ulteriore sub-tipo, con proprie modalità di convocazione e proprie finalità (ossia quello dei *comitia calata in populi contione*), sia contemplabile, attesa la non correttezza della equazione *calatis comitiis = in populi contione*, né che i *comitia calata* pre-centuriati fossero sempre convocati dal *lictor curiatus*. A mente di ciò appare priva di fondamento la tesi di M. Voigt, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten I*, Leipzig 1883 (rist. Aalen, 1966), 224 s., secondo cui la distinzione labeoniana dei *comitia calata* (... *alia esse curiata, alia centuriata*) in Lab. 187 (Gell. 15.27.2 [Bremer 2.1] = Lab. 22 [Huschke]) sarebbe da interpretare alla luce della duplice ricorrenza annua dei comizi testamentari: secondo lo studioso tali assemblee si celebravano una volta *curiatim*, per i soli patrizi, e un'altra volta *centuriatim*, e per patrizi e per i plebei. Ma la tesi della presenza solo patrizia nei comizi curiati è oramai superata e, come già messo in luce, Labeone distingue tra *comitia curiata* e *comitia centuriata* solo con limitato riguardo ai *comitia calata* per le inaugurazioni e non per i testamenti.

⁴⁵ Cfr. Dion. Hal. 2.22.3; Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 1 (Gell. 15.27.3 [Huschke]).

court' una assemblea popolare romana sarebbe, dunque, pleonastica)⁴⁶, ma delinea una particolare tipologia assembleare che si modula internamente in strutture e finalità eterogenee. Tuttavia, in contrapposizione ai *comitia curiata*, *centuriata* e *tributa*, da un lato, e alle mere *contiones*, dall'altro, si impone come intimamente caratterizzata da unitarietà: si tratta, infatti, a prescindere dai connotati specifici funzionali, di assemblee popolari (ossia *comitia*) non però consultate con *rogatio* ma solo convocate con funzione di pubblicità-notizia (*calata*), ancorché talora ordinate in unità (vuoi dentro o fuori dall'Urbe a seconda del sacerdote da inaugurare), talaltra organizzate in ordine sparso (esclusivamente in spazio urbano). Come per le *contiones*, né al *calare* il *populus Romanus* in forma comiziale inerisce un necessario *ius agendi* magistratuale, né si rinviene la trafila *rogatio-suffragium*, né si applica il principio della non-contestualità giornaliera (in armonia con i principi esposti da Valerio Messala Rufo nei suoi libri di diritto augurale)⁴⁷; come per i *comitia*

⁴⁶ Cfr., per un uso sia generico (con riguardo a tutti i *comitia*), sia specifico del verbo *calare* (con riguardo ai *comitia* per inaugurazioni e testamenti), Æ. Forcellini, voce 'Calātus', in *Totius latinitatis Lexicon, Consilio et cura J. Facciolati* I, Patavii 1771: «*calata primum dicta sunt omnia comitia, quod ad ea populus calaretur, seu convocaretur: hæc postea in curiata, centuriata, et tributa divisa sunt. Deinde calata comitia speciatim dicta sunt, quæ pro conlegio pontificum habebantur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa: item quæ sacris promulgantur, aut testamento faciendo cogebantur*»; v., inoltre, Valetton, 'De inaugurationibus Romanis' cit. 421 ss.; analogamente v. J.L.E. Ortolan, *Spiegazione storica delle Istituzioni dell'imperatore Giustiniano, col testo, la traduzione, e le spiegazioni sotto ciascun paragrafo, preceduta da una esposizione generale del diritto* I, trad. it., Napoli 1856, 339, che discorre di assemblee 'speciali' del popolo, sia relative ad affari religiosi, sia tese al confezionamento di testamenti.

⁴⁷ Cfr. Gell. 13.16.2-3 ove, a mente di Val. Mess. 1 *ausp.* 2 (Gell. 13.16.1 [Bremer 1]; [Huschke]), si connotano – come noto – anzitutto le *contiones* come riunioni che non richiedevano né una *rogatio* né un *suffragium* (ossia un *agere cum populo*), ma solo un *verba facere* (*contionem habere*) e si scolpiscono i principi relativi al *comitiatus* e alle *contiones* dell'*avocare* magistratuale, del *bifariam cum populo agere*, del *simul contiones habere*.

votanti, tuttavia, si renderanno necessarie formalità specifiche come, anzitutto, la presa degli auspici⁴⁸.

V. Il luogo di riunione e la presidenza dei comitia calata

Per quanto riguarda il luogo di riunione e la presidenza dei *comitia calata*, molto si è scritto, argomentandosi ora dalle fonti che descrivono la convocazione di assemblee calendariali alle calende e alle none, ora dalla sigla calendariale *QRCF* (se connessa non solo ai *testamenta* comiziali, ma altresì alla *species* dei *comitia calata*, e non ai *comitia curiata*)⁴⁹: una volta escluso che la presidenza sia magistratuale (ciò presupponendo una indebita generalizzazione delle informazioni disponibili in tema di *adrogatio*) e che la formula *pro conlegio pontificum* sia di per sé sola sintomatica, e di necessità, di una presidenza del *pontifex maximus*, il passo di Lelio Felice che Gellio ci conserva non può che suscitare nell'interprete un prudente *non liquet* e indurlo a cercare altrove indizi per delineare con più dettagli il quadro⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. Catalano, *Contributi* I cit. 363.

⁴⁹ Cfr. Mommsen, *Die römische Chronologie* cit. 241 ss. Sulla sigla calendariale (e sul suo rapporto con le disposizioni testamentarie), da ultimi, cfr., ampiamente, C. Pelloso, *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Napoli 2018, 145 ss.; Rinolfi, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt* cit. 63 ss., 108 ss., 143 ss. Più in generale, sulla convocazione a scopi testamentari solo due volte l'anno dei *comitia* (Gai 2.101), tra le opere più recenti, v. F. Scotti, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma 2012, 11 nt. 44; S. Puliatti, *De cuius hereditate agitur. Il regime romano delle successioni*, Torino 2016, 13 s., 85.

⁵⁰ Così, anche di recente, da un lato si è sostenuto che il luogo generale di convocazione dei *comitia calata* sarebbe nei pressi della *Curia Calabra* (in Campidoglio), dall'altro, che il presidente generale dei *comitia calata* sarebbe il *rex sacrorum* (cfr., per la connessione generalizzata tra *comitia calata* e *Curia Calabra*, Botsford, *The Roman Assemblies* cit. 152 ss.; Palmer, *The Archaic Community of the Romans* cit. 83, 95, 193 s.; Fiorentini, *La città, i re e il diritto* cit. 304 s.; ma v., implicitamente, anche Ross Taylor, *Roman Voting*

Ciò precisato, sulla connessione ‘*rex-comitiare-testamenta-calata comitia*’ basta qui sottolineare, alla luce dei risultati conseguiti nelle pagine precedenti, che le diversificate peculiarità formali e funzionali dei singoli *comitia calata* mal lasciano, sulla scorta di indebite generalizzazioni, estendere i caratteri espressamente attribuiti dalle fonti ad un dato tipo di *comitia calata* agli altri. Quindi, a voler ritenere non solo fondata la tesi mommseniana che lega inestricabilmente i due *dies fissi QRCF* e l’istituto testamentario più arcaico, ma altresì infondata la qualifica di quest’ultimo – cosa a mio credere indubbia – in termini di ‘testamento curiato’ (o, comunque, infondato il collegamento tra la sigla calendariale in questione e i *comitia curiata*), riterrei il dato non sufficiente per poter, senz’altro, discorrere di una presidenza sacerdotale del *rex sacrorum* per ogni sub-specie di *comitia calata*. E ciò, peraltro, per tacere delle forti difficoltà a ipotizzare non solo un comizio per la *inauguratio* convocato e presieduto dallo stesso *rex inaugurandus*⁵¹, ma altresì *comitia calata centuriata* (come espressamente riferisce Labeone) presieduti da un sacerdote cui, in età repubblicana, era espressamente vietata ogni azione rientrante nella sfera politico-militare⁵². Allo stato, solo congetturalmente, dunque, potrebbe sostenersi una presidenza regia per i *comitia calata in populi contione* ove cronologicamente corrispondenti ai giorni *QRCF* e per i *comitia calata curiata* (per i quali, va ribadito, né è esclusa né è confermata la competenza del *rex sacrorum* a *calare* e presiedere, né risulta la presidenza pontificale)⁵³, ma con verisimile esclusione dell’as-

Assemblies cit. 9; cfr., per la connessione generalizzata tra *comitia calata* e *rex sacrorum*, De Sanctis, *Storia dei Romani* IV.2.1 cit. 355 s.; Catalano, *Contributi* I cit. 367 ss.; Pina Polo, *Las ‘contiones’ civiles y militares* cit. 63 s.; Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’* cit. 205 ss.).

⁵¹ Così, correttamente, Catalano, *Contributi* I cit. 372.

⁵² Dion. Hal. 5.1.4; Plut. *quaest. Rom.* 63.

⁵³ «La nota attitudine dell’assemblea delle *curiae* ad esser presieduta da un pontefice» (così Aricò Anselmo, *Antiche regole procedurali* cit., 268), in verità, è un assunto indimprostrato in quanto fondato ora sul verbo *calare* inteso come denotativo di una convocazione pontificale ora sulla generalizzazione a tutti i *comitia calata* della presenza del *conlegium*

semblea delle curie per l'incrementazione divina del *rex sacrorum*.

Quanto all'impiego delle fonti che attestano due assemblee calendariali (in occasione delle quali si annunciavano pubblicamente le principali date del mese secondo una consuetudine ancora in vigore nel 304 a.C., quando lo scriba di Appio Claudio, Gneo Flavio, rese di pubblico dominio i *fasti*)⁵⁴ per inferire che i *comitia calata* sono, oltre che a presidenza regia, celebrati sul Campidoglio, nei pressi della *Curia Calabra*, merita di essere osservato quanto segue. Macrobio⁵⁵ attesta

dei *pontifices* e, contemporaneamente, sulla illazione che ciò sia anche indice, pur inesplicito, di una presidenza pontificale. Inoltre, né Labeone né Lelio Felice né Gellio si esprimono in termini chiari sul punto, e ciò oltre al già menzionato dato che i *testamenta* comiziali ed, eventualmente, le *detestationes sacrorum* sono atti perfezionati nei giorni *QRCF* (cfr., *amplius*, Pelloso, *Ricerche sulle assemblee quiritarie* cit. 145 ss.).

⁵⁴ Sull'iniziativa di Gneo Flavio come diretta a far conoscere i *dies fasti* (piuttosto che il calendario) e, per l'esattezza, i *dies agendi*, cfr. A. McClintock, *Gneo Flavio, lo scriba che rubò il diritto*, in *Storia mitica del diritto romano*, Bologna 2020, 215 ss.

