

DIKE

RIVISTA DI STORIA DEL DIRITTO GRECO ED ELLENISTICO

24

2021

DIKE

RIVISTA DI STORIA DEL DIRITTO GRECO ED ELLENISTICO

DIRETTORE ONORARIO

Eva Cantarella, già Università degli Studi di Milano (eva.cantarella@unimi.it)

DIRETTORI

Michele Faraguna, Università degli Studi di Milano (michele.faraguna@unimi.it)

Alberto Maffi, già Università degli Studi di Milano Bicocca
(alberto.maffi @unimib.it)

Philipp Scheibelreiter, Università di Vienna (philipp.scheibelreiter@univie.ac.at)

COORDINATORE

Laura Pepe, Università degli Studi di Milano (laura.pepe@unimi.it)

COMITATO DI REDAZIONE

Lorenzo Gagliardi, Università degli Studi di Milano (lorenzo.gagliardi@unimi.it)

Laura Pepe, Università degli Studi di Milano (laura.pepe@unimi.it)

COMITATO SCIENTIFICO

David Cohen (Stanford University)
Edward Cohen (University of Pennsylvania)
Athina Dimopoulou (Panepistimio Athenon)
Martin Dreher (già Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg)
Michael Gagarin (già University of Texas at Austin)
Kaja Harter-Uibopuu (Universität Hamburg)
Paulin Ismard (Université de Marseille)
Anna Magnosto (Università di Pisa)
Bernhard Palme (Universität von Wien)
Emanuele Stolfi (Università di Siena)
Gerhard Thür (Österreichische Akademie der Wissenschaften)
Stephen Todd (University of Manchester)
Julie Velissaropoulos-Karakostas (già Panepistimio Athenon)
Robert W. Wallace (Northwestern University, Evanston)

DIKE

RIVISTA DI STORIA DEL DIRITTO GRECO ED ELLENISTICO
24, 2021

INDIRIZZI EMAIL DEI CONTRIBUTORI DI QUESTO VOLUME

Eva Cantarella: eva.cantarella@unimi.it

Alberto Maffi: alberto.maffi@unimib.it

Miriam Valdés Guía: mavaldes@ucm.es

Donatella Erdas: donatella.erdas@unimi.it

Dietmar Schanbacher: dietmar.schanbacher@tu-dresden.de

Ricardo Quintas: ricardombquintas@gmail.com

Editore Montabone

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Milano.

Indice

Articoli

<i>Eva Cantarella, Alberto Maffi</i> Editoriale	3
<i>Miriam Valdés Guía</i> <i>Atimoi and agogimoi. Reflections on debt slavery in archaic Athens</i>	5
<i>Donatella Erdas</i> I <i>nautodikai</i> . Note su una magistratura ateniese tra cause di <i>xenia</i> e giurisdizione sugli <i>emporoi</i>	33
<i>Dietmar Schanbacher</i> Theophrast zur Vertragsgerechtigkeit beim Kauf	63
<i>Ricardo Quintas</i> O direito processual na Gortina do século V a.C. : o juiz e a prova	83

EVA CANTARELLA – ALBERTO MAFFI

Editoriale

Nella Presentazione della rivista, con cui si apriva il primo numero di “Dike” (1998), dopo aver ricordato la fondazione della Società per lo studio del diritto greco ed ellenistico, avvenuta nel 1971, in occasione del I Symposium, ad opera di H.J. Wolff, J. Méléze Modrzejewski e A. Biscardi, scrivevamo che :“pur non essendo un organo o una filiazione diretta della Società”, Dike era “nata in qualche modo nella sua orbita” (p. 6), sottolineando che essa “intendeva costituire un luogo di dibattito permanente tra giuristi e non giuristi, al fine di far progredire le nostre conoscenze del pensiero giuridico, quale si è manifestato, più o meno esplicitamente, nelle istituzioni storiche e nella riflessione storica degli antichi Greci” (p. 7).

A distanza di 25 anni il consistente numero di citazioni nella letteratura scientifica degli articoli pubblicati in “Dike” ci induce a ritenere, da un canto, che la rivista sia riuscita ad assolvere questo compito in modo tutto sommato soddisfacente e, d’altro canto, che lo scopo che ci eravamo prefissi mantenga la sua attualità.

Infatti, nonostante le difficoltà che lo studio storico del diritto incontra nelle Università di molti paesi, anche di antica tradizione, l’interesse per il diritto greco antico non è andato scemando. A dimostrarlo stanno, a livello internazionale, il regolare svolgimento biennale (salvo impedimenti esterni) dei Symposia di diritto greco, in cui, accanto a studiosi di fama consolidata, siedono di volta in volta nuovi partecipanti¹; e, a livello nazionale, per limitarsi all’ Italia, il moltiplicarsi dei corsi di diritto greco dopo quello pionieristico istituito da Arnaldo Biscardi, dapprima a Siena poi a Milano.

Nell’intento di venire meglio incontro all’accresciuto interesse per il diritto dell’antica Grecia abbiamo ritenuto opportuno condividere la Direzione della rivista con due affermati studiosi della materia. Nella nuova struttura direttiva, che entra in funzione da questo numero, Eva Cantarella, riveste la carica di Direttore onorario, mentre la Direzione operativa è assunta, oltre che da Alberto Maffi, da Michele Faraguna, Professore di Storia greca presso l’Università degli Studi di Milano e da Philipp Scheibelreiter, Professor für Antike Rechtsgeschichte und Römisches Recht an der Universität Wien. Nella certezza che i due valenti Colleghi potranno contribuire in modo decisivo al nuovo slancio che ci proponiamo di dare alla rivista, li ringraziamo sentitamente per aver accettato l’incarico.

Abbiamo inoltre confermato come responsabili della Redazione della rivista i proff. Gagliardi e Pepe del Dipartimento di Diritto privato e Storia del

1 I Symposia sono reperibili al seguente indirizzo:
<http://epub.oeaw.ac.at:8000/beucher/files/TuraAntiqua>

diritto dell'Università degli Studi di Milano, ai quali esprimiamo il nostro più vivo ringraziamento. Infine, abbiamo deciso, d'accordo con i nuovi Direttori, di rinnovare la composizione del Comitato Scientifico che collabora con la Direzione, invitando giovani studiosi di comprovate capacità ad affiancare i membri che già ne facevano parte. Ci rallegriamo che tutti abbiano accettato. Confidando che le novità introdotte possano suscitare un rinnovato interesse nel pubblico dei lettori, auguriamo alla nuova « Dike » di proseguire con successo la sua missione di promuovere gli studi giusgrecistici e di costituire una feconda sede di dibattito fra gli studiosi.

Eva Cantarella

Alberto Maffi

MIRIAM VALDÉS GUÍA UCM*

Atimoi and agogimoi. Reflections on debt slavery in archaic Athens

Abstract

Debt enslavement of Athenians before Solon's *Seisachtheia* is well documented. The main sources are Solon (fr. 4 and 36 W), Aristotle ([Arist.] *Ath. Pol.* 2.2.) and Plutarch (*Sol.* 13.2-3), among others. However, there are discrepancies between the sources and many doubts about this topic. Solon's law of amnesty (Plut. *Sol.* 19.4) was probably part of the measures aimed at eliminating debt slavery. The intention here is to shed further light on this issue by analysing the meaning of *atimos* and *agogimos* in relation to the situation of debtors at the time.

La riduzione in schiavitù per debiti di Ateniesi prima della *seisachtheia* di Solone è ben documentata. Le principali fonti sono Solone (fr. 4 e 36 W), Aristotele ([Arist.] *Ath. Pol.* 2.2.) e Plutarco (*Sol.* 13.2-3). Tuttavia vi sono discordanze tra le fonti e, di conseguenza, molti dubbi riguardo a questo tema. La legge di Solone sull'amnistia (Plut. *Sol.* 19.4) faceva probabilmente parte delle misure miranti a eliminare la schiavitù per debiti. Lo scopo che qui si persegue è di fare più luce sulla questione analizzando il significato di *atimos* e di *agogimos* in relazione alla situazione dei debitori del tempo.

“Debt bondage or debt slavery [...] is the most common form of modern slavery. Despite this, it is the least known. Debt bondage occurs when a person is forced to work to pay off a debt. They are tricked into working for little or no pay, with no control over their debt. Today the International Labour Organisation estimates that around 50% of victims of forced labour in the private economy are affected by debt bondage – around 8 million people worldwide”.¹

1. -Introduction

In Antiquity, debt was one of the main ways of being reduced to slavery in many places, including ancient Greece.² In Athens, this situation occurred on a massive scale during

* This research has been aided by the Spanish Ministry of Science and Innovation, Project PID2020-112790GB-I00. I would also like to thank the anonymous reviewers of this text for their corrections and suggestions.

¹ According to Anti-slavery (<https://www.antislavery.org/>), the oldest international human rights organisation in the world, founded in 1939, in the article, “What is bonded labour?” (<https://www.antislavery.org/slavery-today/bonded-labour/#:~:text=Also%20known%20as%20debt%20bondage,no%20control%20over%20their%20debt>; consulted 12 Nov. 2020). See also the UN Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (1956) (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx>; consulted 16 Nov. 2021). For the contemporary debate on practices analogous to slavery: Forsdyke 2021, 18-21, 41-47.

² Finley 1981, 150-166. Ste. Croix 1981, 136-137, 162 ff. More recently: Zurbach 2017; Blok & Krul 2017.

the crisis preceding Solon's reforms, at the end of the 7th and at the beginning of the 6th century. Solon himself broaches this subject in his poems,³ mentioning how he freed the people from their slavery, while pointing out that some were sold abroad, other indebted citizens fled and yet others "suffered shameful servitude (δουλίην) at home" (in Attica):

ἐγὼ δὲ τῶν μὲν οὖνεκα ζυνήγαγον
 δῆμον, τί τούτων πρὶν τυχεῖν ἐπαυσάμην;
 συμμαρτυροίη ταῦτ' ἂν ἐν δίκῃ Χρόνου
 μήτηρ μεγίστη δαιμόνων Ὀλυμπίων
 ἄριστα, Γῆ μέλαινα, τῆς ἐγὼ ποτε
 ὄρους ἀνεῖλον πολλαχῆι πεπηγότας,
 πρόσθεν δὲ δουλεύουσα, νῦν ἐλευθέρη.
 πολλοὺς δ' Ἀθήνας πατρίδ' ἐς θεόκτιτον
 ἀνήγαγον πραθέντας, ἄλλον ἐκδίκως,
 ἄλλον δικαίως, τοὺς δ' ἀναγκαίης ὑπὸ
 χρειοῦς φυγόντας, γλῶσσαν οὐκέτ' Ἀττικὴν
 ἰέντας, ὡς δὴ πολλαχῆι πλανωμένους·
 τοὺς δ' ἐνθάδ' αὐτοῦ δουλίην ἀεικέα
 ἔχοντας, ἦθη δεσποτέων τρομεομένους,
 ἐλευθέρους ἔθηκα. ταῦτα μὲν κράτει
 ὁμοῦ βίην τε καὶ δίκην ζυναρμόσας
 ἔρεξα, καὶ διήλθον ὡς ὑπεσχόμην·
 θεσμοὺς δ' ὁμοίως τῶι κακῶι τε κάγαθῶι
 εὐθεῖαν εἰς ἕκαστον ἀρμόσας δίκην
 ἔγραψα. [...]

But as for me, why did I stay me ere I had won that for which I gathered the commons? Right good witness shall I have in the court of Time, to wit the Great Mother of the Olympian Gods, dark Earth, whose so many fixed landmarks I once removed, and have made her free that was once a slave. Aye, many brought I back to their God-built birthplace, many that had been sold, some justly, some unjustly, and others that had been exiled through urgent penury, men that no longer spake the Attic speech because they had wandered so far and wide; and those that suffered shameful servitude at home, trembling before the whims of their owners, these made I free men. By fitting close together right and might I made these things prevail, and accomplished them even as I said I would. And ordinances I wrote, that made straight justice for each man, good and bad alike. [...]⁴

In addition to Solon himself,⁵ the main sources describing the situation at the time are Aristotle's *Athenaion Politeia* and Solon's life in Plutarch:

[2] ἦν γὰρ αὐτῶν ἡ πολιτεία τοῖς τε ἄλλοις ὀλιγαρχικὴ πᾶσι, καὶ δὴ καὶ ἐδούλευον οἱ πένητες τοῖς πλουσίοις καὶ αὐτοὶ καὶ τὰ τέκνα καὶ αἱ γυναῖκες; καὶ ἐκαλοῦντο πελάται καὶ ἐκτίμοροι: κατὰ ταύτην γὰρ τὴν μίσθωσιν ἠργάζοντο τῶν πλουσίων τοὺς ἀγρούς (ἡ δὲ πᾶσα γῆ δι' ὀλίγων ἦν), καὶ εἰ μὴ τὰς μισθώσεις ἀποδιδόειν, ἀγώγιμοι καὶ αὐτοὶ καὶ οἱ παῖδες ἐγίγνοντο: καὶ οἱ δανεισμοὶ πᾶσιν ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἦσαν μέχρι Σόλωνος: οὗτος δὲ

³ Sol. Fr. 4 W.

⁴ Sol. Fr. 36 W. Trans. J. M. Edmonds.

⁵ For Solon's poems, see Noussia-Fantuzzi 2010, with a discussion on their authenticity.

πρῶτος ἐγένετο τοῦ δήμου προστάτης.

[2] For the Athenian constitution was in all respects oligarchical, and in fact the poor themselves and also their wives and children were actually in slavery to the rich; and they were called Clients, and Sixth-part-tenants (for that was the rent they paid for the rich men's land which they farmed, and the whole of the country was in few hands), and if they ever failed to pay their rents, they themselves and their children were liable to arrest; and all borrowing was on the security of the debtors' persons down to the time of Solon: it was he who first became head of the People.⁶

[2] τότε δὲ τῆς τῶν πενήτων πρὸς τοὺς πλουσίους ἀνωμαλίας ὥσπερ ἀκμὴν λαβούσης παντά πασιν ἐπισφαλῶς ἢ πόλις διέκειτο, καὶ μόνως ἂν ἐδόκει καταστῆναι καὶ παύσασθαι ταραττομένη τυραννίδος γενομένης. ἅπας μὲν γὰρ ὁ δῆμος ἦν ὑπόχρεως τῶν πλουσίων. ἢ γὰρ ἐγεώργουν ἐκείνοις ἕκτα τῶν γινομένων τελούντες, ἐκτημόριοι προσαγορευόμενοι καὶ θῆτες, ἢ χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἀγώγιμοι τοῖς δανείζουσιν ἦσαν, οἱ μὲν αὐτοῦ δουλεύοντες, οἱ δ' ἐπὶ τὴν ξένην πιπρασκόμενοι. [3] πολλοὶ δὲ καὶ παῖδας ἰδίους ἠναγκάζοντο πωλεῖν (οὐδεὶς γὰρ νόμος ἐκόλυε) καὶ τὴν πόλιν φεύγειν διὰ τὴν χαλεπότητα τῶν δανειστῶν. οἱ δὲ πλεῖστοι καὶ ῥωμαλεώτατοι συνίσταντο καὶ παρεκάλουν ἀλλήλους μὴ περιορᾶν, ἀλλ' ἐλομένους ἓνα προστάτην ἄνδρα πιστὸν ἀφελέσθαι τοὺς ὑπερημέρους καὶ τὴν γῆν ἀναδάσασθαι καὶ ὅλως μεταστῆσαι τὴν πολιτείαν.

[2] At that time, too, the disparity between the rich and the poor had culminated, as it were, and the city was in an altogether perilous condition; it seemed as if the only way to settle its disorders and stop its turmoils was to establish a tyranny. All the common people were in debt to the rich. For they either tilled their lands for them, paying them a sixth of the increase (whence they were called Hectemioi and Thetes), or else they pledged their persons for debts and could be seized by their creditors, some becoming slaves at home, and others being sold into foreign countries. [3] Many, too, were forced to sell their own children (for there was no law against it), or go into exile, because of the cruelty of the money-lenders. But the most and sturdiest of them began to band together and exhort one another not to submit to their wrongs, but to choose a trusty man as their leader, set free the condemned debtors, divide the land anew, and make an entire change in the form of government.⁷

This subject has been dealt with elsewhere, distinguishing, as Plutarch and other contemporary authors do,⁸ between indebted landowners and *thetes/hektemoroi*,⁹ generally ἀκλήροι/ἄοικοι – or whose landholdings were insufficient for subsistence –¹⁰

⁶ [Arist.] *Ath. Pol.* 2.2. Trans. H. Rackham.

⁷ Plut. *Sol.* 13.2-3. Trans. Bernadotte Perrin (for all translations of this work).

⁸ E.g., Welwei 1992, 150-163; Gallo 1999 (this author also recognises these two situations in [Arist.] *Ath. Pol.* 2.2; cf. Faraguna 2012, 175); Valdés 2006; 2007b; 2014; Paiaro 2013; Zurbach 2013, 971.

⁹ *Hektemoroi* as sharecroppers who, therefore, did not own the land that they worked: Andrewes 1982, 378; Kirk 1977; Zurbach 2013, 971. *Hektemoroi* as *thetes*: Sakellariou 1979; Valdés 2006; 2014. For *thetes* in general: Bravo 1991/92-1992/93; Valdés 2019b.

¹⁰ A *thes* defined as a man without *kleros* (ἀνδρὶ παρ' ἀκλήρῳ: Hom. *Od.* 11.489-90) or a home/property (ἄοικον): Hes. *Op.* 600-603. See Rougier-Blanc 2014, 108-110. For van Wees, *hektemoroi* were similar to *thetes*, or hired labourers, while recognising that both were possibly minor landowners, although this would not have been enough to allow them to live independently: van Wees 1999: 24. Thus, the only data we have on the *thetes before Solon* (in Homer and Hesiod) point to a population below subsistence level, without property or with very little property, who have to hire themselves out as wage labourers. From Solon onwards, a new meaning of the term "*thetes*" as a member of census class (without losing the original meaning

and more often than not employed as sharecroppers in precarious working conditions¹¹. So, there were two initial situations: *thetes/hektemoroi* or sharecroppers “without land” and indebted landowners who had failed to repay their debts. Many small and medium landowners at the time ran up debts and ended up becoming “debt slaves”.¹² The focus will be placed here on the latter, although the situation of *thetes/hektemoroi* will also be covered.

Before continuing, however, it is necessary to distinguish, following Harris,¹³ between being reduced to “slavery by debts”, in the literal and legal sense (being sold, generally abroad, as a slave) and “debt bondage”. At that time (the 7th and early 6th century), however, barriers and citizenship would have been in the process of being defined.¹⁴ According to Harris, debt slavery in Athens ceased with Solon’s reforms, but not “debt bondage” which was not regulated by Athenian law. Be that as it may, in the laws of Gortyn the figure of the “debt bondsman” did indeed exist, viz. the *katakeimenos*.¹⁵ In ancient Greece there was no word for “serf”, legally free but subjugated to a certain type of servitude (o bondage), but the Greeks themselves defined this type of slavery,

of wage-earner or labourer) begins. From then on, the *thetes* as a census class would also include those with small landholdings that allowed self-sufficiency (probably under 3.6 hectares or 40 *plethra* approx., and therefore do not produce up to 200 measures ascribed to them by [Arist.] *Ath. Pol.* 7.4, but considerably less): see arguments in Gallego-Valdés 2010; Valdés 2022; *contra*: van Wees 2006; 2013. For *thetes* see also Valdés 2014; 2019.

¹¹ See Kirk 1977; Valdés 2006, nn. 75 and 76 (with more bibliography). They probably received only one sixth of the harvest as *hektemoroi*. In Hesychius (s.v. *hektemoroi*), Photius (s.v. *pelatai*), Pollux, 7.151, and Eustatius, *Comm. Od.* XIX 28, p. 1854, 31, *hektemoroi* apparently received only one sixth of the production. According to Plutarch (13.4) and Hesychius (s.v. *epimortos*), however, as they only paid one sixth, they received five sixths. See bibliography in Valdés 2006, 157; 2014.

¹² Some authors have confused the situation of *hektemoroi* (or *thetes*) with that of indebted owner farmers (Lêveque 1979; Ste. Croix 2004, 119-127, but differently in 109-118, and recently Roubineau 2007; see Faraguna 2012, 180). At the other extreme, some authors believe that all ploughmen in Attica were only considered to be landless labourers, sharecroppers, tenants or, at best, with some land of their own, but not enough to survive independently: Foxhall 1997, 128-129; van Wees 1999, esp. 18-24; 2006, 360-367. For the importance of indebtedness in the pre-Solonian crisis: Roubineau 2007, 205-207; Welwei 2005 (this author has postulated numerous causes for such indebtedness not necessarily linked to the small property crisis); Zurbach 2013, 969 ff. Valdés 2019.

¹³ Harris 2002. Followed, with nuances, by Zurbach 2014.

¹⁴ Regarding laws on slaves with Solon: Mactoux 1986. On citizenship: Manville 1990. For Solon: Blok-Lardinois 2006.

In the Gortyn Code, a *katakeimenos* could be a free person or a slave (given in debt bondage to a temporary master). See *IC IV*, 41 v.4-vi.16; *IC IV* 72, esp. I-56-ii.2 (Gortyn Code). Harris 2002, 418-419; Kristensen 2004; Zurbach 2017, 469. Lewis 2018, 74-75, 154-156. For the Gortyn Code: Maffi 2003.

as “between slavery and freedom”.¹⁶ In any case, as Finley pointed out, “debt bondage” was a way of creating a massive, cheap labour force for mainly working the land.¹⁷

The intention here is to show how this system worked in Athens before Solon. I will also examine the situation of the “slaves and/or debt bondsmen” in relation to that of the *thetes/hektemoroi* appearing in the sources.¹⁸ This makes it necessary to examine Solon's Amnesty Law which, in my opinion, has an important bearing on this issue and on the Solonian *Seisachtheia*.

A few years ago, I argued that, in archaic Athens before Solon, debtors who did not pay up found themselves in that legal situation, *atimia*,¹⁹ which consequently led to their “loss of citizenship rights”. *Atimia* was also the penalty for public debtors in classical times.²⁰ Thus, it is interesting to explore the possibility, suggested by Humphreys, that pre-Solonian debtors, both public *and private*, who did not repay their debts in the prescribed time were declared *atimoi*, as with their families and also their properties. *Atimia* would have entailed the confiscation of land (as occurred with public debtors in classical Athens). In the archaic law on bribery mentioned by Demosthenes, property

¹⁶ Poll. 3.83; Lotze 1959; Papazoglu 1993; Harris 2002; Zurbach 2014. Against the use of the term “serf” in ancient Greece: Finley 1981, 176. In favour: Ste. Croix 1981, 135-139; see also Hunt 2017. For pre-Solonian *thetes*, such as those “between freedom and slavery”: Harris 2002. This type of slavery is what Garlan calls “communal internal dependencies” (communal slaves or serfs), as opposed to “chattel slavery” (Garlan 1995[1982], 93ff.; also in Finley 1981, 116 ff.; Lotze 1959; Vidal-Naquet 1992[1990], 46-56), although the Greeks themselves could call both *douloi* (Vlassopoulos 2011, 120). For a critique of Finley’s claim that it was not until the 6th century that a distinction was drawn between free people and slaves in ancient Greece, whereas before that a “hierarchy of statuses” (also with criticism of this concept) would have been in force, as in the Near East: Lewis 2018, esp. 72-76, 82 ff. This author follows Harris’ criticism of Finley’s postulates: Harris 2012 (concerning Homeric and Hesiodic slavery).

¹⁷ Debt created widespread dependency among workers, who became “like slaves”: Finley 1981, 120; Zurbach 2009; 2013, 970 (the idea of transforming one’s status: 972). But see Lewis in the previous note.

¹⁸ Aristotle alludes to *thetes* (see *supra* in text), identifying them with *pelatai*, while Plutarch (see *supra* in text) mentions *thetes* identifying them as *hektemoroi*. *Pelatai* resembling *thetes* in other sources: Poll. 3.82: πελάται δὲ καὶ θῆτες ἐλευθέρων ἐστὶν ὀνόματα διὰ πενίαν ἐπ’ ἀργυρίῳ δουλευόντων (*pelatai* and *thetes*: “freemen who serve for money because of their poverty”). See also Poll. 3.110-111. The Photius lexicon (Phot. s.v. πελάται) identifies *pelatai* with *thetes* and *hektemoroi*, while also pointing out that *pelatai*, due to their poverty, had to serve as slaves (δουλεύοντες) in exchange for a salary. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.9.2-3 (see *infra* in text).

¹⁹ Valdés 2007, taking up a thesis proposed by Humphreys 1991, 33-34. Humphreys suggests “that attic magistrates had been using *atimia* too freely as a penalty in arbitrary judgements that did not have the support of public opinion” and “indebted small farmers may have been declared *atimoi* by their creditors [...], as may debtors who had fled into exile” (p. 34).

²⁰ For state debtors whose property was confiscated in classical times: And. 1. 73 ff.; Pl. *Gorg.* 486b-d and 508c-d; Krateros *FGrHist* 342 F 5; Dem. 23.62; Dem. 21.113. Dem. 9.44. Hansen 1976, 55 ff.; Kamen 2013, 75-81. Youni 2019. In any case, the “loss of citizenship rights” was different in both periods (the 7th century BC and classical times): see *infra* in text.

was referred to precisely as an object of *atimia*, in addition to people (convicts and their descendants).²¹

There has been much debate on Solon's Amnesty Law, which several authors believe formed part of the *Seisachtheia*, literally the “shaking-off of burdens”.²² In these pages, I try to reinforce this view. Let us begin by examining the law.

2. -Solon’s Amnesty Law and the *atimia* penalty

In Plutarch, the law states the following:

“ἀτίμων ὅσοι ἄτιμοι ἦσαν πρὶν ἢ Σόλωνα ἄρξαι, ἐπιτίμους εἶναι πλὴν ὅσοι ἐξ Ἀρείου πάγου ἢ ὅσοι ἐκ τῶν ἐφετῶν ἢ ἐκ πρυτανείου καταδικασθέντες ὑπὸ τῶν βασιλέων ἐπὶ φόνοφ ἢ σφαγαῖσιν ἢ ἐπὶ τυραννίδι ἔφευγον ὅτε ὁ θεσμός ἐφάνη ὅδε.”

‘As many of the disfranchised as were made such before the archonship of Solon, shall be restored to their rights and franchises, except such as were condemned by the Areiopagus, or by the ephetai, or in the prytaneium by the kings, on charges of murder or homicide, or of seeking to establish a tyranny, and were in exile when this law was published.’²³

There is also an important ongoing debate on the meaning of *atimos* at the time. This law is one of the few examples, along with that of tyranny ([Arist.] *Ath. Pol.* 16.10) and other possible archaic regulations (Dem. 23.62; 21.113),²⁴ of the application of *atimia* as a legal penalty in Athens during that period. There has been much controversy over the meaning of *atimia* and *atimos*. Swoboda postulated a change in the meaning from “outlaw” to “deprived of citizen rights” between archaic and classical times.²⁵ Several authors have subsequently endorsed this theory, although they do not concur on the dates of that change.²⁶ Other authors have questioned this change in, or attenuation of,

²¹ ἐάν τις Αθηναίων λαμβάνη παρά τινος, ἢ αὐτὸς διδῶ ἑτέρω, ἢ διαφθείρη τινὰς ἐπαγγελλόμενος, ἐπὶ βλάβη τοῦ δήμου ἢ ἰδίᾳ τινὸς τῶν πολιτῶν, τρόπῳ ἢ μηχανῇ ἥτινιοῦν, **ἄτιμος ἔστω καὶ παῖδες καὶ τὰ ἐκείνου**: Dem. 21.113 (also in Draco’s homicide law in Dem. 23.62: **εἶναι καὶ παῖδας ἀτίμους καὶ τὰ ἐκείνου**). See MacDowell 1983, 74-75; Canevaro 2013,

233 (law of bribery), 91-93 (the entrenchment clause); (ἄτιμα) τὰ ἐκείνου must be the opposite of τὰ χρήματα ἐπίτιμα (Dem. 23.44), as Hansen observed (1976, 77-78). Cf. Valdés 2007.

²² Possibly the situation of debtors was regulated by Solon. For the *Seisachtheia*: Ruschenbusch 2010, fr. 67, 69a-c. For the Amnesty Law in relation to Solon’s *Seisachtheia* and Draco’s legislation on debtors, see: Rhodes 1981: 111; Rihl 1991 (relating to public lands, according to this author); Ruschenbusch 2010, 136-137, on fr. 70. *Contra*: Leão-Rhodes 2015, 44 on fr. 22: “this fragment is better not linked with the *seisachtheia*”. Against the existence of Draco’s legislation on *atimoi*: Humphreys 1991.

²³ *Sol.* 19.4. Ruschenbusch 2010, fr. 70. Leão-Rhodes 2015, fr. 22/1.

²⁴ Hansen 1976, 76-78. See note 21. To which should be added the neutrality law ([Arist.] *Ath. Pol.* 8.5; *Plut. Sol.* 20.1), which Hansen dismisses; in this respect, see: Valdés 2021. *Atimia* in the neutrality law: Maffi 2018, 157-158.

²⁵ Swoboda (1893) points out that *atimos* as a legal term in archaic times originally meant “with impunity” or “without any compensatory fine”, “he is one for the murder of whom no fine shall be paid”. See Hansen 1976, 75.

²⁶ Hansen 1976, 80; this author contends that the change was introduced at the end of the 6th

the meaning of *atimia*, including Dmitriev who considers that it continued to signify “outlaw” in classical times, although without questioning the slighter or attenuated meaning of “deprived of citizenship rights”, also valid at the time.²⁷ For her part, Maria Youni, following A. Maffi, has vindicated the double moral and legal meaning of *atimos*.²⁸ Youni points out that, legally speaking, there was no change in its meaning between archaism and classicism, always being that of “deprived of citizenship rights”²⁹, although she has recognised, in a previous work, the probable difference between the expressions “ἄτιμος ἔστω (εἶναι)” and “ἄτιμος τεθνάτω”, as Swoboda and Hansen had already shown³⁰. The second case would be equal to “outlaw” and, therefore, liable to be killed by anyone with impunity.³¹ According to Youni, in order to refer to such a case (outlawry), the prescription that an outlaw could be killed by anyone with impunity, must have been added to “*atimos*”.³² In these cases, flight was generally the only alternative to death.³³ According to Youni, therefore, in both archaic and classical times the expression “ἄτιμος ἔστω (εἶναι)” alone would not have only been employed to designate an outlaw, but also exile or flight (ἄτιμος εἶναι + φεύγειν), plus the hereditary character of both penalties or the prescription that he could be killed with impunity.³⁴ The meaning of *atimos* as an outlaw can be found outside classical Athens. In the case of the *oikistai* in Corcyra Melaina (Ditt. Syll³ 141), for example, it was

century BC (around 500 BC), while for Swoboda (1893) it was in the time of Solon. Ruschenbusch 1968, 20-23 (change around 460 BC). For this debate, see Maffi 1983, 252-255 (with an alternative proposal and further bibliography); Youni 2001; Youni 2018, 138.

²⁷ This was already proposed by Paoli (1930, 304 ff.; accepted by Harrison 1971, 169-171) who suggested that in classical times *atimia* sometimes signified outlawry. See also Rhodes 1978, 90; Rhodes 1981, 222; Parker 1983, 204 (“It is in connection with subversive offences that the inherited punishment is specifically attested”); Forsdyke 2005, 10 (“Ἀτιμία in the stronger sense ‘outlawry’ continued to exist as a penalty for certain serious crimes such as establishing a tyranny or overthrowing the democracy”); Dmitriev 2015. Some reflections in this vein also in Maffi 2018.

²⁸ Maffi 1983; also Poddighe 2001. Youni 2001; 2018; 2019.

²⁹ Youni 2018; 2019. Opinion previously expressed by Vleminck 1981 and Rainer 1986. Also Joyce 2018. See, however, the commentaries on Youni 2018 in Maffi 2018.

³⁰ See note 25. Youni 2001.

³¹ ἄτιμος τεθνάτω in Dem. 9.44 (homicide law), which would mean the same as νηπιονεῖ τεθνάτω (And. 1.96: in Demophantos’ law). A similar expression in the reconstruction of a 3rd-century law of Kyme ([ἄτιμος θνασ]κέτω): IK Kyme 11, lin. 10-12. See Hansen 1976: 75-76; Youni 2001: 128 ff. Maffi 2017, 159, who mentions a treaty of Stymphalos-Demetris where, according to 1.113 (*IPArk* 17 – end of the 4th century BC), in the case of theft by night the thief would have died *atimos* ([ἄ]ποθανέτο ἄτιμος).

³² Hansen 1978: 76; Youni 2001: 136. Other examples include the Eretrian law against tyranny: Knoeffler 2001, 225, 228. The law of Ilion (III, l. 12-21) prescribed a double penalty of *atimia* and exile, which for Youni (2001, 132, 136) was identical to being outlawed. See the following note.

³³ For flight, see *infra* in text and Loddo 2019.

³⁴ Youni 2001, 132, 136.

decreed that if any magistrate or member of the community supported proposals contrary to what had been decreed in the colony, he would be *atimos*, his assets would be transferred to the state and whoever killed him would go unpunished. Moreover, the prescription that the *atimos* could be killed with impunity is recorded in the agreement between Chairephanes and the city of Eretria concerning the reclamation of swampland at the end of 4th century (*IG XII 9 191*, lin. 32-33),³⁵ as well as in the Eretrian law against tyranny.³⁶ The law of Ilion (III, 1. 12-21) prescribed a double penalty of *atimia* and exile which, for Youni,³⁷ was identical to outlawry. She arrived at this conclusion by juxtaposing *atimos esto*, *pheugein* and the hereditary character of both penalties and/or the fact that he could be killed by anyone with impunity.

Nevertheless, according to Hansen and more recently to Maffi, the expression “*atimos esto/einai*” on its own could mean the same as *atimos tethnato* (outlaw) in the law of tyranny ([Arist.] *Ath. Pol.* 16.10), as well as in other possible archaic legislation,³⁸ including the neutrality law.³⁹ Additionally, “*atimos esto*” could have also meant “outlaw” in classical Athens, as, for example, in the law of Eucrates,⁴⁰ as suggested by Maffi in his response to Youni.⁴¹ Maffi discusses some other interesting epigraphic evidence from outside Athens, dated to the 4th and 3rd centuries BC, in which “*atimos esto*” on its own could have been interpreted as “outlaw”.⁴²

Be that as it may, the cases involving flight (*atimos einai* + *pheugein*) would have been more serious, such as those singled out as being excluded from the Solonian amnesty law. In these cases, those convicted – of murder, slaughter or homicide (*sphagais*) or

³⁵ ἄτι[μος] ἔστω καὶ τὰ χρήματα αὐτοῦ ἔστω ἱερὰ [τῆς Ἀρτέμιδος, καὶ αὐτὸς καὶ γένος τὸ ἐξ αὐτοῦ] ὃ ἂν πάθει, [v]ηπ[οι]νεὶ πασχέει: lin. 32-33.

³⁶ See Knoepfler 2001, 222 ff.

³⁷ Youni 2001, 132.

³⁸ Hansen 1976, 75-76; [Arist.] *Ath. Pol.* 16.10 (law of tyranny); also in the law of bribery (Dem. 21.113: hereditary *atimia* and the confiscation of property) and in Dem. 23.62. See note 21. This sense also for the law of tyranny in Rhodes 1993, 222; Maffi 2018, 157-8.

³⁹ For the neutrality law see note 24 *supra*.

⁴⁰ *IG II³ 1 320*, lin. 20-21 (ἄτιμος ἔστω καὶ αὐτὸς καὶ γένος τὸ ἐξ ἐκείνου καὶ ἡ οὐσία δημοσία ἔστω αὐτοῦ).

⁴¹ Maffi 2018, 158-159. For Youni, the apparent dual penalty stipulated in this law – to be killed with impunity (lin. 10-11) and hereditary *atimia* including the confiscation of property (for the members of the Areopagus who sat in session or deliberated about anything when democracy had been overthrown: lin. 20-22) – highlights the distinction between both (outlawry and *atimia*), but Maffi casts doubt on the reliability of the terminology-based criterion for distinguishing between the two.

⁴² Maffi 2018. Apart from the law of Eucrates (158-159), he discusses the law of Naupactos (*Nomima* I 43), the Lygdamis inscription from Halicarnassus (*Nomima* 1 19), an inscription from Kyrne (*Inschriften von Kyme* 11 – 3rd century BC), the treaty of Stymphalos and Demetrias (*IPark* 17 of the end of the 4th century BC) and, finally, a 4th-century inscription from *Dikaia*, a Eretrian colony in the Chalkidike (*SEG* 57. 576) (159-160).

attempting to establish a tyranny – would have fled from Attica. Even so, in these cases the situation would not have been the same for all, as L. Loddo has recently shown. All of them could be killed with impunity if they returned to Attica or if they entered some specific public or sacred places. A distinction ought to be drawn, however, between the “unlawful” flight of those who had been sentenced to death as outlaws (in *eisangelia* or cases of attempted tyranny), the “lawful” flight allowed in cases of intentional homicide (“to leave the country after making the first of their two defence speeches” in the Classical Age)⁴³ and exile as a penalty imposed for some types of homicide (as, for instance, unintentional homicide).⁴⁴ In the last two cases, the convicted person could not be killed with impunity *if he respected the conditions of exile or banishment* (as demonstrated by Draco’s law of unintentional homicide).⁴⁵ But if he did not respect them (by returning to Attica, for example, and/or by entering the agora or some or other sacred place), he could be killed with impunity.⁴⁶ Furthermore, in the case of unintentional homicide, the property of the convict was not confiscated⁴⁷ but had to be respected, while in that of intentional homicide it was indeed.⁴⁸ Finally, in the case of unintentional homicide, the convict could not be captured or imprisoned (ἢ φέρη ἢ ἄγη), interpreted by some as “sold as a slave”,⁴⁹ as observed in Demosthenes’ *Against Aristocrates*.⁵⁰ As will be seen below, being sold into slavery was indeed the fate reserved for those condemned to *atimia* for debts who had lost their properties. So, being sold as a slave would seem to have been related to whether or not the convict retained his property.

The intention here is not to resolve this legal issue of *atimia*, but, from a socio-economic perspective, to inquire into who the *atimoi* eligible to be granted *epitimia* (namely, the rehabilitation of rights), *most of whom seem to have remained in Attica*, were in the time of Solon and why they were *atimoi*.

⁴³ Loddo 2019, 135-136; Antiph. 5.13.

⁴⁴ *IG I³* 104, lin. 11: φεύγ]ε[v].

⁴⁵ *IG I³* 104, lin. 26-29: ἐὰν δὲ [τ]ις τὸ[ν ἀν]δρ[οφόρον κτένει ἢ αἴτιος εἴ φόνος, ἀπεχόμενον ἀγορᾶ]ς ἐφο-ρί[α]ς κ[α]ὶ [ἄθλον καὶ ἡερῶν Ἀμφικτυονικῶν, ἡόσπερ τὸν Ἀθην]αῖον κ-[τένα]γ[τα, ἐν τοῖς αὐτοῖς ἐνέχεσθαι.: “If someone kills the slayer or is responsible for his being killed while he is avoiding the *agora* by the *horoi*, games, and Amphiktyonic rites, he shall be treated on the same basis as one who kills an Athenian. The Ephetai shall bring in the verdict” (Trans. R. Stroud).

⁴⁶ Loddo 2019, 134-135. For the interpretation of the “*agora ephorias*” as the agora “by the *horoi*” (or “within the *horoi*”), the *archaia agora* of Athens: see also Canevaro 2017, 57-58.

⁴⁷ τὰ χρήματα ἐπίτιμα: Dem. 23.44-45.

⁴⁸ Dem. 23.45; Loddo 2019, 146.

⁴⁹ Harris 2018, 43-44 n.72; Loddo 2019, 144-145.

⁵⁰ Dem. 23.44.

The distinction established by Solon himself in the Amnesty law between those *atimoi* to whom he granted *epitimia*, the majority of whom would have remained in Attica, and others – who were exiled from Attica: ἔφευγον – to whom he did not, is certainly significant. It would in effect point to the fact that *atimos*, in a technical or legal sense, might have referred, from the start, to two situations (albeit with some nuances): those who had to flee (lawfully or unlawfully), because they could be killed by anyone with impunity if they remained in the community (ἄτιμος plus “τεθνάτω” and/or φεύγειν) and those who “lost their citizenship rights” (ἄτιμος ἔστω /εἶναι) but who generally remained (with exceptions) in Attica and *they could not be killed by anyone with impunity*.

Notwithstanding this, it is essential to consider that, as Hansen observed, from a legal point of view the “loss of citizenship rights” could not have had the same consequences in the 7th century as in classical times.⁵¹ In this first case, *atimoi*, although they cannot be considered literally as “outlaws” – at least in the sense of running the risk of being killed by anyone with impunity – were in a more helpless and vulnerable situation than in classical times and they were *agogimoi* (to be sold into slavery) under certain conditions, as will be seen below.

3. -Being “deprived of rights” in 7th-century Athens and the status of pre-Solonian *thetes*

The “loss of citizenship rights” was different in both periods (the 7th century BC and classical times), insofar as citizenship was in the process of being defined in the 7th century.⁵² Furthermore, being without “rights” in 7th century BC meant not only being vulnerable and legally unprotected,⁵³ but even liable, as will be seen, to being reduced to slavery and mutilated. “Deprived of rights” in the 7th century would not, in reality, have derived so much from the status of “outlaw”, even though, as a rule, *it would not have entailed death*, reserved for those described in Solon’s law as in exile and not covered by the amnesty. So as to understand what rights were forfeited, it is first necessary to determine the rights of the *demos* (understood here as the “lower classes”),⁵⁴ that is, of those who did not form part of the *aristoi* who held public offices,

⁵¹ Hansen 1976, 76.

⁵² See note 14.

⁵³ Something that also happened to some extent in classical times: Hansen 1976, 56-60.

⁵⁴ For the different meanings of *demos*, see Finley 1973: 12; Hansen 2010, 502-515.

delivered justice and belonged to the Areopagus ([Arist.] *Ath. Pol.* 3). The prerogatives of the *demos* were thin on the ground: the possibility of being registered in the phratries, attending the assembly (*agorai*)⁵⁵ – which would have been convened infrequently – having access to justice and being allowed to appeal against the sentence of a magistrate before the council/supreme court, the Areopagus, which had the capacity to impose penalties and fines without appeal in the 7th century ([Arist.] *Ath. Pol.* 3.6; 4.4). They could also undoubtedly enter the agora, also understood as the assembly at the time,⁵⁶ and sacred places. These prerogatives were possibly enjoyed by a large number of Athenians living in Attica (*Attikoi* in Solon's terms).⁵⁷ However, these minimum rights might have also been limited (at some point or at different times) to those who possessed a certain economic capacity (in the spurious Draconian constitution, those who *ta hopla parechomenoi*),⁵⁸ even if a minimum of legality or access to justice (in cases of homicide, inheritance, marriage, etc.) was accessible to a wider group (such as in the laws of Gortyn). So, the penalty of *atimia* might have consisted in being excluded from the assembly and possibly the phratries (which would have regulated the right to attend the assembly)⁵⁹ and probably in being deprived of access to justice or at least to the right to lodge an appeal against the sentence of a magistrate before the Areopagus (and with the probable involvement of the *ephetai*).⁶⁰ In all likelihood, this also entailed the loss of property (*ta ekeinou*),⁶¹ the fate of public debtors in classical times.⁶² In the

⁵⁵ Valdés 2012. Hesiod could participate in the Assembly: *Op.* 29-34; Barry 2016, 324. For the *demos* in Homer: Scheid 2002, esp. 25. The *demos* had certain prerogatives even in Homer and some degree of “sovereignty” (the people could send someone into exile: Hom. *Od.* 16.424; *Od.* 16.375-382; Scheid-Tissinier 2002, 20), played a role in the distribution of booty (Scheid-Tissinier 2002, 13-17) and “granted” kings a royal *temenos* (*Il.* 6.194; *Il.* 20.184; *Il.* 9.575-580). For the role of the Assembly in the birth of the *polis*: Raaflaub 1997.

⁵⁶ Apollod. of Athens (*FGrHist* 244 F 113 *ap.* Harp. s.v. *pandemos Aphrodite*). Also in Homer: *Il.* 7.345; *Od.* 9.112, and Alcaeus Fr. 130b.1-4.

⁵⁷ Sol. Fr. 1-3W, lin. 6. Attica was unified in the 7th century (*pace* Anderson 2003 and recently Canevaro 2017), which does not imply that there were no political or territorial conflicts between members of the elite (see Valdés 2019c with bibliography).

⁵⁸ [Arist.] *Ath. Pol.* 4. For this possible reduction in rights with Draco: Valdés 2019, n. 56 (with bibliography about the problems with this constitution).

⁵⁹ For the role of phratries in the *Synoikia* festival in which the *demos* probably congregated by them: Valdés 2019c (with bibliography). For registration in archaic Athens: Faraguna 2015.

⁶⁰ [Arist.] *Ath. Pol.* 3.6; 4.4. Also before the *ephetai* which, at the time, might have been a reduced commission within the Areopagus: Valdés 2002, 38 ff (with bibliography). Since Solon (not before) the *epheisis* was to the popular *dikasterion*/Heliaia. For the meaning of *epheisis*, broader than “appeal”, as an automatic transfer or reference to another body: Ruschenbusch 1961; 1965; Harrison 1971, 72-74; Sealey 1987, 62-66; Noussia Fantuzzi 2010, 27. For a new meaning of *epheisis* which entails a “veto” on a decision pronounced by a magistrate and a new legal procedure before the people as a court of first instance: Pellosso 2016.

⁶¹ Valdés 2007.

⁶² See note 20.

7th century, being in such a situation was almost like being an “outlaw”, although generally without entailing death. His situation was very similar to that which Homer referred to as “ἀφρήτωρ ἀθέμιστος ἀνέστιός”⁶³: without phratry membership (and, as a result, without access to the assembly), without access to justice (i.e., to a trial), without a home/*oikos* (and, consequently, landless) and, therefore, without a *polis* (it should be recalled that Hestia was located in the heart of the city, in the Prytaneum, in the old agora). In light of the foregoing, the status of an *atimos*, was very similar and can be compared with that of the Homeric and Hesiodic *thes*. The *thes* was an “ἄουκος” and “ἄκληρος” (generally landless)⁶⁴, liable not only to being beaten (like Thersites),⁶⁵ but also threatened with mutilation (Hom. *Od.* 17.470-480; *Od.* 18.83-87; *Il.* 21.455) and even sold forthwith as a slave, without a trial (Hom. *Il.* 21.441-455; *Od.* 20.376-383)⁶⁶. It is highly likely that *thetes* not only had no individual voice in the assembly (like the *demou andres* as Thersites),⁶⁷ but also *would not have attended it on a regular basis*.⁶⁸ Their lot in life was the worst imaginable:⁶⁹ not well integrated in the community, they were landless,⁷⁰ salaried workers who toiled in precarious conditions, subject to the seasonal nature of agriculture or other employment, and were cast aside when they were no longer needed.⁷¹ *Thetes* had no legal means of ensuring that their wages were paid – as is the case of Apollo and Poseidon on the command of Laomedon,

⁶³ Hom. *Il.* 9.63.

⁶⁴ See note 10.

⁶⁵ Hom. *Il.* 2.265; Valdés 2012. Thersites seems to have been, however, a member of the *demoi* (Hom. *Il.* 2.198 ff.) and, therefore, not a *thes*, but also, like the *atimoi* in classical times, susceptible to being beaten: Pl. *Grg.* 486C and 508D; Isoc. 12.10.

⁶⁶ Plato relates in the fourth century how a *pelates* (the term used by Dionysius of Halicarnassus to describe the *thes/hektemoros* of pre-Solonian Athens: see note 18) who works as a *thes*, i.e. for wages, on Naxos, is left to starve and freeze to death for having killed a slave; the *thes/pelates* is bound hand and foot and thrown into a pit (*Euthphr.* 4c), similar treatment (starvation, crickets, binding and beatings) to that proposed by Socrates in Xenophon (*Mem.* 2.1.15-17) for lazy slaves (Hunter 1992, 280). Dionysius of Halicarnassus himself speaks of this mistreatment of the *thetes/pelatai* of pre-Solon times, as if they were slaves: Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.9.2: “For the former treated their clients with haughtiness, imposing on them duties unbecoming to free men; and whenever they disobeyed any of their commands, they beat them and misused them in all other respects as if they had been slaves they had purchased” (Tr. E. Carey). See Valdés 2019d and *infra* in text.

⁶⁷ See note 65.

⁶⁸ *Thetes* outside the assembly, only for *demou andres*: Valdés 2012; Scheid-Tissinier 2002.

⁶⁹ At least in the ranking of free men: Hom. *Od.* 11.489-491. For *thetes* see: Bravo 1991/1992-1992/1993. Scheid-Tissinier 2002, 7-8. Finley 1964 [1954], 59-61.

⁷⁰ *Thetes* served (θητευέμεν) even those without land (ἀνδρὶ παρ’ ἀκλήρω: Hom. *Od.* 11.489-90), for which reason they were also landless, although sometimes they would have possessed small plots that were not enough for subsistence (see note 10).

⁷¹ Seasonality: Hom. *Il.* 21.444; Hes. *Op.* 600-603. Homer is probably alluding to the status of *thetes* when mentioning the poor (χέρηες) who worked for the *agathoi* performing small menial tasks: Hom. *Od.* 15.305-324. Those *thetes* who did not work were considered to be beggars: Hom. *Od.* 18.357-361. For beggars in Homer: Valdés 2018, n. 23.

in Homer – and were even sold into slavery or mutilated,⁷² like the *ptochoi* who were potential *thetes* (in the sense that they could be hired for a salary)⁷³ and who could also be threatened, attacked (Hom. *Od.* 19.69) or mutilated (*Od.* 17.478-480; *Od.* 18.83-87), as well as being sold as slaves without a trial (*Od.* 20.376-383). The status of *thetes* and *ptochoi* was very similar to that of the *dmoes*, or sometimes even worse due to the uncertainty of their fate.⁷⁴ Although they had the status of “free men”, their situation in the archaic period was not to be envied. Their poverty⁷⁵ made them dependent on those for whom they worked. Sometimes, they were even incapable of maintaining their freedom and were therefore prone to being reduced to slavery. The dividing line between free (poor) men and slaves was not as clear in those times as it was afterwards, in the sense that the poor who served as *thetes* were “like slaves” and were sometimes even sold as such with no apparent justification, as is the aforementioned case of Poseidon and Apollo, in Homer, when they were working as *thetes* (θητεύσαμεν) for Laomedon in the construction of Troy’s city walls.⁷⁶ There were no institutional, judicial or civic mechanisms to protect the landless poor from servitude, permanent dependency or slavery. In this sense, *thetes* were “like slaves”, as defined in later lexicons,⁷⁷ or like those “between freedom and slavery”.⁷⁸

⁷² Poseidon and Apollo under the command of Laomedon were building the walls of Ilion. After completing their work, not only were they not paid their dues, but were also threatened with being disabled and sold into slavery: Hom. *Il.* 21. 441-455. In another passage from Homer (*Od.* 18.358), the fact that the salary (*misthos*) was said to be guaranteed (*arkios*) indicates that it may not have been so in all cases. *Thetes* normally received food, clothing and footwear, apart from the *misthos*: Hom. *Il.* 18.357-464 (day labourers who received food, clothing and footwear); Hom. *Il.* 18.560 (day labourers or *erithoi* who received food). Hdt. 8.137.2-5: *thetes* in Macedon who did not receive their dues either. Descat 1986, 297-302. Plácido, 1989, 78.

⁷³ Hom., *Od.*, 18.357-361.

⁷⁴ As to the situation of *thetes* being similar to that of *dmoai*, see: Carlier 1999, 271. *Thetes* similar to *dmoai*: Hom. *Od.* 4.644; also mentioned together in Hesiod: *Op.* 600-603; the status of *thetes*, because of their insecurity, may have been even more precarious at times than that of *dmoai* or domestic slaves, like the swineherd Eumeus, who enjoyed a relatively privileged situation.

⁷⁵ Poverty: Hom. *Od.*, 15.324.

⁷⁶ See note 72 and Pherecydes, *FGrHist* 3 F 35.

