Giustizia e Letteratura

a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti

TEMI

MITO E NARRAZIONI DELLA GIUSTIZIA NEL MONDO GRECO

a cura di

Gabrio Forti, Alessandro Provera

VITA E PENSIERO

MITO E NARRAZIONI DELLA GIUSTIZIA
NEL MONDO GRECO

Giustizia e Letteratura
a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti
TEMI

MITO E NARRAZIONI DELLA GIUSTIZIA NEL MONDO GRECO

a cura di
Gabrio Forti, Alessandro Provera

VITA E PENSIERO

www.vitaepensiero.it

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.
Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail: autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org

© 2019 Vita e Pensiero - Largo A. Gemelli, 1 - 20123 Milano
ISBN 978-88-343-3798-1

CARLO PELLOSO

Il Processo ateniese. Tra principio di legalità e 'judge-made law'

1. *Principio di legalità, 'agonistic society' e 'iura non novit curia'*

La CDFEU (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) consacra nei primi due periodi del comma 1 dell'art. 49 i celebri principi condensati nel brocardo di matrice feuerbachiana *nulla poena et nullum crimen sine praevia lege certa poenali scripta*[1]. Capisaldi dell'ideologia liberale e garantista propria della moderna e contemporanea civiltà europea del diritto, *in primis*, essi vietano le condanne penali in assenza di base legislativa, e, in secondo luogo, prescrivono chiarezza e precisione nella formulazione delle leggi così da consentire di prevedere esattamente quale condotta costituisca reato e quali conseguenze ne derivino (oltre a stabilire, infine, come le sanzioni inflitte non possano essere più gravi di quelle previste dalla legge vigente al momento della commissione del reato).

Secondo una ben consolidata *communis opinio*, niente di simile potrebbe essere trovato nel mondo greco antico, giudicato 'irrimediabilmente alieno' rispetto a quello di oggi: il rapporto tra diritto sostanziale e procedura nell'Atene del IV secolo a.C. si inquadrerebbe in un sistema in cui il *nomos* non funzionerebbe come imprescindibile fondamento del giudizio, ma come pretesto per faide sublimate dalla ritualità processuale. Anzi, in materia di diritto, si è giunti a ritenere addirittura che gli antichi greci, attesa la totale eterogeneità del loro pensiero, non abbiano lasciato alcun legato di rilievo a quella stessa Europa che, per altri versi, proprio nell'Acropoli (oltre che nel Palatino e nel Golgota) trovava le proprie fondamenta ideologiche[2].

Del resto, tra gli storici della civiltà ateniese classica è molto comune sostenere altresì l'omogeneità di natura e funzione delle azioni pubbliche e private: entrambi i tipi di processo sarebbero solo ritualizzazioni

---

[1] P.J.A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen 1801, § 20.

[2] S.C. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993, pp. 3, 25, 160 ss.; R. Osborne, *Religion, Imperial Politics, and the Offering of Freedom to Slaves*, in V. Hunter - J. Edmondson (eds.), *Law and Social Status in Classical Athens*, Oxford 2000, pp. 85 s.

di *agones*, ossia competizioni, gare, duelli, tra i membri delle élites[3]. I *dikasteria* ateniesi non sarebbero chiamati a risolvere controversie secondo i principi e le regole del diritto, avendo a ufficio, più che il controllo della condotta umana, la concreta regolamentazione delle relazioni sociali tra *politai*. I giudici, non togati, non avrebbero applicato imparzialmente il diritto; piuttosto, il processo si sarebbe risolto in un meccanismo pubblico e non violento per determinare la posizione sociale delle parti all'interno della comunità, in un'arena ideale ove definire le gerarchie sociali in atto; le parti in causa sarebbero state contendenti tra loro opposti per onore e prestigio. Di conseguenza, i *nomoi* invocati da una parte dinanzi una corte giudicante sarebbero stati un elemento in sostanza insignificante, un espediente procedurale, un artificio diretto a trasferire faide familiari o rivalità personali dal livello privato a quello della scena pubblica.

Questo punto di vista, che rappresenta la posizione più radicale tra gli approcci storici e sociologici al 'law in action', sottovaluta il ruolo concretamente svolto dai *nomoi* nell'alveo processuale, sia per quanto riguarda la fase di introduzione del giudizio e di definizione dei suoi estremi, sia in seno alla fase dibattimentale e di giudizio.

Secondo una versione più moderata (e, invero, anche meno infondata) di tale orientamento, nel IV secolo a.C. i *nomoi* ateniesi – catalogati da Aristotele accanto ai decreti, ai documenti privati, alle testimonianze, ai giuramenti, alle torture di schiavi – sarebbero stati *pisteis* a-tecniche, ossia 'forme di prova'[4]. In altre parole, una volta che una parte avesse allegato un *nomos* come fondamento della propria pretesa privata o accusa pubblica, avrebbe solo limitato o guidato l'attività giudicante, dal momento che quel particolare *nomos* non avrebbe avuto forza vincolante: il principio della libera valutazione della prova (e quindi il se considerare, nonché come e quanto, il *nomos*) avrebbe prevalso sul dato del diritto oggettivo. Così, i *dikasteria* avrebbero risolto le controversie soprattutto in forza della loro coscienza e del loro senso di equità; non avrebbero dovuto applicare la legge né di per sé, né in termini rigorosi, in quanto il basare la loro decisione sulla legge sarebbe stato solo una mera possibilità[5]. Il principio *iura non novit curia* svincolava i giudici dall'inquadra-

---

[3] D. Cohen, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge 1995, pp. 82 s., 92; D. Allen, *The World of Prometheus: The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton 2000, pp. 175, 176, 191, 193; R. Osborne, *Law in Action in Classical Athens*, «The Journal of Hellenic Studies», 105 (1985), p. 52; v., inoltre, J. Ober, *Mass and Elite in Democratic Athens*, Princeton 1989, *passim*.