⁵⁵ *Macr. Sat.* 1.5.9-11: *priscis ergo temporibus, antequam fasti a Cn. Flavio scriba invitis patribus in omnium notitiam proderentur, pontifici minori haec provincia delegabatur, ut novae lunae primum observaret aspectum visamque regi sacrificulo nuntiaret. Itaque sacrificio a rege et minore pontifice celebrato idem pontifex calata, id est vocata, in Capitolium plebe iuxta curiam Calabram, quae casae Romuli proxima est, quot numero dies a Kalendis ad Nonas superessent pronuntiabat: et quintanas quidem dicto quinquies verbo καλῶ, septimanas repetito septies praedicabat. Verbum autem καλῶ Graecum est, id est voco: et hunc diem, qui ex his diebus qui calarentur primus esset, placuit Kalendas vocari. Hinc et ipsi curiae ad quam vocabantur Calabrae nomen datum est, et classi, quod omnis in eam populus vocaretur. Serv. Aen. 8.654: ideo autem 'Calabra', quod cum incertae essent Kalendae aut Idus, a Romulo constitutum est, ut ibi patres vel populus calarentur, id est vocarentur, et scirent, qua die Kalendae essent vel etiam Idus. A rege sacrificulo idem fiebat ut, quoniam adhuc fasti non erant, ludorum et sacrificiorum praenoscerent dies. Varr. I.L. 5.13: nec Curia Calabra sine calatione potest aperiri. V., diversamente, Varr. I.L. 6.27: primi dies mensium nominati Kalendae, quod his diebus calantur eius mensis nonae a pontificibus, quintanae an septimanae sint futurae, in *Capitolio in curia ssss. Calabra sic 'die te quinti kalo, Iuno Covella', <aut> 'septi<m>i die te kalo Iuno Covella'* (lettura alternativa, in maggiore armonia con quanto emerge da Macrobio, del tratto finale è: *dicto quinquies: 'Calo,**

che un *pontifex minor*, ossia uno *scriba* del *rex*⁵⁶, su delega di questi, osservava e poi riferiva al sacerdote la comparsa della nuova luna, corrispondentemente all'inizio del nuovo mese (*Kalendae*); si celebrava quindi un triplice sacrificio⁵⁷ e si procedeva di seguito a *calare* (ossia *vocare*, καλεῖν) la *plebs* (ovvero *populus* e *patres* secondo Servio) presso la *Curia Calabra*⁵⁸; infine il *pontifex minor* annunciava – sempre a fronte di delega regia – quanti giorni mancavano alle *Nonae* (che potevano cadere il giorno cinque o il giorno sette). Varrone, dal canto suo, si concentra sul giorno delle *Nonae*, alludendo a ritualità ancora invalse al suo tempo⁵⁹: il *rex* stesso convocava il popolo⁶⁰ e annunciava mediante

Iuno Covella, *septies dicto* ‘*Calo Iuno Covella*’, seguita da J. Rüpke, *The Roman Calendar from Numa to Constantine: Time, History and the ‘Fasti’*, engl. trans., Oxford 2011, 24 s.). Cfr., inoltre, per i *Fast. Praen.* (Kal. Ian.: in *Capitolio*, in *Curia Calabra*), A. Degrassi, *Fasti anni Numani et Iuliani. Inscriptiones Italiae*, XIII.2, Roma, 1963 [= *Inscr. It.* XIII.2], 111; v., infine, *Lyd. mens.* 3.1.

⁵⁶ Così, Rüpke, *The Roman Calendar* cit. 24; Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’* cit. 196.

⁵⁷ Cfr., altresì, *Macr.* 1.5.19; *Ov. Fast.* 1.55; per il destinatario dei sacrifici (da parte di *pontifex, rex* e *regina*), cfr. B. Liou-Gille, *Les Agonia, le ‘rex sacrorum’ et l’organisation du calendrier*, in *Euphrosyne* 28, 2000, 45 (che pensa alla sola Giunone) e Blaive, ‘*Rex Sacrorum*’ cit. 135 (che pensa a Giano e Giunone).

⁵⁸ Cfr., nel senso della presidenza regia (e non pontificale) della riunione popolare (*comitia calata*) presso la *Curia Calabra*, v., per tutti, Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’* cit. 197 s.

⁵⁹ *Varr. l.l.* 6.28: *Nonae appellatae aut quod ante diem nonum Idus semper, aut quod, ut novus annus Kalendae Ianuariae ab novo sole appellatae, novus mensis ab nova luna Nonae; eodem die in Urbem qui in agris ad regem conveniebat populus. Harum rerum vestigia apparent in sacris Nonalibus in Arce, quod tunc ferias primas menstruas, quae futurae sint eo mense, rex edicit populo; cfr. Varr. l.l.* 6.13: *rex cum ferias menstruas Nonis Februariis edicit; Macr. Sat.* 1.15.12: *quod autem minor pontifex numerum dierum qui ad Nonas superessent calando probebat, quod post novam lunam oportebat Nonarum die populares qui in agris essent confluere in urbem accepturos causas feriarum a rege sacrorum sciturosque, quid esset eo mense faciendum; Serv. Aen.* 8.654: *a rege sacrificulo idem fiebat ut, quoniam adhuc fasti non erant, ludorum et sacrificiorum praenoscerent dies.*

⁶⁰ Per il *populus conventus* alle *Nonae* in termini di *comitia calata* e a presidenza regia, cfr. Bianchi, *Il ‘rex sacrorum’* cit. 197 s.

un *edictum* le festività fisse e solenni del mese sino alle *Kalendae* successive. Ebbene, è notevole che nessuno dei due autori antichi appena ricordati discorra esplicitamente di *comitia calata*, ma si limiti a segnalare ora che il *rex* mediante delegato procedeva a convocare (*calare*) la *plebs*, ora che il *populus* era riunito (*conventus*) direttamente dal *rex*, per la comunicazione ufficiale delle *feriae* mensili del calendario⁶¹: a ciò si aggiunga, come è stato già rilevato, che le *Nonae* di febbraio, aprile, giugno, luglio sono *dies nefasti* e *comitia* non potevano tenersi in tali giorni (a prescindere, dunque, da qualsivoglia auspicazione)⁶².

È anche possibile andare oltre, in verità: le riunioni popolari che venivano convocate alle *Kalendae* e alle *Nonae* solo apparentemente integrano gli estremi dei *comitia calata* menzionati da Labeone e da Lelio Felice. A voler elevare quale paradigma dei *comitia calata* a struttura formale quelli per l'inaugurazione del *rex* e a paradigma dei *comitia calata* a struttura informale quelli testamentari, emerge tutta la diversità tra le assemblee calendariali presso la *Curia Calabra* e questi ultimi. Qui, infatti, il popolo, o curiato o *in contione*, assiste (pur senza essere parte sostanziale) al perfezionarsi di atti così idonei alla produzione, al loro esito, di effetti giuridici (quali, appunto, il completamento della elezione sacerdotale e il dispiegarsi *mortis causa* della volontà del *de cuius*); nelle assemblee calendariali, invece, il popolo presente in Campidoglio nei pressi della *Curia Calabra* non è elemento *ad substantiam* della validità di un atto solenne e pubblico con efficacia costitutiva, ma solo il destinatario di informazioni (atteso che l'assetto calendariale, predeterminato, prescinde e dalla volontà e dalla presenza del popolo). In definitiva, dalla *plebs calata/populus conventus* alle *Kalendae* e alle *Nonae* alla presenza del *rex* in Campidoglio, nessuna considerazione di

⁶¹ Per una decisa esclusione dei *comitia calata*, v. Paoli, *La notion de temps faste* cit. 129 ss., 135 ss.; discorre di *contio* con riguardo alla riunione delle *Nonae* Van Haerperen, *Le collège pontifical* cit. 216 s.

⁶² Cfr. Paoli, *La notion de temps faste* cit. 129 ss.

carattere generale (e per tanto valevole con riguardo a tutte, indiscriminatamente, le ipotesi di *comitia calata*), a mio credere, può trarsi circa il luogo e la presidenza generali delle assemblee non votanti: le riunioni delle *Kalendae* e delle *Nonae*, non avevano infatti natura comiziale.

Di contro, ben potrebbe essere il rituale particolareggiato della *inauguratio* di Numa collocata, secondo il resoconto liviano, in *Arce* (cima settentrionale del colle Campidoglio) a rappresentare un indizio a favore della celebrazione, ancora in età repubblicana, nei pressi di quel colle (ancorché non *iuxta Curia Calabra*, ossia nella parte, ancora urbana, posta a sud del colle), dei *comitia calata* in occasione delle *inaugurationes* non marziali del *rex* e dei flamini: non, dunque, una *inauguratio in Arce* per tutti i *flamines* maggiori, posto che secondo la persuasiva congettura mommseniana almeno quello *Martialis* ben avrebbe potuto essere implementato divinamente al di là dell'Urbe, ossia in *campo Martio* dinanzi le centurie; quelli *Dialis* e *Quirinalis*, invece, in virtù di una non inverisimile – ma non dimostrabile – analogia avrebbero potuto essere assoggettati, *sub specie loci*, allo stesso *iter* procedurale regio, pur nella necessità della convocazione delle curie in suolo urbano⁶³.

⁶³ Cfr. Liv. 1.18.6-9. Quanto ai comizi per la *inauguratio* dei flamini, le cose sono di certo più dubbie, anche se nulla esclude, a mio credere, che si possa pensare ad una convocazione e presidenza regia (Catalano, *Contributi I* cit. 212 ss.). Per quanto riguarda la *inauguratio* del *rex sacrorum*, mi pare invece ipotizzabile, data l'alta inverosimiglianza per il *nominatus* non ancora inaugurato di assumere la presidenza dei comizi calati (volti appunto ad inaugurarlo), il potere del pontefice massimo di convocare e presiedere quei comizi calati (e ciò quale espressione sintomatica della facoltà di sostituzione pontificale). Sulla collocazione urbana della parte del Campidoglio sita nei pressi della *Curia Calabra* (di modo che nessun problema di carattere augurale insorgerebbe in occasione della convocazione di eventuali *comitia calata curiata*, attesa la regola che questi non siano celebrati *extra Urbem*), cfr., contro la tesi della natura extra-pomeriale sia di *Arx* sia di *Capitolium* (Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte I* cit. 50 s.). Magdelain, *Recherches sur l' 'imperium'* cit. 40 e nt. 1 (dove si è sostenuta la natura urbana sia dell'*Arx* sia di tutto il *Capitolium*); nonché Id., *L' 'auguraculum' de l'Arx à Rome et dans d'autres villes*, in 'Jus', 'imperium', 'auctoritas' cit. 193 ss., 205 s. (già in *REL*.

Inoltre, potrebbe essere l'antichissima connessione epigraficamente documentata per l'ultima età monarchica tra il *rex* (verisimilmente ancora *pleno iure*), il *Comitium*, e il suo *kalator* investito della *calatio* comiziale ad orientare l'interprete verso la congettura – ancorchè rimanendo imprecisate le specifiche fattispecie – di convocazioni da parte del *rex* (se già *inauguratus*), anche in età repubblicana, di taluni *comitia calata* per il tramite di un araldo *ad hoc*⁶⁴ non corrispondente al *lictor curiatus* (che chiama il popolo perché si disponga in curie)⁶⁵ o al *cornicen* (il cui richiamo mediante tromba accompagna, secondo il *vetus commentarium anquisitionis* riportato da Varrone, la *vocatio* da parte del *praeco* in vista di un'assemblea centuriata)⁶⁶.