⁷⁷ Hesch. s.v. θής· δοῦλος, μισθωτός παράσιτος, ἢ ὁ τὴν μισθαρνικὴν. Hesch. s.v. θητεύει· μισθώσεις, [ἐπὶ] μισθῷ δουλεῖται. Hesch. s.v. θητεύει· δουλεύει μισθῷ. See also the *Suda*, s.v. θῆτες; s.v. θητεία; s.v. θητικὸν πλῆθος. More sources in Plácido 1989, 65-66.

⁷⁸ See note 16. Servitude in Euripide, *Ciclops*, 23-24: τούτων ἐνὸς ληφθέντες ἐσμὲν ἐν δόμοις δοῦλοι· καλοῦσι δ’ αὐτὸν ὃ λατρεύομεν Πολύφημον: “We are slaves of one of them, who captured us; Polyphemus is the name of the one we serve.” The verbs *theteuo* and *latreuo* might signify “to serve as a *doulos*”: Plácido 1989, 66. Aristotle considered that *banausoi* (craftsmen normally included in the class of *thetes*) undertook similar tasks to those of slaves (*douloi*): Arist. *Pol.* 3.1277a-b excludes manual workers from the citizenry, who “in ancient times and in some places were slaves or foreigners”: Arist. *Pol.* 3.1277b-1278a. Therefore, according to Aristotle, citizens could not undertake manual or menial tasks (which were performed by *banausoi*, who could have been slaves or *thetes*: Arist. *Pol.* 3.1278a, lin. 12-13), especially in aristocratic and oligarchic regimes (Arist. *Pol.* 3.1278a, lin., 21-22); see Bravo 1991/1992-

Thus, in the 7th century *thetes* and *atimoi* who lived in Attica and had not fled must have lived in similar conditions: excluded from assemblies, without legal protection against possible attacks and/or mutilation, or being sold into slavery.

The *atimoi* of Attica – undoubtedly a significant number and without land (which had been confiscated)⁷⁹ – had therefore fallen into a situation similar to that of *thetes/hektemoroi* (without *oikos* or *kleros*). As Diogenes Laertius notes, the Athenians were falling into a “*theteia*”.⁸⁰ In that situation, although free without rights, *atimoi* could be susceptible, like *thetes*, to being beaten, mutilated or injured and sold immediately, without a trial, as chattel slaves.⁸¹ They were, as will now be seen, “*agogimoi*”, in addition to not participating, of course, in the assembly and not being able to lodge appeals before the Areopagus. This comes close to the meaning of *agogimos* in Aristotle and Plutarch, which refers to both *thetes/hektemoroi* and debtors (and, therefore, in my interpretation, to this first type of *atimoi* of Solon’s law, viz. those who generally remained in Attica). But what does *agogimos* mean?

4. - The meaning of *agogimos* in the pre-Solonian Athens and the Solonian restoration of *atimoi*

In this section I review the meaning of the term “*agogimos*”, which in classical times generally means “liable to being arrested” but seems to have a harsher meaning in pre-Solonian Athens. I consider that *agogimos* has a double meaning at the time: that of being taken and carried away to work as debt bondsmen and that of being literally sold abroad into slavery. According to the sources, this second meaning can apply to debt bondsmen (*atimoi*) as well as to *thetes/hektemoroi*. I consider, also, the impact of

1992/1993, 89. Regarding the situation in the 4th century: Plácido 1989, 55-79, in particular 66-69, with more passages from Aristotle; see Kyrtatas, 2002. For the Classical Age, see also Mactoux 1980, esp. 200 ff. The judgement of a poor citizen which casts doubt not only on his citizenship, but also on his status as a free person: Dem. 57.32-45. Revival of practices or procedures for condemning people to “servitude” in the 4th century (in Menandrus for example, *Heros*, 18-40): Ste. Croix 1981, 163. For servitude, see Harris 2002 and Zurbach 2014; Valdés 2015.

⁷⁹ See note 21. Although debt was not the only cause of *atimia* (see Welwei in note 12 and 87), it was probably the main one.

⁸⁰ This author (1.45) points out that Solon “rescued people and properties”, alluding to the fact that “loans were made on people and many, due to poverty, had to serve as *thetes* (ἐθήτευον)”. In another passage (1.66), he writes that Solon complained to the demos saying, “It was in vain that I tried to free the poor from their *theteia*”: ἡ μάτην ἔσπευδον ἀπαλλάξαι τοὺς πένητας αὐτῶν τῆς θητείας.

⁸¹ This situation is reported by Dionysius of Halicarnassus: Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.9.2-3. See *infra* in text.

Solon's Amnesty Law on the indebted Athenians (declared *atimoi*) as part of the *Seisactheia*.

In classical times, *agogimos* meant “liable to seizure”; in other words, someone who could be arrested. In this period, an *agogimos* debtor was described as a free person liable to being arrested and/or detained in order to secure the repayment of his debts.⁸² In the 4th century BC, the term was employed above all for exiles who were extradited from all the allied cities.⁸³ In the archaic sense, an *agogimos* could be akin to “one without recourse to law”, so, with a meaning very similar or close to “outlaw”.⁸⁴ According to Bailly’s dictionary, the term “*agogimos*” in pre-Solonian times meant someone “who can be apprehended in the body, speaking of an insolvent debtor that his creditor was ‘taking’ away to employ him as a slave or sell him”.⁸⁵ This meaning (someone who can be arrested and reduced to slavery) is also recorded in the *DGE* dictionary, especially for debtors, not only in pre-Solonian Athens, but also in other places at later dates.⁸⁶

In the words of Aristotle ([Arist.] *Ath. Pol.* 2.2), for whom the term *agogimos* seems to refer to the *hektemoroi* or *pelatai* (which Plutarch calls *thetes*), “[...] if they ever failed to pay their rents (μισθώσεις), they themselves and their children were liable to arrest” (καὶ εἰ μὴ τὰς μισθώσεις ἀποδίδοιεν, ἀγώγιμοι καὶ αὐτοὶ καὶ οἱ παῖδες ἐγίγνοντο).

Plutarch (*Sol.* 13.2), however, points out that those who were *agogimoi* were debtors: “[...] they pledged their persons for debts and could be seized by their creditors”

⁸² *LSJ* s.v. ἀγώγιμος II: “of person, liable to seizure”. In *DGE*: “*que puede ser llevado ante un tribunal*” (Xen. *Hell.* 7.3.11, Dem. 23.11), ἔστωσαν ἐντὸς] τῆς Εὐβοίας ἀγώγιμοι: *IG* 12(9).207.44 (Eretria III BC). In Nicostratos’ case, he was liable to being seized as a slave: Dem. 53.11. See Sosin 2017, 6, n. 29. Property could also be *agogima* (liable to confiscation): Dion. Hal. *Ant. Rom.* 5.69 (seizing the assets of debtors, but not their bodies); εἶν[αι τὰ χρήματα αὐτοῦ] ἀγώγιμα in *IG* II² 125.14 (4th century BC).

⁸³ Xen. *Hell.* 7.3.11; Dem. 23.16; Diod. 14.6.1; see Youni 2001, 134-135 (liable to arrest); Harris 2019, 17: in Demosthenes’ *Against Aristocrates* 23, Euthycles interprets the word *agogimos* as whoever catches the person who kills Charidemus can do anything to him he wishes: “He passes over the legally designated court and hands him over without trial to his accusers for them to do whatever they want to him, even if his guilt is not obvious. Those who catch him have the right to torture, maim, and collect money”: Dem. 23.27-28. Just as ἀγώγιμος could be used in internal state matters, so too could it be used externally in international relations, in treaties or alliances between multiple states: Wallace 2016: 249. S.v. ἀγώγιμος, in *RE* 1 (1894), col. 835 (Thalheim); Usteri 1903, 17-19, 59.

⁸⁴ Hansen 1976, 76. With important nuances: Youni 2001: 133-137 (see previous note).

⁸⁵ My translation: “à Athenes, avant les réformes de Solon, qui peut être appréhendé au corps, en parlant d’un débiteur insolvable que son créancier ‘emmenait’ pour l’employer comme esclave ou le vendre”.

⁸⁶ Plut. *Sol.* 13. In Egypt: ἐὰν παραβαίνω(σιν) εἶναι αὐτο(ύς) παραχρῆ(μα) ἀγωγίμο(υς): *SB* 14375.24 (1st century BC), cf. *BGU* 1159.8 (1st century BC); Dion. Hal. *Ant. Rom.* 5.64.2 (see note 82).

(ἀγώγιμοι τοῖς δανείζουσιν ἦσαν), before adding, “some becoming slaves at home, and others being sold into foreign countries”. Thus, it seems that *agogimos* applies here to debtors. In my opinion, nevertheless, there is no contradiction between these two passages, considering, as seen above, that the situation of *atimoi* was similar to that of *thetes* and that those who did not repay their debts became *atimoi*. According to Aristotle, those who did not pay the “*misthoseis*” were *agogimoi*, while for Plutarch debtors were also apparently *agogimoi*. Assuming that those with public or private debts who failed to repay them on time became *atimoi*⁸⁷ automatically or by sentence,⁸⁸ and since in Athens there would have been many *atimoi* who were granted the *epitimia* with Solon, it would not be too farfetched to conjecture that these numerous *atimoi*, who had lost their properties, remained by and large in Attica tilling the land (sometimes their own confiscated properties or that of others). They were “*agogimoi*” in two senses: 1. Seized to work their former land or that of others as debt bondsmen; and 2. Seized to be sold abroad if they did not pay the rents due (*misthoseis*). They remained in Attica as *aoikoi* and *akleroi*, that is, similar to *thetes*, but even worse off owing to their status of convicts with the dishonour that this entailed.⁸⁹ In this situation, those who did not pay the rents due or imposed (*misthoseis*) could be physically detained and literally sold abroad as slaves (*agogimoi* in the second sense), both *thetes/hektemoroi* (landless sharecroppers) and *atimoi*, namely, in most cases debtors who had been declared *atimoi* for non-payment, whose property had been confiscated and who were working to “redeem their debt” (debt bondsmen).⁹⁰ Therefore, it seems that being “liable to seizure” (*agogimos*), in the sense of being sold abroad as a slave,

⁸⁷ Without excluding other causes of *atimia* (such as fines or minor offences, etc.: cf. Welwei 2005). However, the most pressing problem in Attica during that period, according to the sources, were fundamentally debts, for which reason *atimia* for debts must have been very widespread as a reason for being sold into slavery (servitude, both in the literal and figurative sense).

⁸⁸ The procedure of becoming *atimos* is not known: perhaps public debtors became *atimoi* automatically (after a fine – Aristotle talks about the Areopagus punishing and imposing fines without the right of appeal: [Arist.] *Ath. Pol.* 3.6; 4.4 – or for not paying the rents of public lands leased or devoted to sharecropping, etc.) while private debtors did so, after a trial. Perhaps the lawsuit for private debts entailed a cost or fine to be paid – in kind: Davis 2012 – not only to the plaintiff, but also to the state (for this possibility in the Classical Age: Hansen 1982). In this case, if the fine was not paid, the debtor incurred *atimia* (in classical times, if a *dike exoules* was brought against a private debtor, he also had to pay the state). For automatic *atimia* and *atimia* by sentence: Hansen 1976, 55-98; Kamen 2013, 75, n. 5; Humphreys believes that debtors were declared “*atimoi*” by their creditors, but it seems more likely that debts and *atimia* were regulated in the Draconian legislation (see note 22). Many situations would have been abusive, which is why Solon refers to unjust and just enslavement (fr. 36 W, lin. 9-10).

⁸⁹ Hansen 1976, 61.

⁹⁰ Possibly through the slave market at Aigina: Valdés 2002b.

would have occurred in a second phase, after *atimia*,⁹¹ and would have resulted from the non-payment of the rents due to repay the debt as a debt-serf or the rents due as a *thes/hektemoros* working as a sharecropper on someone else's land or on public land. In the normal course of events, these men, whose situation could be regarded as being “between freedom and slavery” or, in Diogenes Laertius' words, “*theteia*”, were not sold into slavery, but were exploited as manpower in Attica.

There were two initial situations: on the one hand, *thetes/hektemoroi* or sharecroppers “without land” and, on the other, indebted landowners who had failed to repay their debts and, accordingly, were condemned to legal *atimia* which entailed the confiscation of their property (which then went to the state in the case of public debts or to the creditor in that of private ones). As indicated by Solon himself and also Plutarch, these groups had three options: 1-working in Attica in “humiliating slavery” (debt bondage and/or *theteia*);⁹² 2-being – both *thetes/hektemoroi* and people who were already *atimoi*, generally after non-payment (perhaps repeatedly) of the rents owed to their “masters” – sold into slavery, without a trial (*agogimoi* in the sense of being seized to be sold abroad); 3- flight from Attica, especially in the case of debtors who were already *atimoi*, in order to avoid debt bondage and/or debt slavery.⁹³ In my view, the most frequent situation was that *atimoi* continued to farm their former lands (or others) in Attica in “humiliating slavery”, forming a broad dependent Attic population base “between freedom and slavery”, together with *thetes* and *hektemoroi*. Those who fled and those who were sold abroad would have been less numerous.⁹⁴ If the debtors (*atimoi*) were liable to work as debt bondsmen and, moreover, to seizure to be sold abroad (*agogimoi*) in case of non-payment of the stipulated rents (like *thetes/hektemoroi*), it can be assumed that, although the penalty of *atimia* for debts did not necessarily entail death or flight, it was a harsher penalty than the “loss of citizenship rights” in the classical era. Being disfranchised at that time implied being an outcast, without access to the full protection of justice, without bodily protection against mutilation (or physical assault)

⁹¹ Plutarch notes that “some becoming slaves at home, and others being sold into foreign countries”, while Solon adds that “many had been sold” and other suffered “shameful servitude at home”.

⁹² Here the term is δουλίην (fr. 36, lin. 13) which doubtless refers to the situation of debt bondage and/or *theteia*. For this sense of *doulos*, see Vlassopoulos 2011: 120. See also δουλοσύνην in fr. 4 lin. 18 W and fr. 11 W, lin. 4.

⁹³ Sol. Fr. 36 W, lin. 11. Similar to the *χρέα τε προφυγεῖν* (Hes. *Op.* 647).

⁹⁴ For the sale of Athenians as slaves, see also Solon: fr. 4 W and 36 W.

or sale into slavery, and without participating in the civic community or politics, like the Homeric and Hesiodic *thetes* and *ptochoi*.

Solon cancelled private and public debts, alike,⁹⁵ and legally rehabilitated the *atimoi*, making them *epitimoi*. The Solonian Amnesty Law probably formed part of the *Seisachtheia*.⁹⁶ This is so because insolvent debtors, who would often be working on their former properties or others as *atimoi*, similar to slaves – in a “shameful servitude at home” (debt bondsmen) – and with the threat of being taken away to be sold abroad (*agogimoi* in the second sense formulated above) if they did not pay the stipulated rents, became full citizens and were rehabilitated (although they would not have always recuperated their land).⁹⁷ Many, according to Solon’s own testimony, were rescued abroad.⁹⁸ Thenceforth, Athenians could no longer be enslaved and were protected (also against physical assault).⁹⁹ Neither would private debtors have been *atimoi*, nor would they have immediately lost their properties,¹⁰⁰ and surely could not be forced to work someone else’s land to pay off their debt (although this could be stipulated in “private contracts”).¹⁰¹ Although private debtors could, of course, be brought to trial for debts, and public debt continued to carry *atimia*, perhaps the meaning of *atimos* gradually changed, not so much because of a new definition of the term, which would continue to signify being “deprived of rights” (and without the protection of the law as “ἄθεμιστος”), but because of a new definition of citizenship, or, rather, of being Athenian. They could not be enslaved even though they lost their political and legal rights. Athenians were thus physically protected and distance put between them and slaves.¹⁰² Conceivably, the new definition of citizenship in Solon’s time with an

⁹⁵ [Arist.] *Ath. Pol.* 6.1 (cancellation of both public and private debts); Plut. *Sol.* 15.7; Diog. Laert. 1.45 and 66. Cancellation of public and private debts: Philoch. *FGrHist* 328 F 114 (= Phot. Suid. s.v. σεισάχθεια). Cic. *De Re Publica* II, 59. Valdés 2019.

⁹⁶ See previous note and *supra* note 22.

⁹⁷ Some would recover it: Valdés 2019; Blok-Krul 2017 (for situations in the Near East). Solon did not distribute the land fairly (*isomoiria*: Sol. Fr. 34 W, lin. 9), but there was an “*Anadasmus*” performed by him: Plut. *Sol.* 13.6. Rosivach 1992; Isager & Skydsgaard 1992: 128 (also maybe with the privatisation of public land).

⁹⁸ According to his poems, Solon rescued them: Fr. 36 W, lin. 9. See previous note.

⁹⁹ Solon forbade the enslavement of Athenians and protected them from mistreatment by means of the *graphe hybreos* (also for slaves): Valdés 2019d. The body of the citizen was “sacrosanct”: Halperin 1990, 96; Hunter 1992. Athenian citizens could not be tortured, since the Archon Scamandrius (510-509): And. 1.43; Lys. 4.14; Lys. 13.27 and 59; Hunter 1992, 278; exceptions: Halm-Tisserant 2013, 117. The difference between being a slave and a free person in the protection of the body (*soma*): Dem. 22.55.

¹⁰⁰ Although they could lose them through trial and, in the case of *dike exoules*, could even end up being *atimoi* as public debtors if they failed to pay up: Harrison 1971, 206-227.

¹⁰¹ See *infra* note 107. In a sort of indentured servitude. In this respect: Forsdyke 2021, 41.

¹⁰² Similarly, see Manville 1980. See note 14. Valdés 2019d. *Atimoi* or adulterous women could

expansion in political participation and rights, as well as the very concept of being Athenian (with the ideology of autochthony that began to spread at the time),¹⁰³ and with the physical protection of the citizenry (against slavery), led to the abolishment of *atimia* as a penalty for private debt. At the same time, the term *agogimos* would have also evolved to signify “liable to be arrested”. In Solon’s time, the penalty of *atimia* might have been restricted to major offences, especially against the state.

5. -Conclusions

In short, *atimos* already had two senses in the pre-Solonian period, both of which appear in Solon’s law: *atimos tethnato* (or *atimos esto* + *pheugein*) and *atimos esto/einai*. The former could be killed summarily by anyone, which is why they always fled abroad. The latter probably could not be killed with impunity, but, in the case of debtors, their properties were confiscated and they fell into a situation of denial of due process, as they were left landless and beyond the pale, and automatically ran the risk of being sold into slavery (*agogimos*) if they did not pay the stipulated rents as debt bondsmen. They could be physically abused/mutilated, as was also the case with the Homeric and Hesiodic *thetes* and *ptochoi*, something that would have also been frequent for “debt serfs”.¹⁰⁴ Thus, according to Dionysius of Halicarnassus (*Ant. Rom.* 2.9.2) when addressing the pre-Solonian crisis:

ὄν αὐτὸς ἐβούλετο, νέμειν προστάτην, ἔθος Ἑλληνικὸν καὶ ἀρχαῖον, ᾧ Θετταλοὶ τε μέχρι πολλοῦ χρώμενοι διετέλεσαν καὶ Ἀθηναῖοι κατ’ ἀρχάς, ἐπὶ τὰ κρείττω λαβῶν. ἐκεῖνοι μὲν γὰρ ὑπεροπτικῶς ἐχρῶντο τοῖς πελάταις ἔργα τε ἐπιτάττοντες οὐ προσήκοντα ἐλευθέρους, καὶ ὅποτε μὴ πράξειάν τι τῶν κελευομένων, πληγὰς ἐντείνοντες καὶ τᾶλλα ὥσπερ ἀργυρωνήτοις παραχρῶμενοι. ἐκάλουν δὲ Ἀθηναῖοι μὲν θήτας τοὺς πελάτας ἐπὶ τῆς λατρείας Θετταλοὶ δὲ πενέστας ὀνειδίζοντες αὐτοῖς εὐθὺς ἐν (3) τῇ κλήσει τὴν τύχην.

In this he improved upon an ancient Greek custom that was in use among the Thessalians for a long time and among the Athenians in the beginning. *For the former treated their clients with haughtiness, imposing on them duties unbecoming to free men; and whenever they disobeyed any of their commands, they beat them and misused them in all other respects as if they had been slaves they had purchased.* The Athenians called their clients *thetes* or “hirelings,” because they served for hire, and the Thessalians called theirs *penestai* or “toilers,” by the very name reproaching them with their condition (italics mine).¹⁰⁵

only be attacked – maimed or even killed – if they refused to comply with the established rules. *Atimoi* who did not comply with the rules of *atimia* could be “prosecuted” by *endeixis* or *apagoge*.

¹⁰³ Valdés 2008.

¹⁰⁴ Debt slaves could suffer physical abuse of all kinds: beatings, mistreatment, violence, starvation and so forth: Finley 1983 [1953], 158. See Valdés 2019d.

¹⁰⁵ Loeb Classical Library edition, 1937.

After Solon, the first meaning of *atimos* prevailed (someone on the run who could be killed with impunity)¹⁰⁶, but the second one (without rights, but who could not be killed with impunity) began to change not through its redefinition, but by modifying the concept of Athenian/citizen. This was modified not only by the expansion of rights (*atimoi* would now be deprived of further rights), but, above all, by ensuring that indebted citizens could not be enslaved. As to this second meaning, during the 6th century *atimoi* would have ceased to be *agogimos* in the sense of being “taken and sold as a slave without a trial”, although they could still be imprisoned (the term *agogimos* also evolved to signify liable to be arrested) for failing to comply with the conditions imposed by *atimia*. In Athens, there was no more debt slavery, even if there might still have been clandestine debt bondage through a “voluntary contract”, but that is another story.¹⁰⁷

Bibliography

Anderson 2003 = G. Anderson, *The Athenian Experiment. Building an Imagined Political Community in ancient Attica, 508-490 B.C.*, Ann Arbor 2003.

Andrewes 1982 = A. Andrewes, *The Growth of the Athenian State*, in *The Cambridge Ancient History*, vol. III, part 3, cur. J. Boardman, N. G. L. Hammond, Cambridge 1982, 360-391.

Barry 2016 = W. Barry, *Alone in the Village: Hesiod and His Community in the Works and Days*, in *Classical Philology* 111 (2016) 305-329.

Blok & Krul 2017 = J. H. Blok, J. Krul, *Debt and its Aftermath. The Near Eastern Background to Solon’s Seisachtheia*, *Hesperia* 86.4 (2017) 607-643.

Block & Lardinois 2006 = J. H. Blok, A. Lardinois (cur.), *Solon of Athens. New Historical and Philological Approaches*, Leiden, New York 2006.

Bravo 1991/2-1992/3 = B. Bravo, *I thêtes ateniesi e la storia della parola thês*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia di Perugia* 29/30, n. s. 15/16 (1991/92-1992/93) 69-97.

Canevaro 2013 = M. Canevaro, *The Documents in the Attic Orators. Laws and Decrees in the Public Speeches of the Demosthenic Corpus*, Oxford 2013.

¹⁰⁶ Although with important nuances, depending on whether it was an attempt to establish a tyranny (a capital crime with public projection), a voluntary homicide or an involuntary homicide (in this case, property was not forfeited and convicts were not outlawed, but condemned to exile). See *supra* in text and Loddo 2019.

¹⁰⁷ See Millet 1991, 78; Harris 2002; Zurbach 2014. See Valdés in preparation.

Canevaro 2017 = M. Canevaro, How to Cast a Criminal out of Athens: Law and Territory in Ancient Greek History, in *Violence and Community. Law, Space and Identity in the Ancient Eastern Mediterranean World*, cur. I. K. Xydopoulos, K. Vlassopoulos, E. Tounta, London, New York 2017, 50-71.

Carlier 1999 = P. Carlier, *Homère*, Paris 1999.

Davis 2012 = G. Davis, Dating the drachmas in Solon's Laws, *Historia* 61.2 (2012) 127-158.

Descat 1986 = R. Descat, R. L'acte et l'effort. Une idéologie du travail en Grèce ancienne (8ème-5ème siècle av. J.-C.), Besançon 1986.

Dmitriev 2015 = S. Dmitriev, Athenian Atimia and Legislation Against Tyranny and Subversion, in *Classical Quarterly* 65.1 (2015) 35-50.

Faraguna 2012 = M. Faraguna, Hektemoroi, Isomoiria, Seisachtheia: Ricerche recenti sulle riforme economiche di Solone, in *Dike* 15 (2012) 171-193.

Faraguna 2015 = M. Faraguna, Citizen Registers in Archaic Greece: The Evidence Reconsidered, in *ΑΞΩΝ. Studies in Honor of R. Stroud*, cur. A.P. Matthaïou, N. Papazarkadas, Athens 2015, vol. II, 649-667.

Finley 1964 [1954] = M. I. Finley, *The World of Odysseus*, London 1964 [1954].

Finley 1973 = M. I. Finley, *Democracy Ancient and Modern*, London 1973.

Finley 1981 = M. I. Finley, *Economy and Society in Ancient Greece*, London 1981.

Forsdyke 2005 = S. Forsdyke, *Exile, Ostracism, and Democracy: The Politics of Expulsion in Ancient Greece*, Princeton, Oxford 2005.

Forsdyke 2021 = S. Forsdyke, *Slaves and Slavery in Ancient Greece*, Cambridge 2021.

Foxhall 1997 = L. Foxhall, A View from the Top: Evaluating the Solonian Property Class", in *The Development of the Polis in Archaic Greece*, cur. L. G. Mitchell, P. J. Rhodes, London 1997, 113-136.

Gallo 1999 = L. Gallo, Solone, gli Hektemoroi e gli horoi", *Annali di archeologia e storia antica* 6 (1999) 59-71.

Garlan 1989 = Y. Garlan, Le travail libre en Grèce ancienne, in *Non-slave labour in the Greco-Roman World*, cur. P. Garnsey, Cambridge 1989, 6-22.

Garlan 1995[1982] = Y. Garlan, *Les esclaves en Grèce ancienne*, Paris 1995[1982].

Halm-Tisserant 2013 = M. Halm-Tisserant *Réalités et imaginaires des supplices en Grèce ancienne*. (1st ed. 1998). *Études anciennes. Série grecque*, 125, Paris 2013.

Halperin 1990 = D. Halperin, *The democratic body: Prostitution and Citizenship in Classical Athens*, in *One Hundred Years of Homosexuality: And Other Essays on Greek Love*, cur. D. Halperin, New York, London 1990, 88-112.

Hansen 1976 = M. H. Hansen, *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against kakourgoi, Atimoi and Pheugontes. A Study in the Athenian Administration of Justice in the Fourth Century BC*, Odense 1976.

Hansen 1982 = M. H. Hansen, *Atimia in Consequence of Private Debts*, in *Symposion 1977. Vortrage zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, cur. J. Modrzejewski, D. Liebs, Köln-Vienna 1982, 113-120.

Hansen 2010 = M. H. Hansen, *The Concepts of Demos, Ekklesia, and Dikasterion in Classical Athens*, in *Greek, Roman and Byzantine Studies* 50 (2010), 499-536.

Harris 2002 = E. M. Harris, *Did Solon Abolish Debt-Bondage?*, in *Classical Quarterly* 52 (2002) 415-30.

Harris 2012 = E. M. Harris, *Homer, Hesiod, and the 'Origins' of Greek Slavery*, *Revue des études anciennes* 114.2 (2012) 345-36.

Harris 2018 = E. M. Harris, *Demosthenes, Speeches 23-26, Translated with Introduction and Notes*, Austin 2018.

Harris 2019 = E. M. Harris, *The Crown Trial and Athenian Legal Procedure in Public Cases against Illegal Decrees*, in *Dike* 22 (2019) 81-111.

Harrison 1971 = A. R. W. Harrison, *The Law of Athens*, Oxford 1971, vol.2.

Humphreys 1991 = S. C. Humphreys, *A Historical Approach to Drakon's Law on Homicide*, in *Symposion 1990. Papers on Greek and Hellenistic Legal History*, Köln 1991.

Hunt 2017 = P. Hunt, *Slaves or Serfs? Patterson on the Thêtes and Helots of Ancient Greece*, in *On Human Bondage: After Slavery and Social Death*, cur J. Bodel, W. Scheidel, Malden, Oxford 2017, 55-80.

Hunter 1992 = V. Hunter, *Constructing the body of the citizen: Corporal Punishment in Classical Athens*, in *Echos du monde Classique* 36 (1992) 271-91.

Isager & Skydsgaard 1992 = S. Isager, J. E. Skydsgaard, *Ancient Greek Agriculture: An Introduction*, London 1992.

Joyce 2018 = Ch. Joyce, Atimia and Outlawry in Archaic and Classical Greece, in *Polis The Journal for Ancient Greek and Roman Political Thought* 35.1 (2018) 33-60.

Kamen 2013 = D. Kamen, *Status in Classical Athens*, Oxford 2013.

Kirk 1977 = G. Kirk, The Hektemoroi of Pre-solonian Athens Reconsidered, in *Historia* 26 (1977) 369-370.

Knoepfler 2001 = D. Knoepfler, Loi d'Érétrie contre la tyrannie et l'oligarchie (première partie), in *Bulletin de Correspondence Héliénique* 125 (2001) 195-238.

Kristensen 2004 = K. R. Kristensen, Gortynian debt bondage: some new considerations on IC IV 41 IV-VII, 47 and 72 I.56-II.2, X.25-32, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 149 (2004) 73-9.

Leão-Rhodes 2015 = D. Leão, P. J. Rhodes, *The Laws of Solon. A New Edition with Introduction, Translation and Commentary*, London, New York 2015.

Lévêque 1979 = P. Lévêque, Les dépendants de type hilote, in *Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques. Colloque International de Besançon. 2-3 mai 1974*, cur. E.Ch. Welskopf, Paris 1979, 114-119.

Lewis 2018 = D. M. Lewis, *Greek Slave Systems in their Eastern Mediterranean Context c.800-146 BC*, Oxford 2018.

Loddo 2019 = L. Loddo, Voluntary Exile and Eisangelia in Athens: Remarks about the Lawfulness of a Widespread Practice, in *Dike* 22 (2019) 113-160.

Lotze 1959 = C. Lotze, *Metaxu Eleutheron kai doulon*, Berlin 1959.

MacDowell 1983 = D. M. MacDowell, Athenian Laws about Bribery, in *RIDA* 30 (1983) 57-78.

Mactoux 1980 = M.,M. Mactoux, *Douleia. Esclavage et pratiques discursives dans l'Athènes classique*, Paris 1980.

Mactoux 1986 = M.-M. Mactoux, Lois de Solon sur les esclaves et formation d'une société esclavagiste, in *Forms of Control and Subordination in Antiquity*, Tokyo 1986, 331-354.

Maffi 1983 = A. Maffi, Ἀτιμάζειν ε φεύγειν nei poemi omerici, in *Symposion 1979. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschicht*, cur. P. Dimakis, Köln 1983, 251-260.

Maffi 2003 = A. Maffi, Studi recenti sul Codice di Gortina, in *Dike* 6 (2003) 161-226.

Maffi 2018 = A. Maffi, *Outlawry and Atimia: Response to Maria Youni*, in *Symposion 2017. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Tel Aviv, 20.–23. August 2017), cur. G. Thür, U. Yiftach, R. Zelnick-Abramowitz, Wien 2018, 157-164.

Manville 1980 = B. Manville, *Solon's law of stasis and atimia in archaic Athens*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 110 (1980) 213-221.

Manville 1990 = P. B. Manville, *The origins of citizenship in ancient Athens*, Princeton 1990.

Millet 1991 = P. Millet, *Lending and Borrowing in Ancient Athens*, Cambridge 1991.

Noussia Fantuzzi 2010 = M. Noussia Fantuzzi, *Solon the Athenian, the Poetic Fragments*, Leiden, Boston 2010.

Paiano 2013 = D. Paiano, *Relaciones de dependencia rural y constitución de la singularidad ateniense durante el arcaísmo*, in *Nuevas aproximaciones a la Antigüedad grecolatina II*, cur. A. Sapere, Buenos Aires 2013, 82-105.

Paoli 1930 = U. E. Paoli, *Studi di diritto attico*, Firenze 1930.

Papazoglu 1993 = F. Papazoglu, *Esclavage et Dependance, «Demi-Liberte», «Halfway-Statuses*, in *Illinois Classical Studies* 18 (1993) 31-38.

Pelloso 2016 = C. Pellosso, *Ephesis eis to dikasterion: Remarks and Speculation on the Legal Nature of the Solonian Reform*, in *Symposion 2015. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, cur. D.F. Leão and G. Thür, Wien 2016, 33-54.

Plácido 1989 = D. Plácido, *Nombres de libres que son esclavos ... (Pollux, III, 82)*, in *Esclavos y semilibres en la Antigüedad clásica. Coloquio nº 15 del GIREA*, Madrid 1989, 55-79.

Poddighe 2001 = E. Poddighe, *L'atimia nel diagramma di Cirene: la definizione della cittadinanza tra morale e diritto alla fine del IV secolo a.C.*, in *Aevum* 75 (2001) 37-55.

Raaflaub 1997 = K. A. Raaflaub, *Soldiers, Citizens, and the Evolution of the Early Greek Polis*, in *The Development of the Polis in Archaic Greece*, cur. L. G. Mitchell, P. J. Rhodes, London 1997, 49-59.

Rainer 1986 = J. M. Rainer, *Über die Atimie in den griechischen Insschriften*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 64 (1986) 163-172.

Rhodes 1978 = P. J. Rhodes, *Bastards as Athenian citizens*, in *Classical Quarterly* 28 (1978) 88-91.

Rhodes 1981 = P. J. Rhodes, *A Commentary on the Aristotelian Athenaiion Politeia*, Oxford 1981.

Rihll 1991 = T. E. Rihll, *Hektemoroi: Partners in Crime?*, in *Journal of Hellenic Studies* 111 (1991) 122-123.

Rosivach 1992 = V. Rosivach, *Redistribution of land in Solon, fragment 34 West*, in *Journal of Hellenic Studies* 112 (1992) 153-157.

Roubineau 2007 = J.-M. Roubineau, *Les hektémores*, in *Vocabulaire et expression de l'économie dans le monde antique*, cur. J. Andreau, V. Chankowski, Bordeaux 2007, 177-207.

Rougier-Blanc 2014 = S. Rougier-Blanc, *Architecture et/ou espaces de la pauvreté: habitats modestes, cabanes et "squats" en Grèce ancienne*, in *La pauvreté en Grèce ancienne. Formes, représentations, enjeux*, cur. E. Galbois, S. Rougier-Blanc, Bordeaux 2014, 105-135.

Ruschenbusch 1961 = E. Ruschenbusch, *Ephesis. Ein Beitrag zur griechischen Rechtsterminologie*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 78 (1961) 386-90.

Ruschenbusch 1965 = E. Ruschenbusch, *Hēliaia. Die Tradition über das solonische Volksgericht*, in *Historia* 14 (1965) 381-4.

Ruschenbusch 1968 = E. Ruschenbusch, *Untersuchungen zur Geschichte des athenischen Strafrechts*, Köln 1968.

Ruschenbusch 2010 = E. Ruschenbusch, *Solon: Das Gesetzeswerk – Fragmente. Übersetzung und Kommentar. 2. Auflage*, Stuttgart 2010.

Sakellariou 1979 = M. Sakellariou, *Les hectémores*, in *Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques. Colloque International de Besançon. 2-3 mai 1974*, cur. E.Ch. Welskopf, Paris 1979, 99-113.

Sealey 1987 = C. Sealey, *The Athenian Republic. Democracy or the Rule of Law*, London 1987.

Scheid-Tissinier 2002 = E. Scheid-Tissinier, *Laos et dēmos, le peuple de l'épopée*, in *Antiquité Classique* 71 (2002) 1-26.

Sosin 2017 = J. D. Sosin, *Ransom at Athens ([Dem.] 53.11)*, in *Historia* 66.2 (2017) 130-146

Swoboda 1893 = H. Swoboda, *Arthmios von Zeleia*, in *Archaeologisch-epigraphische Mittheilungen* xvi, 1 (1893) 49-68.

Ste Croix 1981 = G. E. M. de Ste Croix, *The Class Struggle in the Ancient Greek World*, London 1981.

Ste Croix 2004 = G. E. M. de Ste Croix, *Athenian Democratic Origins and Other Essays*, Oxford 2004.

Usteri 1903 = P. Usteri, *Ächtung und Verbannung im griechischen Recht*, Berlin 1903.

Valdés-Gallego 2010 = M. Valdés Guía, J. Gallego, *Athenian Zeugitai and the Solonian Census Classes: New reflections and Perspectives*, *Historia* 59.3 (2010), 257-281.

Valdés 2002 = M. Valdés Guía, *Política y religión en Atenas arcaica*, Oxford 2002.

Valdés 2002b = M. Valdés Guía, *Mercado de esclavos en Atenas Arcaica*, in *Routes et Marchés d'Esclaves (XXVIe Colloque du GIREA)*, cur. M. Garrido, Besançon 2002, 275-319

Valdés 2006 = M. Valdés Guía, *La tierra "esclava" del Ática en el s.VII a.C.: campesinos endeudados y hectémoros*, in *Gerión* 24.1 (2006), 143-161.

Valdés 2007 = M. Valdés Guía, *Peur et contrainte des dépendants ratifiés par pratiques judiciaires et religieuses: les paysans atimoï de l'Attique archaïque*, in *Peur de l'esclave, peur de l'esclavage en Méditerranée ancienne (Discours, représentations, pratiques)*, cur. A. Serghidou, Besançon 2007, 99-114.

Valdés 2008 = M. Valdés Guía, *El nacimiento de la autoctonía ateniense: cultos, mitos cívicos y sociedad de la Atenas del s.VI a.C.*, Madrid 2008.

Valdés 2012 = M. Valdés Guía, *Dependencia y marginación en Homero y en Hesíodo*, in *Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno (XXIII Convegno Internazionale di Girea Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno, Napoli 2009)*, cur. F. Reduzzi Merola, Roma 2012, 191-206.

Valdés 2014 = M. Valdés Guía, *Thêtes y hectémoros en la Atenas presoloniana*, in *Athenaeum* 102-1 (2014), 5-24.

Valdés 2015 = M. Valdés Guía, *La renovación de la dependencia en el s.IV: los espacios de thetes y misthotoi*, in *Los espacios de la esclavitud y de la dependencia desde la Antigüedad*, cur. A. Beltrán, I. Sastre, M. Valdés, Besançon 2015, 183-199.

Valdés 2018 = M. Valdés Guía, *De los ptochoi homéricos a los del s.IV: lo viejo y lo nuevo, mendicidad y evergesía*, in *Lo viejo y lo nuevo en las sociedades antiguas (XXXVI Coloquio del GIREA)*, cur. J. Cortadella, O. Olesti, C. Sierra, Besançon 2018, 103-119.

Valdés 2019 = M. Valdés Guía, *The social and cultural background of hoplite development in Archaic Athens: peasants, debts, zeugitai and Hoplethes*, in *Historia* 68.4 (2019) 388-412.

Valdés 2019b = M. Valdés Guía, Historiografía de los thêtes, in *Historiografía de la esclavitud. Groupe International de Recherche sur l'Esclavage dans l'Antiquité. Volume XXXIX*, cur. A. Alvar Nuño, Madrid 2019, 235-260.

Valdés 2019c = M. Valdés Guía, War in Archaic Athens: polis, elites and military power, in *Historia* 68.2 (2019) 126-149.

Valdés 2019d = M. Valdés Guía, Hybris en Atenas arcaica: explotación y formas de violencia de los aristoi frente al demos, in *Praxis e Ideologías de la Violencia. Para una anatomía de las sociedades patriarcales esclavistas desde la Antigüedad. Homenaje a Amparo Pedregal*, cur. A. Gonzales, Besançon 2019, 169-196.

Valdés 2021 = M. Valdés Guía, A New Reading of Solon's Law on Stasis: the Sovereignty of the Demos, in *Dialogues d'Histoire Ancienne* 47.2 (2021) 187-219.

Valdés 2022 = M. Valdés Guía, Zeugitai in Fifth-Century Athens: Social and Economic Qualification from Cleisthenes to the End of the Peloponnesian War, *Pnyx* 1 (2022) 45-78.

Valdés in preparation = M. Valdés Guía, La deuda creadora de dependencias y fuente de explotación en Atenas clásica, in *XLIII Coloquio del GIREA (Univ. de Málaga 2022)*.

Vidal-Naquet 1992[1990] = P. Vidal-Naquet, La democracia griega, una nueva visión. *Ensayos de historiografía antigua y moderna*, Madrid 1992[1990].

Vlassopoulos 2011 = K. Vlassopoulos, Greek Slavery: from domination to property and back again, in *Journal of Hellenic Studies* 131 (2011) 115-130.

Vleminck 1981 = S. Vleminck, La valeur de ἀτιμία dans le droit grec ancien, in *Les Études Classiques* 49 (1981) 251-265.

Van Wees 1999 = H. van Wees, The Mafia of Early Greece: Violent Exploitation in the Seventh and Sixth Centuries BC., in *Organized Crime in Antiquity*, cur. K. Hopwood, London 1999, 1-51.

Van Wees 2006 = H. van Wees, Mass and Elite in Solon's Athens: The Property Classes Revisited, in *Solon of Athens. New Historical and Philological Approaches*, cur. J. H. Blok, A. Lardinois, Leiden, New York 2006, 351-389.

Van Wees 2013 = H. van Wees, Farmers and Hoplites: Models of Historical Development, in *Men of Bronze. Hoplite Warfare in Ancient Greece*, cur. D. Kagan, G. Viggiano, Princeton 2013, 122-255.

Wallace 2016 = S. Wallace, The Rescript of Philip III Arrhidaios and the Two Tyrannies at Eresos, in *Tyche* 31 (2016) 239-258.

Welwei 1992 = K. W. Welwei, Athen. Vom neolithischen Siedlungsplatz zur archaischen Großpolis, Darmstadt 1992.

Welwei 2005 = K. W. Welwei, Ursachen und Ausmaß der Verschuldung attischer Bauern um 600 v. Chr., in *Hermes* 133 (2005) 29-43.

Youni 2001 = M. S. Youni, The Different categories of unpunished killing and the term ATIMOS in ancient Greek law, in *Symposion* 1997, Köln - Wien, 117-134.

Youni 2018 = M. Youni, Outlawry in Classical Athens: Nothing to Do with atimia, in *Symposion* 2017, cur. E. Cantarella, M. Gagarin, G. Thür, J. Velissaropoulos, Wien 2018, 137-155.

Youni 2019 = M. S. Youni, Atimia in Classical Athens: What the Sources Say, in *Dike. Essays on Greek Law in Honor of Alberto Maffi*, cur. L. Gagliardi y L. Pepe, Milano 2019, 361-378.

Zurbach 2013 = J. Zurbach, La formation des cités grecques: Statuts, classes et systèmes fonciers, *Annales (HSS)* 68 (2013) 957-998.

Zurbach 2009 = J. Zurbach, Paysanneries de la Grèce archaïque, in *Histoire et sociétés rurales* 31 (2009), 9-44.

Zurbach 2014 = J. Zurbach, Entre libres et esclaves dans l'Athènes classique, in *Les Affaires de Monsieur Andreau. Économie et société du monde romain*, cur. C. Apicella, M-L. Haack y F. Lerouxel, Bordarux 2014, 273-285.

Zurbach 2017 = J. Zurbach, Les hommes, la terre et la dette en Grèce c. 1400 – c.500 a.C., vol. 1 and 2, *Ausonius Scripta Antiqua* 95, Bordeaux 2017.

DONATELLA ERDAS

I *nautodikai*. Note su una magistratura ateniese tra cause di *xenia* e giurisdizione sugli *emporoi*

Abstract:

La magistratura ateniese dei *nautodikai* è menzionata in fonti frammentarie (un accenno in *IG I³ 41*, testimonianze della loro attività in un paio di versi delle commedia antica e in un frammento di Cratero il Macedone) e nei lessici. Le prime attestazioni risalgono agli anni Quaranta del V sec. a.C. ed essi sembrano inizialmente coinvolti in cause legate all'accertamento della cittadinanza (*graphai xenias*), almeno fino agli ultimi decenni del V sec. a.C. Con i primi anni del IV sec. a.C. i *nautodikai* mutano funzione, e sono citati nell'orazione lisiana *Sulla proprietà di Eratone* come giudici impegnati in cause riguardanti degli *emporoi*. Tale funzione è inoltre confermata dalle fonti lessicografiche. Ripercorrendo tutte le testimonianze relative a questa magistratura, nell'articolo si intende mostrare come una caratteristica costante nell'operato dei *nautodikai* sia quella dell'urgenza e contemporaneamente dell'inadempienza nello svolgimento delle cause. La loro limitata funzionalità come collegio giudicante spiegherebbe la dismissione del loro ufficio al più tardi intorno alla metà del IV sec. a.C., quando più sentita era l'esigenza di garantire una rapida risoluzione delle controversie, soprattutto in ambito commerciale.

The Athenian *nautodikai* are mostly mentioned in fragmentary sources (a hint in *IG I³ 41*; evidence of their activity in a couple of verses from the old comedy and in a fragment from the Macedonian Craterus) and in lexicographers. The earliest records date from the 440s BCE, and they initially seem to have jurisdiction over cases related to ascertaining citizenship (*graphai xenias*), at least until the last decades of the V century BCE. By the early years of the IV century BCE the *nautodikai* change function: they are mentioned in the Lysian oration *On the property of Eraton* as judges engaged in cases concerning *emporoi*. This function is also confirmed by lexicographers. By reviewing all the evidence related to this officials, the article aims at showing how a constant feature of the *nautodikai* is that of urgency and simultaneously of default in the conduct of cases. Their limited functionality as a panel of judges would explain the abolition of their office at the latest around the middle of the IV century BCE, when the need to ensure a rapid solving of the cases was especially felt, particularly in the regulation of commercial disputes.

Composto formato da due nomi, con ναύτης in prima posizione¹, il termine ναυτοδίκαι, usato sempre al plurale, rimanda a un collegio di giudici connessi con le attività del mare (lett. giudici dei naviganti, o giudici marittimi). Le traduzioni che vengono proposte sono condizionate delle funzioni che a questa magistratura, attestata solo ad Atene, vengono attribuite dalle poche fonti che li menzionano². Le opere lessicografiche, a partire da Polluce e Arpocrazione, forniscono per i *nautodikai* una definizione duplice di magistrati operanti nelle cause di *xenia* e/o di giudici nei processi concernenti *emporoi* (Poll. 8.126: οἱ δὲ ναυτοδίκαι, οὗτοι ἦσαν οἱ τὰς τῆς ξενίας δίκας εἰσάγοντες = Phot. v289 s.v. Ναυτοδίκαι: Ἀθήνησιν οἱ τὰς τῆς ξενίας δίκας εἰσάγοντες. Ναυτοδίκαι: ἀρχὴ τις ἦν Ἀθήνησιν οἱ ναυτοδίκαι; Harpocr. s.v. ναυτοδίκαι ... ἀρχὴ τις ἦν Ἀθήνησιν οἱ ναυτοδίκαι; Hesych. v289 s.v. ναυτοδίκαι· ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου δικασταί, ἐφ' ὧν καὶ αἱ τῆς ξενίας ἐκρίνοντο δίκαι; Suda v86 s.v. Ναυτοδίκαι: ἄρχοντες ἐπὶ τοῖς ναυκλήροις δικάζοντες καὶ τοῖς περὶ τὸ ἐμπόριον ἐργαζομένοις· ὡς καὶ ναυφύλακες ἄρχοντές τινες ἐπὶ τῆς τῶν νεῶν φυλακῆς. ἀρχὴ τις ἦν Ἀθήνησιν οἱ ναυτοδίκαι = *Anecd. Bekker* v283 s.v. ναυτοδίκαι).

La quasi totalità dei riferimenti letterari alla magistratura si trova poi all'interno di queste stesse voci, in funzione esplicativa rispetto alla definizione che viene fornita. Come si può facilmente immaginare, gli interrogativi che una documentazione dalla natura così frammentaria pone restano molti, dall'origine della magistratura, alle motivazioni della sua istituzione, alla sua durata, alle ragioni del passaggio dalla prima funzione nelle cause di *xenia*, che si colloca ragionevolmente alla fine del V secolo, a quella di giudici degli *emporoi* agli inizi del IV sec. a.C.

Per provare a rispondere ad alcune delle questioni sollevate dalla stessa esistenza e dalla limitata durata nel tempo di questo collegio giudicante sarà opportuno partire dall'unica testimonianza epigrafica, che è anche la più antica, relativa al termine *nautodikai*. Si tratta del decreto che definisce i rapporti tra Atene e Histiea, quasi

¹ Il termine ναύτης è a sua volta derivato da ναῦς e ha il senso generale di «marino» (Chantraine, *DELG*, III, s.v. ναῦς; Boisaq, *DELG*, s.v. ναῦς, «marin», «matelot»; H. Frisk, *GEW*, s.v. ναῦς, definisce ναύτης «Schiffer», «Seemann», «Schiffspassagier»).

² Così ad es. la traduzione «giudici dei tribunali marittimi». Sui problemi di resa del termine vd. Erdas 2002, 84 e nota 1.

unanimemente attribuito all'indomani della soppressione, particolarmente traumatica per la polis euboica, della ribellione alla lega delio-attica (*IG I³ 41*)³.

L'iscrizione è piuttosto lacunosa e non concede molto spazio alla ricostruzione del quadro istituzionale del nuovo legame che viene a istituirsi tra Atene e Histiea, al punto tale da lasciare aperta anche la questione tutt'altro che irrilevante dello statuto di quest'ultima rispetto alla madrepatria. Un testo così incompleto non consente di proporre alcuna ipotesi in tal senso, né aiutano a una migliore definizione il riferimento di Tucidide alla presa di possesso del territorio di Histiea da parte degli Ateniesi; di Tempompo allo stanziamento di questi ultimi (a suo dire provenienti dal demo di Histiaieis) nella polis euboica⁴, e infine di Diodoro, che parla della fondazione di un'*apoikia* nella quale i 1000 coloni si sarebbero spartiti tanto la città quanto il territorio, seguendo uno schema e impiegando un lessico che ricorrono identici anche per altri insediamenti ateniesi, e non solo⁵. Alcuni punti fermi però possono essere rintracciati, e in particolare il fatto, tutt'altro che irrilevante, che gli Ateniesi dislocati a Histiea mantengono un legame istituzionale con la madrepatria

³ Su questo noto quanto complesso documento si rimanda ai contributi più recenti di Koch 1991, 170-207 (T5); Pébarthe 2009, *passim*; Lasagni 2010, in part. 377-381; Lambert 2020, 40-51 (nr. 3), del quale si accoglie la nuova disposizione del testo. A quest'ultimo si fa riferimento anche per una revisione delle proposte di datazione.

⁴ Thuc. 1.114.3 (*Ἐστιαῖς δὲ ἐξοικίσαντες αὐτοὶ τὴν γῆν ἔσχον*); Theopomp. *FGrHist* 115 F387 *ap.* Strabo 10.1.3 445C (*ἔνιοι δ' ὑπ' Ἀθηναίων ἀποικισθῆναι φασὶ τὴν Ἰστιαίαν ἀπὸ τοῦ δήμου τοῦ Ἰστιαιέων ... δισχιλίους δ' ἐξ Ἀθηναίων ἐλθόντας τὸν Ὀρεὸν οἰκῆσαι, δῆμον ὄντα πρότερον τῶν Ἰστιαιέων*). Pébarthe 2009, segnala che in Thuc. 7.57.2 gli Ateniesi residenti a Histiea sono definiti *apoikoi*. Per una discussione sulla funzionalità nell'uso dei termini *apoikoi/epoikoi/klerouchoi* nelle fonti di V sec. a.C. vd. in part. Figueira 1991, 14-24.

