

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 Pellecchi		
<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

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, si 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. Minièri, «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 individuerbbe 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 tratlatizia 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 Gurges 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 εὐρεθεῖη 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 animaduertent in eas: si nemo erat idoneus supplicii exactor, in publico animaduertebatur.*

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'invadere 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 Ceacicovschi, *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, *Inpudicus. 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 Ulpian 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.