[4] Arist. *rhet*. I.2.2, I.15.1-3.

[5] R. Hirzel, *'Agraphos Nomos'*, Leipzig 1900, p. 51; P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, vol. II, *The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford 1922, p. 68; J.W. Jones, *Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956, p. 135; E. Ruschenbusch, *ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΝ*

re di necessità il caso sottoposto alla loro attenzione entro un particolare *nomos*: da un lato, se i dicasti o gli efeti o gli areopagiti avessero ignorato la norma relativa alla soluzione del caso, questo sarebbe stato deciso secondo equità, e comunque validamente ed efficacemente, non essendo essi tenuti ad applicare alcun *nomos*; dall'altro, se lo avessero conosciuto grazie alle allegazioni di parte, non sarebbero stati vincolati, potendo lecitamente applicare anche una regola extra-nomica già in precedenza applicata, oppure creare *ad hoc* la regola traendola *ex novo* dalla loro coscienza[6].

Come nella tesi dell'‘agonistic society', anche in quest'ottica (che – va premesso – pressoché ignora i contenuti del giuramento dicastico), il diritto positivo sarebbe un mero ed eventuale limite dell'attività giudicante. La mancanza di precise definizioni sostanziali degli illeciti, l'orientamento processuale delle norme, nonché l'uso della macchina giudiziaria contro nemici personali o pubblici anche a prescindere dalle disposizioni positive, dipingerebbe in toni foschi l'Atene dell'età degli oratori, trasformando il suo ordinamento nel regno dell'anti-legalismo e dell'anti-liberalismo. Piuttosto, attuando il principio *nonnullum crimen et nonnulla poena sine lege*, la *polis* madre della democrazia e della razionalità occidentale sembrerebbe abbracciare una politica legislativa e giudiziaria che, *mutatis mutandis*, risulterebbe simile, almeno nel suo esito, all'approccio nazionalsocialista favorevole alla persecuzione penale secondo il *Täterstrafrecht* e, dunque, opposto alla declinazione feuerbachiana del *Tatstrafrecht*.

Se, dunque, fossero vere le ricostruzioni qui sintetizzate (ossia quella che descrive Atene come *agonistic society* e quella che concepisce il *nomos* come limite all'arbitrio giudiziale), il principio di legalità risulterebbe una mera declamazione e il processo non il luogo di ristabilimento dell'ordine violato, ma quello della definizione di equilibri sociali: l'essere totalmente ‘altro' del diritto ateniese, dunque, emergerebbe con prepotenza rispetto alle correnti istanze occidentali di un sistema centrato sulla legge. Tuttavia, la prima tesi, nell'assolutizzare l'aspetto ‘agonico' del processo, mostra una profonda inconsapevolezza della fonda-

---

ΠΑΝΤΩΝ ΚΥΡΙΟΝ, «Historia», 6 (1957), pp. 257 ss.; A.R.W. Harrison, *The Law of Athens*, vol. II, *Procedure*, London 1971, p. 48; V. Wohl, *Law's Cosmos. Juridical Discourse in Athenian Forensic Oratory*, Cambridge 2010, p. 31; Todd, *The Shape of Athenian Law*, pp. 54 s.

[6] U.E. Paoli, *Studi sul processo attico*, Padova 1933, pp. 59, 66; F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, p. 2; H. Meyer-Laurin, *Gesetz und Billigkeit*, Weimar 1965, p. 39; J.K. Triantaphyllopoulos, *Le lacune della legge nei diritti greci*, in A. Biscardi (a cura di), *Antologia giuridica romana e antiquaria*, vol. I, Milano 1968, p. 55; Id., *Das Rechtsdenken der Griechen*, München 1985, pp. 4 s., 223, 249; H.J. Wolff, *Demosthenes als Advokat: Funktionen und Methoden des Prozeßpraktikers im klassischen Athen. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 30. Juni 1967*, Berlin 1968, p. 8; A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982, p. 365; E. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010, p. 63.

mentale differenza esistente tra diritto e procedura in sé e per sé considerati, da un lato, e i loro usi sicofantici o, comunque, temerari, dall'altro; inoltre, la seconda tesi, nel proclamare il principio '*iura non novit curia*', applica la categoria 'retorica' della *pistis* al mondo del 'diritto processuale' e considera acriticamente Aristotele quale fonte fededegna per la ricostruzione della prassi giudiziaria ateniese[7].

Del resto, non si è mancato di osservare come il principio dello 'stato di diritto', o meglio della '*basileia* del *nomos*'[8], versasse in una posizione inconfutabilmente primaria ad Atene, sul piano istituzionale, sia ideologico che pratico[9]. I *nomoi* non rappresenterebbero solo un dispositivo apparente e retorico incorporato in un sistema caotico e capriccioso oppure un limite alla altrimenti assoluta discrezionalità dei giudici[10]. Al contrario, a mente del già citato 'giuramento giudiziale' (*horkos dikastikos* o *heliastikos*), sia i *nomoi* sarebbero la stessa imprescindibile base del potere dicastico del *demos* ateniese (e non, dunque, un mezzo di prova o di persuasione non vincolante), sia i giudici sarebbero tenuti a *dikazein kata tous nomous* esclusivamente su questioni risultanti o nell'atto di accusa (*graphe*) o nella domanda giudiziale (*egklema*)[11].