⁵ Diod. 12.22.2: *τοὺς Ἐστιαεῖς ἐκ τῆς πόλεως ἐκβαλόντες ἰδίαν ἀποικίαν εἰς αὐτὴν ἐξέπεμψαν Περικλέους στρατηγούντος, χιλίους δὲ οἰκῆτορας ἐκπέμψαντες τὴν τε πόλιν καὶ τὴν χώραν κατακληρούχησαν*. Il verbo *κατακληρουχέω* non è usato in senso tecnico, ma fa parte del lessico coloniaro impiegato di norma da Diodoro, derivato dall'esperienza latina; si riferisce sempre a casi in cui i cittadini originari di un insediamento vengono cacciati e il sito viene riuoccupato da altri: non ha dunque alcuna implicazione rispetto all'identificazione di Histiea come una *cleruchia*. Tra le *poleis* delle quali fu spartita la *chora* tra i nuovi cittadini Anfipoli è particolarmente rilevante per il nostro caso (Diod. 11.70.5).

anche dopo essersi stanziati nella nuova *apoikia*, come testimonierebbe il fatto che sono tenuti a pagare l'*eisphora* (l. 36, parzialmente integrata)⁶.

La difficoltà di stabilire con certezza se Histiea sia un'*apoikia* o una cleruchia di Atene è centrale anche per la definizione stessa della funzione dei *nautodikai*, menzionati alle ll. 76-77 nella ricostituzione del testo proposta di recente da Lambert⁷. Quello che si legge nella pietra non è molto, ma è evidente che le norme che vengono prescritte in questa parte di testo sono di natura giudiziaria. Si menziona un tribunale che introduce un caso da Histiea e nello stesso mese i *nautodikai* (ricevono le cause?). Questi ultimi sono poi il soggetto di quanto segue, e cioè hanno l'incarico di allestire il tribunale al completo e, se non lo fanno, saranno ritenuti responsabili al momento della revisione degli atti. Le esecuzioni avverranno nello stesso modo in cui si svolgono ad Atene presso i giudici ordinari. I *nautodikai* sono dunque probabilmente chiamati a ricevere delle cause entro un determinato periodo di tempo, e di trasmetterle al tribunale provvedendo al suo allestimento (ad Histiea?). La natura di queste cause non è ricavabile dal testo; la sezione che precede la menzione dei *nautodikai* presenta una lacuna di ampiezza indefinibile e, anche se le ll. 58-63 presentano dei riferimenti a sanzioni legate al trasporto (commercio?) tra il limite settentrionale delle coste dell'Attica, con Oropos, e Histiea, e tra quest'ultima e

⁶ Così Moreno 2007, 92. Vd. anche Pébarthe 2009, 11, il quale sostiene che non vi è alcuna differenza tra *apoikoi* che formavano una comunità politica autonoma e cleruchi, che invece erano cittadini ateniesi stanziati fuori da Atene, in termini di obblighi a cui sono soggetti coloni e cleruchi, che rimangono gli stessi dei loro concittadini ad Atene (si questo punto vd. anche Figueira 1991, 71-72). Sulla discussione intorno all'*eisphora* quale indizio non decisivo per un'abbassamento della cronologia di questo documento agli anni Venti vd. da ultimo Lambert 2020, 49-50.

⁷ Lambert 2020, nr. 3. Si riportano di seguito le ll. 74-80 *in.*: -----ἐς τὸ δικαστήριον[. . .] | (75)-----ο ἔχς Ἑστιαίας ἐσάγει τα[.] | -----ν τοῖ αὐτοῖ μὲνὶ ἡοὶ ναυτοδ[ί]|[καὶ -----τ]ὸ δικαστήριον παρεχόντων πλ|[ἔρ]ες -----εἰ]θυνέσθο· ἡαὶ δὲ πράχσες ὄντων | [-----καθάπε]ρ Ἀθένεσι ἡαὶ παρὰ τοῦ δικαστ|(80)[ὄ]ν. . . | . . . [to the jury-court | (75) . . . from Hestiaia introduces . . . | . . . in the same month the judges of maritime cases (*nautodikai*) | . . . they shall fill the court | . . . shall be liable at their accounting; exactions shall be | . . . as they are at Athens in cases heard by the circuit judges. Trad. Lambert]. La restituzione del testo di Koch 1991, 173-175, T5 è più ampia rispetto a quella di Lambert, che prudentemente limita le integrazioni e che ricostruisce una lunghezza minore dello *stoichedon*. Il testo di Koch è alla base della traduzione italiana proposta da Chiara Lasagni, alla quale anche si rimanda (Lasagni 2010, 377-378 nota 43).

Calcide, ciò non significa necessariamente che i *nautodikai* siano chiamati qui a giudicare cause di natura commerciale, come vedremo accadrà in altri casi di epoca successiva. Al tempo stesso non vi sono riferimenti interni che consentano di ipotizzare che la funzione dei *nautodikai* in questo documento sia quella di controllare gli accessi fraudolenti alla cittadinanza, pure non incompatibile in un contesto come questo, che regola i rapporti tra la madrepatria Atene e l'insediamento di nuovi cittadini in territorio euboico⁸.

Delle procedure, degli organismi giudiziari e delle magistrature che vengono descritti qui e di seguito rimane comunque incerta la collocazione; in altre parole, non è chiaro se i processi si svolgessero a Histiea o ad Atene, e se i *dikastai* e l'*archon* menzionati nell'iscrizione siano magistrati di Atene o dell'*apoikia*. È possibile ma non dimostrabile che, dal punto di vista delle procedure, l'*apoikia* seguisse le norme in uso nella madrepatria⁹. L'unico dato di cui si è certi è che la prima attestazione dei *nautodikai* si trova in un documento di epoca periclea, datato agli anni Quaranta del V sec. a.C.

Benchè diversi per finalità e struttura, per lo sfondo storico comune a *IG I³ 41* sono frequentemente accostati gli accordi con giuramento reciproco che regolano i rapporti tra Atene e Calcide dopo la rivolta della polis euboica alla lega delio-attica (*IG I³ 40*). Calcide rimane polis indipendente, anche se le relazioni tra le due città rivelano un certo sbilanciamento in favore di Atene. Un emendamento di Archestratos alle ll. 70-76 in particolare prescrive che «le cause riguardanti i Calcidesi tra loro si svolgano a Calcide come ad Atene quelle riguardanti gli Ateniesi, fatta eccezione per le *euthynai* relative a esilio, pena di morte e privazione dei diritti civili. Per queste l'appello sia ad Atene davanti tribunale dei *thesmothetai*, secondo il decreto del popolo»¹⁰. Vi è

⁸ Cataldi 1983, 172-173 sosteneva che qui i *nautodikai* svolgevano il ruolo di giudici in processi derivanti da *dikai apo symbolon* (vd. anche Erdas 2002, 87-88); questo ruolo era però probabilmente coperto dagli *xenodikai*, su cui vd. *infra*; nelle convenzioni con Faselide (e forse Chio), invece, era responsabilità del polemarco (*IG I³ 10*, ll. 6-11).

⁹ Così Lambert 2020, 48-49, in riferimento a una differente ricostruzione di Koch 1991, 207.

¹⁰ *IG I³ 40*, ll. 70-76: Ἀρχέστρατο[ς] εἶπε· τὰ μὲν ἄλλα καθάπερ Ἀντικλεῖς· τὰς δὲ εὐθύνας Χαλκιδεῦσι κατὰ σφῶν αὐτῶν εἶναι ἐν Χαλκίδι καθάπερ Ἀθῆνεσιν Ἀθηναίοις πλὴν φυγῆς καὶ θανάτου καὶ ἀτιμίας· περὶ δὲ τούτων ἔφεσιν εἶνα(75) Ἀθηναῖε ἐς τὴν ἐλιαίαν τὴν τῶν θεσμοθετῶν κατὰ τὸ φέφισμα τοῦ δέμο.

dunque un margine di intervento da parte di Atene nelle questioni giudiziarie dei Calcidesi per le procedure più gravi a carico dei magistrati, anche laddove gli Ateniesi non siano direttamente coinvolti. Se qui infatti si intende *euthynai* come le procedure di verifica dei magistrati, dobbiamo riconoscere che il tribunale dei *thesmothetai* è in questo caso l'organismo che si occupa di gestire il controllo degli ufficiali contro cui a Calcide vengono sollevate accuse comportanti come pena esilio, morte e *atimia*. Se invece interpretiamo *euthynai* con il senso di 'punizioni', come fanno e.g. Meiggs e Lewis, allora ai *thesmothetai* ad Atene spetta giudicare i casi, sorti a Calcide, la cui pena è l'esilio, la morte e l'*atimia*¹¹. In ogni caso nel testo non si fa menzione delle cause relative all'usurpazione della cittadinanza (*graphai xenias*), che dall'*Athenaion politeia* aristotelica sappiamo essere competenza dei *thesmothetai* per il IV sec. a.C.¹². L'iscrizione di per sé non esclude la possibilità che anche queste ultime fossero loro competenza già nel V sec. a.C.; al tempo stesso la testimonianza lacunosa di IG I³ 41 non consente di stabilire se in IG I³ 40 questo ruolo fosse invece coperto dai *nautodikai*¹³. Per avere certezza di ciò è necessario dunque rivolgersi ad altre testimonianze.

Abbiamo visto sopra come nell'VIII libro dell'*Onomasticon* di Polluce compaia una definizione dei *nautodikai* come coloro che trattavano le cause di *xenia* (Poll 8.126). Il libro VIII è dedicato ai tribunali e all'amministrazione della giustizia; i *nautodikai* sono citati subito dopo la magistratura degli *ephetai* in riferimento alla legislazione di Draconte, specificando che si tratta di una corte di 51 giudici che giudicavano nei 5 tribunali i delitti di sangue e che furono poi sostituiti dal consiglio dell'Areopago con

¹¹ Sulla proposta di Archestratos e sull'interpretazione di *euthynai* come 'punizione' vd. l'ampia discussione in Balcer 1978, 102-118, in part. 104-106; cfr. Meiggs, Lewis, *GHI* 52, p. 143. Una sintesi recente delle diverse posizioni è in Osborne, Rhodes, *GHI* 131, p. 179, che interpretano il termine secondo l'uso più frequente in contesti epigrafici di 'audits of magistrates'.

¹² *Arst. Ath. Pol.* 59.3: *εἰσὶ δὲ καὶ γραφαὶ πρὸς αὐτοὺς* (i tesmoteti) *ὄν παράστασις τίθεται, ξενίας καὶ δωροξενίας*. Vd. Rhodes 2016, 376; Vélissaropoulos 1980, 257 ipotizzava che il passaggio di competenze tra *nautodikai* e tesmoteti fosse avvenuto già alla fine del V sec. a.C., in concomitanza con il rinnovo della legge di Pericle sulla cittadinanza, e con il cambiamento di funzione dei *nautodikai* stessi, su cui vd. *infra*.

¹³ Carawan 2008, 391-393, ipotizza che i *nautodikai* possano essere stati istituiti proprio per gestire gli accessi irregolari di *xenoi* alle fratrie (come testimonierebbe la legge menzionata da Cratero F4a Erdas, su cui vd. *infra*) nelle cleruchie e nelle colonie ateniesi, ma non ad Atene.

Solone. I *nautodikai* vi sono menzionati apparentemente in connessione con gli *hybristodikai*, lett. «giudici insolenti», definiti come coloro che ad Atene non volevano dare corso alle cause. L'affermazione è attribuita a Cratero il Macedone nella *Synagoge Psephismaton* (F4b Erdas: *οἱ δὲ ναυτοδίκαί, οὗτοι ἦσαν οἱ τὰς τῆς ξενίας δίκας εἰσάγοντες. ὑβριστοδίκαί δὲ ἐκαλοῦντο, εἴ τι χρῆ Κρατερῶ πιστεύειν τῶ τὰ ψηφίσματα συναγόντι, οἱ μὴ βουλόμενοι τὰς δίκας εἰσαγαγεῖν*)¹⁴. Se allo storico macedone viene ascritta da Polluce la nota sugli *hybristodikai*, la presenza concomitante dei *nautodikai* nella *Synagoge* è confermata dalla voce di Arpocrazione dedicata a questi ultimi, nella quale si legge che: *ἀρχὴ τις ἦν Ἀθήνησιν οἱ ναυτοδίκαί: Κρατερὸς γοῦν ἐν τῶ δ τῶν Ψηφισμάτων φησὶν 'ἐὰν δέ τις ἐξ ἀμφοῖν ξένοιον γερονῶς φρατρίζη, διώκειν εἶναι τῶ βουλομένῳ Ἀθηναίων, οἷς δίκαι εἰσὶ, λαγχάνειν δὲ τῆ ἔνη καὶ νέα πρὸς τοὺς ναυτοδίκας'* (F4a Erdas)¹⁵.

È stato notato in più occasioni come il lessico di questa clausola di decreto riportato da Cratero (si tratta, peraltro, di una delle pochissime citazioni letterali dalla *Synagoge*) richiami molto da vicino quello impiegato nella legge sulla cittadinanza emanata da Pericle nel 451/0 a.C. e testimoniata principalmente dall'*Athenaion Politeia* aristotelica¹⁶. Il contenuto giuridico è tuttavia diverso. Nella legge sulla cittadinanza, come è noto, viene stabilito che possano essere considerati *politai* soltanto coloro i cui genitori sono entrambi cittadini ateniesi (*astoi*). Nel decreto riportato da Cratero nel IV libro, invece, si dice che chiunque lo desideri può presentare denuncia ai *nautodikai* l'ultimo giorno del mese qualora si tenti di iscrivere a una fratria chi è nato da genitori entrambi stranieri. È possibile che si tratti di una norma meno restrittiva rispetto alla legge sulla cittadinanza, perché per quel che ci è rimasto non esclude che possa essere iscritto a una fratria chi è nato da almeno un

¹⁴ Sulla struttura dell'opera e sulla cronologia dei documenti ivi contenuti rimando a Erdas 2002, 27-38; vd. anche Carawan 2017.

¹⁵ Harpocr. s.v. ναυτοδίκαί.

¹⁶ Arst. *Ath.Pol.* 26.4: *καὶ τρίτῳ μετὰ τοῦτον ἐπὶ Ἀντιδότου διὰ τὸ πλῆθος τῶν πολιτῶν Περικλέους εἰπόντος ἔγνωσαν μὴ μετέχειν τῆς πόλεως, ὅς ἂν μὴ ἐξ ἀμφοῖν ἀστοῖν ἦ γερονῶς*; vd. anche Plut. *Per.* 37.3. Per un elenco delle fonti relative a, o correlate con, la legge periclea vd. Blok 2009, 142-143. La legge è stata oggetto di numerosi studi e riflessioni, tra i quali si segnala in particolare Patterson 1981. Una rapida rassegna è presente in Erdas 2002, 91 e nota 29. Più di recente vd. in part. la sintesi di Patterson 2005; Carawan 2008 e Blok 2017, *passim*.

genitore straniero. Inoltre non riguarda l'iscrizione all'organismo deputato alla registrazione dei cittadini, ossia il *demo* di appartenenza, bensì alla *fratria*. Cratero non sta dunque riportando qui la legge sulla cittadinanza emanata da Pericle nel 451/0 a.C., anche se non è affatto escluso che questa fosse menzionata altrove nella *Synagoge*, ma un decreto che dalla stessa legge probabilmente discende¹⁷. Rimane il dato di fatto che i *nautodikai* sono menzionati come la magistratura preposta a ricevere le cause contro coloro che venivano iscritti a una *fratria* fraudolentemente, in quanto figli di genitori entrambi stranieri. Anche se la *fratria* non era la sede preposta alla verifica della cittadinanza di un individuo¹⁸, per i suoi stringenti criteri di reclutamento costituiva una buona base dalla quale partire per controllare chi veniva introdotto all'interno della vita istituzionale di Atene¹⁹; i *nautodikai* esercitavano dunque un controllo su individui non *politai* che si trovavano ad accedere alle strutture della polis senza averne il diritto. Le cause cui sono tenuti a dare seguito rientrano a pieno titolo tra le *graphai xenias*²⁰.

La datazione di questo decreto è condizionata da un lato dall'emanazione della stessa legge sulla cittadinanza, dall'altro dai contenuti del III libro della *Synagoge*, che precedono i documenti inseriti nel IV libro e si collocano negli anni Cinquanta del V sec. a.C. (vi figura la prima lista del *phoros* versato alla lega, 454/3 a.C.), e più in generale da questioni di distribuzione interna dei materiali presenti nell'opera di Cratero²¹. La cronologia probabile è dunque un periodo che va dagli anni Quaranta alla prima metà degli anni Trenta. Lo scrutinamento della cittadinanza ateniese avvenuto nel 445/4 a.C. in occasione della distribuzione gratuita alla popolazione del

¹⁷ Vd. Erdas 2002, in part. 90-96.

¹⁸ Vd. in questo senso le obiezioni di Harris 2021, 475-476; una prospettiva differente è espressa da Blok 2017, 110 nota 31 che, sulla base dei frammenti di Cratero e di Filocoro (*FGrHist* 328 F35a *ap. Suda* ο510 *s.v. ὀργεῶνες: τοὺς δὲ φράτορας ἐπάναγκες δέχεσθαι καὶ τοὺς ὀργεῶνας, καὶ τοὺς ὀμογάλακτας, οὓς γεννήτας καλοῦμεν*), ritiene che essere cittadino significhi far parte di una *fratria*. Per il ruolo delle *fratrie* nell'accertamento di cause legate al diritto ereditario e non alla cittadinanza vd. invece Joyce 2019.

¹⁹ Vd. in part. Isae. 7.16; 8.19. Sui *diapsephismoi* ad Atene vd. in part. Carusi, Fantasia 2004.

²⁰ Casi di *graphai xenias* sono ben attestati nell'oratoria attica: vd. in part. Lys. 13.60; Is. 3.37; Demosth. 24.131 e soprattutto [Demosth.] 59.16 (*Ἐὰν δὲ ζένος ἀστῆ συνοικῆ τέχνη ἢ μηχανῆ ἡτινιοῦν, γραφέσθω πρὸς τοὺς θεσμοθέτας Ἀθηναίων ὁ βουλόμενος οἷς ἔξεστιν*).

²¹ Erdas 2002, 99-101.

grano donato da Psammetico testimoniata da Filocoro²² potrebbe costituire l'orizzonte storico di riferimento, benché non manchino proposte di datazione più basse, che si spingono ragionevolmente non oltre gli anni Trenta²³.

L'emanazione del decreto menzionato da Cratero potrebbe essere stata sollecitata dagli effetti della legge sulla cittadinanza sull'accreditamento dei *politai* nel tentativo di intercettare tentativi indiretti di accedere alla cittadinanza, in un contesto in cui la legge veniva facilmente aggirata. Non è quindi affatto da escludere che i *nautodikai* siano stati istituiti dallo stesso Pericle per gestire il numero sempre crescente di cause di appropriazione illegittima della cittadinanza.

Un'ultima considerazione sul frammento di Cratero riguarda gli *hybristodikai* (F4a), la cui menzione è forse da interpretare come un commento dello storico all'operato dei *nautodikai*. L'unica altra attestazione dei termine *hybristodikai* è il titolo di una commedia attribuita a Eupoli di cui non sopravvive alcun frammento. È dunque inutile qualsiasi speculazione sia sulla cronologia che sul contenuto di questa commedia, che forse Eupoli non scrisse mai²⁴; la discussione si sposterebbe circolarmente dalla definizione di Polluce attribuita a Cratero al titolo della commedia antica.

Interpretare di conseguenza il termine *hybristodikai* in modo differente da quello suggerito da Polluce, per il quale erano chiamati così ad Atene coloro che non volevano dar corso alle cause, è arduo in assenza di altri dati²⁵. La medesima definizione è presente anche in Esichio e, ancora più scarna perché priva di riferimenti

²² *FGrHist* 328 F119 *ap. Schol. Ar. Vesp.* 718; per il numero dei cittadini irregolarmente iscritti vd. anche *Plut. Per.* 37.4 (circa 5000 – per approssimazione – contro i 4760 di Filocoro).

²³ Erdas 2002, con riferimenti alle proposte di cronologia differenti; più di recente Carawan 2017, *ad BNJ* 342 F4b riprende con ulteriori argomenti la proposta di datazione di Jacoby agli anni Trenta.

²⁴ Così da ultimo Olson 2016, 435-437.

²⁵ È a mio avviso da ripensare l'interpretazione che ne dà Storey (2003, 261-262), che traduce il titolo come *Vigilantes*, interpretando il termine come riferito «to those who bypassed the law courts altogether and determined justice on their own, with the arrogance and violence that *hybris* suggests». La commedia antica è senza dubbio ricca di figure che vengono prese di mira e che sono parodisticamente legate alla sfera del diritto nel senso più ampio possibile, ma in assenza di altri dati relativi alla commedia di Eupoli è forse più prudente considerare affidabile la definizione presente in Polluce e negli altri lessicografi.

al luogo nel quale operavano, in Fozio²⁶. Anche la testimonianza, riportata dallo stesso Fozio, di Tolemeo Chennò sulla presenza della commedia *Hybristodikai* di Eupoli accanto alla testa di Efialte al momento della sua uccisione sarebbe, secondo Olson, un'invenzione dello stesso Tolemeo²⁷. Del resto l'associazione con Efialte rappresenta un palese anacronismo.

Il tentativo di accostare il riferimento agli *hybristodikai* come titolo di una commedia alla descrizione dei giudici che amministrano male le cause come soggetto tipico dell'*archaia komodia* è poi tanto suggestivo quanto indimostrabile²⁸. La connessione è suggerita dalla sintesi sulla commedia antica presente nel libello ad essa dedicato dal grammatico Platonio (*De comoed.* 8), in cui i contenuti della commedia antica vengono messi in stretta relazione con il regime politico di cui nei fatti erano espressione, la democrazia. In democrazia tutti avevano libertà di parola, perciò gli autori di commedie non avevano alcun timore a schernire strateghi, giudici disonesti e cittadini avari o dissoluti²⁹.

Dal momento che non è possibile proporre alcuna lettura che si basi sul titolo della commedia attribuita a Eupoli sarà forse più produttivo ritornare alla definizione presente in Polluce e attribuita a Cratero³⁰. Se, come pare evidente, individui chiamati

²⁶ Hesych. s.v. *ύβριστοδίκαί*: οί μὴ θέλοντες εἰσάγειν τὰς δίκας παρὰ Ἀττικοῖς. Phot. v614 s.v. *ύβριστοδίκαί*: οί ἐπὶ τῶν μὴ ἐθελόντων εἰσάγειν τὰς δίκας.

²⁷ Ptol. Chenn. ap. Phot. *Bibl.* 190, p. 151a5-14: "Ὅτι τελευτήσαντος Δημητρίου τοῦ Σκηψίου τὸ βιβλίον Τέλλιδος πρὸς τῇ κεφαλῇ αὐτοῦ εὔρεθῆ· τὰς δὲ Κολουμβώσας Ἀλκμάνους πρὸς τῇ κεφαλῇ Τυρονίχου τοῦ Χαλκιδέως εὔρεθῆναί φασι, τοὺς δ' Ὑβριστοδίκας Εὐπόλιδος πρὸς τῇ Ἐφιάλτου, τοὺς δὲ Εὐνίδας Κρατίνου πρὸς τῇ Ἀλεξάνδρου τοῦ βασιλέως Μακεδόνων, τὰ δ' Ἔργα καὶ τὰς Ἡμέρας Ἡσιόδου πρὸς τῇ τοῦ Σελεύκου τοῦ Νικάτορος κεφαλῇ. Vd. Olson 2016, 436-437 e, per la connessione tra il termine *hybristodikai* e la *hybris* come caratteristica attribuita all'operato politico di Efialte dai suoi detrattori vd. Zaccarini 2018, 505.

²⁸ L'idea è di Schmid, Stählin 1946, 114 nota 3: vd. Kassel-Austin, *PCG* V, 466.

²⁹ Platon. *De comoed.* 6-10: τῆς ἰσηγορίας οὖν πᾶσιν ὑπαρχούσης ἄδειαν οἱ τὰς κωμωιδίας συγγράφοντες εἶχον τοῖ σκόπτειν καὶ στρατηγούς καὶ δικαστὰς τοὺς κακῶς δικάζοντας καὶ τῶν πολιτῶν τινὰς ἢ φιλαργύρους ἢ συζῶντας ἀσελγείαι. Più in generale, sulle procedure relative alla selezione e valutazione delle rappresentazioni teatrali nell'Atene classica e sull'influenza che la democrazia ateniese vi esercitò vd. Shuller, Dreher 2000.

³⁰ Non è il caso di enfatizzare eccessivamente lo scetticismo espresso da Polluce circa l'affidabilità di Cratero il Macedone (vd. Storey 2003, 216). La frase *εἴ τι χρὴ Κρατερῶ πιστεύειν* si riferisce piuttosto al fatto che la definizione di *hybristodikai* come coloro che non volevano dar corso alle cause si trova solamente in Cratero, e che dunque la sua è l'unica

hybristodikai sono associati a un decreto in cui compaiono come giudici i *nautodikai*, è possibile che la prima definizione sia riferita al modo in cui i *nautodikai* operavano, e che fosse dunque un giudizio espresso (o riportato) da Cratero circa l'inadempienza dei *nautodikai*, che sarebbero stati giudici *insolenti* in quanto avrebbero sfidato la legge non portando in tribunale le cause di cui erano responsabili³¹. Su questo punto torneremo dopo.

I *nautodikai* sono menzionati nel fr. 251 K-A dei *Cheirones* di Cratino. Lo scenario di contorno è ignoto; il verso riferisce dell'intenzione di mandare dai *nautodikai* tre sgradevoli individui (*καὶ πρῶτον μὲν παρὰ ναυτοδικῶν ἀπάγω τρία κνώδαλ' ἀναιδῆ*, «E per prima cosa trascino al cospetto dei *nautodikai* tre bestiacce sfrontate»³²).

Non si conosce la data esatta della rappresentazione dei *Cheirones*. Nella commedia era tuttavia rappresentata una critica all'immagine privata e pubblica di Pericle, come mostra in modo eloquente il noto fr. 258, in cui Pericle è rappresentato come uno Zeus *tyrannos* e si fa accenno alla sua proverbiale testa allungata³³. Schwarze ha

testimonianza di cui Polluce (o la sua fonte) si può servire per fornire una descrizione del termine.

³¹ Un'idea del genere è espressa anche da Olson 2016, 436. Stabilendo un nesso tra *nautodikai* e *hybristodikai* rivedo in parte l'interpretazione che del frammento avevo proposto nella monografia su Cratero (Erdas 2002, 100-101). Rimango invece del parere che gli *hybristodikai* non abbiano niente a che vedere con la *graphe hybreos*, causa intentata per gravi offese alla persona (*ibid.* 101 nota 59; vd. anche Gagarin 1979 e Van Wees 2011).

³² Il verbo *ἀπάγειν/ἀπάγεσθαι* nel senso di «condurre al cospetto» di un magistrato un individuo che si sospetta colpevole di qualche ingiustizia è lessico tecnico del diritto attico, come la ben più frequentemente attestata *ἀπαγωγή*. Vd. e.g. Andoc. 1.105 e la definizione di Harpocr. s.v. ἜΑπαγε: ... ἀπαγωγή δὲ εἶδος ἐστὶ δίκης· Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Κόνωνος. ὠνόμασται δὲ ἀπὸ τοῦ ἀπάγειν, ἀπάγεσθαι δ' ἐπὶ τῶν κακούργων. Per l'uso del sostantivo con *πρός* vd. Demosth. 24.113 e Arst. *Ath.Pol.* 29.4 (*ἀπαγωγήν πρὸς τοὺς στρατηγούς*). Cfr. Hansen 1976. Sulla base di questo frammento di Cratino Marzullo ha proposto di integrare il verbo nel fr. 237 di Aristofane: vd. *infra*.

³³ Cratin. fr. 258 K-A ap. Plut. *Per.* 7.1. In diverse commedie di Cratino Pericle si cela dietro le sembianze di Zeus: oltre al frammento dai *Cheirones* (scomposto in due: fr. 258 e 259 K-A), vd. anche *Nemesis* (fr. 118 K-A) e *Thrattai* (fr. 73 K-A). Sulla peculiare forma del cranio strumentalmente attribuita a Pericle per attacchi sul fronte dell'attività politica da parte degli intellettuali suoi contemporanei vd. i numerosi riferimenti nella *Vita di Pericle* plutarchea, in parte coincidenti con i frammenti dello stesso Cratino, e in part. Plut. *Per.* 3.3 per la

ipotizzato per il titolo stesso della commedia un riferimento non solo al coro, come unanimemente riconosciuto, ma anche al rapporto maestro/allievo che dovette intercorrere tra il musicista Damone e Pericle, cui alluderebbe l'implicazione del centauro Chirone³⁴.

Una critica così aperta allo statista ateniese ben si collocherebbe poco dopo il 443/2 a.C., anno in cui fu ostracizzato Tucidide figlio di Melesia, l'avversario politico che era riuscito ad agglomerare una forte base di scontento nei confronti della politica periclea³⁵. Tuttavia la fonte che riporta il frammento di Cratino in cui sono menzionati i *nautodikai*, gli scoli al v. 766 degli *Uccelli* aristofanei, spiega che le tre bestiacce da condurre davanti ai giudici sono Pisias, Osphyon e Diitrephes. Secondo l'informazione che ci viene dallo scoliasta, Pisias avrebbe partecipato alla mutilazione delle Erme nel 415 a.C.; il figlio, che è la *perdix* degli *Uccelli* che voleva aprire le porte agli esiliati³⁶, sarebbe stato un personaggio malvagio (*τῶν λίαν πονεργῶν ἔστι*), ad imitazione del padre, probabilmente anch'egli coinvolto in qualche forma nell'*affaire* degli Ermocopidi³⁷. Per il padre Pisias appare dunque difficile risalire oltre gli anni Trenta del V sec. a.C. Questo torno d'anni sarebbe comunque compatibile con un contesto pericleo, come si è visto sopra suggerito dal contenuto del fr. 258³⁸. Nulla invece dicono gli scoli sull'origine di Pisias, che non sappiamo se fosse cittadino ateniese o meno; fatto rilevante ai fini della comprensione del ruolo dei

definizione di *skynokephalos* da parte degli *Attikoi poietai*. Cfr. soprattutto Schwarze 1971, in part. 56-60; Stadter 1989, lx-lxix; Bakola 2010, 222-223.

³⁴ Un rapporto che, tuttavia, andrebbe forse spostato più in avanti nella vita di Pericle, verso gli anni Quaranta o Trenta (vd. Stadter 1989, 68-70; lo spostamento verso il basso della cronologia relativa a Damon è suggerito per primo da Raubitschek 1955). Se così fosse è chiaro che la connessione tra l'educazione di Pericle e Chirone, che ispira il titolo della commedia, è da rivedere. Di parere diverso è ora Wallace 2015, in part. 186-187, il quale ritiene sia preferibile mantenere una cronologia alta per la vita di Damon, e di conseguenza per l'incontro con Pericle.

³⁵ Schwarze 1971, 59-61.

³⁶ Aristoph. *Av.* 766-767: *προδοῦναι τοῖς ἀτίμοις τὰς πύλας /βούλεται*.

³⁷ Vd. Philoch. *FGrHist* 328 F134.

³⁸ Il fatto che la commedia sia stata scritta mentre Pericle era ancora in vita è opinione di quasi tutti i commentatori dei frammenti di Cratino. Schwarze 1971, 60-63 accostava invece la cronologia il verso dei *Cheirones* al frammento di Cratero, per il quale seguiva la datazione agli anni Quaranta proposta da Jacoby (*FGrHist* 342 F4 *Komm.*, 101). Vd. Erdas 2002, 97-98 e nota 49 per i riferimenti bibliografici.

nautodikai in questo frammento.

Siamo invece meglio informati su Diitrephes, l'ippogallo degli *Uccelli*, se è da identificarsi, come è probabile, con l'individuo menzionato da Pausania incaricato di riportare in Tracia i mercenari che non avevano fatto in tempo a giungere in soccorso dell'esercito ateniese guidato da Demostene durante la seconda spedizione in Sicilia nel 414 a.C.³⁹. Ancora gli scoli agli *Uccelli* di Aristofane ci informano che Diitrephes era menzionato come straniero dal comico Platone nelle *Eortai*, in cui era definito «il Cretese, il poco Attico»⁴⁰. Anche in questo caso una cronologia agli anni Trenta appare compatibile con le prime esperienze politiche di Diitrephes, più avanti nella sua carriera divenuto filarco e ipparco, come giustamente fa notare Prandi⁴¹. Il fatto che sia definito *xenos* potrebbe poi gettare luce sulla funzione dei *nautodikai*, che sarebbero chiamati in causa per giudicare dei casi di *graphe xenias*. Anche qui, come nel frammento di Cratero, siamo di fronte a un'attestazione della magistratura di epoca periclea, quasi certamente in riferimento parodistico a una causa di appropriazione fraudolenta della cittadinanza, sollecitata con una certa urgenza (*καὶ πρῶτον*) da un privato cittadino.

Uno sfondo non dissimile sembra caratterizzare l'altro riferimento ai *nautodikai* nella commedia antica, un frammento dei *Daitaleis* di Aristofane (fr. 237 K-A). La fonte che lo riporta è ancora Arpocrazione alla voce *nautodikai*, dopo la menzione del frammento di Cratero il Macedone (F4b Erdas)⁴². La commedia si data al 427 a.C. ed è la più antica delle opere aristofanee. La critica ai retori, che si evince da più di un frammento, è forse favorita dall'arrivo quello stesso anno ad Atene di Gorgia di Leontini, che si adoperò molto per la diffusione della retorica in città. La diffidenza verso questa nuova forma di affabulazione, verso i suoi rappresentanti, e verso quella

³⁹ Paus. 1.23.3. Su Diitrephes vd. Tuci 2013, 85-86.

⁴⁰ *Schol. Ar. Av.* 798b Holwerda: *ὡς Διιτρέφης γε: ... Πλάτων δὲ ἐν 'Εορταῖς καὶ ξένον «τὸν μαινόμενον, τὸν Κρήτα, τὸν μόγις 'Αττικόν».*

⁴¹ Vd. ancora *Schol. Ar. Av.* 798f Holwerda; per una collocazione agli anni Trenta dei fatti cui trae ispirazione Cratino nei *Cheirones* vd. Prandi 1982, 21-24.

⁴² Harpocr. s.v. *ναυτοδίκαι*: *Λυσίας ἐν τῷ πρὸς 'Αλκιβιάδην, εἰ γνήσιος ὁ λόγος. ἀρχὴ τις ἦν 'Αθήνησιν οἱ ναυτοδίκαι· Κρατερὸς γοῦν ἐν τῷ δ' τῶν Ψηφισμάτων φησὶν "ἐὰν δέ τις ἐξ ἀμφοῶν ξένουιν γεγονὼς φρατρίζει, διώκειν εἶναι τῷ βουλομένῳ 'Αθηναίων, οἷς δίκαι εἰσὶ, λαγχάνειν δὲ τῇ ἔνῃ καὶ νέᾳ πρὸς τοὺς ναυτοδίκας". 'Αριστοφάνης Δαιταλεῦσιν "ἐθέλω βάψας πρὸς ναυτοδίκας ξένον ἐξαίφνης".*

degenerazione retorica che porta alla delazione è evidente già dal soggetto della commedia, per quel poco che si può dedurre dai frammenti. L'intreccio riguarda un padre e due figli, uno buono e uno debosciato (definito *κατάπυγων*). Quest'ultimo, ben più presente del fratello nei frammenti pervenutici, presenta tutte le caratteristiche negative del retore. Come nota Cassio, gli accenni all'educazione del figlio *katapygon* presenti in alcuni frammenti fanno pensare a una valutazione di queste forme di educazione come nuove e pericolose da parte di Aristofane, secondo un'ottica tradizionale della commedia antica⁴³. Siamo dunque distanti dalla polemica antipericlea e imperniata di riferimenti politici delle commedie di Cratino, ma anche qui non mancano i riferimenti alla sfera del diritto, come testimonia anche il fr. 212 K-A, riportato sempre da Arpocrazione, in cui il figlio *katapygon* intenta una *graphe* nei confronti del padre⁴⁴.

Il frammento 237 in cui sono menzionati i *nautodikai* è ancora una volta difficile da inquadrare in un contesto preciso, pertanto non si può fare altro che proporre delle ipotesi (Aristoph. *Daitaleis* fr. 237 K-A: *ἔθέλω βάρσας πρὸς ναυτοδίκας ξένον ἐξαίφνης <ἀπάγεσθαι>* «Una volta immersi i remi voglio subito denunciarti ai *nautodikai*»). Forse si tratta di una minaccia rivolta in tono scherzoso dal padre al figlio debosciato⁴⁵, ma potrebbe essere anche il contrario. La presenza dei *nautodikai* è tuttavia chiarita da alcune annotazioni lessicografiche. Il lessico utilizzato merita intanto qualche precisazione. Il verbo *ἀπάγεσθαι*, che è integrazione efficace proposta da Marzullo sulla base del fr. 237 dei *Cheirones* di Cratino discusso sopra⁴⁶, si adatta

⁴³ Cassio 1977, 29-30. Oltre alla descrizione del figlio è altrettanto interessante, come nota sempre Cassio (1977, 31), che nei frammenti dei *Daitaleis* compaia due volte il nome del giovane Alcibiade, non menzionato per la sua attività politica, che ancora doveva farsi, ma per la vita dissoluta.

⁴⁴ Vd. Cassio 1977, fr. 4, che ipotizza una *graphe paranoias*. Harpocr. s.v. *Ἐπίπεμπτον*: *Λυσίας ἐν τῷ πρὸς Κριτόδημον καὶ Πλάτων ἀντὶ ἀπλοῦ τοῦ πέμπτον. Ἀριστοφάνης Δαιταλεῦσιν οὐ μὴ μεταλάβῃ τοῦπίπεμπτον, κλαέτω.*

⁴⁵ Cassio 1977, 76-77, fr. 32, immagina che la frase sia rivolta dal padre al figlio (*κατάπυγων*) in tono scherzoso, o paradossale, oppure che si tratti della minaccia di un sicofante.

⁴⁶ Marzullo 1959, 147-148. L'integrazione non è accolta a testo da Kassel-Austin, *PCG* III, 143, ma è presentata in apparato, analogamente alla proposta di Dobree di integrare *ἀποφῆναι*, altrettanto efficace sul piano lessicale e metrico (~ - -) ma meno suggestiva rispetto ad *ἀπάγεσθαι*, che ha il vantaggio di comparire in associazione con i *nautodikai* nel frammento di Cratino. Per l'uso del verso nel lessico giuridico vd. *supra*.

bene all'atto di deferire la causa ai magistrati. In secondo luogo la presenza del verbo βάπτω, di per sé ambigua, è risolta grazie alla spiegazione che viene fornita nel lessico Suda e in Fozio, dove è precisato in riferimento al frammento aristofaneo che βάψας (τὴν κόπην) significa πλεύσας, ἐλθὼν πρὸς τοὺς ναυτοδίκας, οἱ τὰς τῆς ξενίας ἐδίκαζον⁴⁷, istituendo dunque un nesso del verbo con l'atto del navigare, probabilmente un modo di dire in uso all'epoca, e con i *nautodikai*⁴⁸. La spiegazione lessicografica chiarisce anche la funzione di questi ultimi, che rimarrebbe altrimenti incerta. Anche nel frammento aristofaneo sono incaricati di ricevere cause di *xenia*, e anche qui emerge il dato temporale (ἐξαίφνης, «immediatamente»).

Il frammento aristofaneo è stato più volte messo in relazione con le numerose testimonianze di forme di controllo giudiziario nei confronti degli stati membri della lega delio-attica⁴⁹, anche se i *nautodikai*, per quanto visto finora e almeno per le

⁴⁷ Suda β196 s.v. βάψας τὴν κόπην (Phot. β108).

⁴⁸ Come giustamente osserva Cassio 1977, 77 è possibile che si tratti di un'espressione gergale, oppure di un riferimento alla funzione dei *nautodikai*. Il tema dell'immersione nel mare con finalità di denuncia/sanzione ritorna peraltro nella storiella riportata dagli scolii a Elio Aristide relativa ad Alcibiade, che avrebbe gettato in mare Eupoli durante la spedizione verso la Sicilia per averlo fatto oggetto della sua satira nella commedia intitolata, appunto, *Baptai* (anche se è possibile che il titolo faccia riferimento piuttosto all'immersione per tintura di probabili tintori che avrebbero formato il coro). In seguito a ciò Alcibiade avrebbe imposto una legge che vietava di menzionare il nome dei personaggi politici nei confronti dei quali si faceva satira, aprendo di fatto la strada a un nuovo modo di fare commedia (per gli orientamenti politici nella selezione delle commedie vd. Ancora Schuller, Dreher 2000). Vd. Eupol. *Baptai* test. iii K-A, p. 332 ap. *Schol. Ael. Arist.* 3.8, p. 444.22 Dindorf: ἄλλοι δὲ λέγουσιν ὅτι ἐκωμῶδουν ὀνομαστί τοὺς ἄνδρας μέχρις Εὐπόλιδος. περιεῖλε δὲ τοῦτο Ἀλκιβιάδης ὁ στρατηγὸς καὶ ῥήτωρ. κωμωδηθεὶς γὰρ παρὰ Εὐπόλιδος ἔρριπεν αὐτὸν ἐν τῇ θαλάττῃ ἐν Σικελίᾳ συστρατευόμενον εἰπὼν "Βάπτε με ἐν θυμέλῃσιν, ἐγὼ δὲ σε κύμασι πόντου βαπτίζων ὀλέσω νόμασι πικροτάτοις."). Cfr. anche Cic. *Att.* 6.1.18, che riporta la stessa vicenda includendo le argomentazioni contrarie di Eratostene sul fatto che sono attestate commedie di Eupoli posteriori al 415 a.C., ma sostenendo anche che l'immersione in mare poteva non essere stata fatale.

⁴⁹ Vd. in part. la connessione con Aristoph. *Vesp.* 288-289, in associazione con l'idea che le cause degli alleati della lega fossero abitualmente deferite a magistrature ateniesi. Così Buis 2015, in riferimento soprattutto al sicofante delatore di *xenoi* di Aristoph. *Av.* 1422-1435, che riporta l'ipotesi di Balcer (1978, 119-142) circa l'esistenza di un decreto giudiziario ateniese secondo il quale le cause presentate nelle poleis alleate (tranne Lesbo, Chio e Samo) venivano

mansioni che sono loro attribuite nelle poche testimonianze pervenuteci per il V sec. a.C., non si occupano della giurisdizione di *xenoi*, ma solo di *graphai xenias*, di accessi fraudolenti alla cittadinanza. Questa distinzione può forse contribuire a spiegare perché la magistratura ateniese di fatto convive, probabilmente per breve tempo, con un'altra magistratura dal nome eloquente ma dalle funzioni totalmente evanescenti per noi, gli *xenodikai*.

Le prime attestazioni di questa magistratura si trovano nei rendiconti del Partenone (*IG I³ 439*, l. 75 e *IG I³ 440*, l. 126) per gli anni 444/3 e 443/2 a.C. Sono elencati insieme ad altri magistrati tra cui i *tamiai*, gli *hellenotamiai*, e i *teichopoioi*, sempre in costrutto con *παρά*, con l'incarico di erogare somme consistenti di denaro per finanziare i lavori di costruzione del Partenone. La loro attività è registrata da segretari *ad hoc*⁵⁰.

Gli *xenodikai* sono menzionati anche in *Agora XVI 47* (convenzione tra Atene e Stymphalos in Arcadia, 368/7 a.C.: compaiono nel fr. f, l. 7, totalmente lacunoso e impossibile da restituire) e in *IG II² 46* (convenzione tra Atene e Trezene; anche qui siamo di fronte a un documento in condizioni materiali difficili, la cui datazione oscilla tra gli inizi del IV sec. e il 368/7 a.C.⁵¹), e ricorrono anche fuori da Atene, ad es. nella convenzione tra Oianthea e Chaleion nella Locride occidentale (*IG IX 1² 3 717*, 450 a.C. ca.) e nella più tarda *homologia* tra Stiris e Medeon in Focide (*IG IX 1 32*, 170 a.C. ca.)⁵².

deferite immediatamente ai tribunali ateniesi. Tuttavia, l'idea di Balcer si fonda principalmente sull'emendamento di Arcestratos all'interno dei regolamenti tra Atene e Calcide (*IG I³ 40*, ll. 70-76): non vi è dunque una connessione con le *graphai xenias* e, di conseguenza, con i *nautodikai*, come abbiamo visto prima.

⁵⁰ Su questo punto vd. Faraguna 2017, 35.

⁵¹ Discussione sulla cronologia, la cui oscillazione è dovuta alle difficoltà di conciliare una datazione su base paleografica (inizi del IV sec. a.C.) a considerazioni sul contenuto e sul contesto di questi *symbola*, particolarmente diffusi all'inizio degli anni Sessanta del IV sec. a.C. a seguito delle relazioni giudiziarie che Atene andava stringendo con diversi stati membri della seconda lega navale, è in Lewis 1959, 250.

⁵² Nonostante le molte problematiche che pone, la convenzione tra Chaleion e Oianthea è di fatto l'unico di questi documenti da cui si evince quale fosse il ruolo degli *xenodikai*, giudici con funzione istruttoria di Chaleion ai quali venivano rimesse le cause degli abitanti di Oianthea (*xenoi* per Chaleion). Nell'ambito di un'ampia bibliografia sull'iscrizione vd. in part. Maffi 1983, 201 con riferimenti e discussione sui contributi precedenti; *Nomima II 72* (pp. 260-263)

Constatando come questi magistrati, con la sola eccezione dei rendiconti del Partenone⁵³, ricorrano sempre nell'ambito di convenzioni internazionali tra poleis, sembra di poter concludere più in generale che, laddove il contesto consente di trarre qualche informazione, si tratta di magistrati che operano a seguito di accordi giudiziari tra due stati occupandosi di cause riguardanti gli stranieri (probabilmente da identificarsi con i cittadini dell'altra polis coinvolta nei *symbola*)⁵⁴, ma in nessun caso di *graphai xenias*, di cause legate all'accesso fraudolento alla cittadinanza⁵⁵. Non esisterebbe dunque una sovrapposizione di competenze tra *nautodikai* e *xenodikai*.

Con il IV sec. a.C. i *nautodikai* sembrano operare nell'ambito delle cause riguardanti *emporoi*, dato che, come abbiamo visto, è testimoniato da diverse fonti lessicografiche. Oltre a queste l'unico altro riferimento di cui disponiamo è l'orazione di Lisia *Sulla proprietà di Eratone*, datata al 397 a.C.⁵⁶. I *nautodikai* vengono

e, per una sintesi più recente con ripresa dei punti problematici del testo e degli studi precedenti, Zunino 2005 e 2017.

⁵³ Non è chiaro, né in alcun modo deducibile dal testo, se gli *xenodikai* siano presenti in questi documenti in quanto molte delle maestranze coinvolte nei lavori erano costituite da stranieri ed esistevano convenzioni formali tra le poleis di provenienza e Atene, secondo una procedura analoga a quella che si può ipotizzare per i due casi di IV sec. a.C.

⁵⁴ In quest'ottica gli *xenodikai* svolgerebbero funzioni analoghe a quelle che nel IV sec. a.C. saranno proprie dei tesmoteti nelle *dikai apo symbolon*, sulle quali vd. Gauthier 1972, 173-191.

⁵⁵ Pace Körte 1933, che ipotizzava le medesime funzioni per *nautodikai* e *xenodikai* con i primi che avrebbero sostituito i secondi per un breve periodo tra il 442 a.C. e il 437 a.C. (cioè tra l'ultima attestazione degli *xenodikai* in IG I³ 439 e la prima data possibile per la rappresentazione dei *Cheirones* di Cratino con la menzione dei *nautodikai*). I *nautodikai* sarebbero stati coinvolti nelle *dikai emporikai*, come mostrerebbe l'origine del loro nome, sia prima che dopo questo breve lasso di tempo. Le *graphai xenias* sarebbero state trasferite alla loro competenza perché, dopo il *diapsephismos* del 445/4 a.C. che avrebbe censito e dunque sanato molte cause di accesso irregolare alla cittadinanza, una magistratura esclusivamente dedicata a questo (come gli *xenodikai*) sarebbe stata superflua (Körte 1933, 240). Per una sintesi delle diverse posizioni sulla sovrapposizione di queste magistrature vd. soprattutto Cohen 1973, 166-176, che concorda in parte con alcune delle argomentazioni di Körte.

⁵⁶ Il riferimento ai *nautodikai* nella *Contro Alcibiade* in Arpocrazione (Harpocr. s.v. *ναυτοδίκαι*) è forse da ascrivere alla *Sulla proprietà di Eratone*, perché i magistrati non compaiono nei due discorsi, probabilmente autentici (così da ultimo Todd 2020, 474-479), dedicati al figlio

chiamati in causa a proposito di una proprietà contestata nel demo di Cicynna, e di una casa, in precedenza possedute da Eratone e dai suoi eredi (tre figli)⁵⁷. L'attore sostiene che tale proprietà è da tempo in suo possesso come pagamento di un debito contratto a suo tempo dal padre con Eratone, e i cui interessi non sono stati pagati dagli eredi. La proprietà a Cicynna rimane però occupata dai familiari di Eratone, ed è dunque oggetto di contenzioso. Gli eredi di Eratone riescono a ottenere l'annullamento della causa dichiarandosi *emporoi*, e il caso passa ai *nautodikai*. Questi ultimi ricevono la denuncia nei tempi previsti (si parla del mese invernale di Gamelione), ma non danno corso alla causa⁵⁸ (Lys. 17.5: *πέρυσσι μὲν οὖν διεγράψαντό μου τὰς δίκας, ἔμποροι φάσκοντες εἶναι νυνὶ δὲ λαχόντος ἐν τῷ Γαμηλιῶνι μηνὶ οἱ ναυτοδίκαι οὐκ ἐξεδίκασαν*).

L'orazione, con il ricorso ai *nautodikai* da parte di individui che si dichiarano commercianti, è stata messa in relazione con lo sviluppo delle *dikai emporikai*, un tema sul quale non vi è consenso negli studi e che sarebbe troppo complesso discutere in questa sede⁵⁹. Senza entrare dunque nella questione se la causa che viene intentata

del noto uomo politico ateniese (Lys. 14 e 15, 395 a.C. ca.), che viene accusato di aver schivato i pericoli derivanti dai suoi doveri militari militando nella cavalleria anziché nella fanteria.

⁵⁷ Le proprietà di Eratone, o di suo figlio Erasifone, sono state confiscate o sotto il regime dei Trenta o subito dopo la loro caduta. Vd. Bolonay 2008; per una discussione sulla natura della causa all'origine dell'orazione vd. già Talamanca 1973, in part. 611-613 e nota 48, che è incline a ritenere che la causa che vede coinvolti i *nautodikai* sia una *dike exoules*, scaturita dalla resistenza dei convenuti a riconoscere i beni di cui sono possessori come proprietà del creditore.

⁵⁸ Qui i *nautodikai* giudicano direttamente; la causa non viene dunque trasmessa al tribunale, come osserva giustamente Maffi 2016, 204 nota 24. L'unico caso in cui si è certi che deferissero al tribunale, occupandosi dell'allestimento, è nei regolamenti per Histiea (Lambert 2020, nr. 3, l. 76); ma, come si è detto, il contesto ci sfugge completamente.

