

GELLIANA

I

Dolabella, gli Areopagiti
e l'irragionevole durata del processo.
Gellio, *Notti Attiche* 12.7

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

Pubblicazione 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 2021
Via Sant'Ignazio di Loyola, 37 - 73100 Lecce
www.edizionigrifo.it
edizionigrifo@gmail.com

ISBN 9788869942990

Indice

<i>Presentazione</i>	p.	7
Raffaele D'Alessio <i>Aulo Gellio: giudice temporeggiatore</i>	“	9
Aniello Atorino <i>Tra Atene e Smirne: luoghi e potere in Gell. 12.7</i>	“	35
Aniello Parma <i>Publio (o Gneo?) Cornelio Dolabella, proconsole d'Asia</i>	“	51
Alessandro Manni <i>L'haesitatio di Dolabella e la persecuzione 'centenaria' dell'avvelenatrice di Smirne</i>	“	61
Maria Luisa Tacelli <i>La donna di Smirne e le Stuoire di Menochio</i>	“	81
Rossella Mastrototaro <i>Le garanzie del giusto processo e l'espedito del rinvio centenario</i>	“	95
Giulio De Simone <i>'Iustus dolor': una rilettura del penalista</i>	“	115
Francesca Lamberti <i>Postfazione</i>	“	129

Presentazione

Il volume raccoglie parte delle ricerche finora condotte sulle *Notti Attiche* di Aulo Gellio dai giuristi, storici, filologi, penalisti, processualisti, canonisti, antropologi che compongono l'Unità salentina del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) '*Visioni criminali dall'antico. Crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni*'. Si tratta dell'analisi di un passo dell'opera gelliana (*Noctes Atticae* 12.7) concernente un insolito rinvio processuale (a cent'anni) per evitare una sentenza di condanna; una vicenda, che ha destato non solo grande curiosità in molti autori dell'antichità ma ancora nella letteratura medievale, moderna e contemporanea.

Nel racconto si intrecciano numerosi aspetti degni di nota tanto per gli studiosi dell'antichità quanto per i cultori di diritto positivo. Vengono in rilievo problemi concernenti le cause di giustificazione di condotte criminali, scusanti, attenuanti; questioni di competenza tra organi giudiziari, profili non meno attraenti degli aspetti concernenti la storia del testo: dallo studio delle fonti gelliane alla tradizione nella letteratura successiva.

Senza dubbio Gell. 12.7 costituisce un luogo d'incontro tra studiosi che per metodo e obiettivi di ricerca trovano sempre più rari momenti di dialogo. Un'opportunità preziosa per questo e altri motivi di natura scientifica.

I primi risultati dell'indagine sono stati presentati in occasione del seminario organizzato a Lecce il 29 ottobre 2020. Il lavoro, che in quel contesto si è giovato anche delle ricerche di Rossano Adorno, Flavia Frisone e Natascia Pellè, s'inserisce in una più ampia indagine sulle *Notti Attiche* i cui risultati sono oggetto di discussione presso l'Università del Salento durante il Convegno '*Aulo Gellio tra Diritto e Antiquaria*' (ottobre 2021), e successivamente pubblicati nel secondo volume di questa Serie *Gelliana*.

[R. D'A.]

Aulo Gellio: giudice temporeggiatore

Raffaele D'Alessio

1. Gell. 12.7 narra di una donna di Smirne condotta innanzi al proconsole d'Asia Dolabella (nel 68 a.C.)¹ con l'accusa di aver avvelenato il marito e uno dei suoi figli:

Quam ob causam Cn. Dolabella proconsul ream mulierem veneficii confitentemque ad Ariopagitas reiecerit. 1. Ad Cn. Dolabellam proconsulari imperio provinciam Asiam obtinentem deducta mulier Smyrnaea est. 2. 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, adolescentem optimum et innocentissimum, exceptum insidiis occidissent. Idque ita esse factum controversia non erat. 3. Dolabella retulit ad consilium. 4. Nemo quisquam ex consilio sententiam ferre in causa tam ancipiti audebat, quod et confessum veneficium, quo maritus et filius necati forent, non admittendum inpunitum videbatur et digna tamen poena in homines sceleratos vindicatum fuisset. 5. Dolabella eam rem Athenas ad Ariopagitas ut ad iudices gravioris exercitatioresque reiecit. 6. Ariopagitae cognita causa accusatorem mulieris et ipsam, quae accusabatur, centesimo anno adesse iusserunt. 7. Sic neque absolutum mulieris veneficium est, quod per leges non licuit, neque nocens damnata poenitaque, quae digna venia fuit. Scripta haec historia est in libro Valerii Maximi factorum et dictorum memorabilium nono.

¹ Per gli aspetti prosopografici di questo magistrato, su cui R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic II*, New York 1952, 139; A. Parma, *Publio (o Gneo?) Cornelio Dolabella, proconsole d'Asia*, in questo volume e ivi bibl.

La donna, rea confessata, null'altro avrebbe addotto a sua difesa se non di aver commesso il crimine per vendicare l'assassinio, per mano delle sue vittime, di un altro figlio, *optimus et innocentissimus*, avuto da una precedente unione. Nessun dubbio si sarebbe posto su come si fossero svolti i fatti; ciò nonostante, la faccenda avrebbe creato grande imbarazzo al governatore e ai suoi consiglieri: nessuno di loro avrebbe avuto il coraggio di condannare la donna ma neanche di lasciare impunito il suo delitto.

Il passo non indica dove fosse stato avviato il processo, ma evidenzia che il governatore avrebbe deciso di rimettere la questione all'Areopago. Un'informazione, questa, che suscita una prima serie di interrogativi atteso che quest'organo giudicante non era insediato nella provincia retta da Dolabella ma ad Atene².

Infine si segnala che, valutati i fatti, gli Areopagiti avrebbero rinviato l'udienza a cent'anni per non assolvere la donna contro la legge (*quod per leges non licuit*) ma neanche condannarla considerandola comunque meritevole di perdono (*digna venia*).

Gellio dichiara di trarre l'informazione dal libro nono dei *Facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo ma la tradizione manoscritta di quest'opera colloca l'episodio nel libro ottavo, nella parte dedicata a processi degni di nota³; in particolare tra quelli che si sarebbero conclusi senza assoluzione e senza condanna nei confronti di due donne dette, per questo, *ambustae*⁴.

Val. Max. 8.1 *amb.* 2: *Eadem haesitatione Publi quoque Dolabellae, proconsulari imperio Asiam obtinentis, animus fluctuatus est. mater familiae Zmyrnaea virum et filium interemit, cum ab his optima indolis iuvenem, quem ex priore viro enixa fuerat, occisum conperisset. quam rem Dolabella*

² Di questo problema, per il progetto, si occupa A. Atorino, *Tra Atene e Smirne: luoghi e poteri in Gell. 12.7*, in questo volume.

³ Sulla struttura dell'opera di Valerio Massimo e la divisione dei suoi libri, si v. W.M. Bloomer, *Valerius Maximus & the Rhetoric of the New Nobility*, London 1992, 26.

⁴ Per uno speciale focus sul libro VIII dei *Facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo si v. la recente edizione di J. Briscoe, *Valerius Maximus, Facta et dicta memorabilia, Book 8*, Berlin-Boston 2019.

ad se delatam Athenas ad Arei pagi cognitionem relegavit, quia ipse neque liberare duabus caedibus contaminatam neque punire tam 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.