47, 1969-1970, 253 ss.), e Id., *Le 'pomerium' archaïque et le 'Mundus'*, in *REL.* 54, 1976, 71 ss., 94 (dove si cerca di dimostrare come l'*Arx* sola sia *extra pomerium*, mentre la *Curia Calabra* per le comunicazioni calendariali sia sì *in area Capitolina* ma *in Urbe*); con valorizzazione di Varr. *l.L.* 7.8, Fiori, *La convocazione dei comizi centuriati* cit. 155 s., ha persuasivamente sostenuto che l'atto di *facere templum* non abbia luogo necessariamente fuori dell'Urbe.

⁶⁴ Il collegamento tra il participio *calata*, il verbo *calare* corrispondente a *vocare* o *convocare* in latino e a *καλεῖν* in greco è ben attestato nelle fonti: Theoph. *par.* 2.10.1: *calare ἐστὶ τὸ καλεῖν*; Macr. *Sat.* 1.15.10 (*calata, id est vocata*); Serv. *Aen.* 8.654 (*calarentur, id est vocarentur*) Lab. 187 (Gell. 15.27.1 [Bremer 2.1] = Lab. 22 [Huschke]: *calari id est convocari*); un ulteriore collegamento che permetterebbe di precisare le modalità di convocazione è suggerito da Paul.-Fest. voce '*Calatores*' (Lindsay 34): *calatores dicebantur servi, ἀπὸ τοῦ καλεῖν, quod est vocare, quia semper vocari possent ob necessitatem servitutis*; Paul.-Fest. voce '*Procalare*' (Lindsay 251): *procalare ex Graeco καλεῖν, id est vocare. Unde Kalendae, calumnia, calones et caculae et calatores*. Invero, il verbo *calare* indica solo un 'neutro' atto di convocazione, senza alcuna indicazione del magistrato o del sacerdote che ordina la convocazione a mezzo di un suo araldo; se, poi, è vero che molte fonti connettono i *calatores* al collegio pontificale, l'epigrafia registra come la sede dei *calatores* sia presso la *Regia* (CIL VI 2184-5, 37167; cfr. anche CIL I 1, nonché in S. Riccobono [ed.], *Fontes Iuris Romani Antejustiniani I. Leges*, Florentiae 1968, 20).

⁶⁵ Lael. Fel. 1 *ad Q. Muc.* 1 (Gell. 15.27.1-3 [Huschke]).

⁶⁶ Varr. *l.L.* 6.90.

VI. *Qualche riflessione di sintesi*

Questo contributo ha preso le mosse dalla citazione gelliana di uno stralcio del primo libro dell'opera *Ad Q. Mucium* di Lelio Felice che, a sua volta, rinvia al pensiero di Labeone: se la prospettiva tanto muciana quanto del giurista adrianeo risulta non ardua da determinare, così come gli interessi eruditi che spingono Aulo Gellio a far uso di materiale giurisprudenziale dell'età repubblicana e di quella del principato, rimane più incerta e sfumata la *positio studii* assunta dal giurista augusteo.

Per quanto il testo e il contesto permettono di comprendere e di inferire, l'interesse di Labeone per i *comitia calata* non corrisponde a quello di Lelio: il giurista augusteo, infatti, non tratta in termini generali del problema strutturale e/o funzionale dei comizi, o di quello attinente ai caratteri propri dei *comitia calata* come *genus a sé*, ma si focalizza – in una prospettiva gius-pubblicistica – sul nesso esistente tra il polo 'assemblea popolare' e il polo '*inauguratio* sacerdotale', nel tentativo di rispondere a poche, ma puntuali, domande: quali sacerdoti vengono inaugurati alla presenza del popolo? Come viene convocato e come è organizzato il popolo? Labeone, per di più, non prende posizione – almeno da quanto emerge dalla riproduzione, doppiamente indiretta, del frammento del suo pensiero – sulla presidenza e sulla autorità convocante, così come – a leggere il brano restrittivamente – la stessa struttura della riunione rimane implicita, come inespresso è il luogo di convocazione.

In primis, è emerso come Labeone non discorra apertamente (e nel senso della invariabilità) di alcuna presidenza o convocazione pontificale, ma si limiti ad assumere che i *comitia calata* per la *inauguratio* dei flamini maggiori e dei re-sacerdoti avvenivano *pro conlegio pontificum*. Come è emerso dalla trattazione, in età repubblicana avanzata, l'assetto di relazioni entro il collegio sacerdotale allargato si atteggia in ben altro modo rispetto al più risalente *ordo sacerdotum* attestato in primo luogo in una voce festina in cui il pontefice massimo risulta subordinato sia al *rex* sia ai tre flamini maggiori: quando scrive il giurista augusteo, tutt'al contrario, il *pontifex*

maximus (allora eletto nei cd. pseudo-comizi, dopo una pregressa fase storica di cooptazione e/o di automatica ricopertura della carica per anzianità) ha potere di scelta unilaterale e insindacabile non solo delle vestali, ma anche dei flamini e del *rex sacrorum*. Così non doveva essere, invece, quando il *rex* (o *optimo iure* o *ad sacra*) era vertice dell'*ordo* sacerdotale: se si esclude che l'atto di imperio della *captio* sia innovazione tarda della *Pontificalreligion*, è giocoforza ritenere che esso sia stato di spettanza esclusiva dell'allora sommo sacerdote (ossia il *rex*, che per altro mai è detto da altri sacerdoti *captus*): la *captio* da parte del *rex* poneva i presupposti – umani – della investitura non solo di flamini e vestali, ma congetturalmente anche del sommo pontefice, laddove solo con il successivo *incrementum* divino si perfezionava nel *captus* la dignità sacerdotale.

La fissa stabilità rituale nei secoli caratterizzante la fase della *inauguratio* corrisponde al variare nel tempo delle modalità di scelta dei sacerdoti: da un lato, se, in origine, il *rex optimo iure* era, in seno allo stesso *iter*, prima creato, poi inaugurato e in seguito approvato, in età alto-repubblicana egli, vertice dell'*ordo*, era eletto dall'*ordo* stesso per poi, in età più avanzata, essere nominato dal pontefice massimo; dall'altro, allo stadio primitivo della *captio* regia di flamini maggiori, di vestali e di *pontifices* seguiva cronologicamente quello della *captio* da parte del pontefice sia di flamini maggiori sia di vestali; dall'altro ancora, la pura cooptazione ed elezione del pontefice massimo nel collegio (sempre che non vigesse l'altrettanto plausibile criterio automatico della anzianità) erano sostituite dall'elezione cd. quasi-comiziale con conferma collegiale *ex post*. In tale contesto (che denuncia la stretta relazione tra sacerdozi e volere del popolo, l'acquisita preminenza del pontefice massimo rispetto al re, l'allargamento del collegio pontificale), Labeone precisa come il *rex* e i flamini, durante tutta l'epoca repubblicana, a prescindere dalla modalità di scelta, venissero sempre inaugurati, sia dinanzi il collegio pontificale sia dinanzi il popolo, ora delle curie (nella generalità dei casi), ora delle centurie (per il *flamen Martialis*), con differenti modalità di convocazione, fermo

restando che il popolo sempre assisteva alla solennità dell'incremento divino altrettanto solennemente.

Se, dunque, Labeone non attesta un ordine sparso, è invece Lelio Felice (se non Gellio che mutua, con interesse solo antiquario, da Lelio Felice) che, con riguardo particolare alle antiche assemblee popolari configuranti *calata comitia* ai fini della *detestatio sacrorum* e del *testamentum* (desuete già al tempo di Labeone e, per l'appunto, da questi non contemplate, non essendo, tra l'altro, più diritto vivente), precisa come tali atti si perfezionassero una volta convocati i *comitia* (analogamente alle *inaugurationes*), ma con il popolo *confusus* e assistente *in contione* (differentemente dalle *inaugurationes*).

Lasciata a margine la tesi che ascrive ai *comitia calata* funzioni deliberanti e presidenza magistratuale (soprattutto a fronte di indebite estensioni del regime della *adrogatio*), tali comizi non si esauriscono – né prima della riforma serviana si sono mai esauriti – nei *comitia curiata*, ché i primi possono essere vuoi curiati, vuoi centuriati (come precisa Labeone), vuoi corrispondenti a una *contio* (come precisa Lelio Felice); né essi sono una *species* dei *comitia curiata*, ché *calare* di per sé non indica affatto una convocazione solo pontificale (e non magistratuale o regia).

I *comitia calata*, di poi, non si risolvono in un ampio *genus* assembleare inutilmente e pleonasticamente aggettivato dal participio *calata*, con impiego del verbo *calare* in senso debole (atteso che tutti i comizi ben possono dirsi 'convocati'), ripartibile in plurime *species* (comizi deliberanti *curiata* e non, comizi non deliberanti, comizi organizzati per unità, comizi caratterizzati da *confusio*). I *comitia calata*, infine, non sono un *quid* di diverso rispetto agli altri *comitia*, in quanto i primi solo *in contione* (ossia mai strutturati in unità di voto), gli altri o *centuriata* o *curiata* (ossia con popolo di necessità sempre distribuito in unità di voto).

Invero, i *comitia calata* sia sono *genus* modulabile in due fondamentali *species* (a livello funzionale), sia sono essi stessi *species* del *genus* dei

*comitia*⁶⁷. Da un lato, si hanno *comitia calata inaugurandi causa*, oggetto vivo dell'attenzione di Labeone: qui (e solo qui) o il *lictor curiatus* o il *cornicen* provvedono a *calare* il popolo (*in Arce* o *in Campo Martio*) a seconda che – in vista della funzione perseguita – il popolo sia quello delle curie o quello delle centurie; qui (e solo qui) l'atto si conclude espressamente *pro conlegio pontificum* (laddove la presidenza rimane non nettamente precisabile, ancorché quella regia per la *inauguratio* del *flamen Dialis* e del *flamen Quirinalis* sia ben congetturabile, come probabile sia quella pontificale per la *inauguratio* regia). Dall'altro, si hanno *comitia calata testamenti causa* e *detestationis sacrorum causa*, figure ormai desuete ed estranee all'orizzonte speculativo di Labeone, ma riprese, sulla scorta di Quinto Mucio, da Lelio Felice: qui i *comitia* vengono convocati (molto probabilmente solo *in Comitio*) senza suscitare una disposizione urbana per curie o una disposizione marziale per centurie; qui non è prescritto esplicitamente che l'atto perfezionato in presenza del popolo (con convocazione e presidenza regie) sia *pro conlegio pontificum*.

In definitiva, entro la categoria dei *comitia*, da un lato, si hanno i *comitia calata*, ossia assemblee popolari che – a prescindere dalla struttura particolare assunta in concreto e in ragione delle loro funzioni – non deliberano; dall'altro, si ha il cd. *comitiatus*, ossia un'assemblea popolare solo votante (o per curie, o per centurie, o per tribù)⁶⁸.