⁵⁹ Mi limito qui a qualche nota di sintesi. Per la legge sulle *dikai emporikai* vd. in part. Demosth. 32.1. Gernet 1955, 180 riteneva che il ricorso ai *nautodikai* nell'orazione lisiana non prefigurasse un caso di *dike emporike*, in quanto i *nautodikai* erano chiamati a giudicare qui direttamente sugli *emporoi* e non su una contesa di natura commerciale, mantenendo dunque alla metà del IV sec. a.C. la data dell'istituzione delle *dikai emporikai*. Cohen 1973, 158-198, invece, proprio sulla base del riferimento lisiano, ipotizza che nella prima metà del IV secolo le *dikai emporikai* fossero presiedute dai *nautodikai*; a metà del secolo sarebbero divenute mensili (*dikai emmenoi*) e sotto la responsabilità degli *eisagogeis* (vd. Poll. 8.101); infine

ai *nautodikai* sia effettivamente da ricomprendere nelle *dikai emporikai*, due dati sono chiari: 1 – i *nautodikai* sono chiamati a giudicare direttamente su una causa relativa alla proprietà di un bene; 2 – il processo diventa di loro competenza nel momento in cui i convenuti si definiscono *emporoi*. Il passaggio dai magistrati ordinari ai *nautodikai* doveva evidentemente presentare dei vantaggi che non sono di immediata comprensione per noi. A ciò si aggiunge tuttavia un terzo elemento, presentando il quale vorrei anticipare qualche conclusione: nonostante la causa sia presentata per tempo, i *nautodikai* non hanno emesso un giudizio. La menzione del mese di Gamelione è stata chiamata in causa per rafforzare la tesi che le *dikai emporikai* si svolgessero soltanto nei mesi invernali⁶⁰. Pur non potendo escludere del tutto che fosse così, il testo di per sé non sembra indicare un tempo preciso entro il quale l'azione doveva svolgersi. È possibile invece che l'indicazione temporale servisse a fornire una misura del tempo intercorso tra la deposizione della denuncia e il momento in cui l'orazione è presentata; tempo nel corso del quale i *nautodikai* non hanno emesso alcun giudizio⁶¹.

furono trasmesse ai tesmoteti durante la crisi granaria del 330-326 a.C., come testimonierebbero soprattutto Dem. 33.1 e Arist. *Ath.Pol.* 59.5 (su questa ricostruzione vd. però MacDowell 1976). Per una ripresa delle questioni poste dalle *dikai emporikai* (origine, funzioni – in particolare per quanto concerne la limitazione della *dikai emporikai* ai casi di prestito marittimo) vd. anche Vélissaropoulos 1980, 235–248. Si rimanda infine alla revisione recente di Maffi 2016 che, riprendendo in dettaglio la definizione stessa delle *dikai emporikai* nel *corpus* demostenico sposta la questione su un piano più strettamente giuridico e riporta la data di introduzione delle *dikai emporikai* alla metà del IV sec. a.C. Cfr. anche Harris 2015, che tra le altre questioni rivede l'interpretazione del termine *symbolaion* nella legge sulle *dikai emporikai* e nella sua applicazione nelle orazioni demosteniche (in part. Dem. 33, 34) nel senso di «obbligazione», «responsabilità», e non di «contratto», di fatto ampliando lo spettro d'azione dell'istituto, che copre le responsabilità derivanti sia da violazioni di contratti che da altri illeciti.

⁶⁰ Così e.g. Cohen 1973, 49-58. Paoli 1933, 177-186 e, dopo di lui, Gernet hanno proposto di invertire la questione (e in particolare di invertire i nomi dei mesi nel cui intervallo si sarebbero svolte le cause nella *Contro Apaturio* demostenica, Munichione e Boedromione: vd. Dem. 33.23 ed. Gernet) e di considerare il periodo estivo come il periodo deputato allo svolgimento delle *dikai* riguardanti *emporoi*, in quella stagione presenti ad Atene (a differenza dell'inverno, quando la navigazione era sospesa). Vd. anche Harrison 2001, II, 85.

⁶¹ Questo sarebbe confermato anche dal fatto che, quando i giudici presso i quali era stata

Nel presentare alcune conclusioni sulle funzioni dei *nautodikai* tra V e IV sec. a.C. vorrei considerare dunque in particolare la relazione, che a mio avviso merita ulteriori riflessioni, tra i compiti che erano chiamati a svolgere e l'adempimento di questi in tempi idonei.

La pur scarsa documentazione che ci è pervenuta indirizza verso un'istituzione di questa magistratura in epoca periclea, non esistendo, almeno per il momento, testimonianze anteriori agli anni Quaranta del V sec. a.C. (con il regolamento ateniese nei confronti di Histiea⁶²). Allo stesso modo non ci sono ragioni per escludere che essa sia nata in connessione con la legge sulla cittadinanza di Pericle, forse a causa del numero crescente di tentativi di accedere alla cittadinanza ateniese che seguì l'emanazione della legge testimoniati dai riferimenti presenti nella commedia antica⁶³. Tali riferimenti confermano le funzioni dei *nautodikai* nell'ambito delle *graphai xenias*, ma indipendentemente testimoniano anche della pressione giudiziaria esercitata da Atene nei confronti delle poleis alleate e dei loro cittadini⁶⁴. La sfera d'azione dei *nautodikai* nelle *graphai xenias* includeva poi anche la giurisdizione sulle iscrizioni irregolari nelle fratrie, come mostra il frammento di Cratero. Con questa funzione si può ipotizzare, senza tuttavia averne conferma, che essi restarono

inizialmente presentata la causa vengono chiamati come testimoni sono definiti *ἔτι δὲ τοὺς τε πέρυσιν ἄρξαντας, πρὸς οὓς αἱ δίκαι ἐλήχθησαν*, i *nautodikai*, anch'essi invitati a testimoniare, sono *τοὺς γυν ναντοδίκας* (Lys. 17.8). Vélissaropoulos 1980, 257-258 prospettava anche l'ipotesi per cui i *nautodikai* non si sarebbero riuniti per giudicare perché il mese di Gamelione poteva essere un periodo nel quale l'attività giudiziaria era sospesa per qualche ragione. MacDowell si chiedeva al contrario (senza dare però una risposta al quesito) se il mese di Gamelione fosse l'unico nel quale potevano essere ricevute cause riguardanti mercanti (MacDowell 1978, 230).

⁶² IG I³ 41 (vd. Lambert 2020, nr. 3). Nata probabilmente da un'interpretazione letterale del termine *nautodikai* ma più difficile da dimostrare è l'idea, presente in alcuni studi e sostenuta anche da Jacoby nel commento a Crater. *FGrHist* 342 F4, che la funzione originaria dei *nautodikai* fosse quella di giudici degli *emporoi*, cui si sarebbe affiancata anche la giurisdizione sulle cause di *xenia* a causa della stagionalità della loro carica, che li lasciava liberi di svolgere anche altre mansioni (*FGrHist* 342 *Komm.*, 101).

⁶³ Vd. Erdas 2002, 91-97 per una discussione sulla funzione dei *nautodikai* in relazione alla legge periclea sulla cittadinanza con riferimento agli studi principali sulla legge stessa (in part. Patterson 1981, 102-110).

⁶⁴ In particolare gli *Uccelli* aristofanei, ma non solo. Su questo punto vd. *supra*.

in carica fino alla fine della guerra del Peloponneso e allo smantellamento della lega delio-attica⁶⁵; forse non si occupavano già più di *graphai xenias* con la reinstaurazione della legge sulla cittadinanza periclea su proposta di Aristofonte in seguito alla cacciata dei Trenta⁶⁶.

Le testimonianze, tutte frammentarie, di cui disponiamo, arrivano comunque al più tardi al 427 a.C. In ognuna è presente un'indicazione temporale. Se è arduo interpretare l'accenno a τῷ αὐτῷ μὲν dei regolamenti per Histiea⁶⁷, il decreto relativo alle fratrie riportato da Cratero indica invece con chiarezza che l'udienza presso i *nautodikai* doveva avere luogo l'ultimo giorno del mese (F4a Erdas). Se si interpreta correttamente il testo, viene detto poi che Cratero definiva i *nautodikai* «*hybristodikai*» perché non volevano dare corso alle cause (F4b Erdas). Se ne deduce che le *graphai xenias* erano presentate mensilmente, mentre è più difficile individuare la procedura attraverso la quale i *nautodikai* rigettavano le cause. Dal frammento di Cratero sappiamo che l'accusatore doveva citare chi riteneva si fosse appropriato della cittadinanza senza averne il diritto a comparire davanti ai *nautodikai*. In questa fase essi ricevevano dunque la citazione ed eventuali documenti allegati che comprovassero le accuse nei confronti del convenuto. Nella citazione era presente anche la data stabilita per l'udienza preliminare che, nel nostro caso, era fissata all'ultimo giorno del mese. Il lasso di tempo tra la citazione e l'udienza poteva essere

⁶⁵ Vd. Prandi 1982, 22; cfr. Erdas 2002, 89-90.

⁶⁶ Secondo Eumelos (*FGrHist* 77 F2, *ap. Schol. Aeschin. Timarch.* 39) sarebbe stato Nicomene a far votare nell'anno dell'arcontato di Euclide (403/2 a.C.) un decreto che impediva l'accesso alla cittadinanza a chi dopo questa data non fosse nato da genitori entrambi ateniesi; mentre per chi era già nato non vi sarebbe stato alcun controllo (non retroattività della legge). Il proponente del decreto sarebbe stato invece l'oratore Aristofonte secondo Athen. 13 577b (che parla di *nomos* e fa riferimento per la notizia a Caristio di Pergamo: *Caryst. FHG* IV, fr. 11). È probabile allora che la retroattività della legge proposta da Nicomene fosse un emendamento della riattivazione della legge voluta da Aristofonte: vd. Hansen 1991, 52-54. Cfr. tra gli altri in part. Bakewell 1999 e, soprattutto in riferimento ad Aristofonte, Loddo 2018.

⁶⁷ Lambert 2020, nr. 3, l. 76. Si deduce solo che i *nautodikai* erano chiamati a giudicare nello stesso mese in cui venivano portate in giudizio altre cause, ma quali fossero queste cause e chi fossero i giudici che se ne occupavano non è in alcun modo ricavabile dall'iscrizione. Si può dunque solo dedurre che (a Histiea?) i *nautodikai* istruivano le cause durante un determinato mese dell'anno attico (non tutti i mesi come indica invece Crater. F4a Erdas).

abbastanza ridotto: nelle *Nuvole* Strepziade, accusato di insolvenza, ha quattro giorni di tempo per comparire davanti ai giudici⁶⁸. È possibile che sia quest'ultima la fase processuale (l'*anakrasis*) in cui i *nautodikai* rigettavano le cause senza investire il tribunale competente, meritando di conseguenza l'appellativo di *hybristodikai*.

Per quel che concerne le ragioni del rifiuto a istruire il caso, che poteva implicare anche un addebito di responsabilità nei confronti dei *nautodikai* al termine della loro carica⁶⁹, non si può fare altro che formulare delle ipotesi. Forse sorgevano delle difficoltà connesse o al gran numero di denunce - causato non solo e non tanto dai molti *xenoi* che cercavano di acquisire la cittadinanza, ma anche dalle numerose delazioni; o alla manifesta infondatezza delle cause, che probabilmente veniva accertata in maniera sommaria; o ai termini a comparire forse troppo stretti, che non permettevano ai *nautodikai* di consultare per tempo un numero congruo di prove e di testimoni. L'urgenza espressa in entrambi i frammenti di Cratino e di Aristofane di denunciare subito degli individui in quanto stranieri ai *nautodikai*⁷⁰ potrebbe indicare l'esigenza da parte del denunciante di citare gli *xenoi* il più vicino possibile all'udienza di comparizione, in modo da mettere in difficoltà il convenuto a reperire gli strumenti per la difesa, ottenendo tuttavia di fatto l'effetto opposto di non dar luogo al processo. Ma su questo punto non si può argomentare oltre.

Agli inizi del IV secolo a.C. dei magistrati che portano il nome di *nautodikai* sono chiamati a giudicare degli *emporoi* nella *Sulla proprietà di Eratone* lisiana⁷¹. Benchè non si possa escludere del tutto la possibilità che si tratti di una magistratura diversa che presenta lo stesso nome di quella operante nel V sec. nelle cause di *xenia*, è probabile che il collegio di magistrati sia lo stesso, e che abbia semplicemente mutato funzione, acquisendo la seconda forse in virtù del fatto che molti mercanti erano

⁶⁸ Aristoph. *Nub.* 1131-1133: *πέμπτη, τετράς, τρίτη· μετὰ ταύτην δευτέρα· / εἴθ' ἦν ἐγὼ μάλιστα πασῶν ἡμερῶν / δέδοικα καὶ πέφρικα καὶ βδελύττομαι*. Si noti che anche le cause private intentate per debiti dovevano essere esperite l'ultimo giorno del mese (vd. ancora Aristoph. *Nub.* 1178). Sulla ricostruzione delle fasi processuali vd. in part. Harrison 2001, II, 84-104.

⁶⁹ Harrison 2001, II, 104.

⁷⁰ Crat. *Cheir.* fr. 251 K-A (*καὶ πρῶτον*); Aristoph. *Daital.* fr. 237 K-A (*ἐξαιφνης*).

⁷¹ Lys 17.5 e 8.

stranieri⁷². Anche in questo caso, tuttavia, i *nautodikai* non portano in giudizio la causa.

In un celebre passaggio dei *Poroï* Senofonte invitava a offrire premi ai magistrati del mercato per favorire uno svolgimento più equo e più rapido delle controversie, agevolando i mercanti che vogliono salpare (e i *naukleroi*, come viene detto poco più avanti⁷³) e incrementando il numero di coloro che intendono intrattenere rapporti commerciali con Atene (Xen. *Por.* 3.3: *εἰ δὲ καὶ τῆ τοῦ ἐμπορίου ἀρχῆ ἄθλα προτιθείη τις ὅστις δικαιοτάτα καὶ τάχιστα διαιροίη τὰ ἀμφίλογα, ὡς μὴ [ἀπο]κωλύεσθαι ἀποπλεῖν τὸν βουλόμενον, πολὺ ἂν καὶ διὰ ταῦτα πλείους τε καὶ ἥδιον ἐμπορεύοιντο*). A metà del IV sec. a.C. si constata dunque la scarsa efficienza delle magistrature preposte alle cause relative al commercio. Innanzitutto occorre intendersi su quale magistratura si celi dietro la definizione di *ἀρχὴ τοῦ ἐμπορίου*. Se alcuni hanno inteso che si trattasse dei *nautodikai*⁷⁴, più di recente, e in particolare a partire da Gauthier⁷⁵, si è pensato agli *epimeletai tou emporiou*, menzionati per la prima volta nella legge ateniese sulla monetazione in argento proposta da Nicofonte (Rhodes, Osborne, *GHI* 25, ll. 21-22, 375/4 a.C.)⁷⁶. Non è affatto da escludere, a mio avviso, che con la definizione *arche tou emporiou* Senofonte facesse riferimento a magistrature diverse, operanti a vario titolo in controversie relative a *emporoi*⁷⁷. Se così fosse, è possibile

⁷² Vd. Gernet 1955, 180 e nota 6. Non però in *Lys.* 17.5, dove gli *emporoi* querelati sono cittadini: su questo punto vd. anche Harrison 2001, II, 22-23.

⁷³ Xen. *Por.* 3.4: *ἀγαθὸν δὲ καὶ καλὸν καὶ προεδρίας τιμᾶσθαι ἐμπόρους καὶ ναυκλήρους, καὶ ἐπὶ ζένιᾳ γ' ἔστιν ὅτε καλεῖσθαι, οἳ ἂν δοκῶσιν ἀξιολόγοις καὶ πλοίοις καὶ ἐμπορεύμασιν ὠφελεῖν τὴν πόλιν*.

⁷⁴ Ne erano convinti in part. Gernet 1955, 180; Cohen 1973, 184; Harrison 2001, II, 23-24 e, senza riferimenti espliciti, Bodei Giglioni 1970, lxxviii-lxxxii.

⁷⁵ Gauthier 1976, 80-83, seguito più di recente da Harris 2015 e Maffi 2016, pensava agli *epimeletai tou emporiou*, pur ravvisando una criticità in questa identificazione, e cioè che gli *epimeletai*, in quanto magistrature non giudiziarie, non potevano portare avanti delle *dikai*. A Gauthier si rimanda anche per la definizione di *amphilogon* come controversia che dà luogo o a un arbitrato tra le parti o a un processo. Per l'*arche tou emporiou* Pischedda 2018, 72-73 fa riferimento a *sitophylakes*, *agoranomoi*, *metrophylakes* e *epimeletai*.

⁷⁶ Vd. in part. Arst. *Ath.Pol.* 51.4; [Demosth.] 58.8; 9; 26; Dinarch. 5.10 e fr. 6 e 42 Conomis (cfr. Harpocr. s.v. 'Ἐπιμελητῆς ἐμπορίου). Per la legge di Nicofonte si rimanda all'*editio princeps* e al commento di Stroud 1974.

⁷⁷ Maffi 2016, 203 nota 23 non esclude che si possa fare riferimento anche ai *sitophylakes*,

che anche i *nautodikai* fossero tra coloro per quali si auspicava che sveltissero i tempi degli *amphiloga*. Se si guarda un'ultima volta alla definizione della magistratura nelle voci lessicografiche, e in particolare nel lessico *Suda*, si osserva che vengono definiti *ἄρχοντες ἐπὶ τοῖς ναυκλήροις δικάζοντες καὶ τοῖς περὶ τὸ ἐμπόριον ἐργαζόμενοι*, e poi *ἀρχή τις ἦν Ἀθήνησιν*⁷⁸. In quest'ottica, la maggiore obiezione di Gauthier che la definizione di *arche* si adatti meglio agli *epimeletai* che ai *nautodikai* perde un po' della sua forza.

Il riferimento alla necessità di rendere più rapido lo svolgimento delle controversie e di incrementare la presenza di *emporoi* ad Atene chiama in causa la questione, anch'essa discussa, dell'introduzione delle *dikai emmenoi*, all'interno delle quali si ricomprendono vari tipi di cause, tra cui anche le *dikai emporikai*⁷⁹. Se, come è probabile, con *dikai emmenoi* si intendono le cause che si devono concludere entro un mese⁸⁰, è possibile che la loro diffusione abbia contribuito all'abolizione di quelle magistrature che non erano in grado di garantire processi veloci per gli *emporoi* (e un maggiore profitto per la città); tra le quali, come abbiamo ipotizzato, si possono ricomprendere i *nautodikai*. La definizione di *hybristodikai* fornita da Cratero a proposito dei *nautodikai* potrebbe dunque essere stata sollecitata allo storico dalla constatazione della scarsa efficienza di questi giudici non solo nelle *graphai xenias*, ma anche, o in alternativa, nelle cause riguardanti *emporoi* e *naukleroi*. La loro limitata funzionalità come collegio giudicante spiegherebbe in conclusione la

menzionati accanto agli *epimeletai* nella legge di Nicofonte.

⁷⁸ *Suda* v86 s.v. *Ναυτοδίκαι*: ἄρχοντες ἐπὶ τοῖς ναυκλήροις δικάζοντες καὶ τοῖς περὶ τὸ ἐμπόριον ἐργαζόμενοι· ὡς καὶ ναυφύλακες ἄρχοντες τινες ἐπὶ τῆς τῶν νεῶν φυλακῆς. ἀρχή τις ἦν Ἀθήνησιν οἱ ναυτοδίκαι. Vd. Harpocr. s.v. *ναυτοδίκαι*: ... ἀρχή τις ἦν Ἀθήνησιν οἱ ναυτοδίκαι ... (nel frammento di Arpocrazione vengono peraltro associate entrambe le funzioni attribuite ai *nautodikai*).

⁷⁹ Vd. soprattutto Arst. *Ath. Pol.* 52.2; Demosth. 33.23: αἱ δὲ λήξεις τοῖς ἐμπόροις τῶν δικῶν ἔμμηνοὶ εἰσιν; 37.2. Cfr. Harpocr. s.v. Ἐμμηνοὶ δίκαι: αἱ τε ἐμπορικαὶ καὶ ἐρανικαὶ Δημοσθένους καὶ Ὑπερείδης; Poll. 8.64: ἐμπορικαὶ δὲ δίκαι ἔμμηνοὶ αἱ τῶν ἐμπόρων ἢ τῶν περὶ τὸ ἐμπόριον.

⁸⁰ Così Paoli 1930, 112-113. Discussione in Vélissaropoulos 1981, 241-245; Harrison 2001, II, 21; vd. anche Harris 2015. Di parere diverso Cohen 1973, 30, che ritiene invece che le *dikai emmenoi* siano le cause che si svolgevano ogni mese (seguito da Rhodes 2016, 348).

dismissione del loro ufficio che, alla luce di queste ultime considerazioni, sarà avvenuta non oltre la metà del IV sec. a.C.⁸¹.

⁸¹ Su una data probabile dopo la quale le *dikai emporikai* sono diventate *emmenoi*, ossia la metà del IV sec. a.C., vd. Gernet 1955, 173-179, in part. 178.

Bibliografia:

- Bakewell 1999 = G. Bakewell, *Lysias 12 and Lysias 31: Metics and Athenian Citizenship in the Aftermath of the Thirty*, in GRBS 40, 1999, 5-22
- Bakola 2010 = E. Bakola, *Cratinus and the Art of Comedy*, Oxford 2010
- Balcer 1978 = J.M. Balcer, *The Athenian Regulations for Chalkis. Studies in Athenian Imperial Law*, Wiesbaden 1978
- Blok 2009 = J. Blok, *Perikles' Citizenship Law: A New Perspective*, in *Historia* 58, 2009, 141-170
- Blok 2017 = J. Blok, *Citizenship in Classical Athens*, Cambridge 2017
- Bodei Giglioni 1970 = G. Bodei Giglioni, *Xenophontis de vectigalibus*, Firenze 1970
- Boisaq, DELG = É. Boisaq, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque, étudiée dans ses rapports avec les autres langues indo-européennes*, Heidelberg-Paris 1916
- Buis 2015 = E.J. Buis, *The Comic Oars of Athenian Jurisdiction: Autodikia and the Manliness of Maritime Imperialism in CloudcuckooVille*, in *Historiká* 5, 2015, 459-478
- Carawan 2008 = E. Carawan, *Pericles the Younger and the Citizenship Law*, in *CJ* 103, 2008, 383-406
- Carawan 2017 = E. Carawan, *Krateros the Macedonian (342)*, in *Jacoby Online. Brill's New Jacoby - Second Edition, Part III*, cur. Ian Worthington, Leiden http://dx.doi.org/pros1.lib.unimi.it/10.1163/1873-5363_bnj2_a342
- Cassio 1977 = *Aristofane. Banchettanti. I frammenti*, cur. A.C. Cassio, Pisa 1977
- Cataldi 1983 = S. Cataldi, *Provvedimenti regolamentanti i rapporti tra Atene, gli apoikoi ateniesi ad Estiea e le popolazioni circonvicine*, in *Symbolai e relazioni tra le città greche nel V sec. a.C.*, cur. S. Cataldi, Pisa 1983, 145-180
- Chantraine, DELG = P. Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, III, Paris 1974
- Cohen 1973 = E.E. Cohen, *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton 1973
- Erdas 2002 = D. Erdas, *Cratero il Macedone. Testimonianze e frammenti*, Tivoli 2002
- Fantasia, Carusi 2004 = U. Fantasia, C. Carusi, *Revisioni e controlli delle liste dei cittadini: la diapsephisis ateniese del 346/5 a.C.*, in *Poleis e politeiai. Esperienze politiche, tradizioni letterarie, progetti costituzionali. Atti del Convegno Internazionale di Storia Greca (Torino, 29 maggio-31 maggio 2002)*, cur. S. Cataldi, Alessandria 2004, 187-216

- Faraguna 2017 = M. Faraguna, *Documents, public information and the historian: perspectives on fifth century Athens*, in *Historiká* 7, 2017, 23–52
- Figueira 1991 = Th.J. Figueira, *Athens and Aigina in the Age of Imperial Colonization*, London 1991
- Frisk, *GEW* = H. Frisk *Griechisches Etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg 1970
- Gagarin 1979 = M. Gagarin, *The Athenian Law against Hybris*, in *Hellenic studies presented to Bernard M.W. Knox on the occasion of his 65th birthday*, cur. G.W. Bowersock, W. Burkert, M.C.J. Putnam, Berlin-New York 1979, 229-236
- Gauthier 1972 = Ph. Gauthier, *Symbola. Les étrangers et la justice dans les cités grecques*, Nancy 1972
- Gauthier 1976 = Ph. Gauthier, *Un commentaire historique des Poroï de Xenophon*, Geneve-Paris 1976
- Gernet 1955 = L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1955
- Hansen 1976 = M.H. Hansen, *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes*, Odense 1976
- Hansen 1991 = M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, Principles and Ideology*, Oxford 1991
- Harris 2015 = E.M. Harris, *The Meaning of the Legal Term Symbolaion, the Law about Dikai Emporikai and the Role of the Paragraphe Procedure*, in *Dike* 18, 2015, 7-36
- Harris 2021 = E. Harris, *The Work of Craterus and the Documents in the Attic Orators and in the “Lives of the Ten Orators”*, in *Klio* 103, 2021, 463-504
- Harrison 2001 = A.R.W. Harrison, *Il diritto ad Atene*, I-II, trad. it. cur. P. Cobetto Ghiggia, Alessandria 2001 (ed. or. Oxford I 1968; II 1971, cur. D.M. MacDowell)
- Joyce 2019 = C. Joyce, *Citizenship or Inheritance? The Phratry in Classical Athens*, in *Polis* 36, 466–487
- Koch 1991 = C. Koch, *Volksbeschlüsse in Seebundangelegenheiten: das Verfahrensrecht Athens im ersten attischen Seebund*, Frankfurt am Main 1991
- Körte 1933 = A. Körte, *Die Attischen Ἐνοδίκαι*, in *Hermes* 68, 1933, 238-242
- Lambert 2020 = S. Lambert, *Attic Inscriptions in UK Collections. British Museum Decrees of the Council and Assembly*, in *AIUK* 4.2, 2020 <<https://www.atticinscriptions.com/papers/aiuk-42/>>
- Lasagni 2010 = C. Lasagni, *Histiaia-Oreos e l'insediamento ateniese*, in *ASAA* s. III,

88, 2010, 371-390

Lewis 1959 = D.M. Lewis, *Athens and Troizen*, in *Hesperia* 28, 1959, 248-250

Loddo 2018 = L. Loddo, *La legge ateniese sull'interdizione degli stranieri dal mercato: da Solone ad Aristofonte di Azenia*, in *Klio* 100, 2018, 667-687

MacDowell 1976 = D.M. MacDowell, *ΔΙΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΑΙ. Review of Ancient Athenian Maritime Courts by Edward E. Cohen*, in *CR* 26, 1976, 84-85

MacDowell 1978 = D.M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, London 1978

Maffi 1983 = A. Maffi, *Studi di epigrafia giuridica greca*, Milano 1983

Maffi 2016 = A. Maffi, *Riflessioni su dikai emporikai e prestito marittimo*, in *Symposion 2015. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Coimbra, 1-4. September 2015), cur. D. Leão, G. Thür, Wien 2016, 199-208

Marzullo 1959 = B. Marzullo, *Annotazioni Critiche a Cratino*, in *Studien zur Textgeschichte und Textkritik*, cur. H. Bahmann, R. Merkelbach, Köln-Opladen 1959, 133-154

Moreno 2007 = A. Moreno, *Feeding the Democracy. The Athenian Grain Supply in the Fifth and Fourth Centuries BC*, Oxford 2007

Olson 2016 = D. Olson, *Eupolis. Eilotes – Chrysoun genos (fr. 147-325). Translation and Commentary*, Heidelberg 2016 (Fragmenta Comica. Band 8.2)

Paoli 1930 = U.E. Paoli, *Studi di diritto attico*, Firenze 1930

Paoli 1933 = U.E. Paoli, *Studi sul processo attico*, Padova 1933

Patterson 1981 = C. Patterson, *Pericles' Citizenship Law of 451/0 BC*, New York 1981

Patterson 2005 = C. Patterson, *Athenian Citizenship Law*, in *Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, cur. M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge 2005, 267-289

Pébarthe 2009 = C. Pébarthe, *Émigrer d'Athènes. Clérouques et colons aux temps de la domination athénienne sur l'Égée au ve siècle a.C.*, in *Le Monde de l'itinérance en Méditerranée de l'antiquité à l'époque moderne*, cur. C. Moatti, W. Kaiser, C. Pébarthe, Bordeaux 2009, 367-390

Pischedda 2018 = E. Pischedda, *Senofonte. I Poroi. Introduzione, traduzione e commento storico*, Pisa 2018

Prandi 1982 = L. Prandi, *Ricerche sulla concessione della cittadinanza ateniese nel V sec. a.C.*, Milano 1982

Raubitschek 1955 = A.E. Raubitschek, *Damon*, in *Cl&M* 16, 1955, 78-83

Rhodes 2016 = *Aristotele. Costituzione degli Ateniesi (Athenaion Politeia)*, cur. P.J. Dike - 24 (2021): 33-62

Rhodes, Milano 2016

Schmid, Stählin 1946 = W. Schmid, O. Stählin, *Geschichte der griechischen Literatur, I. Die Klassische Periode der griechischen Literatur. 4: Die griechische Literatur zur Zeit der attischen Hegemonie nach dem eingreifen der Sophistik*, München 1946

Schuller, Dreher 2000 = W. Schuller, M. Dreher, *Auswahl und Bewertung von dramatischen Aufführungen in der athenischen Demokratie*, in *Polis & Politics: Studies in ancient Greek History presented to Mogens Herman Hansen on his Sixtieth Birthday, August 20, 2000*, curr. P. Flensted-Jensen, Th. Heine Nielsen, L. Rubinstein, Copenhagen 2000, 523-539

Schwarze 1971 = J. Schwarze, *Die Beurteilung des Perikles durch die attische Komödie und ihre historiographische Bedeutung*, München 1971

Stadter 1989 = Ph.A. Stadter, *A Commentary on Plutarch's Pericles*, Chapel Hill-London 1989

Storey 2003 = I.C. Storey, *Eupolis, Poet of Old Comedy*, Oxford 2003

Stroud 1974 = R.S. Stroud, *An Athenian Law on Silver Coinage*, in *Hesperia* 43, 1974, 157-188

Talamanca 1973 = P. Talamanca, *Qualche osservazione sull'Or. 17 di Lisia*, in *Xenion: Festschrift für Pan. J. Zepos anlässlich seines 65. Geburtstages am 1 Dezember 1973*, cur. E. von Caemmer, Athen 1973, 599-632

Todd 2020 = S.C. Todd, *A Commentary on Lysias, Speeches 12-16*, Cambridge 2020

Tuci 2013 = P.A. Tuci, *La fragilità della democrazia: manipolazione istituzionale ed eversione nel colpo di Stato oligarchico del 411 a.C. ad Atene*, Milano 2013

Vélissaropoulos 1980 = J. Vélissaropoulos, *Les Naoclères grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénisé*, Genève-Paris 1980

Wallace 2015 = R.W. Wallace, *Reconstructing Damon: Music, Wisdom Teaching, and Politics in Pericles' Athens*, Oxford 2015

van Wees 2011 = H. van Wees, *The 'Law of hybris' and Solon's Reform of Justice*, in *Sociable Man: Essays on Ancient Greek Social Behaviour in Honour of Nick Fisher*, cur. S.D. Lambert, Swansea 2011, 117-144

Zaccarini 2018 = M. Zaccarini, *The Fate of the Lawgiver. The Invention of the Reforms of Ephialtes and the Patrios Politeia*, in *Historia* 67, 2018, 495-512

Zunino 2005 = M.L. Zunino, *La συνβολά fra Oiantheia e Khaleion (IG IX 1², 717): Il*

diritto di σλεῖν, in ZPE 153, 2005, 113-126

Zunino 2017 = M.L. Zunino, *Convenzione giudiziaria tra Eantea e Chaleion*, in Axon, 1, 2017, 125-144

DIETMAR SCHANBACHER

Theophrast zur Vertragsgerechtigkeit¹ beim Kauf

Abstracts

Hypereides weist in seiner berühmten Rede gegen Athenogenes dessen Argument aus dem allgemeinen Homologiegesetz über die Geltung von Übereinkünften (Homologien) zurück, und zwar mit dem Gegenargument aus dem besonderen Homologiegesetz, welches für Übereinkünfte gerechte Inhalte fordert. Der Unternehmenskauf des Falles entspricht dem nicht. Denn dem Käufer fehlte die Einsicht in den Umfang seiner Gegenleistung. Diese Einsicht aber ist nach Theophrast zu einer gerechten Lösung erforderlich. Die gerechte Lösung des Theophrast ist aber nichts anderes als der gerechte Ausgleich, in dem sich die ausgleichende Gerechtigkeit des Aristoteles verwirklicht.

Iperide rigetta nella sua celebre orazione contro Atenogene l'argomento dello stesso Atenogene, che questi desume dalla legge generale sulla validità dei contratti, coll'obiezione della legge speciale sull'homologia, dalla quale deriva l'esigenza di contenuti contrattuali giusti. La compravendita del caso non rispondeva a quest'esigenza perché al compratore mancava la conoscenza dell'estensione del suo impegno. Questa consapevolezza va però richiesta, secondo Teofrasto, per un'assetto contrattuale giusto. Che, a sua volta, è nient'altro che il giusto conforme alla giustizia correttiva di Aristotele.

In his famous speech against Athenogenes Hypereides counters the argument, which the former takes from the general statute on homologein, by means of a counterargument derived from the special statute on homologein. This statute required all contents of contractual agreements to be fair. The contents of the agreement in that case were, however, unfair. For the buyer lacked the knowledge of the size of his commitment. According to Theophrastos, this knowledge is, however, necessary to achieve any fair result, corresponding to the balance of advantage and disadvantage required by Aristotelian corrective justice.

¹ Vertragsgerechtigkeit meint ausgleichende Gerechtigkeit und gerechten Ausgleich in Form der Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen der Beteiligten; Larenz 1987: 77. Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen begegnet als objektive und als subjektive Äquivalenz (s. A. 2). Die Verwendung dieser Termini erscheint als unschädlich. Es besteht nicht etwa die Gefahr, „to lose sight of the fact that Athenian law is not Roman law“ (Gagarin 2018: 36). Gewiss „it is essential to put aside preconceptions based on Roman law and begin with what the Athenians themselves tell us, especially in the forensic speeches“ (Gagarin a.O.). Vorbehalte gegenüber Aristoteles „Even Plato and Aristotle, though sometimes helpful on specific points, may be misleading if we try to apply their systematic reasoning to Athenian law“ (a.O.), wird man im vorliegenden Zusammenhang zurückstellen können, ist doch der bei Aristoteles neben dem Gedanken der objektiven Äquivalenz zu findende Gedanke der subjektiven Äquivalenz von Theophrast und Hypereides als Reflex des besonderen Homologiegesetzes (s. u. 4.b.) aufgenommen worden. S. auch die Warnung Talamancas 2007: 226 A. 96 („Sotto tale profilo ...“).

Übersicht

1. Eine merkwürdige Verknüpfung
2. Allgemeine Lehren
3. Die Einführung des Einsichtigen und des Gerechten
4. Ethik und geltendes Recht
 - a. Zusammenfall der Anforderungen
 - b. Die attischen Homologiegesetze
5. Die Auflösung der Verknüpfung

1. Eine merkwürdige Verknüpfung

Der Einsichtige (ὁ φρονῶν) und das Gerechte (τὸ δίκαιον) begegnen sich im Begriff der subjektiven Äquivalenz².

2. Allgemeine Lehren

Nach Theophrast, Nomoi fr. 21,4 und 5 Anfang Szegedy-Maszak³ hängt, der Bestimmung der meisten Gesetzgeber zufolge, die Effizienz der Abrede über Kauf und Verkauf⁴ (a) hinsichtlich des Käufererwerbs (κτησις) von der Zahlung des

² Subjektive Äquivalenz tritt der objektiven Äquivalenz als der objektiv, nach einem objektiven Maßstab bestimmten Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen gegenüber und meint subjektiv, nach der Einschätzung der Beteiligten bestimmte Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen; Larenz 1987: 203.

³ Szegedy-Maszak 1981: 59 Κυρία ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτησιν, ὅταν ἡ τιμὴ δοθῆ καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν, οἷον ἀναγραφῆν ἢ ὄρκον ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γινόμενον· εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν, ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ. σχεδὸν γὰρ οὕτως οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν. „Die Abrede über Kauf und Verkauf soll, was den Erwerb angeht, gelten, sobald der Kaufpreis gezahlt ist, und sie die Anforderungen der Gesetze erfüllt haben, wie die Registrierung oder den Eid oder das den Nachbarn Zufallende; was die Übergabe angeht und den Verkauf selbst, sobald er das Angeld erhalten hat. Denn so ungefähr regeln es die meisten Gesetzgeber;“. Diese und die folgenden durch das Ἀνθολόγιον des Stobaios (4,2,20 Hense = 650 FHSG) überlieferten Passagen (u. A. 7 und 11) entstammen der 24 Bücher umfassenden, thematisch gegliederten Schrift des Theophrast Νόμοι κατὰ στοιχείον κδ', neben welcher ein Auszug in 10 Büchern Νόμου ἐπιτομή sowie eine auf ein Buch beschränkte Schrift Περί νόμων existierte; Hofmann 1870: 71 ff.; Wehrli/ Wöhrle/ Zhmud 2004: 534 f., 536. Theophrast schreibt einen sehr eleganten Stil; Cic. Brut. 31,121; Tusc. 5,9,24, Zeller 2006: 809. Anders ist der Eindruck hinsichtlich der Nomoi von Hofmann 86 f. (unschön, nachlässig). – Mirhady 1992: 58, 224 und Fortenbaugh/ Huby/ Shraples/ Gutas 1992: 495 vertauschen Eigentumserwerb und Übergabe.

⁴ Κυρία ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις, „die Abrede über Kauf und Verkauf ist effizient“; Pringsheim 1950:138 f., 353 ff. Ablehnend Mirhady 1992: 225, der Theophrast unklare Begriffe unterstellt.

Kaufpreises ab, (b) hinsichtlich der Übergabe (παράδοσις) und des Verkaufs an sich (αὐτὸ τὸ πωλεῖν) von der Zahlung eines Angeldes (ἄρραβών⁵) ab. Gemeint ist die Eignung der Kaufs- und Verkaufsabrede als Rechtsgrund (a) für den kaufweisen Eigentumserwerb, (b) für den kaufweisen Besitzerwerb und den Verkauf als solchen. Hiernach entspricht es nicht nur attischem, sondern überhaupt weithin griechischem Recht, den Eigentumserwerb des Käufers aufgrund der Kaufs- und Verkaufsabrede erst mit der Kaufpreiszahlung eintreten zu lassen⁶. Dementsprechend verliert nach Theophrast, *Nomoi* fr. 21,⁷ der Bestimmung der meisten Gesetzgeber zufolge, der Verkäufer sein Eigentum erst, wenn er den Kaufpreis erhält⁸. Anders hatte es allerdings Charondas geregelt; anders hätte es Platon geregelt⁹. Es gibt nur den sofortigen Austausch der Leistungen (Barkauf); im Fall einer Übergabe bei Kreditierung des Kaufpreises (Kreditkauf) verliert der Verkäufer sein Recht, und zwar

⁵ ἄρραβών ist ein uraltes Wort semitischen Ursprungs, das sich bis an die Wende des 3. zum 2. Jahrtausend v. Chr. zurückverfolgen lässt; San Nicolò 1932: 34 ff. In Karthago besteht allerdings eine Abhängigkeit des Kaufs selbst bereits, weitergehend, als schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts, von der Zahlung des Kaufpreises, wie aus dem ersten Karthagervertrag Roms (508/7 v. Chr.; Bengtson 1975: 16 ff. Nr. 121) hervorgeht. Der karthagische Staat gewährleistet die Durchführung von in Sardinien und Libyen getätigten Handelsgeschäften, sofern formgerecht (vor einem Herold oder Schreiber) abgeschlossen, für denjenigen, der seine Leistung erbracht hat, ὅσα δ' ἂν τούτων παρόντων πραθῆ, δημοσίᾳ πίστει ὀφείλεσθαι τῷ ἀποδομένῳ, ὅσα ἂν ἐν Λιβύῃ ἢ ἐν Σαρδόνι πραθῆ (Polyb. 3,22,9). Im karthagischen Sizilien und in Karthago selbst scheint es auf die Einhaltung der Form nicht angekommen zu sein; Frezza 1949: 263, 264 A.11, 269 f. ἀποδόμενος (Part. Aor. Med.) ist der Vorleistende. Enger Palmisciano/ Tartaglini in: Nicolai 1998: 301; Nörr 2003: 518 ff.; Zimmermann 2013: 5, 9 (der Verkäufer). δημοσίᾳ πίστει: vgl. die ähnliche Formulierung in Isokr. 18 Kallimachos 24 τὰς μὲν ἰδίᾳς ὁμολογίας δημοσίᾳ κυρίας ἀναγκάζετ' εἶναι.

⁶ Hofmann 1870: 46 f., 102. Was das attische Recht angeht, s. Hyp.3 Athenogenes 9; Pringsheim 1950: 192. Weitergehend Pringsheim 134 ff. (es entspreche griechischem Recht schlechthin). Ohne Einschränkung auch Wolff 1994: Sp. 2525 f.; Thür 2003: 233. Dareste 1870: 286 unterstellt einen stillschweigenden Eigentumsvorbehalt, „Si la propriété ne passait à l'acheteur qu'au moment du paiement du prix, c'était en vertu d'une convention tacite par laquelle le vendeur se réservait la propriété jusqu'au paiement“. - Den Bezug des Kaufpreiszahlungserfordernisses verschieben (möglicherweise unter dem Eindruck der vendita ad effetti reali des italienischen Rechts) Gagliardi 2014: 182, 186, 197, 201 und (möglicherweise unter dem Eindruck Gagliardis) Scheibelreiter 2019: 37.

⁷ Szegedy-Maszak 1981: 60 Πότερον δὲ ἕως ἂν κομισῆται κύριον εἶναι τοῦ κτήματος; οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν· ἢ ὥσπερ Χαρώνδας καὶ Πλάτων; οὗτοι γὰρ παραχρῆμα διδόναι καὶ λαμβάνειν, ἐὰν δὲ τις πιστεύσῃ μὴ εἶναι δίκην· αὐτὸν γὰρ αἴτιον εἶναι τῆς ἀδικίας. „Soll ihm das Eigentum gehören, bis er den Kaufpreis erhalten hat? So nämlich sehen es die meisten Gesetzgeber vor. Oder wie Charondas und Platon? Denn diese verlangen, dass sofort gegeben und genommen wird. Wenn aber einer kreditiere, solle es keine Klage geben. Er sei nämlich selbst schuld an dem Unrecht“.

⁸ Den Kaufpreis zu kreditieren, genügte nicht; s. Hyp.3 Athenogenes 9; Pringsheim, 1950: 173 f.

⁹ Plat. leg. 8, 849e-850a; 11, 915d-e. Anspielung darauf in Aristot. NE 8,15 1162b25-31. Aristot. NE 9,1 1164b12-15 spielt auf Charondas an. Platon entwirft in den *Nomoi* eine bei aller Realitätsnähe ideale Rechtsordnung, (fiktiv) gedacht für die zu gründende Kolonie Magnesia auf Kreta (Plat. leg. 702b-d); Erler 2007: 277 ff., 448f. A.A. bezüglich Platon cit. Pringsheim 1950: 131 f. (Wiedergabe aktuellen Rechts); Gagliardi 2014: 182 A.28 („è probabilmente dal vero diritto ateniese“). Schwerlich. Immerhin konnte die athenische Praxis auf das Darlehen ausweichen; s. etwa Lyk. Leokrates 23 und s. Pringsheim 244 ff.

gänzlich. Ihm verbleibt keine Klage (μη εἶναι δίκην), auch nicht rücksichtlich seines Eigentums¹⁰.

3. Die Einführung des Einsichtigen und des Gerechten

Nach Theophrast, *Nomoi* fr. 21,5 Szegedy-Maszak¹¹ ist aber zusätzlich zu fordern, dass (a) der Käufer nicht betrunken, nicht aus Leidenschaft, nicht aus Eifer, nicht uneinsichtig¹², vielmehr einsichtig seiend (φρονῶν), mit einem Wort: gerecht (δικαίως) handelt. Was (a) vom Käufer gilt, gilt auch (b) vom Verkäufer. Derartiges pflegt nämlich aus einer augenblicklichen Laune und Begierde heraus zu geschehen. Es muss aber aus Überlegung geschehen¹³. So wird man zu einer gerechten Lösung gelangen.

¹⁰ A.A. Pringsheim 1950: 139 ff. (zögernd); Gagliardi 2014: 182 A. 28 (entschiedener). – Über Charondas und Platon, Aristoteles und Theophrast s. schon Cujaz 1658: 336.

¹¹ Szegedy-Maszak 1981: 59 ἀλλὰ τοῦτο προσδιοριστέον, ἐὰν μὴ παρὰ μεθύοντος μηδ' ἐξ ὀργῆς μηδὲ φιλονεικίας, μηδὲ παρανοοῦντος, ἀλλὰ φρονῶντος, καὶ τὸ ὅλον δικαίως, ὅπερ κάκεῖ προσθετέον, ὅταν ἀφορίζῃ παρ' ὧν δεῖ ὠνεῖσθαι. εἴκει γὰρ ἐκ καιροῦ τὰ τοιαῦτα καὶ πάθους γίνεσθαι· δεῖ δ' ἐκ προαιρέσεως οὕτω εἶσθαι τὸ δίκαιον. „Es muss jedoch dies hinzugefügt werden. Wenn nicht von einem Trunkenen, noch aus Leidenschaft, noch aus Eifer, und nicht eines Uneinsichtigen, sondern eines Einsichtigen, mit einem Wort: gerecht. Das ist auch in jenem Fall hinzuzufügen, wenn bestimmt wird, von wem gekauft werden muss. Es scheint nämlich solches aus einer augenblicklichen Laune und Begierde heraus zu geschehen. Es muss aber aus Überlegung geschehen. So wird man zu einer gerechten Lösung gelangen“. μηδὲ παρανοοῦντος, ἀλλὰ φρονῶντος (das Vorstehende zusammenfassend) „und nicht eines Uneinsichtigen, sondern eines Einsichtigen“. Dies entspricht der Übersetzung von Szegedy-Maszak 1981: 62 „not ... or acting from ... or misunderstanding, but is quite rational“. Sowohl ältere Übersetzungen (Hofmann 1870: 84 „wenn man nicht etwa ... oder von einem Wahnsinnigen, sondern von einem zurechnungsfähigen Menschen kauft“; Hermann/Thalheim 1895: „der nicht ... noch im Irrsinn, sondern bei gesunden Sinnen sich befand“) als auch neuere (Mirhady 1992: 58 und Fortenbaugh/ Huby/ Sharples/ Gutas 1992: 495 „not of unsound mind but mentally competent“) schärfen die Worte unverhältnismäßig zu. καὶ τὸ ὅλον δικαίως ... οὕτω εἶσθαι τὸ δίκαιον (das Voranstehende aufnehmend) „mit einem Wort: gerecht ... So wird man zu einer gerechten Lösung gelangen“. Dies entspricht der Übersetzung von Szegedy-Maszak a. O. „in brief, that he is acting justly ... this is how justice will be attained“. Sowohl ältere Übersetzungen (Hofmann a. O. „und dabei überhaupt ehrlich zu Werke gegangen wurde ... Und so wird es gerecht sein“; Hermann/Thalheim a. O. „und überhaupt ehrlich ... so erfordert es das Recht“) als auch neuere (Mirhady a.O., Fortenbaugh/ Huby/ Sharples/ Gutas a.O. „and, in general (acting) lawfully“) wollen, was die erste Phrase angeht, das Voranstehende ergänzen. – Die Nähe zu Stob. 3,19,12 Hense = 526 FHSG (Hofmann 1870: 103 A. 107; Fortenbaugh 1984: 259) erscheint als eher äußerlich.

¹² μηδὲ παρανοοῦντος („und nicht uneinsichtig“). Gagliardi 2014: 201 liest stattdessen μηδὲ παρανομοῦντος („né di farle un torto“), damit den Hss. folgend; s. Hermann/Thalheim 1895: 150 A. k. Der Fortgang der Stelle (ἀλλὰ φρονῶντος) erzwingt jedoch die Korrektur. Athenogenes sucht in Hyp. 3 Athenogenes 8 selbst die sehr Einsichtigen (εὖ φρονῶντες) am Verständnis des Geschriebenen zu hindern; s. u. A. 35. Hofmann 1870: 78 A. p erwägt einen Parallelismus zwischen φρονῶντος/ παρὰ μεθύοντος etc. und καὶ τὸ ὅλον δικαίως/ παρανομοῦντος; Hofmann sieht in καὶ τὸ ὅλον δικαίως eine Ergänzung (s. o. A. 11).

¹³ δεῖ δ' ἐκ προαιρέσεως („es muss aber aus Überlegung geschehen“); eine ins Auge fallende Aufnahme aristotelischer Ethik, nämlich der προαίρεσις-Lehre des Aristoteles; s. Aristot. NE 3,4-5 1111b4-1113a14; Szegedy-Maszak 1981: 69 mit A. 159 (144). Die προαίρεσις erscheint als ἐκούσιον, deckt sich jedoch nicht mit diesem, sondern ist ein engerer Begriff; der Begriff

Wie hier der Einsichtige (ὁ φρονῶν) dem Gerechten (τὸ δίκαιον) begegnet, ist merkwürdig. Es entspricht dem die Voraussetzung des Einsichtigen für eine gerechte Lösung (Zwischenergebnis) in Plat. Symp. 196c ἂ δ' ἄν ἐκὼν ἐκόντι ὁμολογήσῃ, φασὶν οἱ πόλεως βασιλῆς νόμοι δίκαια εἶναι („worin ein Einsichtiger mit einem Einsichtigen übereinkommt, das, so sagen die Gesetze, Könige der Stadt, sei gerecht“). Es kommt dem nahe die Voraussetzung des Einsichtigen für die Effizienz der Übereinkunft (Endergebnis) in Dem. 56 Dionysodoros 2 καὶ τοῖς νόμοις τοῖς ὑμετέροις, οἱ κελεύουσιν, ὅσα ἄν τις ἐκὼν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι („und auf eure Gesetze, die bestimmen, dass, worin ein Einsichtiger mit einem anderen übereingekommen ist, dies gelten soll“) und in Dem. 48 Olympiodoros 54 πῶς γὰρ οὐ μαίνεται ... etc. („ist denn nicht wahnsinnig ... etc.“). ἐκὼν meint nicht nur ‚frei von äußerem Zwang‘ („free from external constraint“), sondern auch ‚einsichtig‘ („in a rational manner“)¹⁴. Der Wille beider Beteiligten, der die Übereinkunft ausmacht, ist bereits im Begriff der Übereinkunft (Homologie, ὁμολογία) enthalten¹⁵. ὁμολογεῖν mit „dasselbe sprechen“ oder ähnlich zu übersetzen¹⁶, lässt dies leicht vergessen.

Wenn (a) auf Seiten des Käufers und (b) auf Seiten des Verkäufers Einsicht herrscht, wird gerecht gehandelt, und wird die Lösung gerecht sein. Die Forderung nach einsichtigem Handeln auf (a) Käufer- und (b) auf Verkäuferseite wird von Theophrast mit dem von Aristoteles stammenden Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit (ἡ δικαιοσύνη διορθωτική) und des gerechten Ausgleichs (τὸ διορθωτικὸν δίκαιον)¹⁷ verknüpft¹⁸, ... καὶ τὸ ὅλον δικάως („... und mit einem Wort: gerecht“) ... οὕτω

des ἐκούσιον reicht an sich weiter; Aristot. NE 3,4 1111b6-10 ἡ προαίρεσις δὴ ἐκούσιον μὲν φαίνεται οὐ ταῦτὸν δέ, ἀλλ' ἐπὶ πλέον τὸ ἐκούσιον ... S. Flashar 2004:228. S. die folgende Anm. (A.14). Die προαίρεσις ist als Wirkursache von Handlungen zu verstehen; Aristot. NE 3,4 1112b28, 31-32; 6,2 1139a31-34. Sie begründet die Zurechnung der Handlung und charakterisiert die gerechte Person; Aristot. NE 5,10 1135a15-1136a9; Lekarew 1996: 418 f.

¹⁴ Szegedy-Maszak 1981: 69 f., 70 mit A. 161 (144 f.). ἐκούσιον (= ἐκόν) im engeren Sinn (o. A. 13) meint: keinem Zwang unterliegend, wohl überlegt. Dies ist der Begriff des ἐκούσιον, den Aristoteles seiner προαίρεσις-Lehre vorausschickt, Aristot. NE 3,3 1111a22-24 Ὅντος δ' ἀκουσίον τοῦ βίᾳ καὶ δι' ἄγνοιαν, τὸ ἐκούσιον δόξειεν ἄν εἶναι οὗ ἢ ἀρχὴ ἐν αὐτῷ εἰδῶτι τὰ καθ' ἕκαστα ἐν οἷς ἡ πράξις („Gehört aber das ἀκούσιον der Gewalt und durch Unwissenheit, so mag als ἐκούσιον erscheinen, dessen Ursprung in der Person des um alle Details der Handlung Wissenden selbst liegt“). S. weiter Aristot. NE 3,4 1112a13-17. Das ἐκούσιον ist gekennzeichnet durch das Fehlen von Zwang und die umfassende Kenntnis aller Details der Handlung. Handlungen aus Leidenschaft (θυμός) oder Begierde (ἐπιθυμία) [Theophrast fr. 21,5 Szegedy-Maszak, o. A. 11, spricht von ὀργή und πάθος] sind nicht ἀκούσια (vielmehr ἐκούσια) im weiten Sinn; Aristot. NE 3,3 1111a24-1111b3 (o. A. 13).