In Valerio il racconto segue la trattazione di un caso analogo ma più antico, affrontato dal pretore M. Popilio Lenate⁵ il quale non avrebbe fatto condannare, ma neanche assolvere, una donna che aveva ucciso a bastonate la madre, dato che ella aveva compiuto il gesto in preda al dolore per la perdita dei figli avvelenati dalla vittima⁶. Sicché, in quell'occasione – conclude Valerio Massimo – due 'parricidi' (la qualificazione è discutibile) erano stati consumati; ma l'uno non meritava di essere vendicato, l'altro, di essere assolto.

La versione della vicenda della donna di Smirne in Valerio Massimo riprende gli stessi elementi del caso descritto poco prima; e, per quanto o più stringata, contiene già i punti salienti della narrazione che sarebbe apparsa in Gellio: la condotta della donna, l'imbarazzo di Dolabella, il deferimento del giudizio all'Areopago, il rinvio dell'udienza a cent'anni.

⁵ Generalmente identificato con il console del 139 a.C. e pretore tre anni prima: F. Münzer, *Das Konsulpaar vor 139 v. Chr.*, in *Klio* 24, 1931, 333-338; T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic* I, Atlanta 1951, rist. New York 1986, 475; L. Holford-Strevens, *Getting away with murder: The literary and forensic fortune of two Roman Exempla*, in *International Journal of the Classical Tradition* 7, 2001, 489 nt. 2; una breve analisi dello stesso a. su questo passo già in *Aulus Gellius. An Antonin Scholar and his Achievement*, Revised Edition, Oxford New York 2003, 79 s.

⁶ Val. Max. 8.2 *amb.* 1: *Atque ut eos quoque referamus, qui in discrimen capitis adducti neque damnati neque absoluti sunt, apud M. Popilium 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.*

In alcuni dettagli, invece, Gellio si distacca dalla sua fonte: le differenze più evidenti sono il prenome di Cornelio Dolabella: Gneo secondo Gellio, Publio secondo Valerio Massimo; e l'arma del delitto individuata solo da Gellio nel veleno contro il silenzio di Valerio.

La storicità dell'episodio è stata recentemente difesa da Domitilla Campanile⁷, benché sia innegabile un certo tenore romanzesco della narrazione. L'«odore» di controversia retorica⁸ potrebbe essere stato probabilmente favorito dall'impiego del caso nell'ambito delle esercitazioni di scuola. E tale riutilizzo può forse spiegare anche le divergenze narrative: tra queste, l'importante circostanza del veneficio⁹ omessa da Valerio ma indicata da Gellio e destinata a ricorrere quasi come un espediente retorico in Ammiano Marcellino 29.2.19, per esaltare la moderazione dell'antico Areopago da contrapporre al «giustizialismo» dell'imperatore Valente:

Apud proconsulem Asiae Dolbellam Smyrnaea materfamilias filium proprium et maritum venenis necasse confessa, quod filium ex alio matrimonio ab eis occisum conperisset et conperendinata, cum consilium, ad quod res ex more delata est, anceps, quid inter ultionem et scelus statui debeat, haesitaret, ad Areopagitas missa est Athenienses iudices tristiores, quorum aequitas deorum quoque iurgia dicitur distinxisse. hi causa cognita centesimo post anno cum accusatore mulierem adesse iusserunt, ne aut absolvent veneficam aut ultrix necessitudinum puniretur. ita nunquam tardum existimatur, quod est omnium ultimum.

⁷ D. Campanile, *Cornelio Dolabella, la donna di Smirne e l'Areopago*, in *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei* 15, 2004, 155-175. Si tratta di un lavoro importante per una corretta esegesi del passo di Valerio Massimo, anche se non mi sembra da seguire in alcuni punti marginali: ad es., là dove segnala «che il patrigno avesse potuto esercitare il diritto di vita e di morte nei confronti del figliastro» (p. 160 s.). In questo punto, la studiosa, giustamente, si interroga sui poteri coercitivi del *paterfamilias*. Mi sembra azzardato, tuttavia, estenderli al nuovo marito della madre, privo della *patria potestas* sulla prole.

⁸ E. Rawson, *Roman Culture and Society*, Oxford 1991, 444 ss.; Ead., *Cicero and Areopagus*, in *Athaenaeum* 73, 1985, 44 ss., in part. 59 ss., 65 s.

⁹ Holford-Strevens, *Getting away with murder* cit. 489 ss., ipotizza che Gellio possa aver tratto il tema dell'avvelenamento dall'episodio narrato da Val. Max. 8.2 *amb.1*.

La circostanza del veneficio si sarebbe poi consolidata nella tradizione medievale di Giovanni di Salisbury, dipendente a tal punto da Gellio da riaffermare, come quest'ultimo, la provenienza del racconto dal libro IX dei *Facta et dicta memorabilia*; ma anche abbastanza libero da indicare, nel silenzio delle fonti, l'*indulgentia legum*, l'ignoranza della legge e l'utilità nell'interesse pubblico del gesto quali scusanti proposte dalla donna:

Quod si me ad sententiam urges, respondeo quod in causa Smirnensi Ariopagitas Cn. Dolabellae invenio respondisse. Ad quem, provinciam Asiam proconsulari imperio obtinentem mulier Smirnensis adducta est, confitens se maritum, et filium, datis clam venenis, occidisse, eo quod illi filium eius ex altero matrimonio, optimum et innocentissimum iuvenem exceptum insidiis nequiter occidissent, sibi licitum esse asserens ex indulgentia legum, et ius ignorare, et suam et suorum et totius reipublicae suae, tam atrocem iniuriam vindicare. Ius extra causam erat cum de facto constaret, et de iure quaeretur. Cum ergo Dolabella rem in consilium deduxisset, non fuit qui in causa, ut putabatur, ancipiti manifestum veneficium, et parricidium auderet absolvere, vel vindictam quae in impios, et parricidas processerat condemnare. Rem itaque ad Ariopagitas Athenensium, tanquam ad iudices graviores exercitatioresque reiecit. At illi, causa cognita, actores et ream mulierem centesimo anno adesse iurrerunt. Sic autem neque veneficium, quod de lege non licuit, absolutum est, neque nocens punita mulier, cui ex sententia multorum venia poterat indulgeri. Hoc ita fuisse, nonus liber Memorabilium dictorum vel factorum Valerii Maximi docet.

La prospettiva di Giovanni di Salisbury è assata sui valori di prudenza e moderazione, come in Valerio Massimo¹⁰ e in Ammiano; l'enfasi di tali qualità morali è invece molto più sfumata nella trattazione di Gellio.