---

[7] Ciò che l'interprete deve prima domandarsi è proprio se Aristotele sia attendibile ricostruttore del diritto ateniese del suo tempo: cfr., per esempio, sulla inaffidabilità di Aristotele circa la descrizione delle dinamiche processuali attiche in punto di rapporto tra 'diritto positivo', 'ordine meta-positivo' e 'funzione giudicante', E.M. Harris, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford 2014, pp. 105 ss.; v., inoltre, A. Maffi, '*Nomos' e mezzi di prova nella teoria aristotelica e nella prassi giudiziaria attica*, in *Atti del I Seminario Romanistico Gardesano [19-21 maggio 1976]*, Milano 1976, p. 115; del resto anche la distinzione etico-politica tra *synallagmata* cd. volontari e involontari (*E.N.* 1130 b 30 - 1131 a 9) non corrisponde, né a livello di categorie sostanziali, né a livello di regime processuale, alla disciplina positiva ateniese (C. Pelloso, *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in Id., a cura di, *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*, Napoli 2016, p. 320, nota 37).

[8] Lys. 2.17-19; Dem. 18.6.

[9] Harris, *The Rule of Law*, *passim*; v., inoltre, R. Sealey, *The Athenian Republic: Democracy or Rule of Law?*, London 1987, p. 146; M. Ostwald, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Berkeley-Los Angeles 1985, p. 524; M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*, Oxford 1991, pp. 150 ss.

[10] C. Pelloso, *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in Id. (a cura di), *Atene e oltre*, pp. 3 ss.; Id., *Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114*, *ibi*, pp. 101 ss.; Id., *'Nullum Crimen et Nulla Poena sine Lege'. Some Remarks on Fourth-Century Athens*, «Seminarios Complutenses», 30 (2017), pp. 351 ss.

[11] Per la prima clausola, v. Aesch. 3.6; Dem. 20.118; v., inoltre, Aesch. 3.6, 31, 198; And. 1.2, 4.9; Ant. 5.85; Dem. 8.2, 18.121, 21.42, 21.211, 22.7, 22.20, 22.43, 23.2, 23.101, 24.188, 34.45, 34.52, 36.26, 39.41, 43.34, 46.27, 52.33, 58.25, 58.36, 58.56, 59.115; Din. 1.17, 1.84; Hyp. 2.5, 5.1, 5.39; Is. 6.65, 11.6; Isoc. 15.173, 19.15, 19.44, 19.46; Lyc. 1.143; Lys. 9.19, 10.32, 14.22, 22.7. Per la seconda clausola, v. Dem. 45.50, nonché 18.56, 22.43, 24.151, 44.14; Aesch. 1.154, 1.170, 1.175-176, 1.179; Hyp. 4.31; Lyc. 1.13; v., inoltre, *Ath. Pol.* 67.1.

2. *Il 'nomos' tra sovranità e 'formaler Beweis'*

Ad Atene il *kategoroumenos* di una *dike demosia* o il *pheugon* di una *dike idia* erano condannabili solo per un *adikema* formalmente previsto da una disposizione nomica in vigore al momento della commissione del fatto. Se ciò è vero (tanto da essere inconcepibile un processo radicato senza la preliminare indicazione del *nomos* processuale ritenuto applicabile o del *nomos* sostanziale ritenuto violato), tuttavia, non convince *in toto* neppure quella corrente di pensiero che, pur enfatizzando l'importanza del ragionamento giuridico nel contenzioso ateniese, sostiene che comunque i giudici avrebbero rigorosamente applicato i *nomoi* nel loro tenore letterale[12].

Questa dottrina tende erroneamente ad armonizzare in seno a una lettura sinottica dati tra loro eterogenei, leggendo immotivatamente la clausola predicante il '*dikazein kata tous nomous*' nel giuramento dicastico attraverso la categoria della *pistis*[13]: il *nomos* così diverrebbe una prova dotata di uno statuto eccezionale rispetto alle altre, un 'formaler Beweis' e non un mezzo di prova o di persuasione lasciato al libero convincimento. Inoltre, tale tesi – che sostiene un approccio giudiziale rigorosamente formalistico e positivistico ai *nomoi* – pare prescindere dalle indiscutibili lacune che interessano endemicamente il sistema ateniese (come per esempio dimostra la mancanza sistematica di definizioni a fronte del più frequente impiego di 'etichette generali' o di 'cataloghi di condotte')[14], nonché dalle carenze di regole specifiche emanate per affrontare un caso particolare (così assorbito in una disposizione eccessivamente generale)[15]. Per di più, essa sottovaluta l'ambiguità e la vaghezza di diversi *nomoi* ateniesi e, di conseguenza, è portata a ridurre il ruolo svolto da un'interpretazione autenticamente creativa[16]. Infine, essa mostra un'insanabile incoerenza interna, sostenendo come i *nomoi* fossero forme di prova e come, al contempo, il sistema ateniese fosse imperniato su un rigoroso legalismo che elevava i *nomoi* a quadro fondamentale e base per qualsiasi attività giudiziaria: il diritto positivo sarebbe stato sì '*basileus*', ma in quanto anche *pistis*, solo nel regno del processo.

Sul punto v. Harris, *The Rule of Law*, pp. 114 ss., nonché Pelloso, *'Nullum Crimen'*, pp. 361 s. e nota 19.

[12] Meyer-Laurin, *Gesetz*, pp. 29 s.

[13] Arist. *rhet.* I.2.2, I.15.1-3.

[14] Arist. *rhet.* 1.13.9.

[15] Arist. *rhet.* 1.13.13-14.

[16] Plut. *Sol.* 18; *Ath. Pol.* 9.1-2.