Anche in questo frangente, le *Noctes Atticae* – grazie a una fortunata e preziosa stringa di citazioni e di rimandi che connettono tra loro Quinto Mu-

⁶⁷ V., sul punto, M. Talamanca, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)* II, Roma 1977, 200 ss.; ma, sull'impiego da parte dei giuristi romani, a partire da Quinto Mucio, delle classificazioni per *genera* e per *species* cfr., altresì, R. Martini, *'Genus' e 'species' nel linguaggio gaiano*, in A. Guarino, L. Labruna (a c. di), *Syntelesia V. Arangio-Ruiz* I, Napoli 1964, 462 ss.

⁶⁸ Tab. 9.2; Val. Mess. 1 *ausp.* 2 (Gell. 13.16.1 [Bremer 1]; [Huschke]). Per i significati di *comitiatus*, rinvio a quanto scrivevo in Pelloso, *Ricerche sulle assemblee quiritarie* cit. 241 ss.

cio, Labeone, e Lelio Felice, vivificando con il loro pensiero il testo di Aulo Gellio – si rivelano un serbatoio floridissimo sia di dati di cognizione sia di spunti di riflessione. Così, partendo dalle informazioni incluse nel capitolo 27 del libro 15, l'interprete di oggi può anche spingersi oltre e indietro nel tempo, per considerare, in una più ampia prospettiva, gli stessi *comitia calata* quali indice sintomatico, in positivo e in negativo, delle strutture, delle funzioni e della storia delle prime assemblee di Roma. Se quest'ultima nasce come *populus Romanus quirites*⁶⁹, nell'esercizio delle funzioni civili ora il popolo rileva in quanto tale, istituto nuovo e unificante rispetto all'assetto pregresso, organizzato nelle sue unità costitutive fondamentali di origine pre-civica (anche se, con riguardo alle assemblee *inaugurationis causa*, cioè in età repubblicana, e addirittura sino all'epoca di Labeone, si mantiene e si giustifica in nome solo del tradizionalismo e del formalismo, laddove ciò assume massima evidenza nei *comitia* deliberanti), di talché emergono in modo paritetico sia l'aspetto dell'unità assorbente, sia quello della pluralità assorbita. Ora il popolo rileva come indistinta massa di singoli, presenti per la perfezione di certuni atti a rilevanza pubblica, ma informalmente (ossia non distribuiti in plurime unità), di talché a prevalere è l'aspetto della pluralità indistinta e della non-deliberatività pre-civica rispetto a quello della unitarietà, composita e articolata, del *populus* quale organo anche attivo (anche se, alla fine dell'epoca repubblicana, quando Labeone scrive, le espressioni di tale partecipazione solo '*calata*' sono oramai desuete). Se, da un lato, è il potere (vuoi inespresso vuoi espresso, ma manifestato) del *populus Romanus* costituito in unità organizzative ad emergere in sede e di *inauguratio* e di *iussa populi* (*curiata* e *centuriata*), dall'altro, è il ruolo non deliberativo della massa dei *quirites*, singoli che precedono storicamente e compongono strutturalmente il popolo di Roma, ad essere valorizzato in sede così di testamento comiziale, come di *detestatio sacrorum*.

⁶⁹ Per le mie idee sui rapporti tra *quirites* e *populus* rimando a Pelloso, *Ricerche sulle assemblee quiritarie* cit. 1 ss.; cfr., inoltre, le recenti e interessanti ipotesi formulate da A. Franciosi, *Lo 'ius' dei 'Quirites' e il Cabiro 'dimenticato'*, in *TSDP*, 14, 2021, 1 ss.

Equus Seianus.

Un cavallo nel corso delle guerre civili (Gell. 3.9)

Giusto Traina

La vicenda del cavallo di Seio narrata da Gell. 3.9 comincia ad Argo, che in età imperiale rimase un centro importante e popoloso della provincia di Acaia¹, e che Strabone, in un'epoca non lontana dalla nostra storia, considerava la più celebre città del Peloponneso insieme a Sparta, anche se quest'ultima manteneva il primato². Le fonti di Gellio sono i *Commentarii* di Gavio Basso, un autore contemporaneo agli eventi, e le *Quaestiones confusae* di Giulio Modesto, liberto del grammatico Igino (a sua volta liberto di Augusto)³. Lo splendido *equus Seianus* era

¹ L'allevamento dei cavalli ad Argo aveva origini antichissime: già Omero *Il. 2. 287* definiva la città *ἰππόβοτος* «nutrice di cavalli» (P. Sauzeau, *Pourquoi Argos nourrit-elle des cauales?*, in *Pallas* 64, 2004, 129-143), mentre Pindaro parla di Ἄργος ἵππιον (*Isthm. 7.11*) e ἰπποτρόφον ἄστυ (*Nem. 10.77-78*): M. Cannatà Fera, *Pindaro. Le Nemee*, Milano 2020, 555. Riferendosi ad Argo, il poeta intende probabilmente un territorio più vasto. In età arcaica, diversi membri dell'aristocrazia cittadina possedevano allevamenti di cavalli da corsa da far gareggiare negli agoni: Sauzeau, *Pourquoi Argos nourrit-elle des cauales?* cit.; J. Clément, *Les cultures équestres du monde grec: une histoire culturelle de la guerre à cheval (ca. 350 - ca. 50 a.C.)*, Montpellier 2018, 572-573. Sulla storia di Argo vd. in generale R.A. Tomlinson, *Argos and the Argolid. From the End of the Bronze Age to the Roman Occupation*, London 1972.

² Str. 8.6.18. Vd. A.J. Spawforth, S. Walker, *The World of the Panhellenion II. Three Dorian Cities*, in *Journal of Roman Studies* 76, 1986, 101-102. Più tardi, Dione di Prusa Or. 44.6 indicherà Argo insieme ad Atene e Sparta come le principali e più celebri città di tutta la Grecia: M.A. Pérez Alonso, *Grammatici disiecti. Sources fragmentaires pour l'histoire de la grammaire latine*, 2016 (<https://gradis.hypotheses.org/142>).

³ Gell. 3.9.1: *Gavius Bassus in Commentariis suis* [fr. 4 Funaioli] *item Iulius Modestus in secundo Quaestionum confusarum* [fr. 1 Mazzarino], *historiam de equo Seiano tradunt dignam memoria atque admiratione*.

così chiamato dal suo primo proprietario, un certo Gneo Seio; Gavio Basso aveva potuto ammirarlo di persona ad Argo. Si trattava di un animale di grande bellezza ed eccezionale vitalità. In effetti, ai tempi di Strabone quella argolica era una delle migliori razze equine della Grecia, insieme a quella arcadica e quella di Epidaurò⁴. Il suo manto era particolarmente brillante⁵: oggi diremmo baio dorato, tonalità di cui Gellio, in chiusura del capitolo, indica i termini utilizzati sia in latino che in greco: *poeniceus* φοῖνιξ e σπάδιξ, ‘baio, castano’, ovvero ‘sauro bruciato’⁶.

⁴ Str. 8.8.1. Per il I secolo a.C. si riscontra in effetti una ripresa dell’interesse per l’equitazione, come mostrano gli esempi relativi all’efebia ad Atene: J. Clément, *Quelques aspects de l’éducation cavalière dans les cités grecques (V^e-I^{er} siècle av. J.-C.)*, in *I quaderni del Ramo d’Oro on-line* 9, 2017, 10-12 (<http://www.qro.unisi.it/frontend/sites/default/files/Clement%20Quelques%20aspects%20de%20l%27éducation%20cavalière.pdf>). Gellio aggiunge che il cavallo sarebbe disceso dalle celebri giumente di Diomede (3.9.2: *de quo fama constans esset, tamquam de genere equorum progenitus foret qui Diomedis Thracis fuissent, quos Hercules, Diomede occiso, e Thracia Argos perduxisset*). Eracle le aveva prese a Diomede, re della tribù tracia dei biston, recandole al signore dell’Argolide Euristeo (Apollod. 2.5.8, l’ottava fatica di Eracle). Questi, a sua volta, le avrebbe consacrate a Era. D.S. 4.15.3-4 attesta l’allevamento di questa particolare razza equina, che sarebbe continuato fino all’epoca di Alessandro. Alcuni autori connotano queste giumente come antropofaghe: D.C. Kurtz, *The Man-Eating Horses of Diomedes in Poetry and Painting*, in *Journal of Hellenic Studies* 95, 1975, 171-172.

⁵ Gell. 3.9.3: *Eum equum fuisse dicunt magnitudine invisitata, cervice ardua, colore poeniceo, flora et comanti iuba, omnibusque aliis equorum laudibus quoque longe praestitisse*.

⁶ Gell. 3.0.9: *Quem colorem nos, sicuti dixi, poeniceum dicimus, Graeci partim φοίνικα, alii σπάδικα appellant, quoniam palmae termes ex arbore cum fructu avulsus ‘spadix’ dicitur*. Vd. J. André, *Étude sur les termes de couleur dans la langue latine*, Paris 1949, 302; vd. anche R. Maltby, *A Lexicon of Ancient Latin Etymologies*, Leeds 1991, 575-576; S. Swain, *Bilingualism and Biculturalism in Antonine Rome. Apuleius, Fronto, and Gellius*, in L. Holford-Strevens, A. Vardi (eds.), *The Worlds of Aulus Gellius*, Oxford 2004, 32. Isidoro (*etym.* 12.49) si riferisce a un nome siciliano della palma. Si veda J. Pascual-Barea, *Los veinte nombres de colores de caballos en Isidoro de Sevilla (orig. 12.1.48-55)*, in C. Ferragut Domínguez, M.T. Santamaría Hernández (a c.

L'animale era però accompagnato da un destino fatale, ovvero da cattiva sorte: chi lo possedeva diventava *calamitosus*, ovvero perseguitato dalla sfortuna⁷. Gellio paragona il cavallo alla ben nota vicenda dell'oro del santuario di Tolosa, che il console Q. Servilio Cepione aveva requisito nel 106 a.C.⁸, e che si era rivelato fatale, visto che l'anno seguente era stato sconfitto dai cimbri ad Arausio, il 6 ottobre: la data venne poi annoverata tra i giorni nefasti⁹.

di), *Via ad sapientiam: latin, griego y transmisión del conocimiento*, [= *Studia philologica Valentina* 17], Valencia 2015, 87-88. Sull'aggettivo *poeniceus* citato ugualmente da Gellio vd. André, *Étude sur les termes de couleur dans la langue latine* cit. 90, che lo traduce 'bai ordinaire'. Gellio si era occupato delle sfumature del colore rosso in un capitolo (2.26) attinto a una discussione tra Frontone e Favorino (T 23 Amato).

⁷ Gell. 3.9.6: *Hinc proverbium de hominibus calamitosis ortum dicitur solitum: 'ille homo habet equum Seianum'*; 3.9.7: *sed eundem equum tali fuisse fato sive fortuna ferunt, ut, quisquis haberet eum possideretque, ut is cum omni domo familia fortunisque omnibus suis ad interuersionem deperiret*. Per gli aspetti paremiografici vd. A. Otto, *Die Sprichwörter und sprichwörtlichen Redensarten der Römer, gesammelt und erklärt*, Leipzig 1890, 315, n° 1620.