¹⁵ Menge/Güthling 1910: 404 s.v. ὁμολογέω IIa); ferner Gagarin 2018: 42, 47. Der (engere: Phillips 2009: 93 A.13, 104) ἐκὼν-Aspekt wird erst durch das besondere Homologiegesetz ins Spiel gebracht; s. u. unter 4.b. A.A. Gagliardi 2014: 178, 187 f. (bereits durch das allgemeine Homologiegesetz ausdrücklich gefordert). Fraglos kann das Wort ὁμολογεῖν auch andere Bedeutungen annehmen; s. Menge/ Güthling a.O. s.v. ὁμολογέω IIb); ferner Platschek 2018: 36.

¹⁶ Thür 2013: 1 („speak the same“) oder Gagliardi 2014: 177 („dire la stessa cosa“) oder Gagarin 2018: 42 („say the same thing“).

¹⁷ Was nicht dasselbe ist: Aristot. NE 5,5 1130b30-34; s. schon Aristot. NE 5,1 1129.1-11.

¹⁸ Der Einfluss des Aristoteles auf Theophrast ist allgegenwärtig und unverkennbar; Cic. fin. 1,6;

ἔσται τὸ δίκαιον („... So wird man zu einer gerechten Lösung gelangen“). Anders als die zuteilende Gerechtigkeit (ἡ δικαιοσύνη διανεμητική) und die gerechte Zuteilung (τὸ διανεμητικὸν δίκαιον)¹⁹, für welche Maßstab die geometrische Proportion ist, ist Maßstab der ausgleichenden Gerechtigkeit die arithmetische Proportion²⁰. Für den Kauf bedeutet das, dass die Leistungen von Käufer und Verkäufer sich wertmäßig entsprechen müssen, (a) in erster Linie objektiv (objektive Äquivalenz); es reicht jedoch auch, (b) in zweiter Linie, aus, dass subjektiv eine Entsprechung aus Sicht der Beteiligten besteht (subjektive Äquivalenz)²¹. Hat jeder der Beteiligten nicht mehr und nicht weniger als zuvor, sondern dasselbe, dann hat er (so bei objektiver Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen), was ihm zusteht, wie man sagt, und weder Verlust noch Gewinn²². Doch lässt das Gesetz (ὁ νόμος) beim Kauf und Verkauf und bei vielen anderen Geschäften zu, dass der eine mehr, der andere weniger hat als zuvor, der eine Gewinn macht, der andere Verlust (so bei subjektiver Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen)²³. Dies zielt direkt auf ein Gesetz, indirekt aber auf die ausgleichende Gerechtigkeit und den gerechten Ausgleich. Durch das um die Mitte des 5. Jh. v. Chr. ergangene besondere Homologiegesetz waren die Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs in das geltende Recht rezipiert worden²⁴. Ausgleichende Gerechtigkeit und durch Vermittlung des Gesetzes

Szegedy-Maszak 1981: 7 f. Theophrast übernahm die Lehre des Aristoteles in ihrem ganzen Umfang, um sie selbständig zu bearbeiten; Wehrli/ Wöhrle/ Zhmud 2004: 540. In der Frage nach dem höchsten Gut (de summo bono) folgt er dessen eudaimonistischer Ethik; Cic. fin. 5,5,12; Wehrli/ Wöhrle/ Zhmud 547. Schon Regenbogen 1940:1520.26-34 erblickt hier im Hintergrund „Begriff und Norm der peripatetischen Ethik“. So begegnen sich in Theophrast fr. 21,5 Szegedy-Maszak (o. A. 11) die aristotelischen Lehren der προαίρεσις (Anklang im Adv. δικάϊως) und der ausgleichenden Gerechtigkeit (Anklang im Adj. δίκαιον). Dieser (schon bei Aristoteles vorgezeichnete Zusammenhang; Aristot. NE 5,10 1136a 1-4; Zanatta 1998: 367, 568) wird von Theophrast, wie es scheint, bewusst hergestellt (δεῖ δ' etc.). Nur der Einsichtige handelt und handelt gerecht im Sinne der προαίρεσις-Lehre (o. A. 13). ἐκών steht für φρονῶν: Aristot. NE 5,10 1135a16-17 ... καὶ δικαιοπραγεῖ ὅταν ἐκών τις αὐτὰ πράττη; ferner Aristot. NE 5,10 1136a4-5 δικαιοπραγεῖ δέ, ἂν μόνον ἐκών πράττη.

¹⁹ Was nicht dasselbe ist; s. A. 17.

²⁰ Aristot. NE 5,6 1131a10-1131b9; 5,7 1131b9-1132b20. Ausgleichende und zuteilende Gerechtigkeit sind Formen der von Aristoteles ‚entdeckten‘ (Bien 1992: 138, 139, 145 f.) sog. Teilgerechtigkeit (partikulären Gerechtigkeit). Gerechter Ausgleich und gerechte Zuteilung sind ihre Ergebnisse.

²¹ Gemeinhin wird hingegen die ausgleichende Gerechtigkeit des Aristoteles auf die Forderung objektiver Äquivalenz reduziert, in welcher Form sie bei Thomas von Aquin begegnet; Zimmermann 1992: 265 f.; Kaufmann 1994: 42 f.; Harke 2005: 11 ff., 34 ff. Für subjektive Äquivalenz Manthe 1996: 5.

²² Aristot. NE 5,7 1132b16-18.

²³ Aristot. NE 5,7 1132b15-16. – Zanatta 1998: 553 f. sieht bemerkenswerterweise durch die gesetzliche Gestattung von Vor- und Nachteilen den ‚willentlichen Charakter‘ und die ‚Natur‘ des Vertrages gewahrt und verweist auf Hyp. 3 Athenogenes.

²⁴ S. u. 4.b. – Römische Parallele: Pomp./ Ulp. 11 ad ed. D 4,4,16,4 und Paul. 34 ad ed. D 19,2,22,3. Die subjektiv begründete Abweichung von objektiver Äquivalenz (se circumvenire bzw. invicem se circumscribere) ist ‚natürlicherweise‘ erlaubt (naturaliter licere bzw. naturaliter concessum) und ‚rechtens‘ (iuris est, Paul. cit.). Sie wird von den Kaufklagen, die ihrerseits, in der bona fides-Klausel, auf die Anforderungen der zuteilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit rekurrieren (Sex. Aelius und C. Livius Drusus bei Cels. 8 dig. D 19,1,38,1; Quintus Mucius bei Cic. off. 3,17,70) aufgenommen. Geschäftstüchtigkeit ist von

auch das geltende Recht fordern daher, in erster Linie, (a) dass die Leistungen von Käufer und Verkäufer sich im Wert objektiv decken (objektive Äquivalenz), lassen es hiernach aber, in zweiter Linie, auch genügen, (b) dass dies aus Sicht der Beteiligten, subjektiv, der Fall ist (subjektive Äquivalenz).

Subjektive Äquivalenz liegt vor, wenn die von den Beteiligten als solche nach ihrem objektiven Wert zutreffend bewerteten beiderseitigen Leistungen (Kaufsache; Kaufpreis und sonstiges) von ihnen, ungeachtet einer etwa bestehenden objektiven Ungleichwertigkeit, als gleichwertig (äquivalent) betrachtet werden. Eine Sache, die einen objektiven Wert (Verkehrswert) von 20 hat, wird etwa für 40 verkauft. Dem Käufer ist die Sache mit ihrem Verkehrswert von 20 den Kaufpreis von 40 wert. Dem Verkäufer wiederum ist der Kaufpreis von 40 die Sache mit ihrem Verkehrswert von 20 wert. Die beiderseitigen Leistungen werden durch die Beteiligten, subjektiv, im Wert zweifach angeglichen. Der Käufer setzt den Wert der Sache für sich auf 40 herauf; der Verkäufer setzt dagegen den Wert des Kaufpreises für sich auf 20 herab. Die beiderseitigen Leistungen sind gleich viel wert, (a) aus der Sicht des Käufers (40) und (b) aus der Sicht des Verkäufers (20). Die käuferseitige Herauf- und die verkäuferseitige Herabsetzung der Werte von Kaufsache und Kaufpreis und sonstigem sucht sich am objektiven Wert der eigenen Leistung zu orientieren. Der Käufer nimmt als objektiven Wert der eigenen Leistung (Kaufpreis und sonstiges) 40, der Verkäufer 20 (Kaufsache) an. Diese Annahmen können fehlgehen. Die Annahme eines Käufers etwa kann fehlgehen, wenn er sich nicht nur zur Zahlung eines (bezahlten) Kaufpreises verpflichtet, sondern darüber hinaus zu weiteren Gegenleistungen, die er nicht überblickt. Ist der Wert der übernommenen Käuferleistung in Wirklichkeit nicht 40, sondern etwa um das 7 ½ fache davon (300) höher, wie im Fall der Rede des Hypereides gegen Athenogenes²⁵, wird die käuferische Werteangleichung perplex. Der Käufer sucht sich am objektiven Wert der eigenen Leistung zu orientieren, den er mit 40 annimmt, der jedoch in Wirklichkeit 340 beträgt. Der Käufer will 40, den objektiven Wert der eigenen Leistung, wie er meint, und zugleich 340, den objektiven Wert der eigenen Leistung, wie er ist, der Bewertung der Verkäuferleistung zugrunde legen. Die Werteangleichung wird dadurch unsicher. Denn die Heraufsetzung des Wertes der Verkäuferleistung auf 340 wird durch die Annahme eines objektiven Wertes der eigenen Leistung von nur 40 gestört. So wird erkennbar, dass ohne eine zutreffende Bewertung der eigenen Leistung nach objektiven Maßstäben die für eine subjektive Äquivalenz erforderliche Werteangleichung nicht gelingen kann. Der Käufer muss den objektiven Wert der eigenen Leistung einsehen, damit es nicht zu

²⁵ Arglist fernzuhalten; Zimmermann 1992: 256 f. Vgl. den (weitergehenden) Eindruck von Dareste 1870: 263 „mais la plus grande partie du droit attique a passé dans l'édit du prêteur“. Colin 1968: 181-217. Die Rede, schon im Altertum berühmt, wurde erst gegen Ende des 19. Jh. auf Papyrus wiederentdeckt: Pap. Parisinus (P) 2. Jh. v. Chr., ed. Revillout 1892, jetzt P. Louvre 9331; Burt 1954: XIV. Das einzige erhaltene mittelalterliche Manuskript mit Hypereidesreden, das sich 1525 in der Bibliothek des ungarischen Königs Matthias Corvinus befand, ging mit der Zerstörung der Bibliothek durch die Türken im Jahre 1526 unter; Cooper 2001: 67. Hypereides gilt, nach Demosthenes, als bedeutendster Redner der griechischen Antike; Degani 1997: 219 f.; Cooper 66. Die Rede ist in die Zeit von 330 bis 324 v. Chr. zu datieren; Whitehead 2000: 266 f.

einer Perplexität der Werteangleichung kommt. Die Bewertung darf fehlen, aber nicht fehlgehen.

Nur wenn der Käufer nicht uneinsichtig, vielmehr einsichtig ist, kann die käuferische Werteangleichung gelingen, und ist subjektive Äquivalenz zu erreichen, womit sich der Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs verwirklicht. Mit den Worten Theophrasts: ἀλλὰ τοῦτο προσδιοριστέον, ἐὰν ... μηδὲ παρανοοῦντος, ἀλλὰ φρονοῦντος καὶ τὸ ὅλον δικαίως („doch ist dies hinzuzufügen, wenn ... nicht eines Uneinsichtigen, sondern eines Einsichtigen, mit einem Wort: gerecht“). Gerechtes Handeln, die Verwirklichung der Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit im gerechten Ausgleich, in Form der subjektiven Äquivalenz, setzt einen Einsichtigen (φρονῶν) voraus; jemanden, der den objektiven Wert der eigenen Leistung richtig einschätzt.

4. Ethik und geltendes Recht

a. Zusammenfall der Anforderungen

Theophrast spricht in den Nomoi fr.21,5 Szegedy-Maszak²⁶ nicht nur, als Philosoph²⁷, von ethischen Anforderungen, sondern zugleich, als Jurist²⁸, von Anforderungen des geltenden Rechts²⁹. Dies wird durch den Zusammenhang (Theophrast, Nomoi fr.21,4 und 5 Anfang zur Effizienz der Abrede über Kauf und Verkauf³⁰ und fr.21,7 zum Zeitpunkt des verkäuferischen Eigentumsverlusts³¹) nahegelegt. Es ist zu ergänzen, so Theophrast, was schon seitens der Ethik gefordert wird, was jedoch auch geltendes Recht ist. Denn Abreden über Käufe und Verkäufe unterliegen in Athen aufgrund eigener gesetzlicher Anordnung den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs in Form objektiver oder subjektiver Äquivalenz.

b. Die attischen Homologiegesetze

²⁶ S.o. A. 11.

²⁷ So jedoch Hofmann 1870: 103 „Es tritt eben hier der Philosoph in den Vordergrund, der übrigens dieses sein Postulat de lege ferenda auch ausdrücklich als solches bezeichnet (ὅπερ ... προσθετέον)“; Pringsheim 1950: 498 A.1 „Although the philosophers began to consider defects of will and so also fraud in contracts ...“.

²⁸ Der er ist; s. Hofmann 1870: 102 f., 112. Theophrast, Nomoi fr.21,4 Szegedy-Maszak (o. A. 3) unterscheidet dingliche und schuldrechtliche Seite des Veräußerungsgeschäfts, was ihn als Juristen ausweist; Hofmann a. O. Ähnlich wird später Quintus Mucius dingliches und schuldrechtliches Geschäft unterscheiden, indem er, gegen M'. Manilius, die mancipatio aus dem Begriff des nexum löst; Varro ling. 7,105. Theophrast sei „praktisch der einzige Jurist der griechischen Antike“, meint Triantaphyllopoulos 1985: 33. Ähnlich Dareste 1870: 262 „Théophraste a été un jurisconsulte, et le seul jurisconsulte considérable que la Grèce ait produit“.

²⁹ So auch Szegedy-Maszak 1981: 69 f. Anders Regenbogen 1940: 1520.26-34 (theoretische Vorarbeit für eine möglichst gute Gesetzgebung).

³⁰ S. o. A. 3.

³¹ S. o. A. 7.

Ἐρεῖ δὲ πρὸς ὑμᾶς αὐτίκα μάλα Ἀθηνογένης, ὡς ὁ νόμος λέγει ὅσα ἂν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ κύρια εἶναι („Es wird euch aber sogleich Athenogenes sagen, wie das Gesetz sagt: Worin jemand mit einem anderen übereingekommen ist, das soll gelten“³²), hält Athenogenes in Hyp. 3 Athenogenes 13 dem Kläger Epikrates entgegen³³, der versucht, sich aus der eingetretenen geschäftlichen Schiefelage zu befreien³⁴. Epikrates hat von Athenogenes einen Parfümeriehandel für, wie er meint, 40 Minen gekauft, in Wirklichkeit jedoch gegen die zusätzliche Übernahme von Geschäftsschulden in Höhe von (ungefähr) 5 Talenten (das sind 300 Minen)³⁵. Athenogenes bezieht sich auf das allgemeine Homologiegesetz, das, ergangen zu Beginn des 5. Jh. v. Chr., Übereinkünfte als Grundlage der Verbindlichkeit anerkennt³⁶. Die weitreichende, geradezu allumfassende Wirkung des allgemeinen

³² Die Bedeutung von κύρια εἶναι („soll gelten“) ist dieselbe wie in Theophrast, Nomoi fr. 21,4 Szgedy-Maszak (o. A. 3). Doch gehen die Meinungen über die Bedeutung der Wendung auseinander. Häufig wird sie im Sinne von „ist bindend“ verstanden; Whitehead 2000: 274 („is binding“); Gagliardi 2014: 198 („vincolanti“); Gagarin 2018: 35 mit A.3 (50) [„is binding“]; s. a. 38, 39, 47. Sie im Sinne von „endgültig vor Gericht“ („definitive in law court“) zu verstehen (Thür 2013: 8), bringt den Ausdruck mit der fragwürdigen Deutung der Homologie als eines ausschließlich prozessualen Anerkenntnisses in Verbindung (s. u. A. 55). Auch ins Prozessuale zielend Scheibelreiter 2019: 39 („ist maßgeblich“). So schon Colin 1968: 204 („fait autorité“). Die Gegenstände, worauf sich die Homologie bezieht (u. A. 53 und Text), können als solche, strenggenommen, weder ‚bindend‘ noch ‚endgültig vor Gericht‘ noch ‚maßgeblich‘ sein.

³³ Vorgriff des Hypereides (πρόληψις, Antizipation); Whitehead 2000: 304 f. Von vornherein abwehrende Vorwegnahme des gegnerischen Arguments; Quint. 4,1,49; Lausberg 1990: 425; Ueding/Steinbrink 1994: 318.

³⁴ Nach Ansicht vieler mittels einer Schadensersatzklage (δίκη βλάβης); s. nur Whitehead 2000: 268; Gagliardi 2014: 199 ff.; Gagarin 2018: 35. Deren Ziel erscheint als unklar; Gagarin a. O. Die Klage wird sich auf Herstellung objektiver Äquivalenz gerichtet haben. Mit dem Scheitern der in zweiter Linie maßgeblichen subjektiven Äquivalenz musste der Kauf auf die in erster Linie maßgebliche objektive Äquivalenz zurückfallen. Din. 3 Philokles 4 scheint die Klage direkt aus dem allgemeinen Homologiegesetz (κύρια εἶναι) herzuleiten. Für einen Bezug des κοινὸς νόμος auf dieses Gagliardi 2014: 191.

³⁵ Hyp. 3 Athenogenes 6,7,9-11. Epikrates handelte ohne Zweifel willentlich, jedoch unaufmerksam und töricht; Gagarin 2018: 46. S. Hyp. 3 Athenogenes 8: Sobald er das Einverständnis des Epikrates hatte, verlas Athenogenes die vorbereitete Urkunde. Epikrates hörte zu, ὃν ἐγὼ ἀναγιγνωσκομένων μὲν ἤκουον („das Verlesene hörte ich zwar“); verstand aber nichts. Darauf hatte es Athenogenes auch angelegt, indem er das Geschäft so eilig vollzog, dass er selbst die sehr Einsichtigen an einem Verständnis der Geschriebenen gehindert hätte, ἵνα μηδεὶς τῶν εὖ φρονούντων ἀκούσαι τὰ ἐγγεγραμμένα („damit keiner der sehr Einsichtigen das Geschriebene verstehe“). Der Sinn der Passage ist umstritten; ähnlich wie hier Phillips 2009: 99. Athenogenes hatte wohlweislich den wahren Umfang der Schuldenlast verschleiert, Hyp. 3 Athenogenes 6,10; Pringsheim 1950: 192 „This clause was inserted as inobtrusively as possible, the amount of the debt being concealed from the purchaser“.

³⁶ Gagliardi 2014: 177 ff., 197 f., 204 f. Wiederaufgenommen von Gagliardi 2015: 1511 ff. – Diese Auffassung ist nicht gleichzusetzen der (verpönten: Thür 2013: 1, 4, 9; Scheibelreiter 2019: 37) Lehre der sog. Konsensualisten, u.a. Phillips 2009: 106. Dieser wiederum wird gegenübergestellt die Lehre der sog. Realisten (Theorie der Zweckverfügung): Wolff 1957: 26 ff.; Wolff 1994: Sp. 2526; zustimmend u. a. Thür 2003: 237 f.; Thür 2013: 1, 3 f.; Scheibelreiter 2020: 36 ff. Kritisch Gagliardi 2014: 179 ff., 192 f.; Gagarin 2018: 39 f. „For the existence of a general law stating that agreements are binding“ Gagarin 36 ff.,

Homologiegesetzes spiegelt sich wider in Plat. leg. 920d Ὅσα τις ἂν ὁμολογῶν συνθέσθαι μὴ ποιῆ κατὰ τὰς ὁμολογίας ... δίκαις εἶναι τῶν ἄλλων ἀτελοῦς ὁμολογίας ἐν ταῖς φυλετικαῖσιν δίκαις („Worin jemand vertraglich übereingekommen ist, jedoch nicht gemäß der Übereinkunft handelt, sollen Klagen zustehen der anderen aus der nichterfüllten Homologie vor den Phylengerichten“)³⁷. Es wird von Hypereides, wie auch von Isokr. 18 Kallimachos 24 und Dem. 47 Euergos und Mnesibulos 77³⁸, in seiner authentischen Fassung, ohne Bezug auf den Einsichtigen (ἐκόν) zitiert³⁹. In Dem. 47 Euergos und Mnesibulos 77 lässt der Sprecher das Gesetz verlesen, ἀνάγνωθί μοι τὸν νόμον Wo dies aber geschieht, kann man sicher sein, dass das Gesetz in der Form existierte, in der es verlesen wird⁴⁰. Dem. cit. kündigt als seinen Inhalt an: Es bestimme, dass, worin einer mit einem anderen übereinstimme, gelten solle, ὃς κελεύει κύρια εἶναι ὅσα ἂν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ. Vorausgesetzt, die Ankündigung verkürzt nicht, kann damit die „variante semplice“ als gesichert gelten⁴¹.

An sich erscheint damit einer Lehre von den Willensmängeln der Weg als eröffnet⁴². Hypereides hat diesen Weg jedoch nicht beschritten, auf welchem er sich noch innerhalb des allgemeinen Homologiegesetzes bewegt hätte⁴³. Hypereides greift

verschiedene vorgebrachte Zweifel (Wallace 2014: 215 ff.; Avilés 2015: 51 ff.) zerstreud. – Römische Parallele: Sex. Pedius bei Ulp. 4 ad ed. D 2,14,1,3.

³⁷ Sie wird auch von Finley 1985: 298 hervorgehoben („The broad range of contexts in which the law is called upon is notable ...“).

³⁸ Zeugnissen der „variante semplice“; Gagliardi 2014: 178.

³⁹ Für die einfache Version auch Whitehead 2000: 305 f.; Phillips 2009: 89, 93 ff.; Gagarin 2018: 41, 44. A.A. Gagliardi 2014: 178 f., 187 f. (für die „variante ἐκόν“). Ohnehin ist der die Übereinkunft ausmachende Wille beider Beteiligten bereits im Begriff der Übereinkunft (Homologie, ὁμολογία) enthalten; s. o. 3. mit A. 15. – Zeugen, worauf Pringsheim 1950: 26 ff. Wert legt (vgl. Gagliardi 2014: 179 A. 16 [180], 181 A. 33), und auch MacDowell 1995: 140, waren nicht gefordert; Finley 1985: 298; Whitehead a.O.; Gagliardi 184, Gagarin 2018: 42. MacDowell a.O. will sogar die Anforderung der gerechten Gegenstände in den Gesetzestext miteinbeziehen. Ablehnend Whitehead 305 (Glosse des Hypereides).

⁴⁰ Gagarin 2018: 38 f.

⁴¹ Es ist das besondere Homologiegesetz, das den ἐκόν-Aspekt ins Spiel bringt; s. u. 4.b. – Anders Gagarin 2018: 41 f. (es seien die Prozessbeteiligten). Thür 2013: 8 f. will in ἐκόν die Bezugnahme auf einen außergerichtlichen Zusammenhang sehen; s. u. A. 55.

⁴² Gagliardi 2014. 177 f., 194 ff., 204 f. „La legge sulla ὁμολογία come legge sui vizi della volontà nei contratti consensuali“ (194), „... nei contratti reali“ (197); „la legge sulla ὁμολογία diede rilievo al fatto che in essi (sc. nei contratti consensuali) la volontà non doveva essere viziata né da dolo né da violenza“, „La ὁμολογία fu ritenuta esistente e anzi necessario (benché non sufficiente) anche nei contratti reali, nei quali pure asunsero di conseguenza rilievo i vizi della volontà“ (205). Gagliardi rechnet zu den ‚Willensmängeln‘ („vizi della volontà“) die Fälle von Arglist und Zwang, nicht dagegen den Fall des Irrtums (188). Nach Plat. leg. 920d (194 ff.) sollen erzwungene Homologien nicht gerichtlich durchsetzbar sein. Vgl. insofern die Überlegungen von Gagarin 2018: 42 f., 47. Zurückhaltend Pringsheim 1950: 498 (keine Arglistanfechtung im griechischen Recht). A.A. Phillips 2009: 89, 91 A.8, 92 („... seeks to void the contract on the grounds of fraud“).

⁴³ A.A. Gagliardi 2014: 197 f. „In questo caso la compravendita fu conclusa a seguito di un dolo perpetrato da una parte“ (197), „... della legge sulla ὁμολογία, sulla quale appare basata l'intera azione“ (198), „le cose oggetto della ὁμολογία sottostante alla vendita dell'profumeria secondo Epicrate non erano δίκαια proprio in considerazione del fatto che la ὁμολογία stessa era viziata da dolo“ (198). Ob angesichts der eigenen Nachlässigkeit des Epikrates (o. A. 35)

vielmehr aus und verweist auf das später ergangene besondere Homologiegesetz, welches Übereinkünfte untersagt, die auf nicht Gerechtes gerichtet sind, τὰ γε δίκαια ὃ βέλτισε· τὰ δὲ μὴ τουναντίον ἀπαγορεύει μὴ κύρια εἶναι („Nur auf Gerechtes gerichtete Übereinkünfte, mein Bester; nicht gerechte Inhalte hingegen verbietet es; sie sollen nicht gelten“)⁴⁴. Was darauf folgt (Hyp. 3 Athenogenes 14-17) und eine solche Lehre gelegentlich berührt, ist ein vom Mandanten Epikrates selbst zusammengetragenes Sammelsurium mehr oder weniger (un)passender Gesetze⁴⁵. Nachdem Athenogenes' Argument aus dem allgemeinen Homologiegesetz durch das Gegenargument des besonderen Homologiegesetzes zurückgewiesen ist, hätte sich dies alles eigentlich erübrigt. Es ist nicht etwa so, dass damit die Position des Klägers Epikrates gestärkt worden wäre⁴⁶. Ein Zuviel an Beweisen, wozu auch Gesetze gehören⁴⁷, aufzuhäufen, ist vielmehr geeignet, die eigene Position zu schwächen⁴⁸ und zudem Überdruß (taedium) zu verbreiten, was vom Redner an sich zu vermeiden ist⁴⁹. Doch hat Hypereides diese Mängel, im Interesse der Charakterzeichnung (Ethopoeie), worin er ohnehin Meister war⁵⁰, offenbar bewusst in Kauf genommen! Epikrates, der, nachdem ihm aufgegangen war, in welcher Lage er sich befand⁵¹, in wilder Hast Tag und Nacht ‚die Gesetze‘ studiert hatte, alles andere darüber

das Verhalten des Athenogenes (o. A. 35) überhaupt noch als Arglist bewertet werden kann, und nicht vielmehr als Geschäftstüchtigkeit (s. o. A. 24), mag dahinstehen. Hypereides stützt sich jedenfalls nicht darauf, vielmehr auf die aus mangelnder Einsicht resultierende Verfehlung der subjektiven Äquivalenz. Freilich unterlag Epikrates einem Irrtum. Doch bewegte sich dieser auf der dem Unternehmenskauf vorgelagerten Ebene der Motivation. Nach Plat. Kriton 52d-e (Gagliardi 198) können Übereinkünfte durch Zwang, Arglist, Zeitmangel belastet sein; sie können auch einem der Beteiligten (Sokrates) missfallen oder als ungerecht erscheinen. Doch hängt das eine mit dem anderen nicht notwendig zusammen. Die Annahme, die Klage des Epikrates stütze sich auf Arglist des Gegners, hat Tradition: Maschke 1926: 103 ff., 166 f; Simonetos 1968 (1943): 475 ff.

⁴⁴ Hyp. 3 Athenogenes 13. – Hypereides weise auf eine in Athen vorherrschende Auffassung hin, wonach nur gerechte Übereinkünfte durchsetzbar seien, meint hingegen Gagarin 2018: 44 f. Einen Bezug auf das in § 14 erwähnte Gesetz nimmt an Cantarella 1966: 91 f.

⁴⁵ Doch pflegt man insofern von einer eigenen Gesetzesrecherche des Hypereides auszugehen; s. nur Whitehead 2000: 271 oder Thür 2013: 7.

⁴⁶ So jedoch Phillips 2009: 106 ff., 117ff.; Gagliardi 2014: 198 A. 109, 202 ff.; Gagarin 2018: 45 f.

⁴⁷ Aristot. Rhet. 1, 15 1375a21-24; Scheibelreiter 2019: 38.

⁴⁸ Quint. 5,12,8; Ueding/Steinbrink 1994: 263, 278; Ueding 1995: 72 f.

⁴⁹ Lausberg 1990: 277 u. ö.; Ueding/Steinbrink 1994: 283 u. ö.

⁵⁰ Whitehead 2000: 270 f. Athenogenes wird von Hypereides in vielfältiger Hinsicht herabgesetzt, u. a. als Logograph (will Hypereides dem Eindruck entgegenwirken, Epikrates trage keine eigene Rede vor?), und Händler, schließlich, Höhepunkt der Klimax, als Ägypter, der er ist, Hyp. 3 Athenogenes 3 τὸ δὲ μέγιστον Αἰγύπτιον („schließlich auch noch Ägypter“), womit er Gedanken an schlechte Eigenschaften, die den Ägyptern zugeschrieben werden, hervorruft; Whitehead 2000: 269 f. („overtly racist climax“), 287 („to be a rascal and have bad habits“). Hyp. 3 Athenogenes 13 ἐξ αὐτῶν δὲ σοι τῶν νόμων ἐγὼ φανερώτερον ποιήσω („Ich aber werde dir dies aus den Gesetzen selbst klarer machen“). Indem Hypereides dem Epikrates diese die Lehren der Rhetorik völlig verkennenden dummstolzen Worte in den Mund legt, lässt er ihn, mit einem weiteren Charakterzug versehen, definitiv allein auf der Bühne zurück.

⁵¹ Hyp. 3 Athenogenes 9-11.

vernachlässigend⁵², mag ihn auch dazu gedrängt haben, die zweifelhaften Ergebnisse seiner Bemühungen in die Rede aufzunehmen.

Die Attribute ‚gerecht‘, ‚nicht (gerecht)‘ (δίκαια/μῆ) sind syntaktisch den Gegenständen der Homologie (ὅσα ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ) zugeordnet, nicht der Homologie selbst⁵³. Gerecht zu sein haben nicht die Übereinkünfte selbst, sondern die darin vorgesehenen Leistungen. Diese müssen den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs, in Form objektiver oder subjektiver Äquivalenz entsprechen⁵⁴. Durch das besondere Homologiegesetz wurden die Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs in Form objektiver oder subjektiver Äquivalenz in das geltende Recht rezipiert⁵⁵. Nun spricht Aristoteles Rhet. 1, 15 1375b8-11 zwar von ‚gesetzeswidrigen Übereinkünften‘ (συντίθεσθαι παρὰ τὸν νόμον) als Gegenständen des besonderen Homologiegesetzes⁵⁶. Doch zielt dies in erster Linie auf das besondere Homologiegesetz selbst, in zweiter Linie aber auf die durch dieses in das geltende Recht rezipierten Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs in Form objektiver oder subjektiver Äquivalenz. Aristoteles expliziert das

⁵² Hyp. 3 Athenogenes 13.

⁵³ Gagliardi 2014: 178 A.7 („Le cose giuste ... le cose che non sono ...“), 198 („le cose oggetto della ὁμολογία ... non erano δίκαια ...“). Dieselbe syntaktische Verknüpfung hat Plat. symp. 196c. Darüber ist freilich leicht hinwegzusehen. Vgl. etwa die Übersetzungen zu Hyp. 3 Athenogenes 13 von Colin 1968: 204 („les arrangements conformes à la justice“, „ceux qui ne le sont pas“); Carey 1997: 145 („just agreements“, „unjust agreements“); Whitehead 2000: 274 („fair agreements“, „unfair ones“); Cooper 2001: 93 („agreements that are just“, „unjust agreements“). Schwankend Gagarin 2018: 36, 42 f. (things/agreements). S. ferner die Vertreter der prozessualen Homologietheorie, s. u. A. 55.

⁵⁴ Eine andere Richtung muss einschlagen, wer die Homologie als Anerkenntnis prozessrelevanter Tatsachen versteht; s. im Folgenden A. 55. Thür 2013: 7 („only acknowledgements according to the law are κύρια“), oder Kästle 2012: 193 A.154 (gerechte Anerkenntnisse), oder Scheibelreiter 2019: 40 (nicht dem Recht gemäße Bestätigung). Inkonsequent Reiter 2016: 50 f. (gerechter Vertrag). Doch brechen diese Lösungen mit der Zuordnung der Attribute. Auch bestätigt die Bestätigung nichts anderes als was tatsächlich geschehen ist, die Schuldübernahme durch Epikrates. Als bloße Bestätigung könnte die Homologie auch den beiderseitigen Leistungen nicht das Attribut der Ungerechtigkeit vermitteln. Gagliardis Lösung (s. o. A. 43) lässt sich nicht, wie Scheibelreiter 2019: 40 mit A. 51 will, in den Zusammenhang eines prozessualen Anerkenntnisses übernehmen. Plat. Kriton 52d-e (Scheibelreiter 40 A. 51) ergibt keinen notwendigen Zusammenhang zwischen Zwang, Arglist, Zeitmangel und Missfallen und Eindruck von Ungerechtem; s. o. A. 43.

⁵⁵ A.A. (prosaischer) Gagliardi 2014. 177, 186 A.45, 188 ff., 205 (Verbot von Gesetzesverstößen). Nach wieder a. A. soll Gegenstand der Homologiegesetze ausschließlich gewesen sein, die Endgültigkeit von Anerkenntnissen prozessrelevanter Tatsachen, abgegeben in einem gerichtlichen Vorverfahren oder außerhalb eines solchen (ἐκόν), festzulegen; Thür 2013: 1 ff.; zustimmend Scheibelreiter 2019: 38 ff. S. schon Thür 1977: 152 ff.; zustimmend Jakab 2009: 73 ff. Doch ist von solchen Anerkenntnissen in Dem. 42 Phainippos 12 und Dem. 56 Dionysodoros 2 (Thür 1, 8 bzw. 154 ff.) nicht die Rede. In Dem. 42 Phainippos 12 wird das Homologiegesetz auf eine Terminabsprache bezogen, in Dem. 56 Dionysodoros 2 werden es mehrere Homologiegesetze auf eine Darlehensabrede. Auch Epikrates soll die Schuldübernahme anerkannt haben; Thür 2013: 5,7 („most probably“). Kritisch Gagarin 2018: 41 mit A. 23, 24 (51). S. des Weiteren schon Wolff 1957: 53 ff. (Zugestehen einer Tatsache); zustimmend Kästle 2012: 193 ff.; Reiter 2016: 49 f.

⁵⁶ Gagliardi 2014: 188 f.

erstere (ὁ νόμος), Hypereides das letztere (τά γε δίκαια etc.). Beide meinen dasselbe. Eine Andeutung der Anforderung eines gerechten Inhalts von Übereinkünften durch das besondere Homologiegesetz findet sich in Plat. Kriton 52d-e ... μηδὲ δίκαια ἐφαίνοντό σε αἱ ὁμολογίαι εἶναι („und dir die Übereinkünfte als nicht gerecht erschienen“)⁵⁷.

Auffallend ist der spöttische Beiklang des von Hypereides gegebenen Hinweises (τά γε δίκαια, ὧ βέλτιστε); man sieht Hypereides förmlich vor sich, wie er sich bei diesen Worten behaglich zurücklehnt. Dies wäre nicht recht verständlich, hätte es sich, wie häufig angenommen wird⁵⁸, um eine einschränkende Auslegung des Gesetzes gehandelt.

Platon fasst, mit der Rede von den ‚Gesetzen, Königen der Stadt‘ (πολέως βασιλῆς νόμοι)⁵⁹, gerade das besondere Homologiegesetz ins Auge, wenn er, Plat. Symp. 196c, die von der ausgleichenden Gerechtigkeit für einen gerechten Ausgleich geforderte Einsicht der an der Übereinkunft Beteiligten nur erst mit dem Zwischenergebnis des gerechten Ausgleichs verbindet, ἃ δ’ ἂν ἐκὼν ἐκόντι ὁμολογήσῃ φασὶν οἱ πολέως βασιλῆς νόμοι δίκαια εἶναι („worin ein Einsichtiger mit einem Einsichtigen übereingekommen ist, sagen die Gesetze, Könige der Stadt, sei gerecht“)⁶⁰.

Dass bereits das allgemeine Homologiegesetz die ἐκὼν-Klausel enthalten hätte⁶¹, wird auch dadurch ausgeschlossen. Aus einem weiteren Blickwinkel fassen Dem. 56 Dionysodoros 2 und Dem. 48 Olympiodoros 54 beide Homologiegesetze ins Auge, indem sie die von der ausgleichenden Gerechtigkeit für einen gerechten Ausgleich in Form subjektiver Äquivalenz geforderte Einsicht der an der Übereinkunft Beteiligten schon mit dem Endergebnis der Effizienz der Übereinkunft verbinden, Dem. 56 Dionysodoros 2 καὶ τοῖς νόμοις τοῖς ὑμετέροις, οἱ κελεύουσιν ὅσα ἂν τις ἐκὼν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι („und euren Gesetzen, die bestimmen, dass, worin ein Einsichtiger mit einem Einsichtigen übereingekommen ist, dies gelten solle“); Dem. 48 Olympiodoros 54 πῶς γὰρ οὐ μαίνεται ὅστις οἶεται δεῖν, ἃ μὲν ὁμολόγησεν καὶ

⁵⁷ Die Stelle wird von Gagliardi 2014: 188 ff. nicht als Beleg für das besondere Homologiegesetz herangezogen (bewusst, 188 A. 57). Sie soll vielmehr einen impliziten Hinweis auf das allgemeine Homologiegesetz enthalten; Gagliardi 183.

⁵⁸ Whitehead 2000: 306; Phillips 2009: 115; Kästle 2012: 202; Thür 2013: 2,7; Reiter 2016: 50; Scheibelreiter 2019: 38 ff.

⁵⁹ Die in der Tradition Pindars steht, frg.169 Snell Νόμος ὁ πάντων βασιλεύς θνατῶν τε καὶ ἀθανάτων; s. Triantaphyllopoulos 1985: 3 mit A.14 (51 ff.). Gagliardi 2014: 177, 188 sieht sich hingegen durch Plat. Symp. 196c in der Annahme zweier Homologiegesetze bestärkt.

⁶⁰ Die Worte Pindars (o. A. 59) sind von ungeheurem Nachklang gewesen. Platon lässt sie an anderer, berühmter Stelle (Erlar 2007: 140) die Figur des Kallikles zitieren: Plat. Gorgias 484b. Lysias, Orationes 2,19 spielt auf sie an und verknüpft, wie Plat. Symp. 196c, königliches Gesetz und Gerechtigkeit. Chrysipp eröffnet mit den Worten Pindars sein Werk über den Nomos: Chrysipp frg. 314 SVF III 77.32-39; der stoische Gesetzesbegriff nimmt den Begriff der Gerechtigkeit in sich auf; Pohlenz 2010: 132 f. Von dem römischen Juristen Marcian zitiert, gelangt Chrysipp und mit ihm Pindar in die Digesten Justinians: Marci. 1 inst. D 1,3,2; Pohlenz a.O.

⁶¹ Gagliardi 2014: 178 f., 187 f.; s. schon o. A. 39.

συνέθετο ἐκὼν πρὸς ἐκόντα καὶ ὄμοσεν, τούτων μὲν μὴδ' ὀτιοῦν ποιεῖν („ist denn nicht wahnsinnig, wer meint, überhaupt nicht tun zu müssen, worin er übereingekommen ist, und was er abgemacht hat, selbst einsichtig, mit einem Einsichtigen, und was er beschworen hat?“).

5. Die Auflösung der Verknüpfung

Die ethische Anforderung der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs, aufgrund des besonderen Homologiegesetzes zugleich Anforderung des geltenden Rechts, ist, was die subjektive Äquivalenz angeht, auf den Einsichtigen (φρονῶν, ἐκὼν) angewiesen. Das sieht Hypereides so, und das sieht Theophrast so⁶². Theophrast, *Nomoi* fr.21,5 Szegedy-Maszak⁶³ enthält so nicht nur einen impliziten Hinweis auf das allgemeine Homologiegesetz⁶⁴, sondern auch einen mehr oder weniger expliziten Hinweis auf das besondere Homologiegesetz und dessen Rezeption der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs in Form der subjektiven Äquivalenz, welche Einsicht voraussetzt, in das geltende Recht⁶⁵. An dieser Einsicht hat es Epikrates gefehlt, als er unbesehen zu dem Kaufpreis von 40 Minen noch zusätzlich die erheblichen Geschäftsschulden des Athenogenes übernahm⁶⁶. So war die Werteangleichung gestört, die Erreichung der subjektiven Äquivalenz unsicher. Die mit Athenogenes getroffene Übereinkunft genügte nicht den ethischen und gesetzlichen Anforderungen, die die ausgleichende Gerechtigkeit an einen gerechten Ausgleich in Form subjektiver Äquivalenz stellte.

Juristische exzellent pariert Hypereides das Argument des Athenogenes aus dem allgemeinen Homologiegesetz mit dem Gegenargument des besonderen

⁶² Die Nähe Theophrasts zu Hypereides in einem anderen Punkt dokumentiert Harpokration s. v. *κατὰ τὴν ἀγορὰν ἀψευδεῖν*, indem er Hypereides zu dem Gesetz zitiert, das Lügen auf der Agora verbietet (*Hyp.* 3 Athenogenes 14), und Theophrast zu den Agoranomen, die sich unter anderem um die Befolgung dieses Gesetzes zu kümmern haben (Theophrast, *Nomoi* fr. 20 Szegedy-Maszak 1981: 56 f.).

⁶³ S. o. A. 11.

⁶⁴ Gagliardi 2014: 201 („Benché la legge sulla ὁμολογία non venga espressamente citata, mi pare implicito il riferimento a essa“).

⁶⁵ Gagliardi 2014: 201 zufolge soll sich aus der Theophraststelle hingegen die Relevanz von ‚Willensmängeln‘ („vizi della volontà“) ergeben. Doch werden in ihr Zwang und Arglist (s. o. A. 42) gar nicht erwähnt. S. schon Regenbogen 1940: 1520.45-48. Was erwähnt wird, Trunkenheit, Leidenschaft, Eifer, Uneinsichtigkeit, reicht an einen ‚Willensmangel‘ nicht heran. Schon Hofmann 1870: 103 hält die Berücksichtigung der ὀργή und der φιλονεικία im Zivilrecht für unpassend und findet deren Erwähnung beim Kauf „etwas sonderbar“. - Das heutige Zivilrecht verhält sich demgegenüber zurückhaltend, indem es Korrekturen nach den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit und des gerechten Ausgleichs, in Form objektiver oder zumindest subjektiver Äquivalenz (o. A. 1) nur in engen Grenzen zulässt; Larenz 1987: 78 f. Wer weiß, ob heute ein Kläger wie jener Epikrates vor Gericht Erfolg hätte, etwa mit einer Klage auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss (sog. culpa in contrahendo).

⁶⁶ Leidenschaft (ὀργή, πάθος) schloss Einsicht aus, Theophrast fr. 21,5 Szegedy-Maszak ... μὴδὲ παρανοοῦντος (o. A. 11).

Homologiegesetzes. Rückschlüsse auf eine angebliche Insuffizienz der juristischen Argumentation des Hypereides⁶⁷ sind unangebracht.

Wie das athenische Gericht entschieden hat, ist nicht bekannt⁶⁸. Doch nicht nur die überragende rhetorische Kunst des Hypereides, sondern auch sein schlagfertiges juristisches Argument werden die Athener Richter nicht unbeeindruckt gelassen haben.

Literatur

Avilés 2015 = D. Avilés, *The Athenian Law(s) on Homologia*, *Mouseion Series III* 12 (2012) 51-72

Bengtson 1975 = H. Bengtson, *Die Staatsverträge des Altertums II Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700-338 v. Chr.*, 2. Aufl. München 1975

Bien 1992 = G. Bien, *Gerechtigkeit bei Aristoteles (V)*, in: O. Höffe (Hg.), *Aristoteles. Die Nikomachische Ethik*, Berlin 1992, 135-164

Burt 1954 = J. O. Burt, *Minor Attic Orators. Lycurgus, Dinarchus, Demades, Hypereides*. Cambridge Mass. London 1954

Cantarella 1966 = E. Cantarella, *In tema di invalidità del negozio giuridico nel diritto attico*, *Labeo* 12 (1966) 88-93

Carey 1997 = Chr. Carey, *Trials from Classical Athens*, London New York 1997

Colin 1968 = G. Colin, *Hypéride. Discours. Texte établi et publié par G. Colin*, Paris 1968, 181-217

Cooper 2001 = C. R. Cooper, *Hyperides*, in: *Dinarchus, Hyperides, and Lycurgus*, Translated by I. Worthington, C.R. Cooper & E. M.Harris, Austin Texas 2001, 59-151

Cujaz 1658 = *Iacobi Cuiacii Opera priorum, quae de iure fecit tomus tertius sive Observationum libri XXVIII*, Lutetiae Parisiorum 1658 (Nachdruck 1996)

Dareste 1870 = R. Dareste, *Le traité des lois de Théophraste*, *Revue de législation ancienne & moderne française et étrangère* 1870, 262-294

Degani 1997 = E. Degani, *Geschichte der griechischen Literatur 1 Griechische Literatur bis 300 v. Chr.*, in: *Einleitung in die griechische Philologie*, hg. von H.-G. Nesselrath, Stuttgart Leipzig 1997, 171-245

⁶⁷ Horváth 2007: 25 ff. (sie gebe Anlass für den Einsatz komödiantischer Elemente) oder Thür 2013: 7 (sie gebe Anlass für den Vortrag unbewiesener Tatsachen, die Verwendung weithergeholter Analogien, die Entstellung von Gesetzen, die persönliche Diskreditierung des Athenogenes); was Hyp. 3 Athenogenes 14-17 betrifft, s. schon o. 4.b.

⁶⁸ MacDowell 1995: 140; Whitehead 2000: 267 f.

Erlor 2007 = M. Erlor, Platon, in: Grundriss der Geschichte der Philosophie, begr. von Fr. Ueberweg (hg. von H. Holzhey), Die Philosophie der Antike (hg. von H. Flashar) 2/2 Basel 2007

Finley 1985 = M. J. Finley, Studies in Land and Credit in Ancient Athens 500-200 B.C. The Horos Inscriptions, Edition New Brunswick Oxford 1985

Flashar 2004 = H. Flashar, Aristoteles, in: Grundriss der Geschichte der Philosophie, begr. von Fr. Ueberweg (hg. von H. Holzhey), Die Philosophie der Antike (hg. von H. Flashar) 3, 2. Aufl. Basel 2004, 167-492

Fortenbaugh 1984 = W. W. Fortenbaugh, Quellen zur Ethik Theophrasts, Amsterdam 1984

Fortenbaugh/ Huby/ Sharples/ Gutas 1992 = Theophrastos of Eresos. Sources for his life, writings, thought and influence, ed. and transl. by W. W. Fortenbaugh, P. M. Huby, R. W. Sharples, D. Gutas I-II Leiden 1992

Frezza 1949 = P. Frezza, Ius Gentium, RIDA¹2 (1949) 262-276

Gagarin 2018 = M. Gagarin, Hyperides's against Athenogenes and the Athenian law of Agreements, in: P. Perlman (ed.) Greek Law in the 21st Century, Austin Texas 2018, 35-53

Gagliardi 2014 = L. Gagliardi, La legge sulla ὁμολογία e i vizi della volontà nei contratti in diritto ateniese, in: Symposion 2013 (hg. von M. Gagarin und A. Lanni) Wien 2014, 177-214

Gagliardi 2015 = Accordo e contratto in diritto attico, in: Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova II (a cura di G. Gitti, F. Delfini, D. Maffei), Milano 2015, 1511-1556

Harke 2005 = J.D. Harke, Vorenthaltung und Verpflichtung. Philosophische Ansichten der Austauschgerechtigkeit und ihr rechtshistorischer Hintergrund, Berlin 2005

Hermann/Thalheim 1895 = K. F. Hermann/ Th. Thalheim, Lehrbuch der Griechischen Rechtsaltertümer, Freiburg Leipzig 1895

Hofmann 1870 = F. Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts, Wien 1870

Horváth 2007 = L. Horváth, Hypereides' Rede gegen Athenogenes und die zeitgenössische Komödie, Wiener Studien 120 (2007) 25-34

Jakab 2009 = É Jakab, Risikomanagement beim Weinkauf. Periculum und Praxis im Imperium Romanum, München 2009

Kästle 2012 = D. J. Kästle, Νόμος μεγίστη βοήθεια: Zur Gesetzesinterpretation in der attischen Gerichtsrede, SZ 129 (2012) 161-205

- Kaufmann 1994 = A. Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: A. Kaufmann/ W. Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl. Heidelberg 1994, 30-178
- Larenz 1987 = K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I Allgemeiner Teil, München 1987
- Lausberg 1990 = H. Lausberg, Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft, 3 Aufl. Stuttgart 1990
- Lekarew 1996 = M. Lekarew, Art. Prohairesis, in: Metzler Philosophie Lexikon, Begriffe und Definitionen (hg. von P. Prechtel und F.P. Burkard) Stuttgart Weimar 1996, 418 f.
- Manthe 1996 = U. Manthe, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, SZ 113 (1996) 1-31
- Maschke 1926 = R. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Interpolationen in den griechischen Rechtsquellen, Berlin 1926
- Menge/Güthling 1910 = H. Menge/ O. Güthling, Griechisches Wörterbuch, Berlin-Schöneberg 1910
- Mirhady 1992 = D. C. Mirhady, The political thought of Theophrastus: A critical edition of the named texts with translation and commentary, New Brunswick 1992
- Nicolai 1998 = R. Nicolai (ed.), Polibio, Storie Libri I-III, Premessa, traduzioni e note di R. Palmisciano e C. Tartaglini, Roma 1998
- Nörr 2003 = D. Nörr, Fides Punica – Fides Romana. Bemerkungen zur *demosia pistis* im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des Fremden in der Antike, in: L Garofalo, Il ruolo della buona fede oggettiva nell' esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. II, Padova 2003, 458-541
- Phillips 2009 = D. D. Phillips, Hypereides 3 and the Athenian Law of Contract, TAPhA 139 (2009) 89-122
- Platschek 2018 = J. Platschek, Die Stipulationen in Plautus' *Pseudolus*, in: H.-G. Nesselrath, J. Platschek (Hgg.), Menschen und Recht. Fallstudien zu Rechtsfragen und ihrer Bedeutung in der griechischen und römischen Komödie, Tübingen 2018, 31-52
- Pohlenz 2010 = M. Pohlenz, Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung, 8. Aufl. Göttingen 2010
- Pringsheim 1950 = F. Pringsheim, The Greek Law of Sale, Weimar 1950

Regenbogen 1940 = O. Regenbogen, Art. Theophrastos 3) von Eresos, RE Suppl. VII Stuttgart 1940, Sp. 1354-1562

Reiter 2016 = Chr. Reiter, Paradigma des Rechts Athens: Die Rede des Hypereides gegen Athenogenes, Interpretatio Prudentium I 2016.2, 29-59

San Nicolò 1932 = M. San Nicolò, Parerga Babylonica, ArchOR 4 (1932) 34-40

Scheibelreiter 2019 = Ph. Scheibelreiter, Aristoteles vor dem Prätor: Von der Ethik der Einrede, in: Vienna Law Inauguration Lectures 4, Wien 2019, 31-84

Scheibelreiter 2020 = Ph. Scheibelreiter, Der „ungetreue“ Verwahrer. Eine Studie zur Haftungs begründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht, München 2020

Simonetos 1968 (1943) = G.S. Simonetos, Die Willensmängel in den Rechtsgeschäften nach altgriechischem Recht. In: E. Berneker (Hg.), Zur griechischen Rechtsgeschichte, Darmstadt 1968 (aus 1943)

Szegedy-Maszak 1981 = A. Szegedy-Maszak, The Nomoi of Theophrastus, New York 1981

Talamanca 2007 = M. Talamanca, Risposta a Alberto Maffi, Symposion 2007 (hg. von E. Harris und G. Thür) 223-228

Thür 1977 = G. Thür, Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens. Die Proklesis zur Basanos, Wien 1977

Thür 2003 = G. Thür, Recht im antiken Griechenland, in U. Manthe (Hg.) Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich, München 2003, 191-238

Thür 2013 = The Statute on Homologeîn in Hyperides' Speech against Athenogenes, Dike 16 (2013) 1-10

Triantaphyllopoulos 1985 = Joh. Triantaphyllopoulos, Das Rechtsdenken der Griechen, München 1985

Ueding 1995 = G. Ueding, Klassische Rhetorik, München 1995

Ueding/Steinbrink 1994 = G. Ueding/ B. Steinbrink, Grundriss der Rhetorik. Geschichte, Technik, Methode, 3. Aufl. Stuttgart Weimar 1994

Wallace 2014 = R. W. Wallace, Die Athens have consensual contracts? A Response to Lorenzo Gagliardi, in: Symposion 2013 (hg. von M. Gagarin und A. Lanni), Wien 2014, 215-221

Wehrli/ Wöhrle/ Zhmud 2004 = F. Wehrli/ G. Wöhrle/ L. Zhmud, Der Peripatos bis zum Beginn der römischen Kaiserzeit, in: Grundriss der Geschichte der Philosophie, begr. von Fr. Ueberweg, (hg. von H. Holzhey), Die Philosophie der Antike (hg. von H. Flashar) 3, 2. Aufl. Basel 2004, 493-666

Whitehead 2000 = D. Whitehead, Hypereides. The Forensic Speeches. Introduction, Translation and Commentary, Oxford 2000, 263-351

Wolff 1957 = H. J. Wolff, Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, SZ 74 (1957) 26-72

Wolff 1994 = H. J. Wolff, Art. Recht I. Griechisches Recht, Lexikon der Alten Welt, Augsburg 1994, Sp.2516--2530

Zanatta 1998 = M. Zanatta, Aristotele. Etica Nicomachea. Introduzione, traduzione e commento, I, II, Milano 1998

Zeller 2006 = E. Zeller, Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung II/2 Aristoteles und die alten Peripatetiker, 6. Aufl. Darmstadt 2006

Zimmermann 1992 = R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Kenwyn 1992, München 1993

Zimmermann 2013 = K. Zimmermann, Rom und Karthago, 23. Aufl. Darmstadt 2013

RICARDO QUINTAS*

O direito processual na Gortina do século V a.C.: o juiz e a prova

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias 2. A estrutura e nótulas caracterizadoras do processo gortínio 2.1. As formalidades pré-processuais e a cláusula *μὲ ἐνδικὸν ἦ(μ)ην* 2.2. As fases processuais 3. Poderes processuais dos juizes (*dikastai*) 3.1. Poder de gestão do processo 3.2. Poder de iniciativa probatória *ex officio iudicis* 3.3. *Δικάδδεν* como índice de falta de iniciativa probatória *ex officio iudicis* 3.4. O juiz face à cláusula normativa *ὀρκιότερον* 4. O conhecimento oficioso da lei aplicável pelo juiz: descontinuidades aparentes com o regime de prova? 5. A atendibilidade de factos no Grande Código gortínio 5.1. Os factos provenientes da ciência privada do juiz 5.2. Os factos notórios 5.3. Os factos conhecidos em virtude do exercício da função judicial 6. Responsabilidade do juiz gortínio 7. Conclusões 8. Extended Abstract

ABSTRACT: This study deals with the court's fact-finding powers and the judge's role for gathering evidence (*sua sponte*) in Gortyn in fifth century BCE. The Great Code of Gortyn (IC IV 72) distinguishes two ways a judge might decide: he may either 'give judgment' (*δικάδδεν*), or 'decide on oath' (*ὀμύνντα κρίνεν*). However, it never refers to the possibility of the court's interference regarding the collection of evidence. Some authors believe that in the latter case the judge may search for evidence to decide the case. Others exclude this categorically in both judicial manners of making

* Juiz de Direito do XXXIV Curso de Formação de Magistrados Judiciais do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa.