3. *Qualche primo cenno alla 'basileia' del 'nomos'*

Le tre tesi sopravviste, pur approdando a risultati diversissimi (il *nomos* è pretesto dell'*agon*; il *nomos* è prova con forza solo persuasiva; il *nomos* è prova legale), si fondano su tre comuni 'postulati': Aristotele concorre a precisare in termini di *pistis* la natura del *nomos* (anche se ciò, invero, non implica di necessità che l'equazione, rilevante sul piano della retorica, sia pregnante a livello giuridico-processuale); la logografia attesta sia il principio della pronunciabilità di sentenze anche in assenza di *nomoi* (i quali, quindi, non sono presupposti indefettibili del *dikazein*), sia quello per cui l'opinione giudiziale è formante normativo (paritetico rispetto al *nomos*, se non addirittura poziore).

Alla luce delle osservazioni critiche già contenute nei precedenti paragrafi, quanto segue mira a comporre una visione del sistema ateniese del IV secolo a.C. atta a descrivere con maggior fedeltà alle fonti greche il rapporto esistente tra *nomoi* e *dikazein*.

In primo luogo, è degno di nota che le azioni pubbliche sono espressamente previste come strumenti volti a punire coloro che hanno infranto una legge a protezione o di un interesse super-individuale o di un interesse individuale non agilmente tutelabile dalla persona offesa[17]: i giudici sono (e devono essere) guardiani della legge e il loro ufficio formalizza la disapprovazione di un disvalore punendo gli atti offensivi su cui sono chiamati, a valle del violato *nomos*, a pronunciarsi[18]. Il loro giudizio deve conformarsi ai *nomoi* ed essere imparziale, senza *eleein* (avere pietà), senza mostrare *kharis* (favore) o *eunoia* (benevolenza) od opposti sentimenti come quello di *ekhthra* (inimicizia)[19]. Inoltre, è ferma convinzione nell'Atene del IV secolo a.C. che gli antenati avessero istituito i *dikasteria* non per faide personali, ma per accertare la commissione di atti contro la *polis* e, di conseguenza, sanzionarli in ossequio alle leggi[20].

In secondo luogo, il dovere del cittadino giusto, nella qualità di *ho boulomenos* (pubblica accusa), non è quello di portare a processo coloro che non hanno causato alcuna lesione (anzitutto) alla *polis*; la pubblica accusa deve considerare coloro che hanno violato la legge come nemici personali, ma perseguendo l'interesse pubblico, non il proprio esclusivo. Il principio solonico che permette a *ho boulomenos* di esperire *dikai demosiai* (azioni popolari) per salvaguardare la comunità viene, dunque,

---

[17] C. Pelloso, *Popular Prosecution in Early Athenian Law: the Drakonian Roots of the Solonian Reform*, EHHD, 45 (2014-2015), pp. 9 ss.

[18] Dem. 21.30, 34, 76, 177, 22.57, 24.36, 25.6; Din. 3.16; Aesch. 1.7, 3.7.

[19] Lys. 15.9; Dem. 23.96-7, 57.63.

[20] Aesch. 1.1-2; Dem. 18.123, 23.1; Lys. 31.2, 26.15.

percepito come pietra miliare del sistema arcaico e classico: i *nomoi* (il cui obiettivo è indicare generalmente e astrattamente ciò che può essere fatto e ciò che non deve essere fatto) sono connessi ai *dikastai* (il cui ufficio è punire coloro che hanno commesso *adikemata*) per il medio dell'istituto della 'pubblica accusa volontaria'[21].

Il sostenere che un'azione – tanto privata quanto, *a fortiori*, popolare – potesse essere esperita ad Atene senza concreta violazione di un *nomos* preesistente al processo (in quanto il giudice, discrezionalmente, avrebbe potuto decidere – previa delibazione magistratuale – sulla meritevolezza o meno della tutela richiesta in concreto, divenendo così 'legislatore' *ex post*) presuppone un profondo e pericoloso malinteso concernente le categorie giuridiche ateniesi, tanto grave in verità da risultare quasi incomprensibile: le fonti, del resto, forniscono prova di un assetto inconciliabile con quello delineato dall'approccio 'sociologico' al diritto ateniese o da quello che, negando la sovranità del *nomos*, riduce quest'ultimo a *pistis*.

Diversi sono i concreti esempi di 'atto d'accusa' (*graphe*) che militano nel senso della rigorosa operatività del principio di legalità: un ateniese, come *boulomenos* (così come attore di *dike idia*), promuove il processo ordinario citando la controparte intimandole di comparire in udienza, in vista della fase di *anakrisis*, a data fissa davanti al competente *arkhon*[22]. Tuttavia, questi dichiara *eisagogimos* (procedibile) il caso solo a condizione che, a fronte di un suo primo scrutinio, l'azione superi la prova di ammissibilità, ossia risulti – anzitutto – inquadrabile entro un *nomos gegrammenos*. Elementi costitutivi dell'atto d'accusa sono: il nome del *kategoros-boulomenos*; il nome del *kategoroumenos*; l'indicazione (diretta o indiretta) di uno degli illeciti tipici previsti in un *nomos*; la succinta descrizione dei fatti[23]. Non è necessario invece indicare la pena richiesta, né nel caso di *agones atimetoi* (poiché essa è prescritta a monte e non è modificabile), né in caso di *agones timetoi* (dal momento che essa, in assenza di una esplicita previsione legislativa, va fissata durante la seconda fase del dibattimento)[24].

---

[21] *Ath. Pol.* 9.1; Plut. *Sol.* 18.5; Lyc. 1.6; Dem. 18.281, 283-4, 290-3, 306-9; Lyc. 1.3-4.

[22] And. 1.86; Dem. 24.32, 24.34-8, 32.1, 33.2-3, 35.3, 43.7, 43.15-16, 59.66.