Nella versione di Giovanni di Salisbury, il crimine viene poi definito per la prima volta come 'parricidio'; una qualifica che Valerio Massimo aveva riservato solo al caso di Popilio Lenate e non ricor-

¹⁰ Val. Max. 8.1 int.: *Nunc quo aequiore animo ancipites iudiciorum motus tolerantur, recordemur invidia laborantes quibus de causis aut absoluti sint aut damnati.*

reva affatto né nel passo di Gellio né in quello di Ammiano. Sappiamo, invero, da Marcian. 14 *inst.* D. 48.9.1, che l'uccisione di un figlio per opera della madre sarebbe stata equiparabile a tale fattispecie solo in conseguenza di un'interpretazione estensiva della *lex Pompeia de parricidis* di qualche anno successiva alla faccenda in esame¹¹. La questione non è di poco conto, considerato che per antica tradizione¹² il parricidio era punito più gravemente dell'omicidio semplice con la severissima *poena cullei*. È, invero, assai discusso in storiografia¹³ se tale sanzione fos-

¹¹ Sulla *lex Pompeia de parricidis*, D. 48.2.12.4 (Ven. 2 de *iud. publ.*): *item nec lex Pompeia parricidii, quoniam caput primum eos adprehendit, qui parentes cognatosve aut patronos occiderint: quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt*; D. 48.9.1 (Marcian. 14 *Inst.*): *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, ... uxorem virum ... occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis. sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur* ... Secondo il frammento marciano la *lex Pompeia* avrebbe invece incluso la soppressione del coniuge tra le ipotesi sanzionate. Tuttavia, il riferimento a quest'ultima ipotesi nel frammento è generalmente ritenuto un glossema tardoantico al brano del giurista severiano. Infatti, ripercorrendo le fattispecie punite dalla *lex Cornelia de sicariis*, sempre nel libro 14 *inst.* (D. 48.8.1.5), su cui *infra* nt. 19, Marciano riconosceva una circostanza attenuante in relazione alle condotte punite da questa legge per il marito che avesse ucciso la moglie còlta in flagrante adulterio; se ne ricava che ancora Marciano rinvenisse solo in questa norma (e non nella *lex Pompeia*) il regime sanzionatorio della soppressione del coniuge. L. Fanizza, *Il parricidio nel sistema della «Lex Pompeia»*, in *Labeo* 25, 1979, 266-289. In argomento J.D. Cloud, *The primary Purpose of the lex Cornelia de sicariis*, in *ZSS.* 86, 1969, 258 ss.; Id., *Parricidium: from the lex Numae to the lex Pompeia de parricidiis*, in *ZSS.* 88, 1971, 1 ss.; Y. Thomas, *Parricidium I. Le père, la famille et la cite (la lex Pompeia et le système des poursuites publiques)*, in *MEFRA.* 93, 1981, 643 ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998, 161 ss.

¹² Cic. *pro Rosc. Amer.* 25.70.

¹³ Per le diverse opinioni cfr. V. Giuffrè, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998⁵, 56 s.; Fanizza, *Il parricida* cit. 266 ss.; M. Ravizza, *Lex Cornelia de sicariis e poena cullei*, in *Iura* 52, 2001, 226-240; P. Biavaschi, *L'ambiguo destino della poena cullei tra sopravvivenza e innovazione*, in G. Bassanelli Sommariva (a c. di), *Ravenna Capitale. Codice teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente*, Santarcangelo di Romagna 2016, 169-186, in part. 172 s.

se applicata ancora nella tarda repubblica sotto il governo della legge sillana *de sicariis* nell'ambito delle *quaestiones*, nonostante che Cicerone lasci apertamente intendere che se ne fosse richiesta l'irrogazione in danno di Roscio Amerino nell'80 a.C. (Cic. *pro Rosc. Amer.* 11.30). Si deve considerare, tuttavia, che la faccenda in parola non integrava una *quaestio* ma un procedimento svolto in provincia; ed è certo che tale *poena* fosse stata disposta solo nove anni dopo i fatti che qui stiamo esaminando, proprio nella città di Smirne, da Q. Tullio Cicerone a carico di due soggetti provenienti dalla Misia (Cic. *ad Quint.* 1.2.5).

2. La narrazione di Valerio Massimo è incentrata sul *iustus dolor* inteso quale possibile causa di non punibilità di una condotta criminale. Il tema costituisce il *fil rouge* che lega il processo di Popilio Lenate a quello di Dolabella. Stando alla rappresentazione di Valerio Massimo, entrambi i casi, concernenti un processo a carico di una donna che aveva vendicato l'uccisione della prole, sarebbero stati accomunati infatti dallo stato d'animo della delinquente, indubbiamente colpevole eppure ritenuta non meritevole di punizione. Notevole in questo senso è soprattutto l'analogia tra le conclusioni di 8.2 *amb.* 1 «*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*» e la posizione attribuita a Dolabella in 8.2. *amb.* 2 «*quia ipse neque liberare duabus caedibus contaminatam neque punire tam iusto dolore impulsam sustinebat*».

Il motivo del *iustus dolor* è, dunque, il punto focale dei due episodi nella prospettiva di Valerio Massimo; ed è anche più rilevante della circostanza che i processi in danno delle donne *ambustae* terminassero senza assoluzione e senza condanna. Non a caso, non trova spazio in questo luogo dell'opera di Valerio Massimo la vi-

cenda processuale affrontata invece in 7.2.4¹⁴, là dove pure si racconta del rifiuto di un giudice (Fimbria)¹⁵ sia di condannare un *probatus vir* come Marco Lutazio Pinzia, *splendidissimus eques*, sia di assolverlo e confermare la sua moralità in assenza di sufficienti elementi a conforto. Quanto alle *ambustae* l'attenzione di Valerio non è semplicemente rivolta, come nel caso di Fimbria, alla difficoltà del giudice di maturare un convincimento su profili soggettivi (l'onorabilità e l'onestà) delle persone coinvolte; ma riguarda piuttosto il profilo della 'oggettiva punibilità' della condotta criminale sostenuta dal *iustus dolor*¹⁶. È questo, dunque, un tratto preminente in Valerio scomparso

¹⁴ Val. Max. 7.2.4: *Quid illud factum L. Fimbriae consularis, quam sapiens! M. Lutatio Pinthiae splendido equiti Romano iudex addictus de sponsione, quam is cum adversario, quod vir bonus esset, fecerat, numquam id iudicium pronuntiatione sua finire voluit, ne aut probatum virum, si contra eum iudicasset, fama spoliaret aut iuraret virum bonum esse, cum ea res innumerabilibus laudibus contineretur*. In quel caso il processo riguardava due uomini onesti (Marco Lutazio Pinzia, *splendidissimus eques*, e un avversario di specchiata moralità) impegnati in una lite relativa a una *sponsio*. Fimbria, giudice in quella causa, non riuscendo a maturare un convincimento, si sarebbe rifiutato sia di condannare Lutazio Pinzia sia assolverlo. Non sappiamo se in quel caso un altro giudice avesse concluso diversamente la vicenda, così da non permettere all'autore di considerare *ambustus* Lutazio Pinzia. Certo è che Valerio Massimo loda la saggezza di Fimbria (*illud factum L. Fimbriae consularis quam sapiens!*) per essersi rifiutato di infangare con una sentenza di condanna un *probatus vir*, ma anche di garantire, in assenza di elementi sufficienti (le *innumerabiles laudes*) la sua moralità (*bonum esse*).

¹⁵ Lucio, nella tradizione di Valerio, ma da identificarsi con C. Flavio Fimbria, collega di Mario nel consolato del 104 a.C.: si v. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic* II cit. 558.