⁸ Gell. 3.9.7: *Eadem sententia est illius quoque veteris proverbii, quod ita dictum accepimus: 'aurum Tolosanum'. Nam cum oppidum Tolosanum in terra Gallia Quintus Caepio consul diripisset multumque auri in eius oppidi templis fuisset, quisquis ex ea direptione aurum attigit, misero cruciabilique exitu perit*. Vd. Posid. *FGrHist* 88, 11 = Str. 4.1.13; sull'oro tolosano vd. S. Mazzarino, *Il pensiero storico classico* II.1, Bari 1966, 193-194; Y. Roman, *Aux origines d'un mythe: «l'or de Toulouse»*, in *Mélanges offerts à Monsieur Michel Labrousse*, Toulouse 1986, 221-231; M. Martin, *Posidonio d'Apamea e i Celti. Un viaggiatore greco in Gallia prima di Cesare*, Roma 2011, 343 n. 22. Per gli aspetti paremiografici vd. Otto, *Die Sprichwörter und sprichwörtlichen Redensarten der Römer* cit. 350 n° 1793.

⁹ Plut. *Luc.* 27.9; G. Traina, *Le sconfitte dei romani*, in *Aevum* 84, 2010, 182. Negli anni tra il 105 e il 103, Cepione era stato successivamente spogliato dei suoi beni, espulso dal Senato, condannato a morte e poi, per l'intervento di un tribuno della plebe, la condanna era stata commutata, e Cepione era andato in esilio a Smirne (Val. Max. 4.7.3) dove era morto in povertà, mentre le sue figlie avevano finito per prostituirsi, come ricordava Timagene con evidente soddisfazione (*FGrHist* 88 F11 = Str. 4.1.13). Valerio Massimo 6.9.13 parla di un'esecuzione capitale a Roma, ma non sembra trat-

Il primo proprietario del cavallo di cui si ha notizia è un certo Gneo Seio¹⁰. Fu Marco Antonio a condannarlo a morte, quando però, come precisa Gellio, non era ancora triumviro¹¹. Nonostante la sua sensibilità per i problemi giuridici, Gellio non specifica le modalità della condanna di Seio; del resto, il capitolo è incentrato essenzialmente sull'espressione *equus Seianus*, e sul colore del manto del cavallo¹². Se ad emettere la condanna capitale fu effettivamente Antonio, questo pone un problema dal momento che normalmente, per esercitare la *coercitio capitalis*, il console avrebbe dovuto ricorrere alla *provocatio ad populum*, cosa di cui Gellio comunque non parla. L'ipotesi più economica è quella di interpretare la frase *a M. Antonio... capitis damnatum* come il riferimento a una condanna capitale voluta da Antonio. Del resto, sappiamo bene da Cicerone come egli avesse gestito il suo consolato in maniera più che disinvolta. In fondo, bastava sostituire le modalità della condan-

tarsi della stessa persona, anche perché Cepione non fu mai pontefice massimo: G.P. Kelly, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge 2006, 174. Cicerone ricorda Cepione in termini positivi (*Tusc.* 5.14; *Brut.* 135); in un passo piuttosto curioso del *De natura deorum* (3.74), il processo per l'oro tolosano è menzionato insieme ad altri procedimenti le cui circostanze si dovevano agli uomini e non agli dèi.

¹⁰ Gell. 3.9.2: *Gnaeum Seium quempiam scribunt fuisse eumque habuisse equum natum Argis in terra Graecia.*

¹¹ 3.9.4: *Itaque primum illum Gnaeum Seium, dominum eius, a M. Antonio, qui postea triumvirum reipublicae constituendae fuit, capitis damnatum miserando supplicio affectum esse.* D'altronde sappiamo che i triumviri avevano previsto delle misure per alleviare la difficile situazione dei familiari dei proscritti (F. Hinard, *Les proscriptions de la Rome républicaine*, Roma 1985, 256).

¹² Nella breve voce della Pauly-Wissowa, F. Münzer, *Seius* 1), in *RE* IIA.3, 1921, 1120-1121, suggerisce che la sentenza capitale fosse stata emessa nel 44, sotto il suo consolato. È invece da escludere che Seio fosse stato giustiziato qualche anno prima, quando Antonio, *magister equitum* del dittatore Cesare, era diventato di fatto il signore dell'Italia; come vedremo più avanti, Gellio indica che la condanna avvenne nello stesso periodo in cui Dolabella era partito per insediarsi al governo della Siria; nel gennaio del 43 Dolabella si trovava già nella provincia d'Asia, e a Smirne aveva giustiziato il cesaricida Gaio Trebonio.

na capitale: il suppliziato poteva essere quindi messo a morte con una flagellazione, invece della *securi percussio* prevista dalla *lex Valeria*¹³. Certo, Antonio avrebbe potuto far giustiziare Seio verso la fine del 44, dopo la sua partenza per la Cisalpina, in virtù del suo *imperium militiae* di proconsole (i cui atti di *coercitio capitalis* non erano sottoposti a *provocatio*). Ma dubito che, in un frangente così confuso, vi fosse stato il tempo perché i beni di Seio venissero aggiudicati, e fossero messi in vendita anche quelli che si trovavano ad Argo.

L'identità di Seio non è certa. In base a quanto sappiamo sui *Seii*, potremmo immaginare una parentela con quel M. Seio (forse il figlio maggiore dell'edile Seio, morto nel 46), ricordato da Cicerone in una lettera a Decimo Bruto del dicembre 44¹⁴. Ignoriamo la fine di questo Seio, forse scomparso nella guerra di Modena, ma la sua funzione di intermediario tra Cicerone e Decimo Bruto lo vede schierato contro Antonio. D'altra parte, conosciamo almeno un altro Seio che durante il consolato di Antonio faceva parte della schiera dei suoi sostenitori (Cicerone li chiama *collusores et sodales*), e che a quanto afferma Cicerone nella dodicesima *Filippica*, databile intorno al mese di marzo del 43, sarebbe stato uno dei comandanti delle sue temibili guardie¹⁵.

¹³ A. Magdelain, *De la coercition capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, in *Jus imperium auctoritas. Études de droit*, Roma 1990 [= *Labeo* 33, 1977, 139-166], 560-561. Escluderei che Gellio confonda qui Marco Antonio con il fratello Gaio, che nel 44, prima della partenza per la Macedonia, rivestiva la carica di pretore, presiedendo una non meglio identificata corte criminale.

¹⁴ Cic. *Fam.* 11.7.1: *Cum adhibuisset domi meae Lupus me et Libonem et Servium, consobrinum tuum, quae mea fuerit sententia, cognosse te ex M. Seio arbitror, qui nostro sermone interfuit: reliqua, quamquam statim Seium Graeceius est subsecutus, tamen ex Graeceio poteris cognoscere.*

¹⁵ Cic. *Phil.* 12.14: *Ponite ante oculos M. Antonium consularem; sperantem consulatum Lucium adiungite; supplete ceteros, neque nostri ordinis solum, honores et imperia meditantis; nolite ne tirones quidem Numisios, Mustelas, Seios contemnere* (seguito qui il suggerimento di Stefano Rocchi). Vd. F. Münzer, *Mustela* 3), in *RE* XVI.1, 1933, 909 seguito da vari studiosi, fra cui M.C. Ferriès, *Les partisans d'Antoine*, Bordeaux

D'altra parte, dato il contesto greco in cui operava Seio (il cavallo era la sua proprietà più illustre), è molto probabile un rapporto con le attività commerciali dei *Seii* nell'Egeo. Il gentilizio *Seius* è attestato da sedici iscrizioni di Delo, per la maggior parte con la grafia *Sehius*¹⁶. Fra questi titoli vi è anche una *tabella defixionis* dove un *C. Seius Cilo*, e probabilmente anche un *C. Seius Aristomachus* rientrano in una lista di personaggi maledetti da un certo *T. Paconius*¹⁷. Una serie di indizi, raccolti in uno studio di Élisabeth Deniaux del 2002, mostra che questa famiglia equestre di origine italica aveva fatto fortuna grazie al commercio marittimo con l'Oriente mediterraneo. Fra i rappresentati di questa *gens* possiamo ricordare quel Marco Seio, *familiaris* di Cicerone e di Attico: di quest'ultimo curava gli interessi nella provincia d'Asia¹⁸. Non è escluso che si trattasse dello stesso personaggio ricordato da Varone nel suo trattato di agricoltura, che possedeva una villa nel territorio di Ostia; Plinio il Vecchio lo ricorda come quell'*equus Romanus*, che secondo alcuni avrebbe scoperto – o, più probabilmente, avrebbe

2007, 50, 53 n. 236, 55, 57, 111-112, 125, 314, 363, 417, 424, 448, 463-464, riteneva che *Tirones* si riferisse a un personaggio chiamato *Tiro*. Secondo questo ragionamento, Cicerone potrebbe riferirsi sia a quattro personaggi diversi, sia a due soltanto: in quest'ultimo caso avremmo un Numisio Tirone e un Seio Mustela, ovvero Seio 'la Donnola'.

¹⁶ *IDélos* 2534 = *ILLRP* 1150; E. Deniaux, *Les gentes de Délos et la mobilité sociale à Rome au I^{er} siècle av. J.-C.: l'exemple de Marcus Seius et des Seii*, in C. Müller, C. Hasenhohr (eds.), *Les Italiens dans le monde grec: II^{ème} siècle av. J.-C. – I^{er} siècle ap J.-C.*, Paris 2002, 33-34.

¹⁷ J. Hatzfeld, *Les Italiens résidant à Délos mentionnés dans les inscriptions de l'île*, in *Bulletin de correspondance hellénique* 36, 1912, 75-76. Sugli italici di Delo vd. F. Coarelli, *I mercanti nel tempio. Delo: culto, politica, commercio*, in *Tripodes* 2016, su cui M. C. Hasenohr, *Compte rendu de Coarelli, I mercanti nel tempio* cit., in Ead., C. Hellmann, F. Queyrel, *Revue archéologique* 2, 2017, 394-395.

¹⁸ *Cic. Fam.* 9.7.1; *Att.* 5.13.2. Sul patrimonio di Seio vd. C. Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-46 av. J.-C.)*. Tome 2. *Prosopographie des chevaliers Romains*, Paris 1974, 1015-1016.

introdotta presso i romani – il *foie gras* (altri, però, preferivano dare il primato a un suo contemporaneo, il *consularis* Scipione Nasica)¹⁹. Un altro membro della *gens*, Q. Seio Postumo, possedeva una casa sul Palatino contigua a quella di Cicerone, e aveva rifiutato la richiesta di Clodio di cedergliela, per poter ampliare l'area della sua dimora, a cui si aggiungeva quella di Cicerone, recuperata dalla vendita dei suoi beni, e a quella di Lutazio Catulo; se crediamo a Cicerone, Clodio aveva risolto il problema facendo avvelenare Seio²⁰.