[23] Aesch. 2.14; Ar. *Vesp.* 894-97; *Ath. Pol.* 48.4; Dem. 37.22, 25, 26, 28, 29, nonché Dem. 45.46, 58.43; v., inoltre, Aesch. 3.200; Dem. 18.56, 19.8, 22.34, 23.215-8, 59.17, 59.126; Diog. Laert. 2.40; Hyp. 3.7-8, 29-30; Lys. 13.85-87; Plato *Apol.* 24 b 6 - c 3; Plut. *Alk.* 22.

[24] Aesch. 2.14; Ar. *Vesp.* 894-897; *Ath. Pol.* 48.4; Dem. 25.83, 58.43; Din. 2.12; Dion. Hal. 3.15; *SEG* 33, 679, ll. 27-32.

4. *'Gnome dikaiotate'*

La ricostruzione appena abbozzata nel pregresso paragrafo non è scalfita né dal controverso istituto della *gnome dikaiotate* (*g.d.*), né dalla scarsa quantità di menzioni di *nomoi agraphoi* rinvenibile nel *corpus* degli oratori attici.

Quanto al primo, una clausola inserita nell'*horkos dikastikos* statuisce, nella sua più plausibile formulazione, che si accede al giudizio secondo la *g.d.* (ossia la 'opinione più giusta') 'intorno a ciò per cui non ci sono *nomoi*'[25]. Nel considerare il sistema ateniese come chiuso, legalistico e a fonti formali espresse, la *g.d.* avrebbe funzione solo suppletiva a monte[26]; nel considerare il sistema ateniese come aperto e anche – se non soprattutto – a creazione giudiziale, essa avrebbe funzione – oltre che suppletiva – correttiva e risolutiva[27]: insomma, per entrambe queste correnti, azioni e sentenze potrebbero prescindere dal *nomos* (ossia statuire *contra* o *praeter legem*). Tuttavia, poiché, come già si è sottolineato, un caso controverso poteva essere presentato solo con contestuale produzione in giudizio del *nomos* asseritamente violato, è da ritenere che – a prescindere dalle ipotesi in cui il *nomos* non stabiliva alcuna pena, dovendosi così provvedere mediante *timesis* giudiziale[28] – l'unico (o prevalente) significato da attribuire plausibilmente alla *g.d.* sia il seguente.

---

[25] Dem. 20.118, 23.96-97; v., inoltre, Poll. 8.122; Dem. 39.40-41, 57.63; nonché Arist. *Pol.* 1287 a 26.

[26] H.J. Wolff, *Gewohnheitsrecht und Gesetzrecht in der griechischen Rechtsauffassung*, in E. Berneker (hrsg.), *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, Berlin 1968, p. 119; J. Meinecke, *Gesetzesinterpretation und Gesetzesanwendung*, «Revue internationale des droits de l'antiquité», 18 (1971), pp. 359 s.; M. Talamanca, *Politica, equità e diritto nella pratica giudiziaria attica*, in *Mneme Petropoulou*, vol. II, Athénes 1984, pp. 337 s. e nota 7; Id., *'Ethe' e 'nomos agraphos' nel 'Corpus oratorum Atticorum'*, in L. Bove (a cura di), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Napoli 2008, pp. 24 ss.; Meyer-Laurin, *Gesetz*, pp. 29 s. Tale funzione, come emergerà meglio in corpo di testo, non è supportata dal riferimento nel giuramento alla assenza di *nomoi*: tale clausola, infatti, non può essere intesa nel senso di una instaurazione di giudizio senza allegazione di un *nomos* violato, e quindi può far riferimento a *leges imperfectae*, ossia alla assenza nell'atto normativo generale (prodotto in giudizio) o di specifiche e tassative disposizioni normative idonee a coprire espressamente il caso concreto sottoposto ai giudici o di norme secondarie punitive.

[27] Paoli, *Studi*, pp. 33 ss., 57 ss., oltre a Hirzel, *'Agraphos Nomos'*, p. 51; Vinogradoff, *Outlines*, vol. II, p. 68; Ruschenbusch, *ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΝ ΠΑΝΤΩΝ ΚΥΡΙΟΝ*, p. 268. Invero, non sono attestati casi di conflitti tra ordine positivo e ordine meta-positivo risolti dalla *gnome dikaiotate*; eventuali conflitti tra disposizioni nomiche, definitivamente a partire dall'anno 403-402 a.C. sono sterilizzati a monte a seguito della *dokimasia* e della *anagraphe*, mentre possibili antinomie con fonti nuove vengono risolte dal controllo tesmotetico, nonché dai divieti di pura abrogazione e di abrogazione tacita e, consequenzialmente, dal principio *lex anterior derogat posteriori* (Pelloso, *Coscienza*, pp. 49 s. e nota 103); la funzione correttiva è esclusa dalle costanti rappresentazioni del *nomos* come espressione del *dikaion*.

[28] Pelloso, *'Nullum Crimen'*, pp. 382 ss.

Non è da escludere che accusa o attore inquadrino erroneamente o falsamente il caso in un dato *nomos* (nel senso generale di 'testo di legge scritta' possibilmente composto da una pluralità di disposizioni tra loro correlate). Chi promuove il processo cita una legge irrilevante: in altre parole, si porta dinanzi al tribunale, previa delibazione positiva del magistrato competente, una fattispecie non espressamente prevista da nessuno dei singoli *nomoi*, nel senso particolare di 'articoli di legge'[29], inclusi nel *nomos* inteso quale 'testo di legge'. Così, ciascun *dikastes*, di fronte a un caso non tassativamente coperto dai *grammata* nomici, anche se un *nomos* è stato formalmente invocato (ché diversamente non può essere), deve *dikazein* secondo la *g.d.*, sposando la tesi che meglio dispieghi la *dianoia* (spirito) del legislatore, ossia votare a favore di quel *logos dikanikos* che contenga il miglior ragionamento giuridico. Supponiamo, per esempio, che lo spirito del legislatore sia quello di dar vita in un dato *nomos* a un elenco tassativo e non paradigmatico di atti illeciti (commissivi), tra cui solo a fronte di analogia (ossia incrementandosi il sistema nomico) o di interpretazione estensiva (ossia dilatandosi il senso emergente dalla lettera della legge) la condotta (omissiva) ritenuta illecita dal *kategoros* potrebbe essere annoverata, il *kategoroumenos* va assolto[30]. La *g.d.* è qui l'interpretazione 'più giusta' fornita dall'accusato che, in quanto più rispondente allo spirito della legge, è conforme a ciò che è *dikaion*[31].