¹⁶ Con riferimento al tema del *iustus dolor*, la storiografia ha già messo ampiamente in luce la ricorrenza dell'*exemplum* della donna di Smirne tra gli argomenti difensivi di processi più o meno importanti nella storia forense. Si è dedicata speciale attenzione alla Decisio V del Sacro Regio Consiglio di Napoli, consultabile tra le *Decisione Sacri Regi Consilii Neapolitani*, Francofurti 1573, 18: notevole la qualificazione del fatto della donna di Smirne nei termini di *parricidium*. Si deve segnalare al riguardo soprattutto il lavoro di

nella descrizione di Gellio. Forse non è un caso che l'erudito antonino trascurasse il principale argomento difensivo indicato da Valerio, se si

Holford-Strevens, *Getting away with murder* cit. 500 ss., che, agli inizi del nuovo millennio, ha studiato molto bene l'impiego di tale strumento retorico alla luce della tradizione letteraria e della riflessione dei giuristi dell'età di mezzo. Ha destato molto l'attenzione della storiografia anche il processo celebrato a Roma sul finire del XVII sec. contro il conte Guido Franceschini (accusato di aver ucciso moglie e suoceri). La vicenda è diventata famosa sul finire dell'Ottocento, per aver ispirato il poema di Robert Brownig, *The Ring and the Book*. Inoltre, in questo volume, Maria Luisa Tacelli sofferma la sua attenzione su un diverso osservatorio, forse privilegiato perché rivolto ad altri studi con condividono con Valerio Massimo e con Gellio il carattere erudito, insieme con una buona conoscenza del diritto: come *Le stuore ovvero trattenimenti eruditi* di Giovanni Stefano Menochio. Si tratta di un diverso e più ampio orizzonte culturale la cui profondità merita di essere confrontata con la dottrina dei giuristi contemporanei. Nell'introdurre la vicenda della donna di Smirne, questo còlto gesuita cita il passo di Valerio Massimo collocandolo al libro VIII, contro l'informazione gelliana, ma nel prosieguo riproduce la versione di Gellio e coerentemente con le *Notti Attiche* attribuisce al governatore d'Asia il prenome Gneo. Menochio qualifica il crimine contestato come «doppio omicidio»; giustifica il rifiuto di Dolabella in ragione dell'affetto materno e (dichiarendo di ancorarsi al testo gelliano, anche più di quanto l'evidenza dimostri) svolge alcune considerazioni sull'esecrabilità dalla 'ragion fattasi'. Tale contaminazione tra il testo di Valerio Massimo e quello di Gellio si trova espressa già da André Tiraqueau (si v. *Opera omnia* VII, Francofurti 1574, 16; la prima edizione di A. Tiraquellus, *De poenis Legum ac Consuetudinum Statutorumque temprandis* è del 1559). Quest'ultimo peraltro aveva già insistito su molti punti che erano andati consolidandosi nella tradizione storiografica sulla vicenda: come la qualifica del fatto in termini di *parricidium*, la clandestina somministrazione del veleno come arma del delitto (*venenis clam datis*) e la rilevanza del *iustus dolor* della omicida. È credibile, tuttavia, che, come Francesco Negri (si v. Cyriaci *Controversiarum Forensium Liber Primus*, Mantua 1628, 476), anche Giovanni Stefano Menochio abbia avvertito tra l'altro l'influenza di suo padre (si v. Iacobi Menochii *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis libri duo*, Coloniae Allobrogum 1630, 653) il quale aveva già affrontato il nostro *exemplum* nel solco degli studi giuridici di Petrus Gregorius Tholosanus, *Tertia ac postrema Syntagmatis iuris universi*, Lugduni 1582, 717, per soffermarsi proprio sul *iustus dolor*. Va segnalato tuttavia che Pierre Grégoire di Tolosa, pur riprendendo la versione di Valerio Massimo, con l'aggiunta della circostanza del veleno, omette il riferimento al *iustus dolor*.

pensa che al tempo in cui scriveva le *Notti Attiche* Antonino Pio¹⁷ aveva espressamente confinato il *iustus dolor*, il *calor inconsultus*¹⁸ tra le circostanze attenuanti del 'delitto d'onore'¹⁹, rifiutando la possibilità di intravedere in esso una causa di non punibilità ed escludendo *funditus* ogni ragione di dubbio sull'alternativa che aveva angustiato Dolabella. Occorre, pertanto, soffermarsi sul senso e sulla portata del dirottamento di prospettiva di Gellio dall'analisi di Valerio Massimo.

¹⁷ Holford-Strevens, *Getting away with murder* cit. 493 ipotizza che Gellio avrebbe sorvolato sul tema del *iustus dolor*, trattandosi di un'attenuante largamente diffusa all'età di Antonino Pio.

¹⁸ Sul tema sono state scritte pagine importanti da E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976, 190 ss.; Ead., *Supplizi capitali in Grecia e a Roma*, 1991, 249 ss., 319; C. Lanza, *Ricerche sul furiosus in diritto romano I*, Roma 1990, 150 ss.; G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*, Lecce 1997, 15 ss.; Id., *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, 145-322, spec. 254 ss.; Id., *Modelli di 'follia' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce 2014, 81 ss.

¹⁹ D. 48.5.39(38).4 (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*». Si v., inoltre, Marcian. 14 inst. D. 48.8.1.5: *Sed et in eum, qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, divus Pius leviolem poenam irrogandam esse scripsit, et humiliole loco positum in exilium perpetuum dari iussit, in aliqua dignitate positum ad tempus relegari*. Coll. 4.3.6 (Paul. lib. Sing. de adult.): *Sciendum est autem divum Marcum et Commodum rescripsisse eum qui adulterum inlicite interfecerit, leviori poena puniri*. Lanza, *Ricerche sul furiosus* cit. 150 ss., registra nel provvedimento di Marco Aurelio e Commodo «la prima testimonianza normativa ove si imposta, con ampiezza, il problema dell'omicidio commesso *furorum*»; cfr., inoltre, Rizzelli, *Lex Iulia* cit. 15 s. Con particolare riferimento al verbo *excipio* di D. 48.5.39(38).8 cfr. G. Polara, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, in *BIDR*, 16, 1974, 129.

L'attenzione di Gellio è tutta concentrata sui limiti delle logiche formali del diritto che avrebbero impedito di assolvere la donna di Smirne (*quod per leges non licuit*), sebbene le circostanze rendessero manifesto che ella fosse *digna venia*. In effetti Valerio e Gellio concordano nel descrivere la soluzione degli Areopagiti come un espediente volto a superare l'angusta alternativa 'assoluzione o condanna' della donna. Nella versione di Valerio si coglie addirittura una sapiente consonanza di intenti in tal senso tra il governatore che aveva deferito il giudizio all'Areopago, e quest'ultimo che aveva differito l'udienza a cent'anni: *sed ille transferendo quaestionem, hi differendo damnandi atque absolvendi inexplicabilem cunctationem vitabant*. Analogamente Gellio sottolinea che l'Areopago avrebbe evitato l'illegittimità di una sentenza di assoluzione ma anche l'iniquità di una condanna.

Ciò nonostante, entrambi gli autori evidenziano che il dilemma del governatore e dei suoi consiglieri non fosse espresso nei termini di questa alternativa: essi erano piuttosto angosciati dall'idea di sanzionare la donna (e quindi vendicare la morte di due assassini, pur essendo questa la loro *digna poena*); eppure rifiutavano parimenti l'idea di lasciare impunito l'assassinio. Rispetto a tale problema si comprende che il *iustus dolor* rivestiva un ruolo centrale. La questione, in sintesi, era se tale stato d'animo sarebbe valso come causa di non punibilità.