La presenza ad Argo di un cittadino romano come Gneo Seio, abbastanza ricco da permettersi l'acquisto di un cavallo eccezionale, non è forse casuale. Dopo il 69 a.C., quando i pirati avevano saccheggiato Delo, molti *negotiatores* si erano spostati in altri empori commerciali dove si trovavano comunità di origine italica, che certamente avranno approfittato degli eventi dell'88 a.C., quando Mitridate aveva fomentato un vero e proprio pogrom contro i romani e gli italici della provincia d'Asia, e della controffensiva di Silla che due anni dopo aveva messo fuori uso Atene e il Pireo: a sua volta, Atene aveva favorito il commercio a Delo durante la seconda dominazione dell'isola²¹.

Una di queste comunità si trovava ad Argo, dove gli *Italici qui Argeis negotiantur* avevano dedicato una statua a Q. Cecilio Metello, *imperator*, che nel suo proconsolato del 68 a.C. aveva operato con suc-

¹⁹ Varro, *rust.* 3.2.11; Plin. *nat.* 10.52. Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-46 av. J.-C.)* cit. 1016-1017; Deniaux, *Les gentes de Délos et la mobilité sociale à Rome au I^{er} siècle av. J.-C.* cit. 36-37.

²⁰ Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-46 av. J.-C.)* cit. 1017; Deniaux, *Les gentes de Délos et la mobilité sociale à Rome au I^{er} siècle av. J.-C.* cit. 38. Sulla posizione della casa di Seio vd. F. Coarelli, *Palatium. Il Palatino dalle origini all'impero*, Roma 2012, 303.

²¹ ILS 874-875; ILLRP 374; 376; C. Hasenohr, *Athènes et le commerce délien: lieux d'échange et magistrats des marchés à Délos pendant la seconde domination athénienne (167-88 a.C.)*, in K. Konuk (a c. di), *Stephanèphoros. De l'économie antique à l'Asie mineure. Hommages à Raymond Descat*, Bordeaux 2012, 95-109.

cesso contro i pirati cretesi, e un'altra statua a Quinto Marcio Re, il console del 68 che l'anno seguente aveva sostituito Lucullo in Cilicia²². Quest'ultimo, cognato di Metello, dovette misurarsi anche contro Mitridate e il suo alleato armeno Tigran, ma con minor fortuna, e questo favorì Pompeo che, dopo il successo contro i pirati, rilevò le legioni del suo predecessore. Ma la gratitudine degli *Italici* di Argo, come è stato giustamente osservato, era dovuta essenzialmente ai vantaggi economici che recava loro il compito di assicurare ai soldati romani le derrate alimentari necessarie per le operazioni contro i pirati. Lo studioso ha ritenuto che gli *Italici* di Argo altro non fossero che un 'prolongement' dell'associazione degli italici di Delo²³. Questo spiegherebbe oltretutto la sopravvivenza del termine a più di vent'anni dalla fine della guerra sociale. Fra i *Seii* attestati a Delo il *praenomen* preponderante è *Marcus*, ma *Gnaeus* è attestato da un'iscrizione della fine del II a.C., composta da due dediche differenti ad Apollo di Gaio Seio Aristomaco, in onore del padre Gneo Seio, figlio di Gneo, definito come Ῥωμαῖος²⁴. L'ascesa

²² La prima iscrizione, reimpiegata come spoglio in una chiesa, fu segnalata per la prima volta da Ciriaco d'Ancona: G.D.R. Sanders, *William of Moerbeke's Church at Merbaka: The Use of Ancient Spolia to Make Personal and Political Statements*, in *Hesperia* 84, 2015, 602. Vd. J. Hatzfeld, *Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique* 1919, 78; 139; 194; 245. D. Van Berchem, *Les Italiens d'Argos et le déclin de Délos*, in *Bulletin de correspondance hellénique* 86, 1962, 305.

²³ Van Berchem, *Les Italiens d'Argos et le déclin de Délos* cit. 312; C. Hasenohr, C. Müller, *Gentilices et circulation des Italiens. Quelques réflexions méthodologiques*, in Hasenohr, Müller (eds.), *Les Italiens dans le monde grec* cit. 17. Sull'associazione degli *Italici* di Delo vd. C. Hasenohr, *Les Italiens à Délos: entre romanité et hellénisme*, in *Pallas* 73, 2007, 224.

²⁴ *IDélos* 2013; J.L. Ferrary et al., *Liste des Italiens de Délos*, in Hasenohr, Müller (eds.), *Les Italiens dans le monde grec* cit. n. 61: Γναῖον Σήμιον Γναίου υἱὸν Ῥωμαῖον Γάιος Σήμιος Γναίου/Ἀριστόμαχος, Ἀπόλλωνι./Γναί[τιον Σήμιον — — — — —]/Γαί[ος Σήμιος Γναίου — — — — —]/τὸν [— — — — — Ἀπόλλωνι]. Per M.F. Baslez, *Mobilité et ouverture de la communauté 'romaine' de Délos*, in Hasenohr, Müller (eds.), *Les Italiens dans le monde grec* cit. 63, Aristomachos (a sua volta figlio di una cittadina di Arados:

sociale ed economica dei *Seii* a Roma si riscontra in alcuni personaggi di spicco come Marco Seio, edile nel 74 a.C., particolarmente apprezzato per la sua attività condotta in piena crisi frumentaria²⁵. La particolare generosità mostrata in quel frangente potrebbe giustificarsi con le sue attività commerciali nell'Oriente mediterraneo²⁶.

Al di là delle ipotesi prosopografiche più o meno valide, Seio fu giustiziato e i suoi beni, compreso lo splendido cavallo argolico, furono incamerati all'erario, quindi venduti ai *sectores*, uomini dalla trista fama almeno dall'epoca delle proscrizioni sillane, che avrebbero poi provveduto a rivenderli²⁷.

Intanto il cavallo era rimasto ad Argo, e la sua rinomanza spinse Do-

IDélos 2245, 2272) era il figlio di Gneo. C. Hasenohr, *Italiens et Phéniciens à Délos: organisation et relations de deux groupes d'étrangers résidents (II^e-I^{er} siècles av. J.-C.)*, in R. Compatangelo-Soussignan, C.G. Schwentzel (a c. di), *Étrangers dans la cité romaine. «Habiter une autre patrie»: des incolae de la République aux peuples fédérés du Bas-Empire*, Rennes 2007, 78, non esclude che Aristomachos potesse essere un liberto.

²⁵ Deniaux, *Les gentes de Délos et la mobilité sociale à Rome au I^{er} siècle av. J.-C.* cit. 30-31.

²⁶ Un altro esempio, se ammettiamo che si trattasse di un *negotiator* romano, è il padre del geografo Strabone: G. Traina, *Who was Strabo's father?* in S. L. Sørensen (a c. di), *Sine fine. Studies in honour of Klaus Geus on the occasion of his sixtieth birthday*, Stuttgart 2022, 513-518.

²⁷ È noto il macabro gioco di parole di Cic. *Rosc.* 80: *Item ei, qui publice bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur 'sectorium', quod 'sectores' vocantur qui publice bona mercantur.* Il giovane Cicerone si riferiva alle recentissime proscrizioni sillane: il termine *sector* definiva infatti sia un tagliatore, in questo caso di teste, ma anche colui che si aggiudicava o vendeva i beni dei proscritti decapitati, con una procedura detta *sectio*: P. Buongiorno, *'Sectio', 'sectores', 'interdictum sectorium': origini e disciplina in epoca repubblicana*, in L. Garofalo (a c. di), *I beni di interesse pubblico II*, Napoli 2016, 635-672. Si veda anche F. Salerno, *Dalla 'consecratio' al 'publicatio bonorum'. Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli 1990, 160-213, su cui F. Hinar, *Rome, la dernière République. Recueil d'articles*, a c. di Estelle Bertrand, Bordeaux 2011, 138 [= *Consécration et confiscation de biens dans la Rome républicaine*, in *Kentron* 9, 1993, 11-23].

labella a deviare dall'itinerario previsto per giungere fino alla città, dove in tutta evidenza si trovavano i *sectores* che si occupavano di vendere i beni argivi di Seio²⁸. L'estate era finita, e Dolabella (con la legione che gli era stata affidata), una volta traversato l'Adriatico doveva necessariamente prendere la via di terra: il percorso più breve sarebbe stato quello della *via Egnatia*, ma Dolabella preferì recarsi nel Peloponneso per acquistare il suo destriero per l'enorme somma di centomila sesterzi: una somma notevole, se pensiamo che nel 49 Cicerone ricorda il suo genero di allora come un uomo carico di debiti, che aveva risolto il problema passando dalla parte di Cesare²⁹. Dal racconto di Gellio apprendiamo che il cavallo era stato acquisito da Cassio: evidentemente, l'*equus Seianus* era stato condotto fino a Laodicea. In effetti, in origine era stato Cesare a destinare la Siria a Dolabella mentre il dittatore, con Ottaviano al seguito, avrebbe diretto la prima fase della campagna orientale conquistando la Dacia, prima di dirigersi contro l'impero partico. Dopo le Idi di marzo, per contrastare l'esercito privato di Ottaviano, Antonio aveva cercato di convincere il Senato che i Parti, almeno per il momento, non rappresentavano una minaccia, e quindi aveva chiesto di impiegare nei Balcani le legioni che si trovavano in Macedonia in attesa dell'arrivo di Cesare. Come è noto, Antonio aveva ottenuto la provincia di Macedonia per il 43, ma successivamente aveva optato per la Gallia Cisalpina: il risultato era stato la guerra di Modena. Con una sola legione, più le truppe già stanziate in Siria, l'ambizioso Dolabella cercava la gloria in Oriente malgrado il contrasto dei cesaricidi e dei loro nuovi alleati: al pari di altri *imperatores* della tarda Repubblica, che si ispiravano al modello di Alessandro, il giovane proconsole aveva bisogno di un Bucefalo, come

²⁸ Gell. 3.9.4: *eodem tempore Cornelium Dolabellam consulem in Syriam proficiscentem fama istius equi adductum Argos devertisse cupidineque habendi eius exarsisse emisseque eum sestertiis centum milibus.*

²⁹ Cic. *Fam.* 11.16.5; *Phil.* 4.10. Più tardi, nell'undicesima *Filippica* (4.10), Cicerone rammentò con amarezza l'antico rapporto di parentela.

quello effigiato nel mosaico della Casa del Fauno, che avrà fatto sognare anzitutto l'ignoto proprietario che lo aveva fatto installare nella sua *domus* verso la fine del II a.C., quando i *Seii* facevano fortuna a Delo, e successivamente i successivi proprietari e i loro vari ospiti³⁰.