Inoltre, un dato caso può essere sottoposto al giudice con produzione di un *nomos* che non definisce esattamente il comportamento presuntivamente illecito ascritto (limitandosi una norma secondaria a punire una fattispecie espressa solo mediante un *nomen iuris* generale, sia senza descrizione chiara e puntuale della condotta, sia senza elenchi esemplificativi o esaustivi)[32]; parimenti l'accusato o la parte convenuta possono fondare la propria difesa su cause di esclusione della condanna non emergenti direttamente dal *nomos* – dallo spettro letteralmente troppo ampio – introdotto da controparte nell'alveo processuale[33]. Aderire alla clausola della *g.d.* ancora una volta significa scoprire l'intenzione reale del legislatore, riempiendo le clausole generali nomiche con il significato più adatto: e ciò anche avendo riguardo ai precedenti, oppure dando un'interpretazione sistematica di più disposizioni tra loro relate. In

---

[29] Dem. 23.60, 24.33, 25.37.

[30] Aesch. 3.252; Lyc. 1.68-74.

[31] Aesch. 3.199; Ant. 5.7, 5.87; Dem. 42.52, 43.34, 43.60, 43.84; 46.28; Is. 2.47, 4.31, 6.65, 8.46, 9.35, 11.18, 11.35; Lys. 9.19, 14.22, 14.42, 14.46. V., sul punto, C. Pelloso, *'Themis' e 'dike' in Omero. Ai primordi del diritto dei greci*, Alessandria 2012, p. 50, nota 43; Id., *Coscienza*, pp. 42 s. e nota 89.

[32] Dem. 39.15-19, 22, 55.12, 55.20.

[33] Dem. 18.194-195, 18.274, 21.43, 52.2, 56.13-20, 42; Hyp. 3.13-22; An. Bekk. I, 283 (*nautike syggraphe*).

altre parole, il giudice, in rispondenza alla *g.d.* (interpretazione più aderente al giusto voluto dal legislatore), deve qualificare il comportamento ascritto in termini di *adikema* (o, al contrario, di *dikaion* se del caso), ove la condotta concreta non venga tassativamente prevista nel *nomos* generale citato dal *kategoros* o dal *diokon*; inoltre quanto rilevato dal convenuto per ottenere una sentenza a lui favorevole deve essere giudicato in termini di *dikaion*, anche se la concreta causa di esclusione della condanna non risulta esplicitata nel *nomos* citato da controparte, a condizione che, pur apparendo il caso particolare ricompreso entro il vasto spettro di operatività di detto *nomos*, tale interpretazione, rispettosa della lettera, sia contraria allo spirito. La *g.d.* qui non è interpretazione letterale del solo testo normativo, ma è disvelamento della *dianoia* legislativa attraverso la precisazione del significato dei *grammata* del *nomos* introdotto in giudizio vuoi alla luce del senso comunemente attribuito al testo, vuoi alla luce di altri *nomoi*.

Il primo o l'unico voto della corte popolare sulla colpevolezza del convenuto, deve essere (come statuisce altra versione, forse solo frutto di retorica, della clausola sacramentale della *g.d.*) imparziale: la *dianoia* nomica (e non la *kharis* o l'*ekhthra* nei confronti dell'una o dell'altra parte processuale) è il target dell'attività dicastica. La *g.d.*, quindi, non è uno standard di giudizio capriccioso, imprevedibile ed extra-giuridico che rimane completamente nelle mani di giudici onnipotenti, non è la coscienza che si oppone o si sostituisce al diritto, l'equità che si oppone al rigore, l'ordine meta-positivo che prevale su quello positivo; così come essa non è criterio creativo per colmare lacune nomiche a monte (cioè per inesistenza del *nomos*) o a valle (cioè per mancata citazione del *nomos*). Poiché i *nomoi* sono sovente equiparati al *dikaion*, assumere che un *quid* sia *dikaiotaton* altro non significa che esso corrisponde completamente allo spirito autentico dei *nomoi*. Poiché la formulazione del giuramento giudiziale nella parte relativa alla *g.d.* non comporta alcun punto di vista soggettivo, la *gnome* non assurge affatto a mera opinione personale (seppur condivisa e maggioritaria), o a una scelta interpretativa flessibile e aperta; la clausola del giuramento si riferisce, infatti, non a un'interpretazione giudiziale *contra legem* (dato che la *g.d.* implica sempre la applicazione del *nomos* citato e non ordini con esso confliggenti) o *praeter legem* (poiché la *g.d.* implica sempre come referente il *nomos*), ma a una interpretazione 'obbligata' della lettera della legge stessa[34].