L'Areopago, tuttavia, non ha raccolto questo dubbio: spostando il dilemma sul binomio assoluzione-condanna, alla fine ha preferito lasciare impunito il crimine ed ammettere una delle due opzioni che, invece, certamente ripugnava al governatore (...*quia ipse neque liberare duabus caedibus contaminatam ... sustinebat*, ricorda Valerio Massimo) e anche ai suoi consiglieri, aggiungono le *Notti Attiche* (*non admittendum impunitum videbatur*), senza spiegare se la condotta della donna fosse o non fosse scusabile.

Nonostante reputi illegittima una sentenza di assoluzione, Gellio

però non ritiene del pari indefettibile la punizione²⁰; e, come Valerio, si compiace invece dell'espedito adottato dagli Areopagiti (un rinvio immodico, formalmente legittimo in quanto non vietato). Limitando lo sguardo alla vicenda processuale, Gellio non solleva perplessità sul fatto che la donna venisse di fatto esentata dalla pena. Da un punto di vista tecnico gli Areopagiti, tuttavia, non avevano reso un buon servizio a Dolabella: essi avevano eluso il problema semplificandone i termini ed evitando di sciogliere la questione se il crimine fosse meritevole di punizione o fosse scusato dal *iustus dolor*; cioè il *punctum dolens* nella riflessione del proconsole d'Asia il quale, in definitiva, giudicava forse eccessivo tale trattamento del *iustus dolor*²¹. Una posizione, questa, notevole nello scorcio dell'età repubblicana, se confrontata con l'opinione espressa in senso contrario da Cicerone, nel corso di una lenta riflessione che, sulle stesse premesse, lo avrebbe portato a teorizzare invece finanche un *ius ulciscendi doloris gratia* (Part. 12.42-43).

Il dubbio del proconsole, però, sarebbe stato raccolto dall'imperatore sotto il quale fiorì Aulo Gellio. Se ammettiamo che questo punto dell'opera gelliana sia stato composto successivamente al rescritto con cui Antonino Pio aveva riconosciuto una circostanza attenuante nel *iustus dolor* (quindi non una causa di non punibilità), abbiamo forse una nuova chiave di lettura della caduta nel passo gelliano dell'elemento principale della narrazione di Valerio Massimo. Nella prospettiva dell'ordinamento a lui contemporaneo era infatti superata la questione della rilevanza del *iustus dolor*: la donna di Smirne sarebbe dovuta andare incontro a una sentenza di condanna certamente 'attenuata', ma non sarebbe esonerata dalla pena. Gellio, tuttavia, evita la contrappo-

²⁰ Sulla 'giusta pena' nella testimonianza di Gellio, recentemente M. Heepe, *Römische Strafrechtigkeit. Eine rechtsphilosophische Spurensuche in Aulus Gellius', Noctes Atticae*, in ZSS. 136, 2019, 271-295, in part. 288 ss.

²¹ Sulla riflessione ciceroniana in argomento Rizzelli, *Adulterium* cit. 260 s. e ivi bibl.

sizione tra il giudizio dell'Areopago (per i quali, al contrario, la donna sarebbe stata degna di perdono [*digna venia*]) e quello dell'imperatore (secondo il quale il *iustus dolor* non avrebbe assicurato l'impunità). Nella sua narrazione il profilo tecnico si confonde con un aspetto meramente formale: non consentendo l'ordinamento una sentenza di assoluzione, secondo Gellio i giudici avrebbero rispettato la legge scegliendo di non punire e di non assolvere la donna.

3. Una discreta competenza giuridica deriva a Gellio non solo da una lettura attenta e non occasionale di testi giurisprudenziali²², ma anche dalla sua esperienza diretta nelle funzioni giudicanti sia nell'ambito della *cognitio extra ordinem* (Gell. 12.13) sia all'interno della procedura formulare (Gell. 14.2). Proprio in quest'ultima occasione, peraltro, egli si trovò (sebbene in veste diversa) in una situazione dai contorni simili alla posizione di Dolabella. La vicenda ebbe luogo quando Gellio, ancora giovane, fu iscritto nelle liste dei giudici chiamati a conoscere dei *iudicia privata*. L'erudito, dedito fino ad allora a invenzioni poetiche e a esercitazioni retoriche nel corso delle quali si era imbattuto solo in

²² H.E. Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes Atticae des A. Gellius*, in *Philologische und der königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, Berlin 1851, ora in *Hinterlassene Schriften I*, Leipzig 1871 rist. 1973, 21 ss.; F. Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, rist. Roma 2011, 79 ss.; J. Zabłocki, *Kompetencje «patres familias» I zgromadzeń ludowych w sprawach rodziny w świetle «Noctes Atticae» Aulusa Gellusa*, Warszawa 1990; Id., *Rozważania o procesie rzymskim w «Noctes Atticae» Aulusa Gellusa*, Warszawa 1999; J.H. Michel, *Du Neuf sur Gaius?*, in *RIDA*. 38, 1991, 205 ss., in part. nt. 29; O. Diliberto, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole I*, Cagliari 1992, 135 ss.; Id., *I destinatari delle 'Noctes Atticae'*, in *Labeo* 42, 1996, 277 ss.; M.L. Astarita, *La cultura delle «Noctes Atticae»*, Catania 1993, 121; G. Poma, *Gaio, Gellio e le 'XII Tavole'*, in *Labeo* 43, 1997, 275 ss.; L. Holford-Strevens, *Aulus Gellius. An Antonin Scholar and his achievement*, Oxford 2003, 294; R. D'Alessio, *Note su Gellio, diritto e giurisprudenza*, in *SCSD*. 27, 2014, 447 ss.

controversie immaginarie (*ad iucundas lites*), dovette dotarsi di cultura giuridica. Non trovando maestri adeguati, preferì formarsi sui testi di legge e su diversi commentari, tra i quali ricorda soprattutto quelli concernenti la materia dei rinvii giudiziari, tra cui i libri di Masurio Sabino:

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 conquisivi, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus rem iudiciariam, quoniam vocis, ut dicitur, vivae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem. Atque in dierum quidem diffissionibus conperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperorum commentariis comoniti et adminiculati sumus. 2. In his autem, quae existere solent, negotiorum ambagibus et in ancipiti rationum diversarum circumstantia nihil quicquam nos huiusmodi libri iuverunt. 3. Nam etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas.*

Gellio osserva, tuttavia, che in questi testi non avrebbe rinvenuto risposta adeguata rispetto a un caso particolare: si trattava di un giudizio (che in qualche modo ricorda il processo di Fimbria trattato da Val. Max. 7.2.4) concernente un mutuo di denaro, dedotto all'interno di una *condictio certae creditae pecuniae* tra un attore (un gentiluomo) incapace di provare le sue ragioni e un convenuto poco affidabile:

Gell. 14.4: 4. *Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat et arguentis admodum exilibus nitebatur. 5. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatisimae, multaque et industria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; 6. illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendacii plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. 7. Is tamen cum suis multis*

patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latone, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione; 8. ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus. 9. Tunc ibi amici mei, quos roga-veram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absolvendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur. 10. Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum.