Mentre le speranze dei repubblicani conservatori stavano per tramontare, dopo la vittoria di Pirro contro Antonio in Cisalpina, Dolabella fu a sua volta sconfitto da Cassio e costretto al suicidio. Il cavallo passò quindi al Cesaricida, e se crediamo a Gellio dobbiamo pensare che lo abbia accompagnato come cavalcatura da parata fino a Filippi, per essere poi requisito da Antonio³¹. Trattandosi di guerre civili, non credo si possa parlare di *praeda bellica*. Certo, Dolabella era stato dichiarato *hostis publicus* fin dal marzo 43, ma Cicerone ne aveva parlato come di una decisione autonoma di Bruto³²; qualche settimana dopo, una legge di Ottaviano revocò il provvedimento, ma intanto Dolabella era già morto³³. Quanto a Cassio, incorreva nelle sanzioni stabilite dalla *lex Pedia* per i Cesaricidi. Anche questo è un aspetto problematico che ci riporta a un altro passo di Gellio e alla discussione sulla sua definizione di *manubiae*, in apparente contrasto con quella dello Ps. Asconio: *manubiae sunt praeda imperatoris pro portione de hostibus capta*³⁴.

³⁰ F. Pesando, *Autocelebrazione aristocratica e propaganda politica in ambiente privato: la casa del Fauno a Pompei*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz* 7, 1996, 189-228.

³¹ Gell. 3.9.5: *Eum Cassium postea satis notum est, victis partibus fusoque exercitu suo, miseram mortem oppetisse; deinde post Antonium, post interitum Cassii parta victoria, equum illum nobilem Cassii requisisse et, cum eo potitus esset, ipsum quoque postea victum atque desertum detestabili exitio interisse.*

³² D.C. 8.29.4; Cic. *Phil.* 11.12.27; A. Allély, *La déclaration d'hostis sous la République romaine*, Bordeaux 2012.

³³ App. *BC* 3.392.

³⁴ Gell. 13.25.26; [Ascon.] 224 Stangl. P. Tansey, *The Perils of Prosopography: The Case of the Cornelii Dolabellae*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 130, 2000, 269. *Manubiae* in Gellio: F. Cavazza (a c. di), *Aulo Gellio. Le notti attiche. Libro XIII. Capitoli XIX-XXXI*, Bologna 1999, 212-214.

Quanto ad Antonio, ultimo possessore del cavallo, sappiamo tutti come andò a finire, ma ci piace pensare che l'anziano destriero fosse ancora vivo al momento della presa di Alessandria, e che Ottaviano, forse avvisato della cattiva fama dell'animale, abbia preferito evitare di impadronirsene per non sconfessare gli oroscopi di Nigidio Figulo. Per concludere con un'ulteriore divagazione, che forse avrà attirato l'attenzione di Giulio Modesto, non fecero una brutta fine solo gli altri possessori dell'*equus Seianus*, ma anche i loro principali eredi³⁵. Rendendo meno complicato il compito di spartire i loro beni.

³⁵ I. Shatzman, *The Roman General's Authority over Booty*, in *Historia* 21, 1972, 177-205.

Relazione conclusiva

Cosimo Cascione

I. Nella miniera

Oliviero Diliberto, con il suo contributo, *Il diritto dei Fauni e degli Aborigeni: a proposito di Gell. 16.10*, al contempo una relazione introduttiva, ha aperto il Convegno accompagnandoci, con l'intensità dello studioso veramente esperto e appassionato, nella miniera d'oro di Gellio (anch'egli specialista libresco). Di questa occasione, perché abbiamo insieme trovato molte pagliuzze e anche qualche pepita, dobbiamo un ringraziamento soprattutto a tre persone, Francesca Lamberti, *numen loci*, Carla Masi, *principal investigator*, come ormai usa dirsi, del Progetto (dedicato nello specifico al diritto criminale antico attraverso le fonti non giuridiche¹) e il prode, onnipresente Raffaele D'Alessio, *vir Gellianus*.

La miniera ha il fascino arcano, non sempre adeguatamente illuminato, di un labirinto cronologico e d'erudizione storica e letteraria, che conduce dal II secolo alla più remota antichità, attraverso percorsi torti, non lineari, che definiscono e sempre alimentano il gusto del nostro scrittore. Lo tengono immerso in quel 'senso del passato' che è, in quella fase e non solo, lo *Zeitgeist* (e non solo) anche per i giuristi, come ha ricordato Diliberto. Questa operazione recupera, ovviamente, il *dictum* di Casavola (al quale servì per dare ritmo narrativo a un libro epocale)²,

¹ Intitolato *Visioni criminali dell'antico: crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e trasformazioni* (PRIN 2017).

² Il richiamo è all'importante saggio *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in *ANRW*. II/15, Berlin-New York 1976, 131 ss. [= *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 1 ss.]; cfr. l'uso strategico recentissimo che ne fa F. Nasti,

ma pure il meno scontato Carlo Alberto Maschi³ e quel, più risalente, ramo erudito della Scuola storica riassunto nel nome del Dirksen delle *Hinterlassene Schriften*⁴, tanto attento da una parte alla legge dei Decemviri, dall'altra al setaccio di fonti che possono apparire minori o 'stravaganti' per il romanista.

Per Diliberto, Gellio è soprattutto l'arsenale che munisce di versetti e frustuli minori le XII tavole (le loro edizioni moderne, dall'Umanesimo a oggi), ma anche buona parte della letteratura arcaica, che si esprime in una lingua quasi naturalmente giuridica.

II. *Antiquaria e ius*

Il titolo del nostro incontro⁵, con riferimento ad antiquaria e diritto (ma direi *ius*) recupera quella intuizione bretoniana⁶ (riferita in particolare al diritto pubblico) della consistenza (e coesistenza) delle due prospettive, in cui il *ius* è ordinante attraverso l'*exemplum*, la tradizione oltre che la ritualizzazione dei comportamenti.

Per noi si tratta di 'meta-antiquariato': l'agnizione delle notizie (o anche solo della singola parola) passa, attraverso Gellio, per un rinvio che può giungere a Fauni e Aborigeni, alle leggi dei re, alle XII tavole. Quei 'primitivi' possono rappresentare il gioco paradossale indicato dal

Cultura (greca), scienza giuridica e senso del passato: osservazioni sull'Enchiridion di Pomponio, in L. Franchini (a c. di), *Armata sapientia. Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola in occasione dei suoi novant'anni*, Napoli 2020, 703 ss.

³ Mi riferisco all'ampia ricerca, per così dire antischulziana, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, Milano 1966².

⁴ I-II, Hrg. F.D. Sanio, Leipzig 1871.

⁵ *Aulo Gellio tra diritto e antiquaria*.

⁶ M. Bretonne, *Pensiero politico e diritto pubblico*, in Id., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982², 3 ss. (nella nota bibliografica: *Diritto e antiquaria*, 357 ss.).

relatore con eleganza, ma anche il richiamo virgiliano evidenziato nel suo intervento da Giuseppe Falcone su Saturno che ‘dà’ le leggi agli abitanti più antichi del Lazio⁷.

Giusto Traina (*Equus Seianus. Un cavallo nel corso della guerre civili [Gell. 3.9]*) pone, con gusto provocatorio, la domanda sulla differenza tra storia e antiquaria, al di là del collegamento con vicende istituzionali (la premessa dell’intrigante problema affrontato, attraverso una pregevole *Quellenforschung*, è privatistica: l’appartenenza di una cosa, un famoso sfortunato cavallo, e i suoi numerosi tipologicamente diversi passaggi di proprietà) studia un modo di dire proverbiale e cioè una struttura verbale sintetica intimamente predittiva e produttiva di esempi e conseguenze. Anche nella descrizione della sfumatura di colore dell’*equus Seianus* (rosso porpora).

III. Circuiti giurisprudenziali gelliani

Il *medium* che serve a Gellio per rispondere a una domanda (che s’interroga spesso sul significato di una parola, ma talvolta anche di un comportamento da mettere in atto, coinvolgendo una prospettiva etica a partire dall’erudizione) s’innesta nella sua sterminata conoscenza letteraria, già da *adulescens*⁸. È un uomo di libri, come s’è accennato, e di viaggi, di dispute che procedono soprattutto per *quaestiones*. Diliberto le valuta con destrezza, acuita da lunga frequentazione e con un certo gusto da investigatore. Anticipo una saggia indicazione di metodo suggerita da Fabio Botta: nell’inseguire le citazioni di Gellio dobbiamo continuamente contestualizzare (epoche, generi, stili diversi). Procuriamoci lenti multifocali, capaci di avvicinare il testo antologico.

⁷ Verg. *Aen.* 8.321-323.

⁸ Gell. 7.6.12, 13.18.3; cfr. Tac. *Dial.* 2.1.

Così, insieme con Oliviero-Baskerville riconosciamo anche qualche tratto caratteriale di Aulo, che non menziona mai il nome dell'interlocutore colto in una qualche difficoltà, ma soprattutto osserviamo da vicino il suo sapere, la sua vastissima biblioteca. In questa era certamente fondamentale Masurio Sabino, come già sapevamo (era lettura diffusa in un contesto di lettori molto ampio; come risulta dall'incrocio tra le note testimonianze di Persio⁹ e, probabilmente, Petronio¹⁰). Ma troviamo decisivi frammenti di Capitone (e mi riferisco qui anche alle belle relazioni di un maestro vero, Bernardo Santalucia e di un collega più giovane molto bravo e già affermato, Pierangelo Buongiorno), di Lelio Felice. In particolare di questo misterioso giurista, Peloso (*Lelio Felice e le tipologie comiziali nelle Notti Attiche*), percorrendo un terreno vasto e antichissimo, ci ha presentato con una certa audacia – attraverso i frammenti gelliani nei suoi collegamenti con Quinto Mucio (potremmo qui richiamare le note tesi genealogiche e metodologiche di Okko Behrends) e Labeone – la questione metatestuale, prima ancora che relativamente all'oggetto (tra diritto pubblico e privato).

Certo, guardando ai circuiti di riferimento e di citazione di Gellio non meno rilevante è la conoscenza che l'opera del nostro erudito ci fornisce dei *libri ad duodecim tabulas*, che, tra l'altro, permette un carotaggio di tradizione testuale Labeone-Gellio-Gaio. In generale la conformità della narrazione di quest'ultimo alla versione gelliana suggerisce una fonte comune, o conoscenze stabilizzate nel II secolo. A questo punto ipotizzerei, cautamente, che si possa trattare di tradizioni sedimentate all'interno della scuola di Sabino. Con Diliberto, non credo *in toto* alla tesi di Michel Humbert¹¹ del progetto decemvirale teso a una

⁹ *Sat.* 5.90.

¹⁰ *Sat.* 46.

¹¹ Pienamente e ampiamente esplicitata nella vasta ricerca M. Humbert, *La Loi des XII tables. Édition et commentaire*, Rome 2018, sulla quale rinvio alla mia *rec.* in *Iura* 68, 2020, 522 ss.

disciplina del processo, ma è chiaro che l'operatività della *lex decemvirale* era pienamente calata nelle forme delle *legis actiones*.