[34] Tale posizione media tra la ricostruzione della *gnome* come criterio di tipo suppletivo e interpretativo (Biscardi, *Diritto greco*, pp. 361 ss.; J.L. O'Neil, *Was the Athenian 'gnome dikaiotate' a Principle of Equity?*, «Antichthon», 35, 2000, pp. 20 ss.; A. Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge 2006, pp. 72 s.) e quella che la intende come attinente alle *quaestiones facti* (D. Mirhady, *The Dikast's Oath and the Question of Fact*, in A.H. Sommerstein - J. Fletcher, eds., *'Horkos': The Oath in Greek Society*, Exeter 2007,

In definitiva, la clausola che predica, relativamente a quelle ipotesi per cui non vi siano *nomoi*, il *dikazein* da parte dei giudici popolari secondo la *g.d.* va riferita non a processi radicati *sine praevia lege scripta*, ma al giudizio – consistente, in concreto, nella scelta mediante votazione tra due opposti progetti di sentenza – in conformità a quella 'più giusta comprensione nomica', ossia secondo quel 'più giusto ragionamento nomico' la cui paternità va ascritta, più che all'organo giudicante, al logografo.

5. *'Agraphoi nomoi'*

Per quanto riguarda l'impiego dei *nomoi agraphoi* (o *agrapta nomima*) nell'oratoria giudiziaria, esso risulta molto raro e unicamente a sostegno del *nomos gegrammenos* prodotto o citato. Anzitutto, tali *nomoi agraphoi* sono concepiti come un insieme universale di principi e regole che il sistema ateniese ricomprende attraverso una positivizzazione che ne riproduce o ne specifica i contenuti. Per esempio, Demostene invoca il principio di colpevolezza e quello della pietà filiale nei confronti dei genitori: ma giammai i riferimenti al diritto non scritto sono, per l'oratore, *contra legem positam*. In secondo luogo, sia Lisia sia Demostene richiamano un insieme di norme secondarie e sussidiarie emanate da legislatori divini o eroici (come quelle relative alla procedura per la persecuzione dell'omicidio e della empietà), che, facendo parte del sistema positivo ateniese ancorché non versate in un testo scritto, mirano a precisare o integrare le disposizioni normative scritte primarie o secondarie la violazione delle quali sole può giustificare la promozione del processo[35].

Di conseguenza, la rappresentazione aristotelica del processo inclusa nel primo libro della *Rhetorica* si atteggia, anche con riguardo a tale aspetto e non solo per quanto concerne le *pisteis*, a fonte di cognizione altamente inattendibile per la ricostruzione del funzionamento del sistema giudiziario ateniese: oltre ad adottare per *nomos koinos* e *nomos agraphos* concetti totalmente divergenti rispetto a quelli emergenti dal *corpus oratorum*, Aristotele non rispecchia le strategie processuali in atto dinanzi i giudici ateniesi, posto che delinea un contrasto tra ordine positivo e ordine meta-positivo, da risolvere occasionalisticamente secondo logica sofistica, invero non consentaneo alle idee espresse dalla logografia e condivise tra i cittadini ateniesi[36].

---

pp. 48 ss.; A.H. Sommerstein, *The Judicial Sphere*, in A.H. Sommerstein - A.J. Bayliss, eds., *Oath and State in Ancient Greece*, Göttingen 2013, pp. 69 s.).

[35] Dem. 18.274-5, 23.70, 25.65-6; Lys. 6.10; Xen. *Mem.* 4.4.19.

[36] Arist. *Rhet.* I.15.5-11.

In tal contesto, peraltro, *a latere* dei due suvvisti significati principali che si riscontrano nei *logoi* giudiziari, si può facilmente comprendere la portata del divieto in vigore nel IV secolo a.C., diretto ai soli magistrati (e non a giudici e a oratori), di impiegare il *nomos agraphos*. Dopo la caduta dei tiranni e il restauro della democrazia radicale, a partire dall'anno 403 a.C. ogni magistrato dotato di potere giurisdizionale era autorizzato a *eisagein* azioni private e popolari solo se fondate sul 'sistema nomico scritto': il corpo dei *nomoi* risultante dalla *dokimasia* (esame) e dalla *anagraphe* (pubblicazione) rappresentava l'imprescindibile cornice di riferimento per qualsiasi azione giudiziaria[37]. In altre parole, un caso poteva essere sottoposto alla corte popolare (o ad altri tribunali) solo se uno dei *nomoi* del VI o del V secolo a.C. *anagegrammenoi* a seguito della predetta *dokimasia* (oppure uno dei *nomoi* entrati in vigore dopo il 403 a.C. nel rispetto dei principi della nuova procedura nomotetica[38]) era stato prodotto in quanto asseritamente violato: al dovere imposto ad accusa e attore di citazione del *nomos* scritto violato corrispondeva il divieto imposto alle *arkhai* di dichiarare la procedibilità di casi 'a-nomici'. In seno a un processo ordinario, solo dopo il superamento della prova di ammissibilità condotta in *anakrisis*, l'argomentazione logografica dinanzi ai giudici avrebbe potuto essere corroborata da ulteriori e pertinenti *nomoi agraphoi*, disposizioni di principio comuni o regole di fonte non-umana non oggetto di formale inclusione nel *corpus* nomico scritto[39].

6. *Conclusioni*

Come già emerso, la *basileia* del *nomos* non era solo un motto invocato dinanzi ai tribunali ateniesi con fini puramente retorici, come potrebbero far pensare le qualifiche dei giudici in termini di 'custodi del sistema nomico', oltre, ovviamente, ai ripetuti richiami al *nomos* come imprescindibile criterio di determinazione del *bios politikos*[40]. Essa era, invece, un principio immanente al sistema dell'Atene dell'età degli oratori.

In primo luogo, l'*horkos heliastikos* non solo formalizzava tale principio in quella prima clausola in base alla quale ogni giudice era tenuto sa-

---

[37] And. 1.81-89, con M. Canevaro - E.M. Harris, *The Documents in Andocides' On the Mysteries*, «The Classical Quarterly», 62 (2012), pp. 98 ss.