In particolare, Gellio segnala che l'attore non era stato in grado sostenere le sue allegazioni né mediante documenti né attraverso prove testimoniali. Anche gli altri argomenti addotti erano assai deboli. Ma l'attore era persona degna di fede, *expertae fidei et vitae inculpatae*: in giudizio erano stati presentati, infatti, molti e convincenti esempi sulla sua sincerità e la sua onestà. Ed era altrettanto indiscutibile la disonestà e la dissolutezza della controparte. Ma questi, attorniato dai suoi avvocati, insisteva nell'eccepire che l'attore non aveva dato prova dell'esistenza del contratto di mutuo attraverso l'esibizione di una prova documentale (*expensi latone, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione*) o mediante la deposizione di testimoni. Il convenuto pretendeva, dunque, che alla soccombenza dell'attore seguisse la condanna all'esito di *iudicium calumniae decimae partis*.

Angustiato dal dubbio se dovesse fondare il suo convincimento sulla base delle sole prove raggiunte nel processo o potesse anche affidarsi a un giudizio sulla moralità dei litiganti, Gellio non trovò appagante il consiglio degli esperti (*virii exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrahentibus causis festinantes*) secondo i quali la domanda dell'attore in quelle condizioni

avrebbe dovuto essere certamente respinta in quanto non sostenuta da prove sufficienti: *non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absolvendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur*. Pertanto, sulla questione avrebbe scelto di rinviare l'udienza per potersi consultare con Favorino di Arelate.

Contro il parere degli esperti in diritto, secondo il filosofo il giudice avrebbe potuto fondare la sua decisione su ciò che oggi si direbbero 'pregiudizi' morali²³. Favorino si dilungava in un'ampia premessa su

²³ Gell. 14.4: 11. *Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia ac peto, ut et ipsum illud, in quo haerebam, et cetera etiam, quae observanda mihi forent in officio iudicis, faceret me, ut earum rerum essem prudentior*. 12. *Tum Favorinus religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae conprobata: «id quidem – inquit – super quo nunc deliberas, videri potest specie tenui parvaeque esse. Sed si de omni quoque officio iudicis praeire tibi me vis, nequaquam est vel loci huius vel temporis; 13. est enim disceptatio ista multiugae et sinuosae quaestionis multaque et anxia cura et circumspicientia indigens*. 14. *Namque ut pauca tibi nunc quaestionum capita attingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur: si iudex forte id sciat, super qua re apud eum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuve aliquo cognita liquido et comperta sit neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea, quae sciens venit, iudicare an secundum ea, quae aguntur?* 15. *Id etiam – inquit – quaeri solet, an deceat atque conveniat iudici causa iam cognita, si facultas esse videatur componendi negotii, officio paulisper iudicis dilato communis amicitiae et quasi pacificatoris partes recipere?* 16. *Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne iudex inter cognoscendum ea, quae dicto quaesitoque opus est, dicere et quaerere, etiamsi, cuius ea dici quaerique interest, neque dicat neque postulet?* Patrocinari enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare. 17. *«Praeter haec super ea quoque re dissentitur, atque ex usu exque officio sit iudicis rem causamque, de qua cognoscit, interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus ex his, quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde, ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui*. 18. *Nam qui iudices – inquit – acres atque celeres videntur, non aliter existimant rem, qua de agitur, indagari comprehendique posse, nisi is, qui iudicat, crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantium*

una serie di questioni concernenti i principali doveri del giudice: anzitutto se il giudice dovesse fondare il suo convincimento sui soli elementi addotti nel processo o potesse avvalersi di ciò che oggi si definisce la ‘scienza privata’ di elementi acquisiti fuori dal processo; quindi, se potesse suggerire alle parti una soluzione conciliativa; se potesse integrare i capitoli istruttori addotti da una parte e sostituirsi, così, alle funzioni dell’avvocato: *patrocinari enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare*; e se, infine, potesse anticipare il proprio convincimento nel corso del giudizio. Su tali questioni il filosofo rinviava agli insegnamenti di Tuberone *de officio iudicis*. Quanto alla vicenda giudiziaria, egli invece suggeriva di seguire l’opinione di Catone che, nell’orazione *pro L. Turio*, avrebbe sostenuto la possibilità per il giudice di affidarsi

deprehendat. 19. Contra autem, qui sedatiores et graviore putantur, negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrimque agitur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare quid sentiat. Eventurum enim aiunt, ut, quia pro varietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur. 20. Sed de his – inquit – et ceteris huiusmodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere, quid sentiamus, conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensebimus. 21. Quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. 22. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. 23. Eas igitur et credas ei qui petit, condemnnesque eum de quo petitur? quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est». 24. Hoc quidem mihi, tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. 25. Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum. ...

alla moralità delle parti in contesa quando nel processo non fossero state prodotte prove documentali od orali sufficienti.

Il nostro venne convinto dall'argomento del filosofo; ma all'atto pratico rifiutò di pronunciare su queste basi una sentenza di accoglimento, tenuto conto della sua giovane età e della sua inesperienza.

Al di là della scelta di opportunità operata da Gellio, è notevole l'influenza di Favorino sulle sue funzioni di giudice: un ascendente addirittura prevalente rispetto alla diversa opinione dei *viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumdique distrahentibus causis festinantes*. Una contrapposizione, quella tra Favorino e i giuristi, che riemerge nell'ultimo libro delle *Notti Attiche* là dove il filosofo discute con Sesto Cecilio.

Gell 20.1: 1. *Sextus Caecilius in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque illustri fuit.* 2. *Ad eum forte in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperiremur, philosophus Favorinus accessit conlocutusque est nobis multisque aliis praesentibus.* 3. *In illis tunc eorum sermonibus orta mentios legum decemviralium, quas decemviri eius rei gratia a populo creati composuerunt, in duodecim tabulas conscripserunt.* 4. *Eas leges cum Sex. Caecilius inquisitis exploratisque multarum urbium legibus eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas diceret, «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».* 5. *«Obscuritates – inquit Sex. Caecilius – non adsignemus culpae scribentium, sed inscitiae non adsequentium, quamquam hi quoque ipsi, qui, 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 compositae scriptaeque sunt, a quo tempore ad hunc diem anni esse non longe minus sescenti videntur.* 7. *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus*

est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitatem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. 8. 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?» 9. «Noli – inquit Favorinus – ex me quaerere, quid ego existumem. Scis enim solitum esse me pro disciplina sectae, quam colo, inquirere potius quam decernere. 10. Sed non levis existimator neque aspernabilis est populus Romanus, cui delicta quidem istaec vindicanda, poenae tamen huiusmodi nimis durae esse visae sunt; passus enim est leges istas de tam inmodico supplicio situ atque senio emori.

La vicenda è molto nota. Gellio racconta di essere stato in compagnia di Favorino in *Area Palatina*: mentre attendevano di poter omaggiare il principe, il filosofo avvicinò il giurista Sesto Cecilio per intavolare con lui una discussione anzitutto sulla lingua (*rectius* sullo stile) e quindi sul contenuto di alcune norme delle XII Tavole; Favorino era dell'opinione che alcune di esse fossero oscure o troppo severe; mentre altre fossero blande e inefficaci; in ogni caso esse sarebbero state inapplicabili per come scritte.