Estamos penhoradamente agradecidos ao Senhor Professor Doutor Delfim Leão (Universidade de Coimbra), pela revisão de uma versão inicial deste trabalho, recomendações e amizade, e ao Senhor Professor Doutor Alberto Maffi (Universidade de Milão), pela leitura de uma versão ulterior, sugestões e observações críticas, que nos possibilitou um aprofundamento dos temas do conhecimento *sua sponte* da lei aplicável e da produção de prova *ex officio* pelo juiz na Gortina do século V a.C. Agradecemos também ao Senhor Professor Doutor Stephen Wilson (Universidade de Coimbra) a revisão cuidada do resumo alargado. Toda e qualquer incorrecção remanescente é-nos completamente imputável.

À memória da Professora Doutora Luísa de Nazaré Ferreira, da Universidade de Coimbra, que nos legou a esperança de que os mitos e lendas podem ser a estrela polar na angústia da noite gelada do universo.

the decision. We tend to agree with the latter way of thinking, since *δικάδδεν* and *ὀμνόντα κρίνεν* are legal commands relating to the final phase of making a decision. The Gortynian judge would have to search the applicable law and would not rely solely on the statements of the parties concerning the substantive contents of law. With respect to the question of fact, the judge was a passive fact-finder, who ruled solely on the evidence presented by the parties. Therefore, the judge did not have an active role in relation to obtaining evidence and fact-finding. However, the judges' recourse to their personal knowledge cannot be completely rejected in Gortyn. The judge who has personal information on the disputed facts will not be impartial, and, consequently, should only be called as a witness, which perhaps was not the case in Gortyn.

In questo lavoro vengono analizzati i poteri del giudice in materia di accertamento dei fatti e di individuazione delle norme applicabili al caso nella Gortina del V secolo a.C. Nel codice di Gortina (IC IV 72) si distinguono due modalità di giudizio: in base alla norma contenuta in col. XI 26-31 il giudice decide o in base a prove legali (*δικάδδεν*) o dopo aver prestato giuramento (*ὀμνόντα κρίνεν*). Alcuni autori ritengono che in quest'ultimo caso il giudice potesse disporre l'assunzione d'ufficio di mezzi di prova per decidere la causa. Altri lo escludono categoricamente. Mi pare corretto quest'ultimo modo di pensare, dato che *δικάδδεν* e *ὀμνόντα κρίνεν* prescrivono modalità di giudizio relative alla fase finale del processo. Per quanto riguarda in particolare le norme che disciplinano il caso concreto, il *dikastas* gortinio deve stabilire la legge applicabile senza basarsi solo sulle allegazioni delle parti riguardo al contenuto sostanziale della legge. Per quanto riguarda la questione di fatto, il giudice aveva un ruolo passivo nell'accertamento dei fatti e poneva a fondamento della decisione esclusivamente le prove proposte dalle parti. Tuttavia, l'utilizzazione della conoscenza personale dei fatti da parte del *dikastas* gortinio non può essere completamente esclusa. In ogni caso il giudice che avesse conoscenza privata dei fatti controversi non sarebbe stato imparziale; di conseguenza, avrebbe dovuto essere chiamato solo come testimone, cosa che probabilmente non succedeva a Gortina.

1. Considerações introdutórias

Neste estudo, propomo-nos compreender, ainda que de forma perfunctória, a extensão dos poderes probatórios do juiz em Gortina no século V a.C., tendo como pano de fundo normativo o Grande Código de Gortina (IC IV 72) e toda a legislação gortínia anterior com especial relevância para o tema. A designação de Grande Código apresenta-se como conveniente e útil, na medida em que lhe atribui uma feição de estabilidade, de uniformidade, de organicidade e de disciplina. Não se ignora que um grande número de estudiosos prefira a nomenclatura de corpo legislativo descodificado, como se de leis especiais se tratassem, sem a rigidez que se associa a um código e sem o carácter orgânico que se referiu. De facto, a ideia de código pode ser entendida «*em termos puramente técnicos como uma forma específica e apreensão textual de um núcleo sistemático de princípios, de categorias e de conceitos jurídicos destinados não só a seleccionarem estruturalmente os conflitos de interesses juridicamente relevantes, como a organizarem, em termos da unidade do sistema, as respectivas decisões do ordenamento jurídico*»¹. De certa forma, um código através da sua organicidade e uniformidade, agregando em si um conjunto de previsões normativas, de determinada matéria jurídica, permitirá uma avaliação *in anticipo* dos riscos e das vantagens de uma determinada acção. Ao longo deste trabalho, referir-nos-emos àquela legislação (IC IV 72) como Grande Código, sem desconsiderar as críticas referidas, entendendo-se que existe um grau de completude extenso e de coerência bastante naquele conjunto de leis, ainda que se espraie por diversas e distintas matérias como direito da família, direito sucessório, consequências jurídicas do crime e, com especial relevância nesta sede, regras de decisão judicial².

Da nossa parte, entendemos que não existe nenhuma aporia ou impedimento na utilização da designação de código. Ainda que a regulação de muitas matérias não seja exaustiva ou esteja intimamente conexas com leis anteriormente promulgadas, o código

¹ MARQUES 2007, 420-421.

² A completude do Grande Código manifesta-se também pelo recurso à expressão inicial θιοί e o espaço por preencher na última coluna, assim WILLETTS 1955, 5 (n. 2). Para a discussão na doutrina sobre se se pode verdadeiramente apelar-se de código ou, ao invés, de um agregado de leis, vd. LEMOSSE 1957, 131, 136, BRAGA DA CRUZ 1961, 132, WILLETTS 1967, 34, GAGARIN 1982, 135; HÖLKESKAMP 1992, 56; CALERO SECALL 1997, 12; KRISTENSEN 2004, 136-138, 140, 164, AVILÉS 2010, 78; OSBORNE & RHODES 2017, 142; GUARDUCCI 2017, 138; DAVID 2014, 9, 47.

é suficientemente animado ou dotado de um mínimo de auto-suficiência substantiva. Não é pelo simples facto de pressupor legislação anterior que deixa de se poder caracterizar como código. Muitos códigos hodiernos utilizam as mesmas técnicas remissivas sem que lhes seja subtraída essa designação. Outros não tratam exaustivamente determinadas matérias, relegando-as para leis avulsas e especiais. É certo que tal, por vezes, se pode dever à inaptidão ou inépcia do legislador no momento de codificar. Ainda mais hoje em que se vive uma era de descodificação³.

Quanto à multiplicidade de matérias reguladas no Grande Código, o direito gortínio seguramente não repartiria dogmaticamente domínios de direito com a mesma preocupação que hoje existe, nem dividiria formalmente direito privado e direito público⁴. Naturalmente o legislador interiorizava os tipos sociais e, no momento da criação do direito positivo, isto é, no momento de legislar, atribuía-lhes um cunho jurídico. Desconhecemos se o saber jurídico (a ciência jurídica) na experiência jurídica gortínia se reduzia a uma cientificidade asséptica ou estéril, contudo, o legislador conhecia e mostrava-se versado numa série de tipos sociais (o divórcio, na Coluna II, a hipoteca, a fiança, o consórcio ou *joint venture*, na Coluna IX, a adopção, na Coluna X) que permitem desvelar um grau mínimo de ciência jurídica⁵. O legislador gortínio analisava sentidos sociais de determinados comportamentos e, à volta destes, construía os tipos legais e dotava-os de um regime próprio. Por outro lado, alguns institutos introduzidos pelo legislador gortínio permitem inferir que subjacente à lei existia um pensamento jurídico acutilante e pragmático. Por exemplo, no Grande Código (IC IV 72, Coluna X, 20-25⁶), o legislador consagrou um instituto com semelhanças à *restitutio*

³ A expressão de NATALINO IRTI na obra «L'età della decodificazione».

⁴ Sobre a dialética direito público e direito privado e as relações entretidas entre esferas/dimensões privadas e públicas no antigo Direito grego, vd. MAFFI 2018, 72-81. O Autor enuncia três aspectos do mundo jurídico grego onde se poderia desvelar uma relação de direito público (aflorando-se o exercício de *ius imperii*/soberania perante uma directa participação dos cidadãos da polis): i) a organização financeira da polis (os créditos e débitos da comunidade) e a responsabilidade colectiva; ii) expropriações por utilidade pública; iii) os acusadores públicos (*ho boulomenos*), que poderiam ser qualquer cidadão da polis.

⁵ WILLETTS (1955, 210) recorre à expressão «*crescimento de tecnicidade(s)* [jurídica(s)]» para se referir à complexificação do direito gortínio, sobretudo na dimensão processual.

⁶ Na tradução de WILLETTS (1967, 48): «[i]f anyone owing money or being the loser in a suit or while a suit is being tried should give anything away, the gifts shall be invalid, if the rest of the property should not be equal to the obligation».

in integram ob fraudem creditorum romana, por via do qual visou seguramente acautelar o desaparecimento de bens do património do devedor. E fê-lo com um nítido sentido de proporcionalidade, ao apenas considerar inválida/ineficaz a doação feita pelo devedor, caso o seu restante património não acautelasse a obrigação por ele assumida. A consagração de uma solução normativa desta natureza tem em si ínsito um saber jurídico-científico, exteriorizado pela *voluntas* política (da assembleia legislativa) através dos textos epigráficos, mas enformado por concepções jurídicas latentes ou implícitas e um léxico especializado. Pese embora o Grande Código trate distintas matérias, não é por esse facto que se lhe pode subtrair a feição codificada, porquanto na mundividência jurídica gortínia poderia ser coerente e dogmaticamente acertado agregar tais disciplinas diversas.

Também teremos em especial consideração o Segundo Código de Gortina (IC IV 41), consignando que tratá-lo-emos por Segundo Código pelas mesmíssimas razões anteriormente expostas para o Grande Código.

De seguida, questionamo-nos se, percorrendo as doze colunas do Grande Código de Gortina, bem como toda a legislação gortínia vigente no século V a.C., é possível retirar ilações relativamente à configuração do processo e da relação jurídica processual, e também se o juiz gortínio teria efectivos poderes de interferência no objecto do processo ou se, ao invés, assistiria fria e impassivelmente ao desenrolar do litígio.

Num plano puramente abstracto, o processo civil⁷ pode aproximar-se de uma de duas configurações extremas: ou as partes dominam totalmente a lide, podendo dispor por completo do processo, e em que o juiz fica reduzido a árbitro de um jogo que apenas

⁷ Temos plena consciência de que esta terminologia não pode ser transportada para a realidade de Gortina, nem sequer para o antigo direito grego. Uma transplantação do conceito de *processo civil* moderno para Gortina significaria muito provavelmente atender apenas aos processos em que houvesse um conflito de interesses privados, em que o objecto do processo não correspondesse a um crime (o que esvazia também um pouco o conceito de disputa privada, *dikê*, que poderia também versar sobre crimes, alguns passíveis de corresponder hodiernamente a crimes de natureza particular), deixando de fora os litígios aos quais estivesse subjacente um interesse moral e sagrado da *polis*. Desta feita, é mais seguro referir direito processual gortínio. Com interesse para o tema da distinção de direito civil e direito penal (em terminologia moderna) na Antiga Grécia, vd. SMITH 1924, 32, OSBORNE 1985, 40; GAGARIN 1986, 63; DURAN 2004, 284; PALAO HERRERO 2007, 73; WOLFF 2013, 102.

se desenrola entre os litigantes, ou o juiz se torna protagonista principal do desenvolvimento do processo, podendo dar-lhe início e até mesmo impedir que as partes lhe possam pôr fim através de consenso, bem como recolher provas por si mesmo e introduzir factos do seu conhecimento privado. O primeiro sistema será chamado dispositivo, precisamente por traduzir a possibilidade que as partes têm de dispor do processo, em termos de decidir sobre a instauração do mesmo, sobre o modo de conformar o objecto do processo e as partes da causa, o termo do processo (*Dispositionsmaxime*), mas também ainda que factos e provas deverão ser trazidos diante do juiz (*Verhandlungsmaxime* e *Beibringungsgrundsatz*⁸), formando estas prerrogativas o princípio do dispositivo em sentido amplo. O segundo modelo processual, designado inquisitorial, seria aquele em que o juiz, para além de introduzir officiosamente factos e provas, poderia dar início ao procedimento jurisdicional (em clara violação da regra «*não há juiz sem autor*»).

Da nossa parte, entendemos que o processo civil pode ser denominado inquisitório ou inquisitorial quando o juiz possa adquirir provas sem que sobre estas as partes possam pronunciar-se, por outras palavras, quando a aquisição de prova seja feita num ambiente processual ao qual é subtraído o contraditório das partes (*audiatur et altera pars*). O recurso à ciência privada pelo juiz revela-se assim um modo ilegítimo de introdução de factos e provas no processo, pois o juiz recorre a informações extrajudiciais prévias ao início do processo, subtraídas ao contraditório processual, e que perturbam o halo de imparcialidade característico de um julgador⁹. E, mesmo que posteriormente se submeta um facto da ciência privada do juiz ao contraditório das partes, está posta em causa a sua *terzietà*, isto é, a qualidade de se ser equidistante, *super partes*, estranho aos interesses das partes e indiferente ao desfecho da lide, afectando-se «*a neutralidade metodológica do juiz na reconstrução do facto*»¹⁰. Desta forma, alheamo-nos da doutrina tradicional de qualificar um sistema processual como

⁸ Distinguindo os dois princípios, vd. ZETTEL 1977, 30, que refere que o primeiro significa que o juiz apenas possa formar convicção sobre factos que tenham sido regularmente apresentados/introduzidos, enquanto o segundo se liga à responsabilidade das partes pela colecta da matéria litigiosa, ao nível dos factos e das provas.

⁹ A ausência da proibição do recurso à ciência privada implica que se esteja perante um processo inquisitorial, assim PROTO PISANI 2006, 411 e FABIANI 2008, 532.

¹⁰ UBERTIS 2018, 67.

inquisitorial pelo simples facto de o juiz poder produzir provas por sua iniciativa¹¹. A pedra de toque distintiva para qualificar um sistema processual (civil) como inquisitorial residirá sobretudo na possibilidade de um juiz poder recorrer ao seu saber privado e de poder utilizar prova subtraída ao contraditório das partes¹².

As questões que pretendemos colocar e abordar são, essencialmente, as seguintes: i) percorrendo o Grande Código de Gortina, é possível desvendar se o processo se aproxima de um sistema dispositivo ou, ao invés, de um sistema inquisitório? ii) tinham os juízes gortínios, no século V a.C., poderes de produção de prova por sua iniciativa? iii) Que factos (*quaestio facti*) poderiam ser atendidos por aqueles? Ao problematizar estas questões processuais no direito de Gortina, deter-nos-emos na legislação gortínia escrita até ao Grande Código (IC IV 72), e, sempre que sentirmos alguma vacuidade em relação ao direito gortínio, procuraremos discutir tal vazio à luz do restante direito cretense da mesma época¹³, e ainda, por vezes, do direito ático. Ainda que não se possa falar no antigo direito grego como um único ordenamento jurídico¹⁴, visto que «*a experiência política da Hélade fazia de cada pólis uma célula autónoma*» e que o direito variava em cada cidade-estado (*tot iura quot civitates*)¹⁵, haveria certamente partilha de um «*determinado sistema de valores*»¹⁶, entre os quais valores com reflexo processual. De facto, tal afirmação é asseverada pela prática de

¹¹ E ainda hodiernamente defendida, vd. MONTELEONE 2007b, 873, muito crítico do publicismo no processo civil.

¹² Seguindo de perto FABIANI 2008, 551-563.

¹³ Sobre conexões da legislação gortínia com outras legislações cretenses, como a de Axos ou a de Cnossos, vd. sobretudo JEFFERY 1949, 34-37, e sem esquecer que se pode entrever em Creta um paroxismo da prática da *monumentalização* da legislação, PERLMAN 2000, 73, com algumas excepções indicadas na nota 104 deste último estudo.

¹⁴ WOLFF 2013, 97; CANTARELLA 2015, 13-14. A questão de se poder falar de um só direito grego ou de vários direitos gregos não é impertinente nem vulgar, STOLFI 2006, 3. O autor afirma mesmo que, na experiência grega, não é fácil delimitar uma «*esfera autónoma e exclusiva do direito*», por não se «*distinguir dentro da vida da polis*» (2006, 14).

¹⁵ LEÃO 2012a, 102.

¹⁶ TALAMANCA 1979, 132-133; LEÃO 2004, 201. Ou um «*fundo cultural unitário*», BISCARDI 1982, 9. GAGARIN (2008, 8; 2017, 29-30) recusa uma unidade de direito material, preferindo referir-se a uma unidade do antigo direito grego de índole adjectiva ou procedimental, sedimentada, por exemplo, na generalizada falta de profissionalização dos *dikastai* ou na exposição pública da legislação.

empréstimos de juízes entre cidades-Estado, fosse em situações de aumento anormal de pendência processual ou em especiais circunstâncias que carecessem de uma arbitragem totalmente imparcial¹⁷. Apenas numa cultura jurídica comum, com comunhão de princípios jurídicos nucleares, seria possível a transição/permuta de juízes de uma cidade para outra, ainda que cada uma tivesse leis com as suas especificidades.

Começemos, por isso, pela caracterização do processo gortínio, tentando desvelar que indícios a legislação nos oferece sobre os princípios processuais vigentes.

2. A estrutura e nótulas caracterizadoras do processo gortínio

Quanto ao impulso inicial do processo, vigorava no *processo civil gortínio* a regra do *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor ou a máxima alemã *wo klein Kläger da kein Richter*). O autor (*ἄρκον τᾶς δίκας*) apresentava um conjunto de factos e uma pretensão jurídica diante do juiz e tudo indica que fosse de forma oral¹⁸. O juiz não poderia dar início a um processo que respeitasse a conflito alheio nem poderia promover uma acusação contra outrem, apreciando posteriormente essa pretensão e emitindo uma sentença, pelo que o início do processo era naturalmente dispositivo e não inquisitorial¹⁹. A figura do autor/acusador era distinta da do juiz. Para esta conclusão concorre a ideia de P. J. RHODES²⁰, embora para o direito ático, de que recorrer a um processo judicial era uma «*questão pessoalíssima*». Assim, em conflitos entre particulares não poderia a *polis* (por iniciativa do juiz, de qualquer outro magistrado, ou ainda de uma colectividade de cidadãos) decidir submeter ao *δικαστήριον* (tribunal ou dicastério) o litígio daqueles, pois isso era uma decisão eminentemente pessoal das partes desavindas, pelo que se pode afastar o carácter

¹⁷ WILLETTS 1955, 207.

¹⁸ O recurso à oralidade é o elemento determinante do processo gortínio, o que justifica que o juramento (declaração juramentada) fosse dos meios de provas mais utilizados, CALERO SECALL 1997, 129.

¹⁹ Vigorava um processo penal de natureza acusatória, exactamente por o juiz não ser a entidade que simultaneamente acusava e julgava, vd. MITCHELL & RHODES 1996, 24. Era precisamente esta a experiência jurídica grega, cabendo a acusação a um particular que tivesse aptidão para estar por si só no processo, que não poderia estar diminuído dos seus direitos (denominado *ho boulomenos*, «um qualquer») e, podendo naturalmente existir casos de acusadores públicos, mas sempre distintos da figura do julgador, vd. LEÃO 2012b, 1177-1178 e PALAO HERRERO 2007, 116.

²⁰ MITCHELL & RHODES 1996, 25.

inquisitorial, quanto ao impulso inicial do processo.

Por outro lado, do registo epigráfico gortínio que tivemos possibilidade de estudar, parece seguro afirmar que o legislador gortínio não consagrou acções nas quais a legitimidade activa fosse ampla, como por exemplo as *graphai* áticas (*γραφαί*), que versavam sobre delitos públicos²¹. Todas as acções tinham natureza particular²², o que vem acentuar a ideia de que o conflito era uma questão eminentemente particular e pessoal.

À pretensão apresentada pelo autor, seguir-se-ia a contestação apresentada pelo réu (*ἀνπιμῶλος*²³), e a esta fase inicial seguir-se-ia a fase de instrução, ou de produção da prova apresentada pelas partes, culminando com a prolação da sentença.

Todas as fases do processo mostravam-se dominadas pelo princípio da verdade formal (*Prinzip der formellen Wahrheit*). O processo gortínio configurava-se como uma técnica construída com vista à rápida resolução de litígios, asserção que se retira, em parte, do resultado automático associado a determinados meios de prova. O apuramento processual da verdade histórica dos factos não era uma prioridade para o legislador, predominando a procura da verdade relativa. E a decisão não estaria errada, ainda que assente em factos historicamente falsos, se estivesse de acordo com as regras processuais prescritas pela lei²⁴. Por esta razão, o processo gortínio do século V a.C., que se bastava com a declaração de uma verdade formal, era formalista. É discutível,

-
- ²¹ Sobre a distinção entre acusações públicas e acções particulares, as *graphai* e *dikai*, vd. GERNET 2001, 441-444, e com maiores desenvolvimentos, TODD 1993, 99-112, que distingue os dois tipos de procedimentos através de dois critérios: i) o da legitimidade para a sua propositura, nas primeiras era parte legítima apenas o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a norma, nas segundas poderia ser a vítima ou um terceiro (*ho boulomenos*); ii) o dos interesses em apreço e a sua dimensão, sendo os interesses comunitários superiores nas *graphai*, (vd. sobretudo TODD 1993, 109-111). Sobre a impossibilidade de reconduzir a dicotomia *dikai* v. *graphai* às acções civis e acções penais, criticando também a distinção *dikai idiai* e *dikai demósiai*, o tema é tratado de forma proficiente em PEPE 2019, 25-31.
- ²² Como refere TODD (1993, 99), embora para o direito ático, «*all ordinary procedures seem originally to have been private*», e parece ser este o caso de Gortina.
- ²³ Cfr. IC IV 72, VI, 26, IX, 19, e sobre a etimologia, MARTÍNEZ FERNANDÉZ 1997, 111-112. No Código de Gortina, surge como réu, contudo, pode também referir-se ao autor, visto que significa «adversário», vd. MAFFI 1997, 113; GAGARIN & PERLMAN 2016, 383.
- ²⁴ ZETTEL 1977, 41-42.

porém, que os litigantes apenas pudessem recorrer às acções típicas previstas na lei, como no rígido processo das *legis actiones*²⁵, pelo que, nesse sentido, não é seguro caracterizar o processo gortínio como estritamente formalista.

2.1. As formalidades pré-processuais e a cláusula *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην*

O legislador gortínio impunha também aos litigantes um conjunto de formalidades pré-processuais sem as quais a acção seria votada ao insucesso. A inobservância dessas formalidades não poderia ser, no nosso entender, suprida ou sanada mais à frente, com o desenrolar do processo, pelo que, neste estrito sentido, era um direito processual dotado de mecanismos inflexíveis de preclusões. Os litigantes teriam de praticar determinados actos, em certos momentos, sob pena de não poderem voltar a praticá-los, em relação aos quais o processo cerraria a porta de forma definitiva.

No Segundo Código de Gortina (IC IV 41, I, 1-17), surge precisamente um exemplo do que afirmámos relativamente às formalidades pré-processuais. Vejamos:

Coluna I

- «[----- ἐπὶ τῷ -]
 ι ἀδικ[η]θέντι ἤμην,
 αἶ] κα λῆι, τὸ F[ὸν] αὐτ-
 4 ὁ δόμην τὸ δὲ κήνο ἔ-
 κεν. αἶ κά Foi μὴ λῆι
 δέκσαθθαι, τὸ ἀπλό-
 <ο>ν τεισῆται. vac. αἶ δὲ
 8 κα μὴ ἐπιδίηται τὸ π-
 αροθὲν ἢ μὴ ἐπελεύ-
 σει τὸ τετνακὸς ἢ μὴ
 δείκσει αἶ ἔγρ(α)τται,
 12 μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην. vac. αἶ
 δέ κα σῶς καρταῖπο-
 ς παρόσει ἢ κατασκέ-

²⁵ Vigoraram, como forma processual única, até cerca 130 a.C., e caracterizavam-se por serem predominantemente orais. Os actos praticados no processo tinham de corresponder ao prescrito nas *leges*, «*nulla actio sine lege*», vd. CRUZ, 1984: 332; JUSTO 2000, 265; ALMEIDA 2018, 27-28.

νηι, τόν τε σὺν ἐπὶ τῷ
 16 πάσσαι ἤμην ὄ κ' ἦι τ-
 ὁ καρταῖπος καὶ τὸ...»²⁶

Columna II

«[-----]ε[...]
 ται, τὸ FίσFον κατασ-
 τασεῖ. vac. ἵππον δὲ κ' [ἦ]μ-
 4 ί[ο]νον κ' ὄνον τὸ μὲν
 νυνατὸν ἐπιδίεθαι
 αἶ ἔγρατται· αἶ δέ κα
 τετνάκηι ἦ μὴ νυν-
 8 ατὸν ἦι <η> ἐπιδίεθθαι,
 καλῆν ἀντὶ μαιτύρ-
 ον δυὸν ἐν ταῖς πέν-
 τε αἶ δείκσει ὀπῆ κ'
 12 ἦι, κ' ὀρκιότερον ἤμη-
 ν αὐτὸν καὶ τόνς μα-
 ίτυρανς αἶ ἐπεδίετ-
 ο ἦ ἐπήλευσε ἦ ἐκάλη
 16 δεικσίον. vac. κύνανς
 ἀπαμπαιόμενο[---]»²⁷

²⁶ Com a seguinte tradução de CALERO SECALL (2017, 13):

«*Quede al arbitrio de la persona perjudicada, si es su voluntad, dar el suyo (su animal) y tener aquel (del adversario). Y si no quiere aceptarlo, (el adversario) pagará el valor simple. Si no va en busca del animal lesionado o no presenta el cadáver o no lo muestra como está escrito, no haya lugar a proceso. Si un cerdo lesiona a una bestia o la mata, quede el cerdo en poder del dueño de la bestia y lo [...]*». Quanto a esta última frase [12-17] GAGARIN & PERLMAN (2016, 292) são mais específicos no tipo de animal ofendido: «*And if a pig wounds or kills an ox, the pig shall be in the hands of the owner of the ox, and the ---*».

²⁷ Tradução de CALERO SECALL (2017, 14): «*Deberá pagar un valor igual. También respecto a un caballo, mulo o asno, si está en condiciones de ir en su busca, procédase como está prescrito. Pero si está muerto o no está en condiciones de ir en su busca, hágase la citación (al adversario) en presencia de dos testigos en el plazo de cinco días, para mostrarlo allí dónde esté y que el juramento (del propietario) y el de los testigos tengan más valor; en caso de que*

O Segundo Código tem sido objecto de sistemático estudo na doutrina. O conjunto de normas previstas nas primeiras duas colunas prende-se essencialmente com a responsabilidade por danos provocados em animais e escravos e seu ressarcimento. Na norma acima apresentada, o legislador gortínio colocou um encargo/ónus ao proprietário de um animal, antes de iniciar um procedimento judicial, em três situações possíveis: (i) se o seu animal desaparecesse por acção de outrem²⁸; (ii) se o seu animal tivesse sofrido lesões/danos por acção de outrem; (iii) se o seu animal tivesse sido morto por acção de outrem. Caso o proprietário quisesse responsabilizar outrem numa destas hipóteses previstas, teria de observar determinadas formalidades. Podia dar-se o caso de o proprietário do animal associar o desaparecimento/lesão/morte do animal à actuação de um animal de outrem, e é esta a situação mais recorrente na doutrina.

Assim, na primeira hipótese (i), o proprietário teria de procurar o animal desaparecido (*ἐπιδίηται*)²⁹. Caso não encontrasse, teria de se dirigir ao réu (à pessoa a quem imputava o desaparecimento do animal), perante duas testemunhas (*μαίτυρανς*)³⁰, perguntando-lhe onde estaria o animal, o qual deveria ser mostrado num prazo de cinco dias. A resposta do réu seria decisiva. Caso o animal fosse restituído ao autor e estivesse ileso, não haveria processo (uma vez que não havia dano). Na hipótese de o réu indicar onde estaria o animal, e este fosse encontrado e aparentasse ter danos ou estivesse morto, haveria procedimento judicial, isto se os litigantes não chegassem a um acordo extrajudicial. Caso o réu nada dissesse, a actuação do autor valeria como citação e poderia seguir-se o processo judicial, nos seus trâmites normais: perante o juiz, o réu poderia

hubiera ido a buscarlo o presentado o hubiera citado (al adversario) para mostrarlo. (Un animal) golpeando a unos perros ...».

²⁸ Hipótese claramente avançada por HEADLAM 1892, 53, mas que não se entrevê em WILLETTS (1955: 218) ou CALERO SECALL (2010, 48-49, e 2017, 14)

²⁹ Ir em busca com intuito de trazer o animal, CALERO SECALL 2010, 48; GAGARIN & PERLMAN 2016, 293, referindo que tal verbo é usado quando o animal consegue deslocar-se por si.

³⁰ Neste caso, parece que poderiam ser convocadas especialmente para o acto (testemunhas formais) ou simplesmente presenciar tal acontecimento de forma acidental (testemunhas acidentais), vd. HEADLAM (1892, 51 e 59), que entendia que apenas existia a primeira modalidade de testemunho, e GAGARIN 1984, 345-346 e 349; CALERO SECALL 1997, 126-128; Gagarin 2010, 140-142; GAGARIN & PERLMAN 2016, 300, admitindo os dois tipos de testemunhas, posição à qual aderimos sem reservas, isto é, para o acerto da matéria de facto litigiosa, poderiam contribuir tanto as testemunhas acidentais como formais.

defender-se, alegando que o animal que provocou o dano não era seu, e se não contestasse, o autor venceria³¹.

Contudo, caso o autor, por si só, encontrasse o animal perdido, e este estivesse ferido ou morto, teria de se dirigir ao réu, levando consigo o animal ou o cadáver deste, e, perante duas testemunhas, pediria ao réu um determinado valor pecuniário (correspondem às hipóteses típicas referidas em (ii) e (iii)). Na hipótese de o animal ter sido lesado ou morto por um animal do réu, o autor poderia, em vez do valor pecuniário, pedir que o réu lhe entregasse o animal que causou o dano (abandono noxal³²). Podia também dar-se o caso de não ser possível para o autor levar o animal ferido ou o cadáver ao encontro do réu pelo que caberia ao autor interpelar o réu, perante duas testemunhas, para se deslocar ao lugar onde se encontrava o animal ferido ou morto, no prazo de cinco dias [Coluna II]. E, aí encontrados, muito provavelmente o autor pediria o valor pecuniário correspondente ao dano ou, ao invés, a entrega do animal lesante do réu (abandono noxal). Caso o réu correspondesse, não haveria processo judicial. Caso rejeitasse, aquela actuação do autor serviria como citação para o processo.

Como se pode concluir, o legislador impunha ao proprietário do animal desaparecido/ferido/morto a adopção de determinados comportamentos antes de recorrer à tutela jurisdicional do *dikastas*. Não estamos certos quanto às consequências dadas pelo legislador gortínio à falta de observação dos trâmites referidos. Esta inobservância impediria a apreciação do mérito da acção pelo juiz ou simplesmente significaria que a acção improcederia? A resposta a esta pergunta implica necessariamente uma detida reflexão na expressão *μὲ ἔνδικον ἦ(μ)ην*. A expressão *ἔνδικος* significa sujeição a processo ou direito a processo³³. É seguro afirmar que, para o autor sair vencedor da acção, a lei exigia a verificação das referidas condições objectivas pré-processuais, recaindo sobre o proprietário do animal desaparecido/ferido/morto o ónus de comprovar a realização de todas aquelas formalidades pré-judiciais, o que conseguiria através do juramento das duas testemunhas que acompanharam o autor/proprietário bem como do juramento do

³¹ Desde que o autor tivesse praticado os actos procedimentais e tivesse depoimentos de testemunhas idóneas a comprovar essas formalidades, automaticamente venceria, havendo, de certa forma, um efeito imediato da revelia, antecedido por uma exigente prática de actos com uma comprovação probatória mínima, vd. HEADLAM 1892, 53 e SMITH 1924, 35.

³² Extensamente analisado em CALERO SECALL (2014, 33-36).

³³ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 1997, 114.

próprio autor (inclusivamente o legislador atribuía prevalência ao juramento daqueles através da cláusula *ὀρκιότερον*, que será mais aprofundada *infra*)³⁴. Assim, o proprietário do animal desaparecido/ferido/morto e as duas testemunhas teriam de prestar juramento sobre a verificação das seguintes formalidades: i) a procura pelo autor do animal desaparecido; ii) caso o animal estivesse ferido ou morto, a interpelação feita pelo autor ao réu para este pagar um determinado valor pecuniário, após ter mostrado ao réu o animal ferido ou o cadáver, respectivamente; iii) em alternativa à hipótese anterior, caso não fosse possível deslocar o animal ferido ou o cadáver, a interpelação feita pelo autor ao réu para, num prazo de cinco dias, se deslocar ao lugar onde estava o animal ferido ou o cadáver.

Sem a demonstração cabal destas condições de procedibilidade, refere CALERO SECALL que «*decaen sus [do proprietário do animal perdido/ferido/morto] derechos de reclamación y no habría juicio*»³⁵. Se bem entendemos as palavras da Autora, a falta de verificação daquelas condições/formalidades objectivas de procedibilidade fariam o proprietário do animal perder o direito (substantivo/material concedido por lei) de se ver ressarcido pela danificação/perda do animal de que era proprietário às custas do património do réu lesante.

Noutro plano, parece surgir HEADLAM, que entende que aquelas formalidades pré-processuais são «*actos preliminares necesarios para legitimar o processo*»³⁶. Ou seja, não se encontra afastada a possibilidade de a consequência da ausência daquelas formalidades obstar a que aquele processo continuasse e impedindo, consequentemente, o juiz de proferir uma sentença sobre o mérito da causa. Nesta última hipótese, esta decisão formal do juiz, não acedendo ao mérito da acção, não impediria que o autor

³⁴ WILLETTS 1955, 218.

³⁵ 2017, 21. Em obras anterior, sobre as consequências da falta de prova destes requisitos objectivos de procedibilidade, a Autora referia que sem a exibição do animal, o juiz não poderia conceder a acção ao autor. Acrescentava também que a falta dos pressupostos exigidos apenas teria reflexo na “aceitação da acção” (2014, 36). Ainda noutra obra, a Autora referia-se apenas à imposição do legislador à parte prejudicada (proprietária do animal ferido/morto) de mostrar o animal de uma forma ou de outra «*para poder pedir responsabilidades e interponer una demanda. Si no lo hace, entonces no hay derecho a litigio*» (2010, 48). Apesar das diferentes formulações, porventura CALERO SECALL quereria significar somente que acção improcederia. Isto é, a preterição de formalidades pré-judiciais reputadas como essenciais pelo legislador obstará a que o autor vencesse o litígio.

³⁶ (1892: 54).

intentasse uma nova acção com o mesmo objecto, desta feita perfazendo as formalidades que antes não houvera feita ou não lograra ter provado através do juramento de duas testemunhas. Assim, os direitos materiais/substantivos do autor (*o da propriedade sobre o animal desaparecido/morto/ferido, bem como o direito de ser indemnizado pela verificação de danos em coisa sua, ou ainda, alternativamente, o direito de fazer seu o animal que era propriedade do réu e que houvera lesado o animal do autor; caso fosse esta a hipótese concreta*) saíam incólumes, podendo o autor fazê-los valer posteriormente. Em termos juridicamente hodiernos, a falta daquelas formalidades pré-judiciais vistas como essenciais pelo legislador poderiam, assim, importar a verificação de uma excepção dilatória (*eccezione processuale*), que obstaria a que o tribunal conhecesse do mérito da causa e daria lugar à absolvição da instância do réu, sem que o juiz pudesse apreciar o pedido feito pelo autor.

A valoração jurídico-processual atribuída pelos gortínios à cláusula *μὲ ἔνδικον ἦ(μ)ην* poderá ser um dos nós górdios para compreender se aqueles distinguiam as excepções dilatórias e excepções de direito material, embora, por ora, não se possa pôr de lado que aquela expressão pode também significar a anglo-saxónica «*non-justiciability*» ou a mera «*manifesta improcedência da questão submetida a juízo*».

Alguns Autores, como WILLETTS, MAFFI, GAGARIN & PERLMAN, debruçaram-se de forma sustida sobre as expressões *endikon emen* e *me endikon emen* no Grande Código (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4). WILLETTS parece tratar as referidas expressões num plano substantivo ou material. Efectivamente, o Autor parece relacionar a expressão *me endikon emen* com os conceitos de inconcludência jurídica ou manifesta improcedência da acção (IC IV 72, V, 8-9 VI, 24-25, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4): o proponente da acção judicial veria a sua pretensão ser indeferida de imediato por manifesta falta de fundamento legal. Assim, o Autor traduz a aduzida expressão indistintamente por «*there shall be no ground for action against*» (em IC IV 72, V, 8-9, VI, 24-25) ou ainda por «*there shall be no liability*» (em IC IV 72, IX 17, XI, 22-23, XII, 4)³⁷.

MAFFI, por seu turno, traduz *me endikon emen* pelas expressões «*non vi sia possibilità di agire in giudizio*» ou «*non sia passibile di azione giudiziaria*»³⁸, o que

³⁷ WILLETTS 1967, 39-50.

³⁸ 1997, 52, 108, 160, 163, 169, 172 e 173.

parece apelar, em termos abstractos, ao conceito de «*non-justiciability*»³⁹, ou, em alternativa, à ideia de que vigorava em Gortina um sistema de acções típicas (*Aktionensystem*). Por via desta última concepção, o direito subjectivo só existiria e só encontraria tutela do ordenamento jurídico na estrita medida em que estivesse prevista na legislação uma acção destinada a garanti-lo⁴⁰. Assim, o direito subjectivo e o direito de acção seriam um pedaço uníssono: só existiria direito subjectivo na estrita medida da previsão legal da acção típica que visasse tutelá-lo e o direito de acção seria uma parte integrante daquele direito subjectivo, permitindo ao seu titular perseguir em juízo aquilo que lhe era devido. A acção judicial seria o próprio direito.

Numa leitura mais detida, o Autor parece entrever esta última mundividência (*concepção privatística do direito de acção*) através da expressão *me endikon emen*: «*altro elemento comune a col. VI 12-31 e a col. IX 7-24 è che in entrambi i casi è esclusa la possibilità di perseguire in giudizio atti che siano stati posti in essere prima dell'entrata in vigore del Codice*»⁴¹. Embora esta asserção se relacione com duas normas que impedem a retroactividade de determinadas consequências jurídicas a casos anteriores à entrada em vigor do Grande Código, o insigne Professor refere-se à impossibilidade de tutela judicial desses mesmos casos e, faltando essa tutela judicial, não haveria também o direito subjectivo, pelo que a decisão do Tribunal passaria, em termos materiais, por negar a pretensão do autor.

Parece-nos, deste modo, que também MAFFI adere a expressão *me endikon emen* à falta de direito subjectivo, o que importaria a improcedência da acção. Isto é, os factos trazidos pelo autor a juízo seriam inábeis a deles se poder extrair o efeito jurídico por ele pretendido, uma vez que a lei não previa a sua tutela.

Os últimos Autores aludidos, GAGARIN & PERLMAN, relativamente à cláusula *me endikon emen* alternam a sua tradução entre «*there is (is not) to be legal action*» e «*it is not a matter for trial*», ligando-a ineliminavelmente às hipóteses normativas em que o legislador não pretendeu que as mesmas se retroagissem a casos anteriores à promulgação lei, e, por esta razão, não os pretendeu tutelar com a lei nova⁴².

³⁹ Sendo a *justiciabilidade* a «*característica do que pode ser objeto de apreciação judicial*» (CUNHA 2003, 147), pelo que as questões submetidas a juízo não teriam a idoneidade de ser resolvidas pela via judicial, não podendo o tribunal decidi-la.

⁴⁰ ENDEMANN 1925, 81.

⁴¹ 1997, 108.

⁴² 2016, 294, 372, 400, 415, 426.

Parece-nos, também, que os Autores aderem a expressão *me endikon emen* a um sentido inequivocamente material. Perante uma causa de pedir alegada pelo autor em que, embora preenchedora da previsão normativa, fosse anterior à promulgação dessa lei e esta dispusesse ser irretroactiva, o julgador apenas poderia concluir pela improcedência da acção e pela denegação do efeito jurídico pretendido.

Acompanhando a doutrina maioritária, também tendemos para vislumbrar na cláusula *me endikon emen* um comando dirigido ao juiz no sentido de fazer improceder a acção, ao nível do mérito, impossibilitando a repropositura de nova acção com o mesmo objecto.

Em todos estes casos a que aludimos no Grande Código (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4), o legislador gortínio demonstrou uma preocupação pela irretroactividade da lei, excluindo a aplicação das consequências jurídicas de determinadas hipóteses normativas a casos anteriores à entrada em vigor da lei⁴³. Assim, o agente que com a sua conduta preenchesse a hipótese da norma apenas poderia ser responsabilizado caso a sua actuação, preenchedora da previsão legal, fosse posterior à entrada em vigor da nova lei. A lei era apenas válida para os casos futuros, pelo menos nestas previsões (IC IV 72, V, 8-9 VI, 24-25, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4). Caso alguém recorresse a Tribunal com vista a responsabilizar um agente que com a sua conduta preenchesse qualquer uma destas normas, pese embora a sua conduta fosse anterior à entrada em vigor da lei, a sentença a proferir apenas poderia ser no sentido de fazer improceder a acção.

Vejamos dois exemplos que poderão confirmar esta asserção:

I - A senhora A herdou um cavalo de seu pai. B, marido de A, vendeu a C aquele cavalo antes da entrada em vigor do Grande Código (IC IV 72). A, descontente com a situação, procurava reaver o cavalo e decidiu intentar uma acção judicial com vista a recuperá-lo. Assim, a senhora A peticionou ao juiz que C lhe devolvesse o cavalo.

II - O senhor A adoptou B, não tendo A quaisquer filhos legítimos, mas somente um irmão, C. Entretanto, e de forma súbita, A faleceu, tendo deixado um rebanho de ovelhas a B. B recusa-se a cumprir a promessa que A tinha feito nesse ano, antes de

⁴³ GAGARIN & PERLMAN (2016, 355) concluem que a utilização da expressão negativa *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* se liga intimamente a factos anteriores à promulgação do Código: «it indicates the non-retroactivity of a provision».

falecer, à deusa Artemisa, que consistia no sacrifício de duas ovelhas, com vista a que a caça naquele ano fosse proveitosa. A morte de A ocorreu antes da entrada em vigor do Grande Código. C, descontente com a actuação de B, pretendia ficar com o rebanho de ovelhas de B e honrar a promessa feita por A.

Em ambos os casos, atendendo aos preceitos legais vertidos em IC IV 72, VI, 9-25, para o primeiro caso, e IC IV 72, X, 39-48, XI, 19-23, para o segundo caso, o juiz teria de concluir pela manifesta improcedência das pretensões jurídicas, porquanto as causas de pedir, embora preenchessem as aludidas previsões normativas, se reportavam a factos anteriores ao Grande Código e em relação às quais o mesmo se considerava inaplicável, o que apenas poderia acarretar a improcedência dos pedidos.

Contudo, e regressando à expressão *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* prevista em IC IV 41, I, 12, como acima vimos, a mesma não se prende com a irretroactividade da lei (o legislador não comina apenas os casos anteriores à lei em apreço com a improcedência), mas certamente o legislador gortínio procurou com essa expressão determinar a mesma consequência jurídica que, mais tarde, foi encontrada no Grande Código para os casos de irretroactividade da lei (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4). E essa consequência seria, a nosso ver, também a improcedência da acção. Isto valeria, porventura, para todas as situações em que o requerente da acção judicial visasse uma determinada pretensão jurídica (*petitum*), invocando para tanto factos concretos (*causa petendi*) dos quais não poderia retirar o efeito jurídico pretendido (uma vez que a lei gortínia não acolhia a tese apresentada e os factos não preenchiam nenhuma norma).

Outro problema prende-se com o conhecimento pelo juiz de que o autor não tivera realizado as formalidades pré-processuais referidas em IC IV 41, Coluna I, 7-12. Se o autor não apresentasse as duas testemunhas formais para atestar a verificação daquelas formalidades a que acima aludimos⁴⁴, parece-nos que o juiz poderia conhecer officiosamente tal falha, ainda que o réu não suscitasse tal questão. Assim entendemos

⁴⁴ «I) a procura pelo autor do animal desaparecido; II) caso o animal estivesse ferido ou morto, a interpelação feita pelo autor ao réu para este pagar um determinado valor pecuniário, após ter mostrado ao réu o animal ferido ou o cadáver, respectivamente; III) em alternativa à hipótese anterior, caso não fosse possível deslocar o animal ferido ou o cadáver, a interpelação feita pelo autor ao réu para, num prazo de cinco dias, se deslocar ao lugar onde estava o animal ferido ou o cadáver».

porque consideramos que vigorava o princípio *iura novit curia* em Gortina, que trataremos *infra*, e, por isso, o autor só obteria vencimento da acção se fizesse prova de todos os pressupostos para mobilizar a hipótese normativa de direito substantivo (e que, no caso, passaria por provar a prática daqueles actos a que aludimos). Naturalmente, o réu também poderia excepcionar, alegando que aquelas formalidades não tinham sido observadas.

Na Coluna III, 3-4, de IC IV 41, surge novamente a expressão $\mu[\eta] \epsilon\acute{\nu}\delta\iota\kappa\omicron\nu\eta\mu\eta\nu$:

«-----»

[--- αὶ μὲν κ' ἀμπό]-

τεροι ἔπον[ται] οἱ ἀλ-

οῖοι $\mu[\eta]$ ἔνδικον ἤμ-

4 ην, αὶ δέ κα $\mu[\eta]$ ἀμπότ-

εροι ὁ[.....] ενος τὰ-

ν ἀπλόον τι[μὰ]ν κατα-

στασ[εῖ.] vac. [...]

A compreensão do início deste registo epigráfico está dificultada pela omissão das primeiras linhas. CALERO SECALL debruça-se sobre a mesma e entende que se aplica a casos de danos sobre animais emparelhados/que trabalham em grupo, possivelmente animais vocacionados para trabalhos agrícolas⁴⁶. Provavelmente, e refere a mesma Autora que tal norma poderia ter aplicabilidade em casos em que esses animais houvessem sido cedidos temporariamente pelo seu proprietário a outrem e, no momento da sua devolução, apenas pudesse devolver um deles, por exemplo, porque o outro animal houvera falecido. A lei dava possibilidade ao restituidor de entregar um outro animal na vez daquele e, caso fizesse uma boa parelha com o outro («*marchar al mismo paso*»), não poderia o proprietário iniciar procedimento judicial. A Autora sintetiza assim o comentário a esta norma: «[e]l propietario del animal que ha dañado a uno de ellos tiene la responsabilidad de entregar el suyo o pagar una indemnización.

⁴⁵ A tradução de CALERO SECALL (2017, 14) é a seguinte: «*Si estos dos (animales) de clase diferente pueden marchar al mismo paso, no haya lugar a proceso; pero si los dos no pueden ir, (el que los haya desparejado) pagará su valor simple.*»

⁴⁶ 2017, 22-23. O pensamento vertido em GAGARIN & PERLMAN (2016, 296) é muito distinto, pondo os Autores a hipótese de cães pertencentes a donos distintos atacarem-se mutuamente, sofrendo um deles lesões, não podendo o proprietário do cão com lesões pretender indemnização do outro se se provar que os cães se atacaram em simultâneo.

Pero puede darse el caso de que este animal que entrega sea de clase diferente al que va emparejado. Si estos dos perteneciendo a clases diferentes pueden marchar en pareja llevando el mismo paso, cumpliría con su responsabilidad y no habría lugar a ninguna demanda. Mientras que, si el animal entregado no puede formar una buena pareja, entonces el dueño del animal causante del daño ha de pagar una indemnización por el valor del animal lesionado»⁴⁷.