[38] M. Canevaro, *'Nomothesia' in Classical Athens. What Sources Should We Believe?*, «The Classical Quarterly», 63 (2013), pp. 139 ss., 143 ss., 156 ss.; Id., *The Documents in the Attic Orators: Laws and Decrees in the Public Speeches of the Demosthenic 'corpus'*, Oxford 2013, pp. 80 ss., 102 ss.; Pelloso, *Coscienza*, pp. 49 s. e nota 103.

[39] Pelloso, *'Nullum Crimen'*, pp. 377 ss. e nota 53.

[40] Aesch. 1.1-2, 179, 3.6, 3.23; Dem. 18.278, 18.283-284, 18.290-293, 18.306-309, 23.1, 23.97, 23.190, 24.215-216; Hyp. 6.25; Lyc. 1.4-6; Lys. 2.19, 26.15, 31.2; Thuc. 2.37.

cralmente a votare secondo i *nomoi* in vigore (e, quale fonte subordinata, secondo gli *psephismata*), ma lo presupponeva altresì, implicitamente, nella clausola della *g.d.*, ove quest'ultima sia letta non come criterio 'creativo' suppletivo o correttivo (in antitesi al *nomos*), ma come solo 'criterio' esplicativo della *dianoia* nomica (in sinergia e dialogo, dunque, con la prima clausola).

In secondo luogo, non è da sottacere come i giudici ateniesi giurassero non solo di ascoltare entrambe le parti in contraddittorio secondo il principio delle armi pari, ma anche di prendere in considerazione esclusivamente le questioni di fatto e, conseguentemente, di diritto rilevanti per la causa, così da emanare una sentenza che non fosse ultronea rispetto ai limiti precisati nell'atto di accusa o nella domanda giudiziale (*dioxis*)[41]: tali clausole, insomma, non permettono né di qualificare il processo ateniese addirittura come pretesto per vendette personali, né di qualificare il *nomos* come mero mezzo di prova o forma di persuasione, né di attribuirgli lo statuto eccezionale di 'formaler Beweis'.

La lettera del giuramento contrasta nettamente con l'approccio di coloro che, seppur da differenti prospettive e con esiti non esattamente sovrapponibili, sostengono come le considerazioni di natura politica o relative al prestigio sociale emergenti dalla logografia fossero il vero cuore del giudizio: al contrario, quando un oratore in relazione a un processo pubblico si riferisce allo *status* del suo avversario, fa presente che questo non deve influenzare il giudizio della corte. La sovranità del *nomos* – neppure scalfita dalla *g.d.* (priva delle supposte funzioni suppletoria, correttoria e risolutoria di antinomie nomiche) e dai *nomoi agraphoi* (oggetto di impieghi logografici solo *ad adiuvandum*) – implicava che nessun contegno umano potesse essere punito come *adikema* in assenza della violazione di un previo *nomos* scritto entro cui sussumere la fattispecie concreta: la necessaria allegazione processuale del *nomos* da parte del *kategoros* o del *diokon* escludeva che il giudice potesse pronunciarsi liberamente e arbitrariamente, così come la prima clausola dell'*horkos dikastikos* attribuiva al *nomos* una funzione fondante il *dikazein* stesso (e non limitante di un potere giudiziale altrimenti del tutto discrezionale); l'argomentazione logografica non poteva essere fonte di una creazione giudiziale *ex post*, così come la *g.d.* si risolveva non in un principio di autentico *judge-made law*, ma in un criterio complementare e ausiliario rispetto a quello della *basileia* del *nomos*, ossia in un criterio limitante (e non fondante) il potere giudiziale, che già di per sé presupponeva, in modo imprescindibile, il *nomos*.

---

[41] P.J. Rhodes, *Keeping to the Point*, in E.M. Harris - L. Rubinstein (eds.), *The Law and the Courts in Ancient Greece*, London 2004, pp. 137 ss.; Harris, *The Rule of Law*, p. 114; Pelloso, *'Nullum Crimen'*, p. 360 e nota 16, 384 e nota 64.

In definitiva pare chiaro che il sistema nomico democratico non sia affatto un sistema aperto tra i cui formanti possa annoverarsi una dottrina delle corti creativa. Atene è un sistema chiuso a fonti di produzione del diritto espresse e tipiche: il *nomos* non si presenta né come pretesto né come mezzo di prova (vuoi libera, vuoi legale); esso è il solo fondamento e presupposto dell'attività giudicante. Anzi, il giudice popolare neppure 'decide', se decidere significa rinvenire o creare la regola di diritto atta a risolvere il caso della vita controverso sottoposto[42]: i dicasti scelgono, e senza potere di emendamento, tra due 'proposte di sentenza' i cui contenuti sono predeterminati dal logografo. Dunque, ad Atene, il *nomos* – e non il giudice – è *basileus*. Ma spesso, il re – in assenza di norme definitorie, di formulazioni chiare e concise, nonché di norme secondarie punitive – si presenta nudo: ed è il vero decidente del sistema ateniese, ossia il logografo, che copre il re nudo, rinvenendo tra i *nomoi* scritti la regola di diritto applicabile al caso controverso, interpretando le disposizioni primarie secondo *g.d.* (ora con enfasi dei soli *grammata* nomici, ora attraverso una lettura sistematica, ora a valle di precedenti), nonché integrando le disposizioni prive di sanzioni mediante proposta che più si avvicini alla *ratio* punitiva del legislatore.

[42] Sulla distinzione tra 'giudicare' e 'decidere', v. M. Talamanca, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. Piro (éd.), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, Soveria Mannelli 1999, pp. 142 ss.; Id., *'Ethe'*, pp. 24 ss.