Al rilievo di Favorino, Sesto Cecilio replicò anzitutto che l'interpretazione avrebbe dovuto tener conto del contesto arcaico in cui venne elaborata la normativa decemvirale, sicché l'oscurità dei suoi precetti avrebbe dovuto essere ascritta all'ignoranza dell'esegeta contemporaneo incapace di comprendere il significato di vocaboli e di costumi mutati nel corso di circa seicento anni dalla redazione delle XII Tavole; quanto alle perplessità sul loro contenuto, Sesto Cecilio chiese a Favorino se, come filosofo, ritenesse eccessivamente severo che al giudice (o all'arbitro) corrotto fosse comminata da quelle norme la pena capitale; o che il *fur confessus* fosse *addictus* alla vittima del suo reato; o che il *fur nocturnus* potesse essere legittimamente ucciso.

Favorino rifiutò di manifestare la sua personale opinione, in quanto propenso, per sua formazione culturale, a 'interrogarsi sui problemi'

piuttosto che ‘esprimere giudizi’ («*scis enim solitum esse me pro disciplina sectae, quam colo, inquirere potius quam decernere*»)²⁴.

È agevole riconoscere nelle posizioni di Gellio la stessa inclinazione di Favorino a ‘problematizzare’ il caso piuttosto che a trovare delle soluzioni: *inquirere potius quam decernere*.

Similmente in *N.A.* 1.3²⁵ Gellio elogia Teofrasto per la prudenza nell’esprimere giudizi risolutivi e per il suo atteggiamento propenso piuttosto alla riflessione e alla ricerca che alla decisione (*cum discernendi magis disceptandique diligentia quam cum decernendi sententia atque fiducia scripsit*). In particolare, Gell. 1.3 muove dalla descrizione del senso di colpa avvertito in punto di morte da Chilone di Sparta, per non aver assolto onestamente l’ufficio giudicante in un’occasione in cui era stato chiamato con altri due giudici a pronunciarsi in un processo a carico di un suo amico che, a suo parere, la legge certamente avrebbe condannato. Chilone sarebbe stato combattuto tra doveri morali contrastanti (l’*officium amici* e l’*officium iudicis*). Alla fine, come amico, decise di convincere gli altri giudici a esprimersi per l’assoluzione dell’imputato; d’altra parte, però, come giudice si risolse di rendere personalmente, in segreto, sentenza di condanna.

²⁴ Favorino evidenziò nondimeno che proprio al popolo romano, ‘buon giudice’ (*non levis existimator neque aspernabilis*) quelle norme fossero apparse troppo dure. Il dialogo è molto ampio e si estende per altri quarantacinque paragrafi. Ai fini di questa ricerca non occorre analizzarli nel dettaglio; può bastare ricordare che in essi Sesto Cecilio avrebbe preso posizione in modo dettagliato su alcuni precetti decemvirali, sull’evoluzione e la loro pratica applicazione; si sarebbe espresso sulla funzione deterrente della pena e sull’importanza di tutelare la *fides*; e che i dotti argomenti del giurista alla fine avrebbero prevalso sulla posizione di Favorino, con l’approvazione di tutti, anche quella dello stesso filosofo.

²⁵ Cfr. anche Diog. Laert. 1.3.71: ... φασὶ δ’ αὐτόν ποτε γηραιὸν ἤδη ὄντα εἰπεῖν, ὡς οὐδὲν συνειδείη ἄνομον ἑαυτῷ ἐν τῷ βίῳ: διστάζειν δὲ περὶ ἐνός. κρίνων γάρ ποτε φίλῳ δίκην αὐτὸς μὲν κατὰ τὸν νόμον, τὸν δὲ φίλον πείσειεν ἀποδικάσαι αὐτοῦ, ἵνα ἀμφοτέρω καὶ τὸν νόμον καὶ τὸν φίλον τηρήσει.

Il dilemma di Chilone riflette un'importata tradizione filosofica: *alii multi philosophiae sectatores* si sarebbero infatti chiesti se (in quali circostanze e in quale misura) fosse lecito agire 'παρὰ τὸ δίκαιον' per aiutare un amico. Tale aspetto sarebbe stato analizzato soprattutto da Teofrasto. Gellio ricorda che, sulle premesse di una sua opera (περὶ φιλίας) se ne sarebbe occupato anche Cicerone nel *Laelius de amicitia* sebbene con minor rigore. A differenza di Cicerone, Teofrasto infatti avrebbe messo in evidenza la 'difficoltà' di bilanciare doveri, come giustizia e amicizia, potenzialmente in conflitto. L'aspetto più problematico, forse 'irrisolvibile', avrebbe riguardato la misura in cui si potesse tollerare che l'uno o l'altro fossero sacrificati.

Su queste considerazioni Gellio riprende ancora una volta il pensiero di Favorino, sull'opportunità di mitigare il rigore della *iustitia* a seconda delle circostanze, atteso che la χάρις verso gli uomini avrebbe potuto imporre un certo temperamento. E, in definitiva, approva la posizione di Teofrasto: a lui, in particolare, attribuisce il merito di aver segnalato 'l'impossibilità di proclamare' una regola di condotta 'immediata', 'ferma' e 'puntuale' innanzi alla varietà dei casi concreti (*directum atque perpetuum distinctumque in rebus singulis praeceptum*). Elogia, soprattutto, la circospezione e lo scrupolo del filosofo, libero dall'intento o dalla certezza (la *fiducia*) di riuscire a raggiungere un'opinione risolutiva:

Gell. 3.1.29: *Haec taliaque Theophrastus satis caute et sollicite et religiose, cum discernendi magis disceptandique diligentia quam cum decernendi sententia atque fiducia scripsit, quoniam profecto causarum ac temporum varietates discriminumque ac differentiarum tenuitates directum atque perpetuum distinctumque in rebus singulis praeceptum, quod ego nos in prima tractatus istius parte desiderare dixeram, non capiunt.*

Diversamente in *NA*. 13.12 Gellio critica la 'vana fiducia' nutrita da Labeone verso il proprio parere ricordando, in particolare, che il giurista si sarebbe rifiutato di comparire in giudizio in seguito a un'*in ius vocatio* promossa da un tribuno della plebe, in quanto tale privo (a rigor di leg-

ge) di questo potere. Notevole è il ricorso al termine ‘*fiducia*’ adottato sia per descrivere la ‘diffidenza’ di Teofrasto verso soluzioni definitive nel conflitto tra differenti valori (Gell. 1.3.29: *Theophrastus satis caute et sollicitae et religiose, cum discernendi magis disceptandique diligentia quam cum decernendi sententia atque fiducia scripsit*) sia con riguardo alla posizione di Labeone rispetto alle soluzioni giuridiche (Gell. 13.12.7: *huius ego iuris, quod M. Varro tradit, Labeonem arbitror vana tunc fiducia, cum privatus esset, vocatum a tribunis non isse*).

Gellio, come Teofrasto, si dichiara insicuro.