IV. *Echi femminili e donne criminali*

Il richiamo alle relazioni di Santalucia (*Gell. 10.6: il caso di Claudia*) e Buongiorno (*Ateio Capitone e il processo di Manilia [Gell. 4.14]*), oltre il tema capitoniano (e quello dei *publica iudicia*: e mi distaccherei un po' dallo schema orestiano su *appellatio* e *provocatio*, che per una volta mi pare affetto da un certo dogmatismo basato sulla terminologia)¹² apre – tra l'altro – a un tema che mi è sembrato importante in questo seminario, il ruolo delle donne in Gellio. Santalucia ha delineato con grande sapienza la figura di una delle non poche Claudie rilevanti nella storia romana e le sue vicende (alle due donne ricordate da Svetonio¹³ aggiungerei la misteriosa, per noi – e assunta come tipo ideale da Francesca Lamberti¹⁴ –, Claudia che *lanam fecit* della famosa epigrafe¹⁵ che – sia detto solo incidentalmente – potrebbe essere uno splendido falso moralistico¹⁶, e poi la celebre Clodia, il mostro ciceroniano al contempo probabilmente amato da Catullo sotto il nome di Lesbia¹⁷), mentre Buongiorno, con

¹² R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953², 157.

¹³ *Tib.* 2.3.

¹⁴ Cfr. F. Lamberti, *Donne romane fra Idealtypus e realtà sociale. Dal 'domum servare' e 'lanam facere' al 'meretricio more vivere'*, in *QLSD.* 4, 2014, 61 ss.

¹⁵ *CIL.* I² 1211 = *CIL.* VI 15346 = *ILLRP.* 973.

¹⁶ Cfr. M. Massaro, *Questioni di autenticità di iscrizioni metriche (o affettive)*, in F. Gallo, A. Sartori (a c. di), *Spurii lapides. I falsi nell'epigrafia latina*, Milano 2018, 93 ss., spec. 106 ss., con altra bibliografia.

¹⁷ Di recente si v. C. Masi Doria, *Sassia: gli eccessi della scelleratezza femminile*, in E. Hobenreich, M. Rainer, G. Rizzelli (a c. di), *Liber amicarum et amicum. Scritti in onore di Leo Peppe*, Lecce 2021, 409 ss., nell'ambito di un più ampio discorso sulle 'inimicizie' femminili dell'Arpinate.

un'ampia e rara capacità di mettere in ordine tutti i dati (cronologici, prosopografici, giuridici) ci ha presentato Manilia (Metilia?), prostituta direi d'alto bordo.

Purtroppo non sono sicuro di aver seguito perfettamente l'argomentazione di Pierangelo Buongiorno (per problemi audio), ma credo che l'edile non fosse in quell'occasione nell'esercizio delle sue funzioni magistratuali (quali che fossero), perché Gellio è preciso nel rappresentarci una scena notturna e i magistrati del popolo (Mancino era un edile curule¹⁸) non potevano (se non autorizzati) agire di notte, come ci ricorda Pomponio¹⁹.

Ma – a questo punto – occorre ricordare le altre donne criminali che in questi giorni, e anche grazie alle pubblicazioni del bel volumetto sul caso della *Smyrnaea*, abbiamo incontrato. Sul giudizio di Dolabella e dell'Aeropago si sono diffusi, nel libro di cui abbiamo ascoltato la presentazione²⁰, D'Alessio, Atorino, Parma e Manni in una serie di contributi che scarnificano il *factum* con passione, rigore e attenzione. Tacelli, Mastrototaro e De Simone lo seguono fin nell'attualità. Ma non può sfuggire la fulminea coltissima citazione che Parma fa del Browing di *The Ring and the Book*, un libro la cui storia nasce su una bancarella del mercato delle pulci romano e nel quale il diritto di Roma (secentesca certo, ma anche antica) non è certo assente.

Nonostante il grande sforzo posto in essere da tutti gli autori appena citati, continua a conservarsi nella mia mente l'idea (ora rimpicciolita) che quel testo rinvii a una sorta di rifunzionalizzazione mitica di un'idea equitativa di matrice greca (indicativi i cento anni di rinvio, misura

¹⁸ T.R.S. Broughton, *Magistrates of the Roman Republic* I, Atlanta 1951, 454, 460 nt. 5, che lo identifica con Hostilius *aed. cur.* 149 a.C.

¹⁹ D. 1.2.2.31 (*l.s. ench.*); cfr. C. Cascione, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999, spec. 24.

²⁰ F. Lamberti, G. De Simone, *Dolabella, gli Areopagiti e l'irragionevole durata del processo (Gell. 12.7)*, sul volumetto dallo stesso titolo, a cura di A. Atorino, G. Balestra, R. D'Alessio, Lecce 2021.

abnorme che si risolve in assoluzione). Aggiungo che per la percezione più attenta del caso sotto il profilo processuale potrebbe tentarsi un raffronto più ravvicinato con l'epigrafe di Astypalaea *ad Cnidios* e l'intervento di Cesare (Ottaviano) nella giurisdizione criminale di una città libera d'area ellenica²¹. Anche in questo caso c'è una donna criminale, ma stavolta complice del marito. E la criminalizzazione della *foemina* è lo sfondo della relazione (già richiamata) di Botta (*Gellio, Catone e l'adulterio prima di Augusto [Gell. 10.23]*), che scruta l'adulterio nella società patriarcale più antica e prima della sistemazione augustea, partendo da Gellio per muoversi in un *parterre* di testi che va da Catone ad Agostino. La *sententia* (o, forse, l'*opinio*) di Botta sminuisce la visione antifemminista di Gellio. Anche Rizzelli, *Strategie difensive in Gellio*, torna sul caso della donna di Smirne, provocando l'eversione della storia attraverso il gioco retorico, scrutando l'emersione dell'argomentazione (come ha fatto poi, su un tema diverso, anche Pellecchi).

V. Gellio, oggi

Un *gentleman* educato in un percorso al contempo erudito e reso controverso da una insaziabile curiosità intellettuale. Dalla sua casa piena di libri abbiamo potuto osservare l'intervento su *Punishment in Aulus Gellius* di Mr. Holford-Strevens, un'intelligenza critica *very British*, ma al contempo molto simile a Gellio (che aveva occhio di comparativista). Se fosse nato qualche decennio prima, il nostro – dal centro dell'impero – sarebbe stato un ulteriore tassello per esercitarci nell'esercizio di osservare, nel mondo britannico, lo specchio moderno di quello romano²²

²¹ Sherk, nr. 67 (p. 342); *FIRA*. III nr. 185 (583 ss.).

²² Si v. ora la raffinata ambientazione culturale proposta da C. Masi Doria, *Nei mari del sud: Stevenson oltre il diritto romano*, in *Armata sapientia* cit. 635 ss.

(un grande tema storiografico, tuttavia disprezzato da Lenin²³). Ad ogni modo, il relatore, che si è soffermato (come pure, in una diversa tradizione, attenta al profilo della politica criminale, quella proposta da un altro studioso che ha dedicato moltissime energie a Gellio, Jan Zabłocki nel suo contributo su *L'esecuzione della pena nelle Notti Attiche*) sulle punizioni (tra Roma e resto del mondo per così dire) entra da protagonista in un catalogo di eminenti gelliani ed è un po' anche il patrono della nuova collana leccese 'Gelliana' che replica il titolo della sua recente fatica del 2019²⁴.

VI. *Dialexeis e argomentazione retorica*

Dico *dialexeis* per evitare il riferimento ai δισσοὶ λόγοι, che ci riporterebbe a una nota (almeno tra i romanisti) ormai antica polemica²⁵, ma vorrei dire che tutta la *curiositas* gelliana è immersa oltre che nella sua struttura ontologica anche in quella antilogica o dialogica. Pomo della discordia fondativo, la cultura retorica è la cultura di Gellio, accanto al profilo quantitativo della sua erudizione storico-linguistica-letteraria-giuridica che comprende anche aspetti biologico-naturalistici, come ci ha mostrato Garofalo in una rappresentazione de *Lo statuto normativo*, delle 'stranezze', del *flamen dialis*, quasi una discarica comune (*absit iniuria verbis*) di tradizioni e 'riti', che al fondo ha i concetti di ordine e *libertas*. Si tratta di un capitolo singolarissimo dei libri gellia-

²³ V.I. Lenin, *L'imperialismo fase suprema del capitalismo*, trad. it., Napoli 2001, 97.

²⁴ Si tratta dell'ampio *companion* all'edizione oxoniense di Gellio: L. Holford-Strevens, *Gelliana*, Oxford 2019.

²⁵ Quella imbastita da M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR.* 80, 1977, 195 ss., spec. 279 ss., a proposito del saggio di Casavola cit. *supra* in nt. 2 (in particolare sulla celebre disputa, riportata da Gell. 20.1, tra Favorino e Africano).

ni, la breve (eppure piena di notizie, direi archeologiche) monografia sull'antico sacerdote di Giove, che si compone nella comparazione con le spiegazioni che ci offre Plutarco nel singolare trattatello dedicato alle *Questioni romane*²⁶.

Soprattutto di argomentazione ci hanno parlato Rizzelli, al quale già si è fatto riferimento, e Pellecchi (*De mandatis obsequendis: a proposito di Gell. 1.13*), ambedue con grande precisione ricostruttiva, il secondo mostrando come Gellio può essere un modello o almeno una griglia interpretativa per comprendere le logiche dei giuristi dei *Digesta*. Pellecchi ci ha presentato il tema dei *fines mandati*, tra diritto pubblico e privato. Nel capitolo sul quale si è soffermato lo studioso pavese, Gellio è rappresentato *en philosophe*, mentre discute di *officia* (come aveva fatto riflettendo sul suo ruolo di *iudex* in un ambiguo caso della prassi²⁷). L'argomento di Gellio è stato da qualcuno riferito alla vicenda del *Prinz von Homburg*, per come rappresentata da von Kleist (senza tenere però in conto che il principe vincitore in disobbedienza non era consapevole dell'ordine dell'Elettore)²⁸. Comunque, era tutto un sogno.

VII. Il punto e la linea

Per finire: Gellio riesce ancora a coinvolgerci nel suo stupore, che segue alla soddisfazione della curiosità o anche al permanere di un dubbio. Questo convegno ha mostrato, in profondità, l'estrema permanente ricchezza del suo lavoro, della sua antiquaria ripartita in pezzi, 'pez-zulli' o refole, per usare *extra moenia* il lessico romanistico napoletano

²⁶ Plut. *Quaest. Rom.* 111.

²⁷ Gell. 14.2.

²⁸ Cfr. C. Masi Doria, *Spretum imperium. Prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, 317 s. Su Gell. 1.13: spec. 104 ss.

riferito (da Guarino a Labruna) alla possibile composizione di sorridenti, non di rado dotti, frammenti di vita e sapere. L'inizio del convegno, singolarmente estroverso (o interdisciplinare; penso agli interventi d'occasione, ma consistenti, di cultori di discipline altre) ci ha mostrato il bisogno di dialogo che la nostra materia ha nella sua natura di composto culturale. Sono stati ricordati il punto e la linea (*Punkt und Linie*), aggiungerei la necessità dell'esplorazione della superficie, *die Fläche*. Ciò consente di entrare, pienamente, nell'opera, come abbiamo fatto in questa bella due giorni leccese di studio.

*Finito di stampare
nel mese di aprile 2023
per conto delle Edizioni Grifo
via Sant'Ignazio di Loyola, 37 - Lecce*