Aqui a expressão $\mu[\eta]$ ἔνδικον ἤμην (não existirá processo/juízo) tem, no nosso entender, uma consequência similar à que referimos anteriormente para o da Coluna I, 12. Contudo, se afirmámos que, no caso da Coluna I, a preterição das formalidades essenciais aí referidas seria de conhecimento *ex officio iudicis*, na presente norma, a excepção de que o réu (pessoa que apenas tinha devolvido um dos animais objecto de um contrato) teria entregado um outro animal, para substituir o animal impossível de restituir, e que fazia boa parilha com aquele que foi entregue, configurar-se-ia como uma excepção de direito material que teria de ser invocada pela parte interessada (*eccezione di merito non rilevabile d'ufficio*)⁴⁸. Tal excepção teria de ser apresentada pelo réu, para obstar a que o autor fizesse valer a sua pretensão indemnizatória, relativamente à perda do animal que não lhe houvera sido entregue. Em termos simplistas, o autor apenas referiria que não lhe houvera sido entregue um dos animais objecto de um contrato de cedência temporária, o réu excepcionalmente, alegando que entregara um animal em substituição do animal que não foi entregue, e que emparelhava em sintonia. Ou seja, tais factos alegados pelo réu constituiriam uma objecção, ou melhor, contrariariam e implicariam contradição daqueles alegados pelo autor, «*per inficiarne la verità o attendibilità*» dos factos deduzidos pelo autor⁴⁹. Este seria seguramente um direito do réu, o de exceptuar, o de poder processualmente «*exigir, uma vez preenchidos certos requisitos adjectivos, a pronúncia judicial sobre contrafactos susceptíveis de afectar o efeito pretendido pelo autor*»⁵⁰ e o *dikastas* estaria obrigado a pronunciar-se sobre a excepção invocada pelo réu. Esta excepção

⁴⁷ CALERO SECALL 2017, 23.

⁴⁸ Uma excepção de direito substantivo mediante a alegação de factos novos (entrega de um animal em substituição e que este fizesse boa parilha com um dos que já pertencia ao autor) e que serviam de causa extintiva do direito do autor, porque segundo o direito substantivo aplicável infirmam os seus efeitos (Coluna III, 1-7).

⁴⁹ BARTOLINI 2015, 19.

⁵⁰ MESQUITA 2012, 49.

seria de direito material porque, uma vez demonstrado que o réu teria entregue ao autor um animal em substituição e que emparelhava bem com o outro, o juiz acederia ao mérito da causa e proferiria sentença mediante a qual indicaria que o autor não tinha qualquer direito a uma indemnização por não lhe ter sido devolvido um dos animais cedidos, visto que os factos alegados e provados pelo réu importariam a extinção do efeito jurídico pretendido pelo autor. Ou seja, é uma excepção de direito material porque levaria o juiz a absolver o réu daquele pedido, dizendo expressamente que o autor não tinha qualquer direito à indemnização. À semelhança do que parecia acontecer no direito ático, perante aquela excepção que visava paralisar o direito do autor, o tribunal ou a acolhia ou fazia proceder a acção (a alternativa entre escolher «*l'enklema del attore e la paragrafe del covenuto*») ⁵¹.

Entendemos, por isso, que a expressão *μ[η] ἔνδικον ἤμην*, associada à perda de um direito material que alguém queria fazer valer num processo, poderia por vezes ser conhecida oficiosamente pelo juiz, sem que fosse obrigatoriamente suscitada pelas partes.

Por outro lado, em abstracto, poderiam surgir excepções dilatórias (*eccezioni processuali o di rito*) que impediriam o juiz de apreciar a pretensão do autor e conhecer do mérito da causa, dando lugar à absolvição da instância do réu, e que não obstarium à repositura da acção ⁵². Um exemplo que nos parece elucidativo é o de o autor propor uma acção contra o réu, peticionando o reconhecimento do direito de propriedade sobre um determinado escravo do qual o réu se arrogava proprietário, apresentando tal pretensão perante o *ὄργανοδικασταν* (IC IV 72, XII, 7). Em princípio, tal competência não caberia ao *ὄργανοδικασταν* (juiz dos órfãos), pelo que este seria incompetente em razão da matéria para dirimir o conflito, o que comportaria a

⁵¹ No direito ático, vd. as considerações de TALAMANCA (2017, 117-118) sobre o juízo parágrafo: «*il tribunale elastico era posto dinanzi all'alternativa o di accogliere l'enklema dell'attore, e condannare così il convenuto al timema in quello expreso, o di far propria la paragrafe del convenuto stesso, e consequentemente dichiarare irricevibile l'azione*», e que «*[a]ccogliendo, infatti, il timema proposto da quest'ultimo, il tribunale elastico respingeva la παραγραφὴ μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην avanzata dal convenuto, e consequentemente statuiva, anche se in via mediata, sulla procedibilità dell'azione che era stata invece prospettata come improcedibile*».

⁵² As *eccezioni dilatorie o interlocutorie* que «*non escludevano la riproponibilità della dike*», vd. TALAMANCA 2017, 30.

verificação de uma excepção processual, cabendo ao juiz competente apreciar o mérito da acção. Tal afirmação apenas será válida caso os *ὀργανοδικασταί* tivessem competências restritas a matérias de órfãos, elemento que surge implicitamente na lei.

Por todo o exposto, conclui-se que o processo gortínio, embora oral, era dado à verificação de específicas formalidades, cuja inobservância, num dado momento e no tempo previsto para a sua prática, obstaria a que o juiz pudesse adjudicar favoravelmente a sentença à parte que inobservou determinados actos. O direito processual e o direito material caminhavam lado a lado, assentando num lastro de preclusões a que as partes eram sujeitas.

2.2. As fases processuais

Tivemos oportunidade de referir que o processo gortínio teria o seu início com a apresentação da pretensão jurídica do autor, à qual se seguiria a convocação do réu, para apresentação da sua defesa, seguida da produção das provas apresentadas pelas partes, e, finalmente, da decisão do juiz. A apreciação da pretensão jurídica do autor tem a sua sede natural na fase da prolação de sentença. Mas essa apreciação poderia surgir, por vezes, antecipadamente.

No exemplo que acima se deu, relativo a IC IV 41, Coluna I, HEADLAM entende que a apreciação feita pelo *dikastas* da verificação das formalidades essenciais para que o processo pudesse prosseguir teria a sua sede numa fase inicial do procedimento judicial que teria paralelismo com a *anakrasis* do processo ateniense⁵³ e a fase *in iure* romana⁵⁴. O Autor recorre também às previsões normativas de IC IV 72, I, 39-46, II, 26-36, III, 44-55, IV, 6-14, IX, 43-54, XI, 24-40, 46-54, e, com este conjunto

⁵³ Sobre a *anakrasis* (*ἀνάκρισις*) ou instrução, vd. PALAO HERRERO 2007, 340-342.

⁵⁴ Em Roma, no sistema das *legis actiones* e no processo das fórmulas, estes eram integrados pelas fases *in iure* e *apud iudicem*. Durante a fase *in iure*, pela qual estava encarregado o pretor, designava-se um juiz privado para presidir a uma segunda fase do processo, *apud iudicem*. A fórmula era, sucintamente, uma ordem escrita pelo pretor e dirigida ao juiz, pela qual este teria de condenar ou absolver, consoante se provasse a verificação de um facto ou não. Delimitava o objecto do litígio e fixava os limites cognitivos do *iudex privatus*, vd. JUSTO 2000. Este *iudex* «era um homem recto, honesto, sem formação jurídica, a quem competia apreciar a matéria de facto», CURA 2003, 302, n. 665, 418, n. 1023, e 483 ss. Na fase *in iure* verificava-se um *ius-dicere*, afirmação solene da existência ou não-existência do direito, e na fase *apud iudicem*, um aplicar o direito em concreto, um *iu-dicare*, vd. CRUZ 1984, 69. Sobre o *dicere*, este não tem um mero significado enunciativo, mas de «estabelecer, criar, constituir», PELLOSO 2012, 105.

de normas, acaba por criar a tese de que existiriam duas fases distintas no processo judicial gortínio. Numa primeira fase, o juiz receberia a pretensão e a contestação, definiria o objecto do litígio, avaliaria o tipo de provas trazidas e indagaria se a lei oferecia uma solução directa, vinculativa e definitiva para a imediata resolução do caso. Isto é, se a lei definia que uma determinada questão de facto (podendo ser toda a matéria de facto) era resolvida por um meio de prova trazido por uma das partes, o juiz passaria à produção da prova que a lei reputava como vinculativa e proferia de imediato uma decisão. Assim, nesta sede, o juiz estava obrigado a decidir de acordo com a lei e o teor da decisão estava vinculado ao conteúdo do meio de prova produzido. Caso a lei não definisse nos termos referidos (não definisse que meio de prova seria vinculativo nem o sentido da decisão), HEADLAM entende que se seguiria a segunda fase do processo judicial gortínio, em que o juiz, perante a prova carregada para os autos, sem que a lei definisse o sentido da decisão ou a que meio de prova deveria o julgador recorrer, deveria sob juramento proferir sentença com uma margem livre de apreciação⁵⁵. Assim, estava justificada a alternância entre dois ofícios distintos do mesmo juiz e sistematicamente repetidos ao longo do Grande Código de Gortina: *δικάδδεν* e *ὀμνόντα κρίνεν*.

Também neste sentido da bipartição surgem outros Autores como ROBB, repetindo a bipartição proposta por HEADLAM, escrevendo que a primeira fase (*anakrasis* gortínia) seria vocacionada para as sentenças sumárias, em virtude de a lei escrita comandar num determinado sentido⁵⁶.

Não é este o nosso entendimento. Em primeiro lugar, o processo gortínio decorria sempre perante o mesmo juiz (singular)⁵⁷. Este não é um argumento que os citados Autores ignorem, é certo⁵⁸. Contudo, pretendem estes Autores que o mesmo sujeito processual (o *δικαστᾶν*) se desdobre em duas figuras completamente distintas (como se se comportasse ora uma das vezes como um pretor, ora sendo juiz no resto dos casos), compartimentando-se em duas fases abstractas e que saberia distinguir psicologicamente. Não nos parece crível que assim fosse. Havendo só um magistrado

⁵⁵ HEADLAM 1892, 67-68.

⁵⁶ (1991, 644-646 e 659).

⁵⁷ Ver por todos, BÜCHELER & ZITELMANN 1885, 68, CALERO SECALL 1997, 118-119, SMITH 1924, 28 e 37.

⁵⁸ HEADLAM 1892, 49.

nos procedimentos judiciais, é difícil pôr como hipótese que, no mesmo processo, este se comportasse de forma distinta em duas fases completamente separadas. O processo flui naturalmente. As fases sucedem-se entre si com lógica e coerência: a apresentação pelo autor da sua pretensão, dos factos sobre os quais assenta o seu pedido, os seus meios de prova, seguindo-se a contestação do réu, a impugnação ou a alegação de excepções, a apresentação dos meios de prova deste, a definição do objecto do litígio pelo juiz, a marcação do julgamento onde se iriam produzir as provas que o juiz determinasse e, finalmente, a sentença final. Naturalmente o processo poderia terminar antes, como já se deixou expresso. Mas tal não justifica que se interprete o processo gortínio como bipartido, como no modelo formulário romano. Não é pelo simples facto de surgir um julgamento antecipado da acção (sentença proferida numa fase preliminar do processo), ao qual HEADLAM associa o verbo *δικάδδεν*, que se pode referir que apenas se percorreu apenas uma primeira fase do processo (que seria uma *anakrisis* ou *in iure*). Há processos que morrem mais cedo do que outros. O jogo processual tem as suas vicissitudes. Algumas acções nascem anquilosadas, sem os pressupostos formais para que se siga em frente. Noutros processos, o autor pretende um efeito jurídico impossível de se retirar dos factos que alega (impossibilidade jurídica da pretensão). Há ainda aqueles casos em que o autor simplesmente não traz prova suficiente à luz das regras do ordenamento jurídico (seja modelo tarifado ou modelo de livre convencimento do juiz) para que a tutela pretendida seja concedida. Finalmente, e com relevância para dilucidar a tese apresentada por HEADLAM, há acções para as quais o autor traz *ab initio* determinados meios de prova que permitem, sem a prática de mais quaisquer actos, que o juiz profira de imediato uma sentença favorável àquele litigante. Assim, nalguns exemplos avançados por HEADLAM, o que está verdadeiramente em questão é que o juiz antecipa que, perante determinada prova já existente no processo, o juiz pode de imediato proferir sentença, sem que se pratique mais qualquer acto inútil. No exemplo de IC IV 72, III, 44-55, e IV, 6-14, refere HEADLAM que um pai de uma criança poderia trazer ao tribunal uma pretensão indemnizatória contra a mãe, estando esta separada ou divorciada daquele, por esta ter exposto ou abandonado a criança. Trazendo a mãe ao processo depoimentos de três testemunhas de que tivera dado possibilidade ao pai de reclamar a criança e de que este não o fez, a pretensão improcederia. No exemplo de IC IV 72, IX, 43-54, após depoimento das testemunhas exigidas por lei a confirmar a existência do contrato (possivelmente de consórcio/*joint*

venture) e a falta de pagamento do preço acordado pelo réu, o juiz proferiria sentença de acordo com os testemunhos⁵⁹.

Nestes exemplos trazidos por HEADLAM, o que se põe, na verdade, é a possibilidade de o juiz antecipar a decisão de mérito por já existirem no processo elementos suficientes para a prolação da sentença.

Esta possibilidade de antecipação não significa que existisse um desdobramento teórico do processo em duas fases idênticas à da *anakrasis* e *krisis* atenienses ou *in iure* e *apud iudicem* romanas.

Em primeiro lugar, o verbo *δικάδδεν* surge em várias passagens do Grande Código de Gortina e nem sempre ligado a uma ideia de antecipação da decisão de mérito. Pode o juiz ter analisado as diversas diligências de prova (as do autor e do réu) e, no final, atribuir prevalência às provas de uma das partes, por imposição legal. Por isso, *δικάδδεν* significará apenas vinculatividade do sentido de decisão do juiz a um determinado sentido desejado pela lei, sendo, como veremos *infra*, uma regra de decisão. Esta decisão tanto poderia dar-se numa fase mais prematura ou mais tardia do processo, tendo o juiz de casuisticamente analisar se, em face dos elementos que constam do processo, tinha possibilidade de emitir sentença.

Em segundo lugar, a *ὀμνόντα κρίνεν*, que surge sempre que o juiz deveria jurar e decidir com alguma margem de livre apreciação, tanto poderia dar-se numa fase inicial do processo como mais tardia: se nem o autor nem réu trouxessem provas ao processo, parece-nos que o juiz seria obrigado a recorrer a essa fórmula⁶⁰. Concluimos que *δικάδδεν* e *ὀμνόντα κρίνεν* seriam formas e regras da decisão, a que o juiz poderia recorrer numa fase mais inicial ou mais tardia do processo, após analisar os elementos de facto e de prova carreados pelas partes e depois de analisar os comandos da lei. Não seriam aqueles verbos indicadores de uma separação de fases processuais, ao estilo ático da *anakrasis* e *krisis* ou da *in iure* ou *apud iudicem* romanas.

De qualquer modo, entre o momento em que os litigantes alegariam as suas razões de facto e o momento da decisão do litígio haveria naturalmente espaço para a produção de prova. No dizer de UBERTIS, a decisão final é alcançada depois de uma

⁵⁹ Estes exemplos são dados por HEADLAM 1892, 53 e 55.

⁶⁰ IC IV 72, XI, 29-30.

sucessão dialéctica de decisões intermédias⁶¹. A dialéctica dava-se entre os litigantes. Ao juiz caberia somente escolher uma das teses apresentadas.

Por isso, aquelas duas fases avançadas por HEADLAM são, na verdade, um *continuum*. Sucedem-se uma à outra sem se dar uma quebra lógica, ao contrário do que sucedia em Atenas e Roma⁶². Como acima se expendeu, parece-nos que é a única conclusão compatível com o facto de, em Gortina, apenas um juiz estar encarregado de todo o processo.

Ainda assim, WOLFF, embora de forma distinta de HEADLAM, põe em causa a indivisibilidade do processo, defendendo a sua bipartição neste sentido: uma primeira fase seria controlada pelo *kosmos* (*κοσ[μ]ίον*), que impediria a auto-tutela dos litigantes sem uma declaração prévia permissiva, e uma segunda fase perante o juiz (*dikastas*), que culminaria com a sentença propriamente dita⁶³. O mesmo Autor adita a esta linha de pensamento que não haveria julgamentos conduzidos pelos governadores (*kosmoi*), afirmando contundentemente que a tarefa de julgar caberia sempre a um juiz (*dikastas*). Os *kosmoi* teriam uma tarefa soberana, de natureza essencialmente administrativa⁶⁴, mas revestida de *ius imperium*, sobrepondo-se às esferas jurídicas dos particulares. GAGARIN e PERLMAN abrem a possibilidade dos *kosmoi* (bem como *ksenios kosmos* e *gnomones*) terem assumido funções judiciais em Gortina no séc. VI a.C, à semelhança do que era comum em Dreros⁶⁵. THÜR considera que, quando o texto legal de Gortina se refere a *dikastas*, o que se quer realmente significar é *kosmos*, sendo termos indistintos⁶⁶. O Autor tem uma posição muito particular neste aspecto: «[m]y conclusion is when the Law Code is speaking of a *dikastas* it means the single *kosmos* responsible for the kind of cases in issue, the *ksenios kosmos* for example (XI 14-17) and the *dikastas* for *hetairiai*. In the highly technical language of the Code *dikastas*

⁶¹ 2018, 62. Também em Gortina haveria, eventualmente, decisões intermédias que afectassem o fundo e outras meramente procedimentais, como veremos adiante. As primeiras relacionadas com a produção de prova, as segundas de gestão procedimental do processo.

⁶² Também assim, MAFFI 1986, 23-24.

⁶³ 1946, 65.

⁶⁴ (1946, 63-65).

⁶⁵ GAGARIN (1986, 85-86), PERLMAN (2002, 213), e na obra conjunta GAGARIN & PERLMAN (2016, 72), na esteira também de WILLETTS 1955, 205.

⁶⁶ (2007, 42).

*seems to mean the "competent magistrate"»⁶⁷. MAFFI coloca reservas à hipótese de os *kosmoi* terem tido competências judiciais específicas de forma análoga aos arcontes atenienses do século IV a.C., concluindo pela possibilidade de àqueles terem sido atribuídas *ex lege* competências jurisdicionais muito específicas⁶⁸. Neste conspecto, parece-nos que, seguindo a posição de THÜR, de que *kosmos* e *dikastas* são tendencialmente sinónimos (*dikastas* significaria o magistrado competente, ou seja, *kosmos* competente no caso concreto), se vai contra a letra da lei no Grande Código. Consideramos que o Grande Código sugere outra ideia, não fazendo coincidir *kosmos* e *dikastas*, reservando a este último as funções correspondentes ao *ius dicere*. Por exemplo, em IC IV 72, VIII, 55, a tarefa que o legislador incumba aos *kosmoi* não nos parece que seja materialmente idêntica à dos *dikastai* (I, 18-24, IX, 18-21, XI, 26-31), resvalando para uma actuação aproximadamente administrativa⁶⁹. Parece-nos assim estar indiciado pela letra da lei que o *dikastas* do século V a.C. não seria materialmente idêntico ao *kosmos*, o que não significa que os *kosmoi* em séculos anteriores não tivessem sido autênticos órgãos de administração de justiça⁷⁰.*

3. Poderes processuais dos juízes (*dikastai*)

O conjunto de todas as leis de Gortina, e não apenas o Grande Código (IC IV 72)⁷¹, previa uma actuação judicial mais expectante, passiva, determinando que a iniciativa probatória pertencia exclusivamente às partes⁷². Não queremos significar que

⁶⁷ 2010, 148; 2012, 52; 2014b, 6. O Autor apoia-se também no direito comparado cretense, na lei constitucional de Dreros, vd. VAN EFFENTERRE & RUZÉ 1994, 306-308, que impede a recondução do cargo de *kosmos* ao fim de um período de 10 anos. CHANIOTIS (2005, 185-186) parece aderir a esta posição ao afirmar que, em Gortina, IC IV 41 e IC IV 72, «*kosmoi decide the outcome of a lawsuit upon oath*».

⁶⁸ 2007 201-202, n. 13.

⁶⁹ Vd. WILLETTS 1967, 32; GAGARIN 2010, 138-139.

⁷⁰ WILLETTS 1955, 205; 1967, 32. E também distinguindo as funções, SEELENTAG 2015, 173-174.

⁷¹ O Grande Código de Gortina (IC IV 72) liga-se a *legislação avulsa* (anterior ou posterior), como demonstram GAGARIN & PERLMAN (2016, 284): a regulamentação processual não incluída no Grande Código relativamente a heranças (IC IV 72, XI, 6-10) manifesta-se numa lei anterior (IC IV 21). Também em GAGARIN (2008, 142-143) se apresentam diversos exemplos que mostram que o conjunto de leis de Gortina formavam um todo coerente.

⁷² MAFFI 2011, 156, 194-197. Também concorre para este pensamento, GERNET 1937, 125;

o juiz assistia ao *duelo* de forma impassível, tanto que seria do interesse da administração da justiça a promoção da *dialysis* (*διαλύειν*), a concórdia entre as partes desavindas. O juiz teria um comportamento passivo na fase de aquisição de prova. Caberia às partes a aporcação da prova para moldar a convicção do julgador relativamente aos factos litigiosos. Vigoraria plenamente a ideia de auto-responsabilidade das partes (*Beibringungsgrundsatz*⁷³). Estas deveriam trazer ao mundo do processo os factos litigiosos e as provas necessárias à sua demonstração, e que culminaria com a emissão de uma decisão de mérito (*krinein*). O sistema probatório gortínio, para além de aderir irrestritamente ao princípio da disponibilidade da prova às partes, era rigidamente regulado pela lei⁷⁴.

O direito processual gortínio assentava num lastro de provas legais, vinculando-se *ex lege* o juiz ao valor de um meio de prova. Ao magistrado era vedada a iniciativa própria e oficiosa com escopo de acertar a verdade: o processo era uma coisa das partes⁷⁵. No mais, o juiz proferia sentença através de uma de duas modalidades. A primeira reportava-se aos casos em que o juiz estava obrigado a decidir num certo sentido porque a lei o determinava de forma expressa⁷⁶, e o teor da sua sentença era estritamente definido pelo valor probatório de depoimentos ou pelo valor vinculativo

1982, 132, DURAN 2004, 283. HARRIS (2018, 221) é também taxativo em relação à iniciativa probatória dos juízes nos tribunais judiciais áticos, o que nos permite alguma segurança analógica: «[t]he judges in an Athenian court had to rely only on the facts presented to them by the litigants in their speeches; they could not request other information after the speeches were delivered». Inclusivamente, o direito ático não previa qualquer modificação do objecto do processo, mesmo que resultasse da instrução a conveniência da sua alteração, vd. BORGES 2011, 127 que retira esta ideia para os litígios não criminais de Dem. 56. 11-17.

⁷³ Sobre as duas dimensões deste princípio, introdução de factos e recolha de prova, ZETTEL 1977, 30.

⁷⁴ O que demonstra, para MAFFI (2002, 121), que não subjaz ao legislador a intenção de favorecer uma das partes. Estas estão num plano de igualdade.

⁷⁵ Caberia às partes sustentar as suas posições no litígio, avançando com os factos e com as provas, cabendo depois ao julgador subsumir a matéria fáctica às hipóteses normativas, vd. WILLETTS 1967, 33.

⁷⁶ Na impressionante expressão de SEALEY (1994, 51), o juiz tinha uma *função meramente declaratória* ou homologatória. A pronúncia da sentença conforme o resultado que a lei consigna ao caso naturalmente também se encontra no direito ático (*κατά τοὺς νόμους δικάζεσθαι*) em confronto com os casos em que o juiz «*ὀρίζεται δίκαιον*», quando a lei não regulava expressamente o caso *sub iudice*, vd. PAOLI 1925, 237.

de determinados juramentos⁷⁷. Esta modalidade decisória tomava o nome de *δικάδδεν/dikazen*⁷⁸⁻⁷⁹. A segunda prendia-se com todos os casos em que a lei não predefinia o desfecho do diferendo mediante a produção de determinadas provas tarifadas, e o juiz deveria decidir *secundum conscientiam*⁸⁰. Para tanto, o juiz prestaria um juramento, após o qual valoraria livremente a prova produzida, e decidiria sobre a matéria de facto da causa de acordo com a sua íntima convicção, erigida no confronto com os vários meios de prova (*ὀμνόντα κρίνειν/omnunta krinen*)⁸¹. Em nenhum momento poderia o juiz livremente procurar novos factos e produzir por sua iniciativa

⁷⁷ Sem possibilidade de actuações discricionárias, vd. WILLETTS 1967, 34; SEALEY 1994, 41; CALERO SECALL 1997, 118. Como denota TALAMANCA (1979, 135) a modalidade *δικάδδεν* nem sempre está ligada a um meio de prova cujo valor está pré-definido na lei, veja-se a Col. V, 28-44. Daí que o Autor faça uma crítica à ideia de que *δικάδδεν* e sistema legal de prova sejam indissociáveis.

⁷⁸ Em Creta «*en los ss. V-III a.C. se usó δδ para la grafía ζ más antigua*», pelo que no Grande Código se lê *δικάδδεν*, CALERO SECALL (2017, 19) e ainda MERRIAM 1885, 341, WILLETTS 1982, 238, WOODARD 1997, 166. Sobre a referida grafia, vd. ainda as considerações de ORTEGA VILLARÒ (1986, 189), referindo que a grafia Z para a sonoridade [zd] se converteu, a partir do século V a.C., em -ΔΔ-, através do fenómeno fonético da assimilação regressiva.

⁷⁹ «*Δικάζειν, «juger», c'est déclarer cette victoire conformément à la règle des preuves*», GERNET 1937, 115; 2001, 446; MAFFI 2011, 153. Esta afirmação é tendencial e não absoluta para o ordenamento jurídico gortínio, visto que *δικάζειν*, fora do Grande Código de Gortina (IC IV 72), pode assumir um sentido genérico de «*decidir o caso*», vd. GAGARIN 2010, 142-143 e GAGARIN & PERLMAN 2016, 273-274, 278, 284. O *δικάζειν* desligado de um pré-comando legal do sentido decisório é visível em Homero, vd. TALAMANCA (1979, 117) que encontra naquele verbo o sentido comum de «*tomar uma decisão, julgar*», refutando a ligação que THÜR (1970, 432-437) estabelece entre *δικάζειν* e um procedimento formal probatório, «*ein formales Beweisverfahren*» (1970, 441).

⁸⁰ No sentido de atender às regras e máximas de experiência (HEADLAM 1892, 68). Nesta situação, o juiz teria uma margem livre de apreciação do caso e poderia actuar discricionariamente, SEALEY 1994, 41. BÜCHELER & ZITELMANN (1885, 69) referem-se a uma «*decisão de acordo com o seu próprio critério*». BEARZOT (2017, 272) recorre à mesma expressão, trazendo à colação a *gnome dikaiotate*.

⁸¹ O juramento prestado pelo juiz confirmava a sua imparcialidade e garantia a justeza da decisão, vd. PLESCIA 1970, 36, CALERO SECALL 1997, 130; THÜR 2007, 41; PALAO HERRERO 2007, 68-69.

outras provas, construindo por si as bases constitutivas da sua decisão⁸². Nesses mesmos casos circunscritos, apenas poderia livremente apreciar bem como estabelecer a eficácia de cada um dos meios de provas apresentados pelas partes⁸³. O comando legal era directo, a sentença teria de ser conforme à factualidade e às provas deduzidas pelas partes, ainda que o julgador pudesse livremente valorar aquelas. CHAVANNES também interpreta deste modo: «*le juge prête serment et juge d'après les débats*»⁸⁴, ou seja, o juiz não julgava outros factos para além dos deduzidos pelas partes nem se servia de meios de provas diversos daqueles que se produziram no processo (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*)⁸⁵. Paralelamente, PAOLI, em relação ao direito

⁸² «[L]e tribunal ne dispose pas de moyens propres de critique ou d'investigation», GERNET 1937, 125. Em sentido contrário, JOHNSTONE (2011: 91), que, em relação à modalidade decisória *ὁμνόντα κρίνειν*, afirma que o juiz poderia investigar factos, acentuando os poderes inquisitórios do tribunal. Não distingue, porém, o autor se essa investigação se dá apenas em relação aos factos introduzidos no processo, ou se abrange qualquer facto, mesmo externo ao material da causa. Não nos parece que nenhuma das hipóteses se verificava em Gortina, pela interpretação intra-sistemática do Código, sobretudo em XI, 26-31 (*que indica perfeitamente o sistema legal em matéria de prova*, CHAVANNES 1885, 316), e que *prende* a liberdade decisória aos materiais fácticos e probatórios trazidos pelas partes. TALAMANCA (1979, 126) parece também abrir via àquela hipótese, embora sem concretizar a possibilidade de o juiz autonomamente investigar factos não contidos no processo, referindo apenas que, na *ὁμνόντα κρίνειν*, a livre convicção judicial não estaria mais ligada a factos objectivamente relevantes (porventura com intuito de acentuar a maior liberdade de conformação da decisão pelo juiz). CALERO SECALL (2017, 25, n. 31) parece ser contrária a essa ideia de procura de factos ou provas e que *κρίνειν* vincularia a decisão (livre) ao material probatório aportado: «*una vez evaluada la situación probatoria, [el juez] decide según su criterio*».

⁸³ Vd. mais concretamente WILLETTS 1967, 33. Na coluna XI, linhas 26-31, a expressão *πόρτι τα μολιόμενα* traduzida por WILLETTS como «*according to the pleas*» ou «*with reference to the pleadings*», encontra-se sempre relacionada com *ὁμνόντα κρίνειν*, vd. no Grande Código (V, 44, VI, 54-55, XI, 30-31). GAGARIN (2010, 136-137) entende que a expressão abarca não só as exposições introdutórias das partes ao objecto do litígio (as próprias declarações das partes), mas também a todo o material probatório trazido ao processo, contra MAFFI 2007, 204, defendendo que apenas se incluem nesta expressão as exposições das partes (os fundamentos da acção apresentados pelo autor e a contestação do réu), e seguido por THÜR 2010a, 148. Mas em IC IV 42, B, o juiz decidia *πόρτι τα μολιόμενα*, podendo inspeccionar os prédios objecto da acção de demarcação, sendo a inspecção um meio de prova a ter em conta.

⁸⁴ 1885: 316.

⁸⁵ A regra na Grécia antiga era de precisamente julgar de acordo com os discursos da acusação e

ático, estabelece dois modelos decisórios similares àqueles expostos anteriormente: «[i]l giudice óρίζεται τό δίκαιον, in quanto non è stato fatto dalla legge; altrimenti deve uniformarsi alle leggi: κατά τούς νόμους δικάζεσθαι [pronunziar sentenza conforme alle leggi]», acrescentando que o juiz, em caso de conflito entre o seu sentido de equidade e uma prescrição normativa legal, deveria dar prevalência à lei⁸⁶.

Em Gortina, por regra, o juiz julgava de acordo com a segunda modalidade⁸⁷. Só excepcionalmente, quando a lei previa, o juiz decidiria conforme os meios de prova impostos pela lei, ou seja, a modalidade do δικάδδεν⁸⁸. Quando a lei previa uma situação e lhe associava um resultado taxativo, o juiz era um mero *andróide*⁸⁹ e decidia *ipsis verbis* conforme o resultado descrito na letra da lei. Quando a lei não regulava a situação concreta submetida à jurisdição ou incumbia o magistrado de dirimir o conflito sem lhe fornecer uma solução vinculativa, este deveria decidir «em consonância com a opinião mais justa»⁹⁰, em virtude do juramento feito. E a *gnome dikaiotate*, a opinião tida como mais justa, convocada nos casos não regulados pela lei ou em que a lei não pré-determina uma solução⁹¹, coincidiria com os momentos da livre apreciação das provas pelo juiz⁹². Mas não se pense que cada uma daquelas modalidades decisórias somente daria em certos tipos de processo. Qualquer processo em abstracto poderia dar origem tanto a δικάδδεν como a óμύντα κρίνεν⁹³.

da defesa, BEARZOT 2017, 272

⁸⁶ 1925, 237.

⁸⁷ MAFFI 2011, 154, GAGARIN 2010, 129 e 144.

⁸⁸ BÜCHELER & ZITELMANN 1885, 68; TALAMANCA 1979, 126, embora advirta que a dialéctica δικάζειν-κρίνεν de Gortina não pode ser transposta para outros contextos; MAFFI 2011, 154, GAGARIN 2010, 129 e 144; PELLOSO 2009, 116. Impressivamente CHAVANNES (1885, 316) afirma que, se a lei nada especificar quando à prova, se reentra no domínio do *direito comum* (residual): a óμύντα κρίνεν.

⁸⁹ Expressão conveniente de BRONZE (2012, 79). Assim, «il giudice (dikastas) (...), sostanzialmente privo di poteri coercitivi discrezionali, è chiamato a un accertamento processuale delle pretese private» em rígida conformidade com as normas legais, vd. MAFFI 2003a, 171, nota 18.

⁹⁰ SEALEY 1994, 51. E onde haveria naturalmente mais liberdade para o magistrado, BÜCHELER & ZITELMANN, 1885: 68.

⁹¹ É, por isso, «a válvula de segurança» das fontes de direito da civilização grega, um expediente jurídico para colmatar lacunas, BISCARDI 1999a, 102, e BISCARDI 1999b, 152.

⁹² Neste expreso sentido, GERNET 1937, 121, n. 4; BISCARDI 1999a, 93.

⁹³ Assim, MAFFI 2003a, 213; BÜCHELER & ZITELMANN (1885, 68) traduzem o primeiro

Tais limitações impostas pela codificação vigente eram congruentes com as características da sociedade gortínia. As leis eram predominantemente pensadas para manter o *status quo* das elites⁹⁴. A maior parte dos processos decorria entre membros daquelas, e prendia-se sobretudo com disputas de direitos de propriedade e sucessórios⁹⁵. A lei, que visava regular estritamente os magistrados, demonstrava uma acentuada preocupação pelo uso abusivo da função judicial⁹⁶. O quadro legal apenas se coadunava com um jurista inerte, avesso a indagações oficiosas da verdade⁹⁷.

Esta nossa afirmação, de que o legislador do Código veda a iniciativa de produção de prova ao juiz, não contende com características da lei que SEALEY⁹⁸ aponta: as formulações legais são construídas casuisticamente, pois na previsão da norma pode encontrar-se, o mais das vezes, “*se alguém fizer isto ou aquilo*”. Tal pode apenas significar que o legislador estudou a forma como os juízes resolviam determinados casos e formalizou essa mesma prática, dando-lhe dignidade e valor de lei. Parece-nos também que esta configuração do *processo gortínio* é a que mais se harmoniza com o espírito grego, «*com uma visão bipartida do mundo*»⁹⁹. O duelismo

como *urteilen*, que significará julgar, e o segundo como *entscheiden*, que será decidir ou resolver.

⁹⁴ GUIZZI (2018, 99) apelida a sociedade gortínia do século V a.C. de aristocrática, fechada em si e exclusivista, fundada no privilégio de grupos restritos e bem definidos de cidadãos, vd. também DAVID 2014, 45. A legislação processual revela escasso paternalismo, mantendo o desnivelamento social a favor dos mais poderosos, o que seria congruente com a teleologia das leis gregas arcaicas, GAGARIN 1986, 126.

⁹⁵ HEADLAM 1892, 58-59; GAGARIN 1982, 145; CLARK 2011, 60.

⁹⁶ GAGARIN 1986, 97; CALERO SECALL 1997, 116; CLARK 2011, 11.

⁹⁷ A decisão final podia ser mais influenciada pelo efeito de persuasão do discurso do autor ou do réu do que propriamente pelo grau de convencimento racional da verdade histórica dos factos. Sobre a importância de persuadir o auditório (tribunal) no direito ático e a falta de preocupação pela reconstituição histórica dos factos, vd. MAFFI 2004, 44; LEÃO 2012a, 105; 109; LEÃO 2009, 294; STOLFI (2006, 33), WOLFF (2013, 98), (LEITE 2014, 26-27) e ROCHA (2015, 115).

⁹⁸ 1994, 43.

⁹⁹ MITCHELL & RHODES 1996, 11. HARRIS (2005, 130) refuta esta ideia da moralidade grega, expressa na máxima «*ajuda os amigos, hostiliza os inimigos*», argumentando, por exemplo, que na realidade ática o uso judicial para prosseguir interesses meramente duelísticos e o prolongamento indefinido no tempo da litigância eram desencorajados, uma certa ideia de *interest rei publicae ut sit finis litium*. Também, neste último sentido, posicionam-se CUNIBERTI (2011, 3) e GAGARIN (1986, 106), afirmando o último Autor que os gregos

– ou privatismo processual – parecia fazer parte da realidade litigiosa, tendo o juiz uma função meramente decisória, sem se intrometer ostensivamente ao nível do mérito da causa. Caberia às partes o impulso e desenvolvimento do processo, bem como o esforço ao nível da aporção de factos e provas para convencer o magistrado da bondade de cada uma das pretensões (*Beibringungsgrundsatz*).

Vejamos, de seguida, que poderes caberiam ao juiz gortínio ao nível da gestão do processo.

3.1. Poder de gestão do processo

Deixámos anteriormente suspensa a ideia de que o juiz gortínio do século V a.C. seria passivo e expectante, à espera da iniciativa das partes. No entanto, esta afirmação não pode pôr em causa que o juiz assume as vestes de gestor do processo, influenciando a tramitação do processo. Importa aqui separar dois planos de gestão: uma procedimental e outra material.

Na gestão procedimental do processo (*die formeller Verfahrensleitung*), correspondente à conhecida expressão inglesa *active case management*, o juiz não interfere com o fundo da causa, agindo apenas ao nível do *iter* processual. O juiz, desta forma, comanda o destino do processo, molda-o, planeia-o e dirige-o de forma a que se alcance a composição final do litígio, o mais das vezes acelerando o processo. Pratica também actos que resolvam questões processuais e fixa prazos para ordenar o processo. Exemplos deste tipo de gestão procedimento dentro do Código de Gortina (IC IV 72) podem ser encontrados, por exemplo nas colunas V, 28-34, VII, 35-52, IX, 30-34, XI, 46-55¹⁰⁰.

Assim, no primeiro exemplo, se um ou mais herdeiros pretendessem proceder à partilha da herança, mas outros se opusessem, o juiz deveria decretar que toda a propriedade ficasse na detenção daqueles que pretendiam realizar a divisão de bens, até que esta se realizasse. O juiz nestas causas não decidiria sem antes ouvir todos os herdeiros, pelo que o juiz poderia planejar quantos herdeiros ouviria num dado dia. Ao determinar o planeamento da efectiva audição dos vários herdeiros, o juiz estaria a

dariam um enorme valor a um procedimento eficiente que culminasse numa composição pacífica, característico de uma sociedade civilizada.

¹⁰⁰ Os exemplos ilustrados foram-nos gentilmente assinalados pelo Professor Alberto Maffi, em comunicação pessoal.

exercer poderes de gestão formal do processo.

Na Coluna VII, 35-52, pode colocar-se o mesmo problema, de forma mais acentuada, uma vez que o legislador gortínio impunha que o casamento entre uma herdeira e o noivo se proporcionasse dentro de um prazo máximo de dois meses, tendo aquela de ser uma filha sem irmãos e que tivesse sobrevivido ao falecimento do seu pai, e desde que tivesse também capacidade matrimonial. Na primeira classe elegível estaria o tio do lado paterno. Caso o noivo indicado por lei não aceitasse, passaria à próxima classe elegível por lei, mas a recusa (Col. VII, 33 e ss.) implicaria que «*all the property and the produce (...) [would] be at the disposal of the heiress until he [would] (...) marry her*»¹⁰¹. Ora, tendo em atenção a brevidade com que o legislador gortínio pretendia acertar o matrimónio de mulheres sem irmãos, sobrevividas ao falecido pai, naturalmente parece que o processo também teria de correr com uma certa celeridade. Nesse sentido, o juiz porventura alertaria o noivo, elegido pelos critérios da lei, para a consequência de não aceitar casar quando viesse a ter idade adulta, se tivesse recusado casar «*on the grounds that he is still a minor*» (exercendo aqui de certa forma uma gestão material, promovendo indirectamente a concórdia), com intuito aceleratório do processo.

Na Coluna IX, 30-34, uma vez que o juiz e o *μνάμων* de uma acção anterior teriam de ser testemunhas num processo posterior, a fim de atestar a existência daquele primeiro processo e do seu desfecho, pode pôr-se como hipótese que o juiz do segundo processo escolhesse um dia em que aqueles dois pudessem estar em conjunto, em nome do princípio da economia processual. Assim, o juiz poderia moldar o procedimento de forma a que o processo fosse mais económico e frutífero. Mas podemos também pensar numa hipótese inversa, em que o juiz preferisse apenas ouvir uma daquelas testemunhas num dia e postergar a outra inquirição, por mera conveniência de agenda pessoal.

Na Coluna XI, 46-55, podemos pensar em diversas actuações, por parte do juiz, de planeamento do caminho processual a percorrer¹⁰². Naquela *fattispecie*, o legislador dispõe sobre os termos do juramento purgatório da ex-mulher e estaremos «*dunque di fronte a una sorta di proklesis eis horkon che il giudice rende vinconlante per la donna attraverso la sentenza che le impone in sostanza di prestare un giuramento conforme*

¹⁰¹ Tradução de WILLETTS 1967, 45.

¹⁰² A norma é analisada em MAFFI 2007, 206-208, onde se contemplam várias hipóteses de gestão do procedimento.

alla richiesta del marito»¹⁰³. As presenças do juiz, do *μνάμων* e de uma testemunha qualificada (pela idade) durante a declaração do marido são exigidas por lei pelo que poderia o juiz impor o dia que fosse mais conveniente para a presença simultânea de todos¹⁰⁴.

Na segunda modalidade de gestão, de cariz material, o juiz interfere com o fundo da causa, isto é, com o objecto do litígio (entendido como *petitum* mais a *causa petendi*). Esta interferência judicial pode dar-se, assim, ao nível dos factos e das provas, afectando a procedência do pedido ou o agregado de factos que à luz do ordenamento jurídico sustentam aquele pedido (*causa petendi*). Assim, se o juiz chama a atenção das partes para a necessidade de esclarecerem, corrigirem ou completarem por elas próprias alegações de facto deficientes (*richterliche Aufklärung*¹⁰⁵) ou se pretende ouvir mais uma testemunha para além daquelas apresentadas pelas partes, por ter a convicção de que aquela pessoa conhece factos relevantes para a boa decisão da causa, estará a gerir o processo na sua essência e vertente material. Na primeira hipótese, o juiz possibilita às partes que melhorem aspectos fácticos, o que a jusante aumentará a probabilidade de que a parte com a causa mais justa possa ter um desfecho favorável. Na segunda hipótese, a audição de mais uma testemunha poderá ter reflexo na convicção do juiz relativamente aos factos alegados pelas partes. A realização de uma diligência de prova por iniciativa judicial é parte integrante da gestão material do processo, uma vez que implica que o juiz tenha interferido directamente ou com a causa de pedir, isto é, os concretos factos dos quais derivam uma pretensão jurídica, ou com as demais provas produzidas, e que tenha considerado imprescindível a produção de prova adicional para a justa decisão.

A questão que colocamos de seguida é se o juiz gortínio teria poderes para gerir o processo, numa dimensão material, intrometendo-se ao nível dos factos e das provas. O Grande Código de Gortina não parece desvelar-nos uma resposta segura.

3.2. Poder de iniciativa probatória *ex officio iudicis*

¹⁰³ MAFFI 2007, 207.

¹⁰⁴ O exemplo foi-nos dado, em comunicação pessoal, pelo Senhor Professor Doutor Alberto Maffi.

¹⁰⁵ STÜRNER 1982, 27, aludindo à necessidade de o juiz esclarecer o comportamento processual ambíguo das partes (*Klarstellungsfunktion*).

A iniciativa de prova pelo juiz pode ser entendida, num sentido lato, como a faculdade judicial de produzir prova e de intervir na admissão e na produção das provas propostas pelas partes¹⁰⁶.

Contudo, pode assinalar-se um sentido mais estrito à iniciativa probatória judicial, compreendendo esta somente a faculdade de propor e apresentar provas pelo juiz¹⁰⁷. É a este último sentido que aludiremos neste estudo sempre que referirmos iniciativa de prova *ex officio iudicis*.

A produção de prova *sua sponte* pelo juiz implica que aquela não tenha sido requerida por nenhuma das partes do conflito¹⁰⁸. É o próprio juiz que sente a necessidade de carrear prova para o processo, por não se sentir confortado com a que foi produzida. Esta necessidade sentida pelo juiz tem de ser objectiva e é legitimada ou encontra a sua justificação na procura da verdade e na reconstrução fiel dos factos do litígio. Não pode ter como fim, ao invés, o auxílio de uma das partes, muito embora a utilização dos poderes instrutórios pelo juiz possa vir a beneficiar alguma delas. Daí que parte da doutrina entenda que o juiz estará a ser mais parte do que as partes, perdendo o seu halo de imparcialidade¹⁰⁹. Este entendimento *per se* parece-nos incorrecto. Se o legislador definir e acautelar as situações em que o juiz deve recorrer aos poderes de prova, designadamente através da previsão de uma causa objectiva, não se pode duvidar da imparcialidade do julgador, porque este se move na rígida margem concedida pelo legislador. Ora, quando o tribunal ordena de ofício a produção de uma prova, não sabe a quem pode beneficiar ou prejudicar, nem sabe qual vai ser o resultado dessa prova, sendo o seu «único objectivo o cumprimento eficaz da função da tutela jurisdicional»¹¹⁰.

O recurso aos poderes instrutórios pelo juiz, por outro lado, está também vinculado à ideia de uma justa composição do litígio. Não basta uma qualquer composição do conflito que se apresenta diante do juiz, tem de ser uma resolução conforme o ideal de justiça. Ora, só através de uma reconstrução verdadeira dos factos

¹⁰⁶ Formulação muito idêntica à de ABEL LLUCH (2003, 142; 2005, 19 e 366).

¹⁰⁷ Este é precisamente o sentido tradicional atribuído à expressão «iniciativa probatória *ex officio iudicis*», criticado por ABEL LLUCH (2005, 402).

¹⁰⁸ SCARSELLI 2010, 22.

¹⁰⁹ Autores como CHIOVENDA 1993, 176, LIEBMAN 1960, 562-3, MONTERO AROCA, 1996, 384, e MONTELEONE 2007a, 270.

¹¹⁰ PICÓ I JUNOY 2007, 112.

pode a sentença vir a ser justa¹¹¹. A atribuição de poderes de instrução ao juiz significa que este não é indiferente a uma qualquer composição do litígio, antes procura o acertamento da verdade no processo, corolário da boa administração da justiça, e que é um interesse da colectividade.

O problema da iniciativa probatória *ex officio* do juiz gortínio no século V a.C. pode também ser abstractamente discutido. Poderia o juiz gortínio convocar testemunhas não indicadas pelas partes ou inspeccionar lugares e/ou pessoas por sua iniciativa, desde que considerasse tal como conveniente para a justa composição do processo? A resposta parece-nos decisivamente negativa. A lei gortínia não atribui expressamente poderes de prova *sua sponte* ao juiz titular do processo. Implicitamente, a lei parece também vedar essa possibilidade ao juiz, uma vez que se parece consagrar um regime de total proposição de prova pelas partes (*disponibilità delle prove*), em que o juiz apenas admite ou rejeita as mesmas, sempre conforme a lei ou o seu prudente arbítrio. Neste sentido, não se pode afirmar que o juiz gortínio não tinha um papel decisivo em relação à produção de prova. Como deixámos expresso, o *δικαστάς* era inegavelmente o gestor do processo, recebendo a pretensão do autor e posteriormente a contestação do réu, porventura de forma oral¹¹², apreciava os requerimentos probatórios de cada um (rol de testemunhas, declaração de parte juramentada, porventura requerimento para que o juiz procedesse a uma inspecção¹¹³) e planeava as sessões de produção de prova.

No que respeita à admissão da prova apresentada pelas partes, o juiz era comandado pela lei. Em termos sintéticos, havia liberdade da parte na apresentação de prova. Por vezes, a lei exigia um *quantum* mínimo probatório, mas este mínimo exigido

¹¹¹ TARUFFO 2013, 13.

¹¹² O processo gortínio caracterizava-se por ser um procedimento oral, mas isso «*significa solo che alla documentazione scritta, tanto degli atti negoziali quanto degli atti processuali, non sembra sia stata riconosciuta efficacia probatoria*», MAFFI 1983, 139. MERRIAM (1885, 327) esclarece também alguns aspectos do princípio da oralidade vigente em Gortina: «*[w]itnesses are summoned orally, facts are “pointed out” before witnesses, they give their testimony orally, the complainant charges and the judge pronounces sentence orally. No court-records appear to be kept, or wills permitted; legacies are probably given by word of mouth in the presence of witnesses, as adoption takes place by public oral acknowledgment*». Sobre este ponto, GERNET (1982, 154) chega a referir que «*le droit de Gortyne [...] ne connaît point l’écrit*».

¹¹³ A norma em IC IV 42, B, oferece alguma viabilidade a esta tese, nos termos susoditos.

tinha apenas relevância para efeitos de procedência da acção, o que não quer significar que a parte não pudesse apresentar outra prova para além daquela exigida por lei. O juiz estava orientado para aceitar a prova relevante para o processo (geralmente testemunhal e juramento) e para lhe atribuir o valor que a lei lhe consignava. Ao invés, no plano da gestão da produção probatória, o juiz usufruía de plena discricionariedade, podendo escolher o modo, o tempo e a ordem que mais lhe conviessem¹¹⁴. De um ponto de vista formal, o juiz claramente intervinha no domínio da prova. Mas, no nosso entendimento, o juiz nunca poderia emitir uma ordem *sua sponte* no sentido de produzir prova (poder judicial idóneo a incidir sobre o conteúdo da decisão e a influenciar o êxito da controvérsia¹¹⁵), designadamente não poderia convocar uma testemunha não indicada pelas partes (mas que hipoteticamente poderia ter conhecimento sobre os factos litigiosos), não poderia também ordenar ou sugerir a uma das partes que prestasse declaração juramentada, ou ainda decidir por sua alta recreação fazer inspecção a um lugar. Não seria por iniciativa do juiz que se introduziria um meio de prova não requerido pelas partes, ou seja, não seria por sua iniciativa que se aportaria material probatório para a causa. Para tal entendimento, concorre a lei gortínia, que nunca atribui ao juiz o dever de produzir prova¹¹⁶, e também um argumento empírico, que é o de que, se foram as partes a viver o conflito (e não o juiz), são estas que saberão melhor que provas carrear para o processo (e não o juiz, que é, por princípio, alheado da conflitualidade, e que desconhece *a priori* que provas serão essenciais para a descoberta da verdade). Ademais, há que olhar para o modo de ser típico do processo gortínio do século V a.C. Este não se apresenta incorporado ou animado pelo incessante interesse da procura da verdade material (verdade histórica dos factos), antes sim se mostra estruturado de uma forma a dirimir os conflitos rápida e pouco racional. Como refere

¹¹⁴ Naturalmente, haverá sempre limitações, designadamente em IC IV 42, B, quando a lei impõe que o juiz decida uma acção de demarcação de terrenos em quinze dias, obrigando implicitamente o julgador a produzir a prova nesse arco temporal.

¹¹⁵ Na terminologia de FABBRINI (1989, 410), «*poteri capaci di influire sul contenuto della decisione del giudice*».

¹¹⁶ Nestes precisos termos, MAFFI (2011, 158; 2007, 261). Embora a letra da lei em IC IV 72, III, 5-9, sugira que seja o juiz a decretar que a parte faça um juramento purgatório, seria a parte a requerer esta prova, como veremos *infra*. O juiz apenas teria de decidir o dia para prestar juramento, incumbindo-lhe a lei que determinasse que fosse prestado em nome de Artemisa e perante a estátua da arqueira no templo de *Αμυκλαῖον* (relativo a Amicleia).