Riconosce il valore del sapere tecnico dei giuristi²⁶ ma, pur essendo stato egli stesso un giudice in più di un’occasione, diffida delle logiche del diritto che spesso finisce per ridurre ad aspetti di coerenza meramente formale, agevolmente eludibili. In questo senso, Gell. 3.16.23, riproducendo una notizia tratta da Plinio *Nat. hist.* 7.5.40, riferisce l’approvazione espressa da

²⁶ Egli ritiene preziosa la conoscenza del diritto anche per i suoi studi di grammatica: così Gell. 12.13.2. Astarita, *La cultura nelle Noctes Atticae* cit. 150 evidenzia che secondo Gellio «anche il grammatico di professione non deve essere del tutto digiuno di diritto. Lo confermano le sue critiche a Gavio Basso sulla ... interpretazione di senatori *pedarii*, e su quella della parola *divinatio* che, come afferma in 2,4,4 gli appariva *inops* e *ineiuna*». Ancora in 20.10.1-2 Gellio, riferendo di aver interrogato, una volta, un grammatico *fama et multo nomine* sul significato dell’espressione «*manum consere*» della *vindicatio*, segnala che gli venne negata una risposta, in ragione del fatto che l’uomo al quale si era rivolto si occupava di grammatica e non di diritto. Secondo Astarita, «tali deficienze risalgono all’eccessiva specializzazione e alla completa ignoranza di discipline che esulano dalla competenza specifica. Qui G. adduce proprio questi motivi a giustificazione dell’introduzione di argomenti giuridici nelle *Noctes Atticae*». Gellio, peraltro, non nasconde la superiorità delle argomentazioni di un giurista come Sesto Cecilio rispetto a quelle di Favorino: cfr., in part. Casavola, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio* cit. 76 ss.; O. Diliberto, *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli 1993, 146 ss. Sulla questione si vedano inoltre M. Talamanca, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR.* 80, 1977, 278 ss., A. Guarino, *L’ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990⁵, 457 ss.; C. Pelloso, *Studi sul furto nell’antichità mediterranea*, Padova 2008, 6, nt. 22, 9 ss., in part. 21, nt. 60.

Masurio Sabino alla decisione del pretore Lucio Papirio²⁷ di respingere, in un giudizio centumvirale²⁸ le richieste dell'attore, e accordare la *bonorum possessio* al suo contendente, sebbene di quest'ultimo fosse contestata la discendenza dall'ereditando in quanto nato oltre un anno dopo la sua morte. In quel caso, secondo Sabino, l'assenza di un termine certo per il parto avrebbe indotto il pretore a credere all'improbabile argomento della madre del convenuto che sosteneva di aver portato il figlio in grembo per tredici mesi. L'argomento dell'assenza di tale termine era stato ribadito anche da un decreto di Adriano (Gell. 3.16.12) emesso in favore di una donna «*bonis atque honestis moribus*», che aveva partorito un figlio (ritenuto legittimo dal principe) all'undicesimo mese dal concepimento. In realtà, entrambe le decisioni a Gellio apparivano in contrasto con le XII Tavole che avevano consentito di qualificare come legittimo il figlio postumo, al massimo se nato *in decem mensibus ... non in undecimo*²⁹. Quale che fosse il tenore letterale del testo della disposizione decemvirale (tradizionalmente individuata in XII Tab. 4.4)³⁰, per Gellio era agevole ricavarne che, nel riconoscere la discendenza legittima in favore di quanti fossero nati entro il decimo mese dalla morte del marito della madre, la disposizione avesse voluto escluderla per quanti fossero nati dopo questo intervallo. Nello stesso senso si legge d'altronde anche Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.11: *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*, probabilmente riproducendo sempre l'opinione di Masurio Sabino³¹.

²⁷ Pretore nell'anno 176 a. C., Liv. 41.14.61, 51.15.5; Plin. *Nat. hist.* 7.40.

²⁸ Gellio spiega infatti che l'azione era promossa *lege* da un *secundus heres*.

²⁹ F. Lamberti, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana I*, Napoli 1996, 73 ss.; Ead., *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana II*, Milano 2001, 42 s.; M.V. Sanna, *Il concepito nelle XII Tavole*, in *Diritto@storia* 10, 2011-2012, online; P. Giunti, *Consors vitae*, Milano 2004, 274 ss.

³⁰ M. Humbert, *La loi des XII Tables*, Rome 2018, 171 ss.

³¹ Lamberti, *Studi sui «postumi» I* cit. 57 ss.; Ead., *Studi sui «postumi» II* cit. 42 s., e *ivi* bibl.

Invero, come ha messo in evidenza Francesca Lamberti, ben diversi potevano essere gli argomenti giuridici assunti da Masurio Sabino a sostegno della decisione del pretore: es., la riferibilità della disposizione in XII Tab. 4.4 alla sola successione intestata (mentre il giudizio in parola, postulando una *substitutio*, riguardava una successione regolata da testamento); la possibile omissione nei *verba testamenti* del limite di tempo entro il quale il testatore avesse riconosciuto il *postumus*³²; l'inesistibilità del precetto decemvirale alla disciplina della *bonorum possessio*. Sta di fatto, però, che nel racconto delle *Notti Attiche*, Lucio Papirio si sarebbe limitato a un argomento formalistico: l'assenza di un esplicito termine legale del parto (*certum tempus pariendi statutum*), così superando, nella prospettiva di Gellio, non solo una norma di diritto civile (e si trattava delle XII Tavole) ma anche il buon senso.

4. Credo che la 'diffidenza' di Gellio verso il diritto e le funzioni ordinarie sia un profilo dell'erudito che meriti uno speciale approfondimento. Invero, con specifico riferimento al nostro paragrafo 12.7 delle *Notti Attiche*, nella tradizione letteraria che è andata sviluppando sul racconto di Dolabella e la donna di Smirne questo tratto gelliano ha perso mordente.

Fa eccezione il XLIV capitolo del *Tiers livre* di Rabelais³³; là dove il nostro episodio viene ripreso come *exemplum* («une estrange histoire») «des perplexitez du iugement humain». Nel racconto di Rabelais il giu-

³² In tal senso Lamberti, *Studi sui «postumi»* cit. 130 legge anche la testimonianza varroniana riferitaci da Gell. 3.16.13.

³³ F. Rabelais, *Le Tiers Livre des Faicts et Dicts héroïque du bon Pantagruel*, Paris 1552, 145 ss. L'*opera omnia* è stata curata da Jacques Boulenger per la Bibliothèque de la Pléiade, Gallimar 1955. Recentemente sulla tradizione dell'apologo di Dolabella nella letteratura rinascimentale, anche con riferimento alla testimonianza di Montaigne, si v. M. Heath, *Gellius in the French Renaissance*, in L. Holford-Strevens, A. Vardi (eds.), *The Worlds of Aulus Gellius* (Oxford-New York 2004) 282-317, in part. 305 s., 310. La dipendenza di questa opera dalla versione gelliana è rivelata ancora una volta dal prenome Gneo assegnato a Dolabella.

dizio del governatore si sarebbe arrestato innanzi all'ambiguità del caso tra la gravità del crimine della donna e una 'causa di giustificazione' che appariva «tant naturelle, & comme fondée en droit des peuples»; e la soluzione degli Areopagiti rappresenta l'imbarazzo di chi 'non sa che dire, né giudicare'.

La vicenda fonda, quindi, la premessa per ironizzare sul sistema di una giustizia 'razionale', sostenuta dal diritto, che non sarebbe migliore di una giustizia affidata ai dadi. E offre l'occasione per mettere in evidenza i limiti della scienza giuridica, 'le antinomie e contraddizioni delle leggi, degli editti, dei costumi e delle ordinanze e per ridicolizzare il diritto romano, sintetizzato da un Triboniano' – continua Rabelais – 'uomo miscredente, infido, barbaro, maligno e perverso, avaro e iniquo' che avrebbe venduto leggi, editti, rescritti, costituzioni e ordinanze al miglior offerente; e ne avrebbe fatto brandelli per paura che se fossero rimasti integri sarebbe emersa patente la loro iniquità.