MAFFI, em relação ao processo arcaico (ao qual se pode conduzir o processo gortínio em análise), «*la prova ha efficacia formale («formale Beweistheorie»), nel senso che la ragione e il torto non vengono accertati mediante una ricostruzione razionale dei fatti, che consenta di attingere la verità «materiale», bensì mediante dichiarazioni unilaterali solenni (giuramento o testimonianza) che, in forza dell'efficacia formale loro riconosciuta, vincolano il giudice a pronunciarsi in conformità»*¹¹⁷. Ou seja, o processo arcaico enforma-se numa estrutura tríplice que o torna uma célere máquina de resolução de conflitualidade: prova formal ou tarifada, despreocupação pela verdade histórica dos factos e passividade do juiz.

3.3. *Δικάδδεν* como índice de falta de iniciativa probatória *ex officio iudicis*

A modalidade decisória *δικάδδεν* dá-nos alguma segurança para afirmar que o julgador gortínio era desprovido de poderes de iniciativa de prova. Aquela é uma concepção de julgamento formalista¹¹⁸, contrária à procura da justeza material da decisão e do rigoroso accertamento dos factos.

Em certas circunstâncias, o legislador impunha ao juiz a adjudicação da vitória do litígio a uma das partes, porque a contra-parte não produziu prova suficiente. Nos conflitos relativos à reivindicação da propriedade de um escravo, pode concretizar-se um exemplo do que acabou de se enunciar. Se apenas uma das partes apresentasse uma testemunha, o juiz estaria vinculado ao seu depoimento¹¹⁹.

Esta modalidade decisória (*δικάδδεν*) contribui para a nossa tese (a da inexistência de poderes de iniciativa de prova do juiz gortínio), na medida em que o julgador se veria obrigado a aderir à tese exposta por uma única testemunha arrolada, ou à tese conjunta e no mesmo sentido de várias testemunhas arroladas apenas por uma parte. Assim, mesmo que o juiz não ficasse convencido com aqueles depoimentos, era-lhe vedado pelo legislador a livre apreciação daqueles depoimentos – estes vinculavam o sentido da decisão do juiz¹²⁰. Questão diferente é se o juiz gortínio, face à dúvida

¹¹⁷ MAFFI 1986, 21.

¹¹⁸ GERNET 1937, 115, e alicerçada num modo arcaico de resolução de disputas irracional, e que se foi racionalizando paulatinamente, vd. THÜR 2014, 924.

¹¹⁹ IC IV 72, I, 21, havendo prova tarifada, vd. MAFFI 2011, 154-155.

¹²⁰ Por exemplo, se numa disputa entre A e B sobre a propriedade de um escravo, somente A arrola a testemunha C, e esta vem depor no sentido de que o escravo sempre pertencera a A, tendo presenciado imemoravelmente aquele vínculo jurídico, o juiz, mesmo que não se sinta

insanável sobre a ocorrência dos factos litigiosos, poderia proferir uma decisão *non liquet* (abster-se de julgar a causa porque não conseguiu formar convicção bastante sobre existência de factos essenciais à decisão), à semelhança do juiz romano. Da leitura do Grande Código, nada parece resultar a este propósito. Algumas normas anteriores ao Grande Código impunham ao juiz o dever de decidir, embora restrito a alguns casos, bem como o dever de decidir em prazos curtos, em acções de demarcação de terrenos, como veremos *infra* (IC IV 9 e IC IV 42, B). Contudo, estas normas não indicavam ao juiz o sentido de decisão caso não se sentisse convencido pela prova carreada para o processo. Portanto, é seguro afirmar que, em Gortina, era proibida a decisão *non liquet* nos casos previstos em IC IV 9¹²¹, e que vigoraria o ónus da prova em sentido subjectivo¹²². Por outro lado, nada permite inferir que existisse uma regra consagrada do ónus da prova em sentido objectivo¹²³.

convencido com aquele depoimento, adjudica a vitória a A. Parece-nos esta a leitura conjugada das Colunas I, 21, e XI, 26-29. Parece também ser assim a leitura de MAFFI 2011, 155. Portanto, o juiz apenas verificará se a testemunha tem a qualidade prescrita e, posteriormente, de acordo com o depoimento oferecido, sentenciará (*δικάζειν*), o que corresponderá ao *Beweisurteil* referido por THÜR (2007, 43 e 2014b, 10). O *Beweisurteil* (julgamento de prova, ou *decisão saneadora vinculante* na expressiva tradução de BÖTTCHER 2012, 30, ou ainda *decisão judicial incompleta*, RIES 1989, 57) é o primeiro passo para alcançar a decisão final, carecendo da recolha de provas de todos os factos relevantes para a condenação do réu, pré-determinados anteriormente pelo tribunal (RIES 1989, 57-58 e BÖTTCHER 2012, 31), no caso de Gortina também com fixação prévia pela lei (e do resultado da observância de determinado meio de prova).

¹²¹ Quanto à vigência da proibição do *non liquet* nos remanescentes casos, esta permanece num campo especulativo, podendo entrever-se um argumento em desfavor da vigência dessa proibição na interpretação de IC IV 42, B, 8-9, no sentido de que, quando esta norma se refere à multa a cargo daquele que não jurasse, que a mesma seria equivalente à da recusa de o juiz emitir sentença, interpretação para a qual fomos sensibilizados por comunicação pessoal do Professor Doutor Alberto Maffi.

¹²² Pela letra da lei, é pressuposto que cada parte tem de produzir prova favorável à sua pretensão, pode falar-se num verdadeiro ónus de produção da prova. NIEVA FENOLL (2010, 50) refere-se a uma incindibilidade da prova legal e do ónus da prova, que pode ser transposta para as normas em Gortina que vinculam o juiz ao resultado de uma prova, por exemplo, IC IV 72, IX, 43-51, X 29-32, XI 26-29: estas eram verdadeiras provas legais.

¹²³ No sentido de ser uma regra auxiliar de decisão do juiz. Se este se confronta com factos cuja existência ou inexistência não possa estabelecer, por se encontrar num estado de dúvida insanável, o juiz deve decidir contra aquele que não conseguiu fazer prova dos factos

Não é assim, hoje, nos ordenamentos jurídicos processuais: se o juiz se encontra perante a dúvida insanável, ainda que só haja uma testemunha de um dos lados e não haja mais prova produzida, deve lançar mão da *regra de decisão do ónus da prova*, decidindo contra a parte que invoca o direito e à qual caberia fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

Ora, a tese que procuramos cimentar é a de que o juiz na Gortina do século V a.C. não teria poderes de iniciativa de prova, o que, na prática, significa que não poderia chamar *ex officio* pessoas com conhecimentos decisivos para a causa, que não tivessem sido arroladas como testemunhas pelas partes, ou que não poderia ordenar a junção de documentos que reputasse como imprescindíveis para a boa decisão do conflito, bem como não poderia por sua iniciativa fazer uma inspecção ao lugar da ocorrência onde tivesse ocorrido uma parte significativo do conflito e no qual pudesse recolher provas significativas para superar eventuais dúvidas (inspecção de um terreno para confirmar se corresponde à descrição feita por uma das partes, numa acção de reivindicação da propriedade de um imóvel). Em Gortina, vigoraria em exclusivo, no nosso entender, o princípio da instrução por iniciativa das partes. MAFFI retira parcialmente esta conclusão de IC IV 72, I, 18-24, por estar implícito caber às partes a produção de prova numa acção de reivindicação de um escravo.

A lei é omissa quanto à possibilidade de o juiz poder introduzir prova *ex officio* (e até mesmo a pedido das partes) e, como já se disse, à existência de uma regra que auxiliasse o juiz a decidir perante a falta de prova. Voltando à acção de reivindicação de um escravo, em que sentido decidiria o juiz se nenhuma das partes apresentasse prova testemunhal (IC IV 72, I, 18-24)? A lei responde que o juiz deverá decidir *ὀμνόντα κρίνεν*, ou seja, de acordo com o seu livre convencimento. A este propósito formou-se um debate doutrinal interessante. MAFFI constrói uma tese muito persuasiva em torno do regime probatório da Coluna I, 18-24. O insigne Autor escreve que tal disciplina estabelecida pelo legislador gortínio poderia ser transplantada para a resolução de outras controvérsias, não devendo ser vista como um regime especial ¹²⁴.

constitutivos do direito que invocou. GERNET (1937, 127) afirma que o *non liquet* na Antiga Grécia não é possível, e que sempre os juízes se pronunciariam: «ils prononceront que la demande d'une des parties est préférable à celle de l'autre; en cela exactement consiste le jugement de la diadicisie».

¹²⁴ «Dobbiamo pensare che il legislatore abbia inteso dettare una disciplina speciale della prova

Consequentemente, em virtude desta aplicação analógica, continua o Autor que «[s]e accettiamo questa tesi, il significato di ‘ton d’allon omnunta krinen porti ta moliomena’ (c. XI 29-31) va esteso anche ai casi in cui la legge prescrive una prova testimoniale con valore di prova legale e questa non viene fornita. Anche in questi casi, dunque, il giudice potrà (e dovrà) decidere sulla base della propria libera valutazione riguardo alle ragioni fatte valere dalle parti»¹²⁵. Significa, portanto, que mesmo nos casos em que a lei exigia determinada prova testemunhal como prova legal, com valor tabelado, tarifadas/legais, se a parte onerada com essa prova não a apresentasse, e a parte contrária nada trouxesse ao processo também, o juiz poderia fazer uma ponderação global de todo o material inserto no processo, designadamente as razões de factos e as de direito que fundamentam as respectivas pretensões. Ora, tal pensamento vem introduzir uma brecha do pensamento tradicional associado a IC IV 72, XI, 26-31, que é o de condenar a parte que não forneceu prova legalmente exigida.

Em resposta à referida tese, surgiu PELLOSO, também com um extraordinário exercício jurídico, posicionando-se contra aquela aplicação analógica, em três estudos¹²⁶. Refere o Autor muito sinteticamente que o regime de valoração da prova constante de IC IV 72, I, 18-24 não é susceptível de generalização a outros processos «data la sua particolare conformazione di tipo diadicasico»¹²⁷. A configuração do processo abstractamente previsto naquela norma tem as suas especificidades, assentando num esquema *vindicatio-contravindicatio*, não podendo o seu regime servir para a resolução de outras controvérsias. Ademais, o Autor entende que aquele regime está também sujeito ao princípio *onus probandi incumbit ei qui dicit et non ei qui negat*, concluindo, finalmente, que, do silêncio do Grande Código de Gortina sobre o modo concreto como o juiz deveria julgar (*δικάδδεν* e *ὀμύντα κρίνεν*), não se pode inferir

testimoniale per le controversie relative alla proprietà di uno schiavo? Non se ne vede il motivo. Perciò siamo autorizzati a generalizzare l disposto in c. I 18-24 e a domandarci se, tutte le volte che occorre la formulazione «se un testimone rende testimonianza, il giudice deve dikazen», si debba ammettere: 1) la possibilità per la controparte di presentare anch’essa dei testimoni, con conseguente passaggio dal ‘dikazen’ all’ ‘omnunta krinen’; 2) la possibilità che nessuna delle due parti presenti testimoni, il che comporterà di nuovo, almeno in linea di principio, il passaggio all’ ‘omnunta krinen’», MAFFI 2011, 155.

¹²⁵ MAFFI 2011, 155-156.

¹²⁶ 2009, 119-122, e em estudos posteriores, 2016, 504-505, 513; 2018, 146-149.

¹²⁷ 2009, 118.

que o modelo decisório possa ser a da *ὀμνόντα κρίνεν*, «*allorché la parte non assolva il proprio onere probatorio (con riguardo, a seconda dei casi, a mera prova ovvero a prova formale), essendovi spazio, in tal frangente, solo per una pronuncia favorevole alla controparte (che si giova, automaticamente, della mancata assoluzione dell'onere probatorio avversario)*»¹²⁸.

Sem entrar a fundo nesta complexa e difícil questão, sempre poderemos dizer o seguinte: admitimos simpatia pela primeira tese. De facto, de IC IV 72, I, 18-24, pode retirar-se uma sólida e estruturante forma de o juiz gortínio poder lidar com a dialéctica probatória noutros processos, que não tivessem o mesmo rigor legal na descrição das vicissitudes probatórias e consequências na modalidade decisória. Compreendemos e aceitamos como boas as críticas de PELLOSO, contudo, do processo abstractamente previsto em IC IV 72, I, 18-24, pode estar configurada outra tipologia de acção que não aquela convencional *vindicatio-contravindicatio* (acção real com dois reivindicantes um contra o outro). Na tradução de WILLETTS¹²⁹ refere-se «*if they contend about a slave, each declaring that he is his, the judge is to give judgment according to the witness if a witness testify, but he is to decide on oath if they testify either for both or for neither*». Esta redacção poderia abranger o caso de o autor pedir tutela ao tribunal porquanto o réu veiculava pela *polis* a notícia de que era proprietário de um escravo pertencente ao autor, pedindo o autor a declaração da inexistência do direito do réu. Nesta hipótese, o ónus da prova da existência do direito caberia ao réu. Daquilo que é o nosso conhecimento, não existem vestígios epigráficos desta hipótese nem desta forma de agir em juízo (acção de apreciação negativa), por isso sempre será um exemplo de remota utilidade.

Afirma também PELLOSO que, em IC IV 72, I, 18-24, as duas partes têm ónus de prova das respectivas pretensões incompatíveis entre si e que tal não poderia ser aplicado a casos em que simplesmente o réu se defende por mera impugnação (ou seja, apenas nega que os factos alegados pelo autor sejam verdadeiros, não fazendo nenhum pedido reconvenicional nem deduzindo nenhuma excepção material).

O legislador gortínio não oferece nenhum critério de decisão judicial nos moldes do *onus probandi incumbit ei qui dicit et non ei qui negat*, isto é, não consagra nenhuma norma jurídica que institua o ónus da prova em sentido objectivo, que no fundo

¹²⁸ (PELLOSO 2009, 122; e 2016, 513).

¹²⁹ 1967: 39.

representa as consequências jurídicas que o juiz extrai por não se ter feito prova de determinado facto. Ora, precisamente a regra que o legislador gortínio conseguiu formular é a de que, perante a falta de outra prova para além das alegações das próprias partes, o juiz decidiria de acordo com a sua livre consciência (*ὁμνόντα κρίνεν*). Não decidiria contra quem deveria ter fornecido a prova, decidiria antes pelo filtro da sua consciência. O mais das vezes as consequências jurídicas coincidiriam, porque um juiz consciencioso, sabendo que um determinado facto era favorável a um determinado sujeito processual, entenderia que esse mesmo sujeito processual deveria ter feito prova daquele facto para além das suas alegações, pelo que, perante a falta dessa prova, decidiria contra ele. Mas nem sempre seria assim. E IC IV 72, I, 18-24 dá guarida precisamente a estas possibilidades, designadamente a hipótese de o juiz, confrontado apenas com as exposições introdutórias ao litígio por parte do autor e do réu, sem produção de mais prova, entender que a versão do autor era a mais convincente.

Mais ainda, embora a grande parte da doutrina entenda que, havendo prova tarifada fixada pelo legislador, a parte à qual incumbiria apresentá-la perderia a causa caso não a fornecesse¹³⁰, certo é que nenhuma norma no direito gortínio expressamente indica que o não fornecimento da prova legal/tarifada fará com que a parte que a tivesse de a fornecer saia vencida do processo (exceptuando o juramento purgatório que tem uma dinâmica distinta e a qual terá tratamento *infra*). No nosso entendimento, as normas onde vêm indicadas as provas legais (designadamente IC IV 72, II, 16-20, IX, 43-51, X, 29-32) apenas implicam ou sugerem que, se aquelas forem apresentadas em juízo, o juiz terá de adjudicar uma sentença favorável à parte que as apresentou. Daqui não se pode extrapolar necessariamente que a parte que não consiga apresentá-las tenha de forçosamente perder. A vinculatividade do juiz no domínio da prova reside essencialmente no seguinte: se for fornecida a prova à qual a *fatispécie* associe a vitória automática, o juiz terá de proferir sentença favorável à parte à qual incumbia a apresentação daquela prova¹³¹.

¹³⁰ Doutrina à qual alude MAFFI (2011, 155), com a qual não demonstra concordância, sintetizando-a impressivamente da seguinte forma: «*se la prova legale, prevista nel singolo caso dalla legge, non viene fornita, il giudice dovrebbe rendere una sentenza orientata dal fatto che la prova richiesta dalla legge non è stata fornita, cioè condannare la parte che non è stata in grado di fornirla*». Manifestando concordância com a referida tese, vd. GAGARIN 2010, 129; PELLOSO 2016, 512; 2018, 151.

¹³¹ E que vem confirmado no regime regra de IC IV 72, XI, 26-31: «*whatever it is written that he*

A lei não define directamente, porém, o que deve o juiz fazer quando não são apresentadas testemunhas e/ou não seja aplicável ou convocável o juramento purgatório. Não nos parece que se extraia da lei gortínia que a prova abaixo do *standard* da prova tarifada (prova que corresponda a um *minus* daquela exigida pela lei) deva ser degradada ao ponto de nada valer e de implicar a derrota automática da parte à qual incumbiria¹³². Por regra, não se retira directamente da lei que apenas possa ser obtida uma sentença favorável através da apresentação da prova tarifada (IC IV 72, II, 16-20, IX, 43-51, X, 29-32). A lei, nesses momentos, impõe que aquele caminho conduz à vitória, mas não implica necessariamente que outras vias (com outras provas) não possam levar também à vitória. Pelo contrário, vê-se que o legislador se preocupa com a circunstância de, por vezes, nenhuma prova poder ser apresentada em juízo, para além das declarações ou exposições alegatórias das partes. Essa preocupação ressalta em IC IV 72, I, 20-24, quando não existem testemunhas arroladas pelas partes. Aí, o legislador não degrada a restante prova fornecida, nem sequer desvaloriza a circunstância de poder não existir prova de ambas as partes. Daí que, esta norma, ofereça uma possível solução analógica para os casos de inexistência de prova, simultaneamente, do autor e do réu, ou em que o autor tenha carreado para o processo prova inferior àquela estabelecida pela lei para que possa ser considerada vinculativa para o juiz. Com isto, não se ignora que existam previsões normativas em que o legislador gortínio impõe que o único modo de obter uma sentença favorável é através da produção de um específico meio de prova (IC IV 45, B; 47, 16-26), mas essas serão situações excepcionais e não a regra.

Por outro lado, e como vimos mais acima, existem diversas situações ao longo das leis de Gortina em que ao réu é permitido deduzir determinadas excepções de direito material que paralisam o direito do autor (por exemplo, IC IV 41, III, 1-7; IC IV 72, III, 47-52). O legislador gortínio não distinguia juridicamente os casos de mera impugnação

shall give judgment upon, either according to witnesses or under oath of denial, the judge is to give judgment as is written».

¹³² Assim, MAFFI 2007, 204-205; e GAGARIN 2010, 129-131 e 133, assumindo, contudo, uma posição complexa, referindo que estando em causa testemunhas formais previstas na lei, a sua não apresentação acarretaria a perda automática da acção, o que não sucederia com a falta de arrolamento de testemunhas acidentais (não exigindo a previsão normativa a presença de testemunhas formais). Já no que respeita à falta de prestação de juramento de uma parte que fosse considerada *orkioteros*, o último Autor parece defender que essa parte perderia necessariamente a acção.

pelo réu dos casos em que o réu invocava excepções materiais para paralisar o direito do autor. Nestes últimos, também sempre se poderia dizer que a excepção de direito material era ónus do réu. E se nem o autor nem o réu apresentassem prova? Ora, parece-nos que o juiz decidiria o pedido do autor e a excepção invocada pelo réu conforme a sua consciência.

Finalmente, pode sempre dizer-se que, mesmo que as partes não aportassem provas para o processo, ainda assim o juiz deveria ponderar as razões de direito que sustentariam a pretensão. Desta forma, a modalidade decisória *ὀμνόντα κρίνεν* era a que asseguraria ao juiz a possibilidade de apreciar essas razões de direito. E esta modalidade *ὀμνόντα κρίνεν*, nos casos em que os autores não trouxessem a prova legalmente exigida, iria seguramente, na prática, coincidir a maior parte das vezes com a improcedência da acção. Daí que o conflito entre MAFFI e PELLOSO seja mais aparente do que pareça. Embora o juiz pudesse decidir na modalidade *ὀμνόντα κρίνεν* em casos em que o autor devesse ter fornecido determinada prova testemunhal que a lei exigisse (e não houvesse prova contrária do réu), por transplantação do regime de IC IV 72, I, 18-24 (modelo com o qual concordamos), a maior parte das vezes isso redundaria em improcedência da acção, visto que o juiz consciencioso dificilmente decidiria a favor do autor que nem sequer tivesse produzido prova para convencer o juiz da bondade da sua pretensão. Assim, de certa forma, as críticas de PELLOSO podem ser mitigadas.

Exposta esta querela doutrinal, pode concluir-se que o juiz teria um papel passivo e inexpressivo na recolha de prova (bem como, naturalmente, de factos), na esteira do pensamento de GERNET, chegando mesmo este Autor a afirmar que «o juiz não assume iniciativa própria com fim de acertar a verdade processual»¹³³.

Vejamos, de seguida, qual a relação entre o juiz e a produção da prova da declaração de parte juramentada, designadamente qual o peso da cláusula normativa *ὀρκιότερον* e a vinculação judicial ao conteúdo daquele meio de prova.

¹³³ MAFFI 2011, 156 e 158-159, embora admita que o juiz gortínio, ainda assim, não será tão passivo como juiz no processo ático do séc. IV. Tal deve-se, parece-nos, aos casos em que, por lei, a modalidade de juízo é *ὀμνόντα κρίνεν*, mas que na prática poderá tornar-se um *δικάδδεν*, vinculando o juiz a uma decisão, nos casos em que uma parte está possibilitada de apresentar uma prova decisiva – e o juiz a admite – ou haja propositura simultânea de juramentos e o juiz tenha de decidir qual deles é admissível, MAFFI 2011, 159-160. Esta decisão de admissibilidade de apenas um dos juramentos propostos tornava de imediato clara a existência do direito e a quem este pertencia, WOLFF 1946, 75.

3.4. O juiz face à cláusula normativa *ὀρκιώτερον*

O juramento de parte apresentava-se no direito gortínio como um autêntico meio de prova, com plena eficácia decisória, determinante para o desfecho da lide¹³⁴. O conceito de juramento importa a mobilização de duas esferas distintas, uma jurídica e outra metafísica, que se fundem entre si. A dimensão jurídica aflora-se na declaração de assunção de responsabilidade, perante terceiro, que sujeita o indivíduo declarante a determinadas consequências jurídicas subordinadas a um facto futuro e incerto. O jurador, que é um dador de garantia pessoal, certifica a ocorrência de determinado facto ou acontecimento, mediante a sua declaração, assumindo o risco fúnebre da sua não verificação (IC IV 51). A responsabilidade da não verificação daquela realidade corre por conta do declarante. A dimensão metasensível, por outro lado, manifesta-se na assunção daquela responsabilidade perante uma entidade divina, que se encarregaria de cumprir a maldição a que o declarante se votava, em caso de perjúrio¹³⁵. São, assim, características essenciais do juramento a assunção de responsabilidade diante entidade transcendente e a auto-maldição a que o (eventual) perjúrio é exposto, podendo ainda o juramento apresentar outras características eventuais, designadamente a forma oral, o uso de fórmulas pré-fixadas e de ritos e até a participação da comunidade ou de terceiros¹³⁶.

Por outras palavras, em termos estruturais, o juramento é revestido de uma declaração assertória de carácter solene sobre a verdade de um facto ou conjunto de factos (decisivos para a definição da causa), mediante a invocação de um deus ou vários deuses para afiançar tal declaração, para além de acarretar uma cláusula sancionatória

¹³⁴ PLESCIA 1970, 42. Contudo, e como explicita BIONDI (1970, 111-112), o pleno carácter decisivo de um juramento para a resolução do processo não quer significar que o mesmo seja um meio de prova. Para tanto, convoca o sistema probatório clássico, no qual o juiz decide de acordo com o juramento, que foi deferido à contraparte e aceitado por esta, não porque «*il diritto su cui cade il giuramento sia pienamente provato, ma perchè così hanno voluto e disposto le parti*»: o juramento é um negócio processual ao qual a prova é alheia.

¹³⁵ Na impressiva definição de ZUCCOTTI (2000, 1), é, essencialmente, «*una assunzione di responsabilità compiuta dall'individuo non di fronte al suo interlocutore, diretto interessato di quanto egli asserisce o promette, bensì di fronte a un terzo, estraneo a tale rapporto, ossia davanti alla divinità (o in ogni caso rispetto a un principio metasensibile) cui esplicitamente o implicitamente il soggetto si è rivolto*».

¹³⁶ Para maiores desenvolvimentos, ZUCCOTTI, 2000: 2.

de natureza religiosa sob a forma de uma maldição¹³⁷. Tal cláusula era também uma garantia da veracidade da declaração solene: na eventualidade de o declarante prestar falso testemunho ou cometer perjúrio, sobre o mesmo recairia a maldição referida. Na experiência jurídica da Grécia antiga, como refere PLESCIA, o juramento de parte poderia ser verdadeiramente decisivo, quando uma das partes da lide, perante a impossibilidade de fazer prova da sua pretensão, propusesse que se ajuramentasse a contraparte, com vista a dar um desfecho ao caso, podendo esta aceitar ou fazer o desafio reversamente (*riferire il giuramento all'avversario*)¹³⁸. A mera recusa corresponderia à confissão da tese contrária¹³⁹. Neste sentido, estar-se-ia perante um juramento decisivo e definitivo, sendo o conteúdo de tal juramento homologado por sentença¹⁴⁰.

O juramento de parte poderia também qualificar-se como purgatório, quando relativo ao réu ou acusado, sobre o qual recaísse uma suspeita ou forte indiciação negativa: através do juramento purgatório, a parte (o réu) afastava essa forte presunção negativa, ou seja, expurgava-a. O melhor exemplo de juramento purgatório no Grande Código de Gortina surpreende-se na Coluna III, 5-9, juramento através do qual uma mulher poderia afastar a acusação do ex-marido de ter subtraído bens do património deste após a separação/divórcio. Este juramento, que implicava a invocação de Artemisa (por prescrição legal), afastaria a concreta presunção de que certos bens na

¹³⁷ Para mais desenvolvimentos, vd. PLESCIA, 1970: 99.

¹³⁸ Muito impressivamente, o regime probatório do juramento na modalidade de *deferimento/riferimento* está sujeito ao livre jogo da dialéctica processual, MAFFI 2011, 156.

¹³⁹ Sobre a recusa de fornecer um meio de prova e o seu enquadramento como confissão ou revelia no direito judiciário grego antigo, vd. MAFFI 1986, 25, onde se pode surpreender o impressionante excerto: «[o]riginariamente la confessione è equiparata all'atteggiamento di acquiescenza che legittima l'esercizio dell'autotutela privata o pubblica. D'altra parte l'alternativa acquiescenza/contestazione proietta la sua efficacia anche sul regime delle prove legali che caratterizza il processo arcaico: l'accusato che contesta è tenuto di regola a provare che la sua opposizione è fondata; se non fornisce la prova si considera acquiescente». Ou seja, parece vigorar o brocardo latino *manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre*: a falta de vontade de jurar ou o requerimento de uma parte para que a contraparte jure na sua vez é acto que manifesta culpa ou confissão.

¹⁴⁰ «Such an oath was the deciding evidence and constituted the whole trial: proof, judgment, and penalty. It was the same sort of attempt to get the gods to settle a question which we find in the various forms of ordeal» PLESCIA 1970, 13.

posse da mulher pertenciam ao ex-marido, aliás estabelecendo que tais bens passassem a ser considerados juridicamente pertença daquela (com a consequência seguidamente descrita em Coluna III, 9-12¹⁴¹). São também exemplos de juramento purgatório os casos vertidos em IC IV 72, IX, 51-54, e XI, 46-55, como já referido *supra*. Também em IC IV 42, PLESCIA entrevê um juramento purgatório, uma vez que a lei permitiria ao juiz furtar-se à acusação de ter demorado a decidir um caso de acção de demarcação de terrenos mais do que o tempo estabelecido por lei¹⁴². Uma vez perante o juramento purgatório, ou o réu o aceitava, afastando a acusação que sobre ele tinha sido lançada, ou rejeitava, sendo condenado.

A par da modalidade *deferimento/riferimento*¹⁴³, anteriormente expandida, surge o juramento de parte por sua própria iniciativa, quando a parte se oferece a jurar algum facto como verdadeiro, que será decisivo para o desfecho da causa e que lhe atribuirá a vitória. A existência deste regime em Gortina é meramente especulativa, mas com grande probabilidade de se ter verificado, atenta a cláusula normativa *ὀρκιότερον*¹⁴⁴. Analisemos perfunctoriamente esta cláusula que surge, por diversas

¹⁴¹ «And whatever anyone may take away from her after she has made her oath of denial, he shall pay the thing itself plus five staters», WILLETTS 1967, 41. Sobre este regime, com extensa análise, MAFFI 1997, 32-34.

¹⁴² 1970, 42. Como veremos *infra*, temos dúvidas quanto a esta afirmação.

¹⁴³ Também denominado juramento decisório e que, ainda hoje, tem existência legal no direito processual italiano (arts. 2736 *codice civile* e 233 *codice di procedura civile*), sendo um acto da parte através do qual pede para que a contraparte jure sobre um determinado facto (sobre a sua veracidade, *veritate*, ou sobre o seu conhecimento, *de notitia*), juramento ao qual poderá aceder ou não. Se a contraparte aceder, ganhará a causa, contudo, caso se venha a verificar a falsidade do juramento, haverá consequência penal (sentença condenatória por prestação de falso juramento), eventualmente cível (indemnizatória) e revogação da sentença do processo no qual foi prestado o juramento (arts. 395 *codice di procedura civile*, 2738 *codice civile*). Poderá também simplesmente recusar, sem motivo fundamentado, o que importará a perda da causa, ou, ainda, em vez de jurar, pedir à primeira para jurar na sua vez - um contra-ataque (*riferimento*). Neste caso, há uma reversão, e a parte inicial ou aceita o pedido de juramento da contraparte, e vence, ou o rejeita, e perde. Não pode é, de novo, remeter o juramento à segunda.

¹⁴⁴ Tem esta mesma intuição MAFFI (2011, 157) uma vez que afirma que a cláusula *orkioteron* não convive de modo simbiótico com o sistema *deferimento/riferimento*, isto é, se a lei dá preferência de juramento a uma das partes, a contraparte não estaria interessada em remetê-lo, estando a parte considerada *orkioteron* completamente privada de poder usufruir da preferência, a não ser por iniciativa da contraparte.

vezes, na lei gortínia (sem ser de forma exaustiva, IC IV 41, II, 12; IC IV 42, II, 5; IC IV 45, B, 3-4, IC IV 72, II, 15, III, 49-50, IV, 6-7). A palavra em si quer significar atribuição de prevalência a um juramento, quando se está perante o oferecimento contraposto de juramentos¹⁴⁵. O legislador escolhia *ex ante* qual dos juramentos propostos pelas partes seria escolhido, para dar um desfecho ao litígio. Assim, o pressuposto era que ambas as partes se tivessem oferecido para jurar. A lei degradava *a priori* um dos juramentos propostos em relação a outro. Mas isso não quer dizer que o juiz convocasse *ex officio* a parte declarada *orkiotos* por lei para tomar-lhe o juramento. Não, o juiz esperaria os requerimentos probatórios das partes e decidiria, após, de acordo com lei. Mesmo num caso em que a lei definisse *ex ante* uma das partes como *orkiotos*, podia esta não requerer as suas declarações juramentadas. E, desta forma, não se poria em prática a preferência dada por lei. Parece-nos arriscado afirmar que só poderia existir oferecimento de juramento pela própria parte quando a lei previa a cláusula *óρκιότερον*. De facto, parece que essa prova podia também ser oferecida em qualquer litígio, mesmo sem essa previsão. Nesses casos, poderia ser de eficácia diminuta, uma vez que poderia existir outra prova mais robusta, como a testemunhal, e, caso não existisse, a contraparte poderia também oferecer-se para jurar o contrário. Perante estes dois requerimentos de juramentos contrapostos, sem demais prova, o juiz optaria por um deles¹⁴⁶, porventura com alguma discricionariedade, atendendo à cláusula sancionatória do juramento proposto ou ao comportamento processual das partes, como discutiremos *infra*. Não sabemos nem a lei gortínia parece fornecer critérios susceptíveis de ser mobilizados para esta questão, não estabelecendo a lei qual juramento proposto deveria ser escolhido, a mesma também não se pronuncia sobre como poderia o juiz ultrapassar este obstáculo. A cláusula legal *óρκιότερον* resolvia *a priori* um problema que, em concreto, poderia revelar-se bastante arbitrário e casuístico. Alguns Autores chegam a afirmar que a referida cláusula introduz, por vezes, um «*princípio excepcional e necessário*»¹⁴⁷.

¹⁴⁵ BILE (1988, 181): «*il garde encore sa valeur contrastive dans un cas*», «*celui des deux adversaires dont le serment a le plus de valeur*», MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 1997, 116; MAFFI (2011, 157; e 2007, 210-211) referindo que o pressuposto da mobilização da norma que contenha *óρκιότερον* é o de ambas as partes oferecerem juramento.

¹⁴⁶ PLESCIA 1970, 42; MAFFI 2007, 190 e 210-211; DAVIES 2005, 311, embora com uma particularidade a que aludiremos *infra*.

¹⁴⁷ No caso de IC IV 72, II, 15, que concede preferência no juramento à escrava vítima de violação,

Pelo exposto, dúvidas não podem restar de que o juramento de parte, ou a declaração juramentada de um facto pela parte, servia como meio de prova, e com resultado decisivo para o desfecho da lide¹⁴⁸. A eficácia associada a este meio de prova estava intrinsecamente ligada ao temor a ela associada¹⁴⁹.

Mas a cláusula *ὀρκιότερον* encontra-se também no Grande Código em relação a testemunhas. Ou seja, não era uma prerrogativa privativa das partes. Também as testemunhas podiam, através de acto solene e formal, afiançar o juiz da veracidade de determinados factos, através de juramento, com valor vinculativo para o juiz e para o conteúdo da sua sentença. São exemplos os casos vertidos em IC IV 72, III, 47-52, IV, 3-8¹⁵⁰.

Em IC IV 72, III, 47-52, uma mulher que se divorciasse e que, entretanto, viesse a dar à luz, deveria levar a criança a casa do ex-marido, para que este a recebesse ou

GERNET 1916, 398-399. Sobre a interpretação da norma, no sentido de que protege o direito do proprietário de exploração sobre a escrava, e que o agente que praticou o facto ilícito terá de ser forçosamente um terceiro (que não o proprietário), MAFFI 1997, 140.

¹⁴⁸ Com plena eficácia decisória, MAFFI 2011, 157; MARTINI 2005, 202-203.

¹⁴⁹ «*A differenza di Platone (Lg., 947-948) il legislatore gortinio ritiene che il giuramento sia ancora circondato da un rispetto tale da incutere timore all'attore eventualmente spergiuro (nonché ai suoi testimoni) e da riscuotere la fiducia del convenuto. Quindi l'attore che giura avrà partita vinta, sia puré nei limiti dell'ὀρκίον, ma la grave responsabilità che si assume controbilancia la facilitazione concessagli*», MAFFI 1983, 163-164. E MERRIAM 1885, 327: «*[a]ppeal to the gods by oath as a last resort is as binding as in the days of Rhadamanthos, not the age of Plato*».

¹⁵⁰ Para MAFFI 2007, 217-218, referindo-se aos casos de IC IV 41, II, 6-16; IC IV 72, III, 44-IV, 8, e IX 38-40, tratam-se de *coniuratores*, e não testemunhas: «*non si tratta del giuramento dei normali testimoni. In tutti i tre casi il giuramento dei testimoni si aggiunge, rinforzandolo, al giuramento dalla parte. Di un giuramento del testimone in quanto tale, cioè indipendentemente dal giuramento della parte a cui favore rende testimonianza, non c'è traccia né nel CdG né in altre iscrizioni cretesi*». No caso de IC IV 41, coluna II, 6-16, parecem-nos testemunhas formais para a prova de verificação de uma condição de uma eventual acção a intentar. Em IC IV 72, coluna III, 44-IV, 8, parece-nos que seriam efectivamente testemunhas de que o ex-marido tinha tido possibilidade de reclamar a criança, pelo que sempre presenciaram determinada matéria de facto. Não seriam, a meu ver, testemunhas abonatórias da mãe da criança abandonada ou exposta, exactamente por terem presenciado determinados factos litigiosos. Pensamos que os *πέτρον* referidos em IC IV 72, II, 39, poderiam mais ser *coniuratores* (*oath-helpers*) do que propriamente os outros casos referidos, embora MERRIAM (1885, 344) refira que também poderão ser testemunhas dos factos litigiosos.

não, e na presença de três testemunhas. A lei oferece prevalência de juramento aos familiares e testemunhas que presenciaram tal facto, fixando-o como verdadeiro, caso estes venham a jurar, e que legitimaria a decisão da mãe quer de educar quer de expor ou de abandonar a criança. Contudo, se tais juramentos não fossem propostos, não quereria dizer que a mulher perdesse liminarmente a acção. Porventura, apresentando outro tipo de prova (não tão robusta como a exigida por lei), e sendo confrontada com prova testemunhal do ex-marido, o juiz ainda assim poderia resolver o caso em favor da mulher em sede de *ὀμνόντα κρίνεν*, após valoração ponderada de toda a prova carreada para o processo.

No caso tratado na Coluna IV, 3-8, muito similar ao anteriormente referido, uma mulher serva (*Φοικέα*) que desse à luz uma criança, estando divorciada de um outro servo, deveria dirigir-se ao proprietário do ex-marido, na presença de duas testemunhas, para que este rejeitasse ou aceitasse a criança. O legislador atribuía prevalência ao juramento das testemunhas que presenciaram aquele acontecimento, o que seria decisivo e vinculativo para o juiz, para efeitos de saber se a criança ficava sob poder do proprietário do servo ou do proprietário da serva (consoante o proprietário do servo tivesse recebido ou não a criança).

Uma vez que se estabeleceu que *ὀρκιότερον* é uma cláusula atributiva de preferência, aqui resta saber se funcionaria o mesmo princípio, isto é, que só haveria prevalência dos depoimentos juramentados das testemunhas visadas por *ὀρκιότερον*, se houvesse testemunhas tanto do autor como do réu. E parece-nos que sim. Contudo, os dois últimos exemplos citados parecem permitir inferir o seguinte: a cláusula *ὀρκιότερον* flexibiliza o regime quadro contido em IC IV 72, Coluna I, 20-24, que pode ser aplicado analogicamente a outras situações¹⁵¹, uma vez que perante arrolamento de testemunhas tanto pelo autor como pelo réu, o juiz não decidiria na forma *ὀμνόντα κρίνεν*, mas sim conforme os depoimentos juramentados das testemunhas a quem a lei desse preferência, caso estivessem no processo.

Deve fazer-se ainda uma precisão quanto à relação entre a cláusula *ὀρκιότερον* e o juramento purgatório sobre o qual se expenderam algumas considerações. De facto, os dois parecem actuar em planos distintos, pelo menos numa perspectiva ou abordagem literal à legislação gortínia. HEADLAM refere que *ὀρκιότερον* nunca seria usado para juramento purgatório. Para todos os casos em que em que o juramento

¹⁵¹ MAFFI 2011, 155.

acarreta o término ao processo judicial e seja sucedido de uma sentença de mérito, refere o egrégio Autor que a palavra utilizada pela lei é *ἀπόμῶσαι* (ver IC IV 72, III, 7, IX, 54, XI 48-49)¹⁵². Alguma doutrina tem-se mostrado crítica desta construção. MARTINI, num manuscrito em que se debruça sobre o juramento nas leis de Gortina, demonstra a sua discordância, entendendo que a cláusula *ὀρκιότερον* não impede que se esteja perante um juramento purgatório¹⁵³. No mesmo sentido concordante, de que *ὀρκιότερον* é equivalente ao juramento purgatório, insurge-se PARKER¹⁵⁴. PLESCIA oferece o exemplo de IC IV 42, Coluna B, e indica que nesta norma se concede a hipótese de um juramento purgatório ao juiz acusado de ter retardado a emissão de uma sentença para além do tempo prescrito pela lei¹⁵⁵. Não podemos concordar com estes últimos Autores. O legislador, nesse momento, recorre expressamente ao vocábulo *ὀρκιότερον* (IC IV 42, Coluna B, 5), o que significa, na esteira de tudo aquilo que acima se escreveu, que existe um determinado contraste ou contraposição, dando-se prevalência a um dos pólos¹⁵⁶. Tal realidade não é compatível com o juramento purgatório. Neste dá-se possibilidade ao acusado de se eximir da condenação mediante a elaboração de uma declaração juramentada com um determinado teor associada a um determinado castigo divino para a eventualidade de o conteúdo da declaração estar inquinado com falsidade. Ou ele aceita e é absolvido. Ou rejeita e é condenado. Ou seja, a seguir ao juramento purgatório o litígio obrigatoriamente encontra o seu fim, seja uma condenação ou uma absolvição¹⁵⁷. Já com a cláusula *ὀρκιότερον*, associada à oferta de juramentos das duas partes, o juiz apenas escolheria quem deveria jurar (por imperativo legal o mais das vezes). Deste modo, é uma regra de selecção de juramentos oferecidos. E, ainda que se escolhesse quem deveria jurar, não significa que o processo findasse ali.

¹⁵² 1892, 63-65. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (1997, 117): *ἀπόμωτος* com o significado «*que ha jurado no hacer algo*».

¹⁵³ Após fazer referência às normas inscritas em IC IV 72, II, 15-16, III, 47-52, XI, 47-49, IC IV 41, II, 12; IC IV 42, B, 3-6; IC IV 45, B, MARTINI entende que se deve considerar de forma unitária as hipóteses normativas nas leis de Gortina nas quais se aluda a juramento, independentemente de o legislador recorrer à expressão *ὀρκιότερον* ou *ἀπόμῶσαι* (1999, 385-389 e nota 19), posição à qual não aderimos como se verá *infra*.

¹⁵⁴ 2005, 71.

¹⁵⁵ 1970, 42.

¹⁵⁶ BILE 1988, 181.

¹⁵⁷ Também assim, GAGARIN & PERLMAN 2016, 350; PLESCIA 1970, 4 e MARTINI 2001, 179.

Explicuemo-nos melhor: se o juiz assinalasse e escolhesse quem deveria jurar, ainda assim a parte que se propôs jurar poderia chegar ao momento da prestação do juramento e decidir desistir. Ou, sendo apresentada uma testemunha para jurar em sede do seu depoimento (IC IV 72, Colunas III, 47-52, IV, 3-8), a mesma poderia, por alguma razão, deixar de prestar depoimento. Mas, ao contrário do que acontece com o juramento purgatório, o processo não terminaria aí com a vitória da contraparte. Na primeira hipótese (desistência de a parte prestar juramento), a consequência seria, a nosso ver, chamar a parte contrária para que então esta prestasse o juramento que havia anteriormente oferecido e que fora preterido em virtude de não ser *orkiotos* (a parte preferida para jurar), a não ser que a lei expressamente previsse que a consequência jurídica da falta de prestação de juramento pela parte considerada preferente fosse a improcedência da acção (vd. IC IV 45, B)¹⁵⁸. No segundo exemplo (testemunha que era *orkiotos* e que não prestara depoimento), o juiz muito provavelmente decidiria na modalidade *ὀμνύντα κρίνεν*. Por isso o juramento purgatório seria sempre conclusivo do processo judicial. Mas a escolha do *orkiotos* nem sempre seria seguida do fim do processo.

Quanto à possibilidade de o juiz gortínio ordenar *sua sponte* uma declaração juramentada de uma das partes do conflito, dissemos que tal não era possível¹⁵⁹. Mas, perante o requerimento de ambas as partes para que a contraparte jurasse sobre uma

¹⁵⁸ Nesta hipótese de desistência pela parte considerada preferente pela lei, o julgador apenas ofereceria à contraparte a possibilidade de jurar, caso esta tivesse requerido prestar juramento previamente (isto é, se tivesse havido concorrência de oferecimento de juramentos pelas partes). Não está descartada a hipótese de, perante aquela desistência, a contraparte pedir para jurar (não o tendo previamente feito), mas a leitura da legislação gortínia parece sugerir a concentração da apresentação dos meios de prova no início do processo (e não consoante a sorte das sucessivas fases do processo), até porque, perante a produção de determinadas provas, o juiz teria de emitir necessariamente uma sentença de acordo com o sentido desse meio de prova, cerrando a porta do processo ao oferecimento de outras. Não nos parece ser um tipo de processo susceptível de volte-faces.

¹⁵⁹ Corresponderá ao *giuramento suppletorio*, existente no hodierno direito processual italiano, que tem lugar quando o juiz ordena a uma das partes para jurar sobre factos da causa não plenamente provados, mas ainda assim sem estarem completamente carecidos de prova (art. 2736 *codice civile* e 240 *codice di procedura civile*). Sobre isto, FABIANI 2003, 3118, e a crítica de VERDE 1972, 2756-2757, qualificando o *giuramento suppletorio* como modalidade de resolução do litígio.

determinada factualidade, qual deveria ser o procedimento? Admitiria somente um ou ambos? E, caso só pudesse aceitar um, quais seriam os critérios da escolha? E caso os litigantes pedissem as suas próprias declarações juramentadas?

Quanto às questões apresentadas, entendemos que não temos suficientes elementos textuais para apresentar respostas definitivas. Em relação à primeira pergunta, há que distinguir se existe uma cláusula legal *ὀρκιότερον* ou não. Se existir, dá-se aqui como reproduzida a solução acima apresentada, e, de facto, a mesma não parece conviver bem com a dialéctica *deferimento/riferimento*¹⁶⁰, isto porque, se a lei dava preferência ao juramento de uma parte, que interesse teria essa parte de pedir que a contraparte jurasse? Nenhum, porque nada lhe garantiria que a contraparte pedisse, em sentido inverso, que a primeira jurasse. E, sendo assim, não haveria requerimentos de juramentos contrapostos para que o juiz atribuísse prevalência a um deles. Mas não é por a convivência da cláusula *ὀρκιότερον* com o modelo «*deferimento/riferimento*» fazer pouco sentido que este deixaria de ser possível. Hipoteticamente seria possível. O alcance prático é que parece nenhum. Isto porque a parte declarada *ὀρκιότερον* teria todo o interesse de pedir a sua própria declaração juramentada e não o da parte contrária.

Ainda assim, se o juiz se visse confrontado com dois pedidos de juramentos da parte contrária contrapostos entre si, ou seja, autor pedindo o juramento do réu e réu pedindo, em resposta, o juramento do autor, havendo na norma legal a previsão *ὀρκιότερον* o juiz teria de dar prevalência ao requerimento feito pela parte que não tinha a preferência de jurar (precisamente porque esta pedia que o juramento da parte que tinha preferência para jurar). Como se disse, só academicamente se poderia supor um regime esquizofrénico como este.

Quanto à segunda parte da primeira questão, se não houvesse cláusula *ὀρκιότερον* na norma legal, cremos que o julgador decidiria casuisticamente com bastante margem de discricionariedade quem deveria jurar. MAFFI entende que tal não se pode depreender dos textos epigráficos e que colocaria o juiz numa posição pouco conciliável com a de um juiz passivo, pese embora ponha essa hipótese¹⁶¹. Repare-se,

¹⁶⁰ A contraparte não estaria de modo algum interessada em remetê-lo, estando a parte considerada *orkioteros* completamente privada de poder usufruir da preferência, a não ser por iniciativa da contraparte, como se disse *supra* na nota 169 e MAFFI 2011, 157.

¹⁶¹ MAFFI 2007, 190, 259. O Ilustre Autor tem a seguinte passagem que demonstra que a solução contrária colocaria em perigo alguns princípios do direito processual clássico: «[n]el caso invece del giuramento, esso ha conservato in linea di principio la sua efficacia privilegiata e risolutiva,

embora o juiz estivesse a decidir quem de facto deveria jurar, a iniciativa de prova ainda assim tinha provindo das partes, não do juiz. Este tivera sido chamado a decidir um incidente processual prévio à decisão final. E este incidente era precisamente decidir qual das duas partes deveria poder jurar. Poderia mesmo chamar-se uma decisão intermédia ou interlocutória, prévia à sentença final. Se o juiz não o fizesse, não havendo mais nenhuma prova a produzir, o juiz ver-se-ia obrigado a decidir na modalidade decisória da *ὀμνόντα κρίνεν*, votando muito provavelmente a acção ao insucesso, porquanto o autor não teria trazido nenhuma prova para convencer o juiz da bondade da sua pretensão. E, portanto, perante esta dualidade, entendemos que, de facto, o juiz decidiria qual seria a parte a jurar, sempre no pressuposto de que houvesse sido oferecido por ambas as partes juramentos (próprios ou da parte contrária)¹⁶².

Contudo, se ambas as partes carreassem testemunhas para o processo, qual seria a atitude do *δικαστής* perante os requerimentos de juramentos contrapostos (*deferimento/riferimento*)? A lei parece supor que quando houvesse testemunhas de ambas as partes, e a lei não atribuísse uma preferência a determinadas testemunhas, o juiz teria de decidir na modalidade *ὀμνόντα κρίνεν* (IC IV 72, XI, 26-31). Resta saber se isso impediria o juiz de aceitar um requerimento de juramento de uma das partes (tanto o seu próprio juramento como o da contraparte), mas sem que isso alterasse aquela modalidade decisória e não a tornasse uma decisão vinculativa *δικάδδεν* em relação à matéria juramentada. Se o juiz perante testemunhas de ambos os litigantes,

che però contrasta con il principio del libero agone dialettico che informa il processo di età classica (soprattutto quello attico, l'único che ci permette di valutare il ruolo dominante di quel principio grazie alle orazioni giudiziarie giunte fino a noi). Consentire alla legge o al giudice di imporre il giuramento a una delle parti come prova vincolante e risolutiva (eventualmente scegliendo fra le proposte di giurare contrapposte) contrasterebbe gravemente con quel principio: dunque il giuramento è ammesso esclusivamente in seguito a una iniziativa di parte e solo con il consenso della controparte». PLESCIA (1970, 42) e DAVIES (2005, 312) não entrevêm aporias quanto a esta solução.

¹⁶² Se bem compreendemos DAVIES 2005, 312, o Autor parece abrir porta à possibilidade de serem feitas declarações juramentadas e, após a sua realização, o juiz decidiria qual era mais valiosa. Não nos parece que assim fosse, uma vez que o ordenamento jurídico parece apenas conviver com a existência apenas de um juramento ou juramentos (num mesmo sentido) e não com a possibilidade de serem realizadas declarações juramentadas em sentido contrário entre si. A prestação de juramento garantiria veracidade à declaração e não poderia haver duas verdades contrárias e excludentes entre si.

ainda assim poderia pronunciar-se sobre os requerimentos de prova juramentada apresentados pelas partes e aceitar um deles. A resposta, em princípio, parece-nos profundamente negativa¹⁶³. E é este o nosso entendimento porque o juramento, nas leis de Gortina, aparece sempre como vinculante para a decisão do juiz, talvez por ser um meio de prova a que se recorra quando não houvesse nenhum outro melhor. Ora, se houvesse testemunhas de ambos os litigantes, e ainda assim o juiz fosse aceitar o juramento de uma das partes, precisamente porque do resultado desta prova juramentada poderia resultar uma decisão vinculante do juiz, este iria estar a transgredir a letra da lei (IC IV 72, XI, 26-31). Ademais, «*il ricorso al giuramento appare proprio subordinato alla mancanza di testimoni*»¹⁶⁴.

Estas afirmações vêm apenas pôr a descoberto que a dialéctica probatória poderia ser muito complexa e completamente distinta de processo para processo.

Em relação à segunda questão, sem aprofundar muito, apenas nos parece que, numa modalidade *deferimento/riferimento*, apenas seria possível escolher que uma das partes jurasse. Assim, sempre haveria o juiz de dar preferência a uma das partes para jurar.

Quanto à última questão, não resultando dos textos gortínios qualquer referência a critérios que pudessem orientar o juiz na escolha da parte com direito a jurar, tudo o que dissermos será apenas especulativo. Porventura, deveria o juiz escolher o requerimento que contivesse a cláusula sancionatória mais gravosa. Ou seja, aquela que contivesse o castigo mais pesado. E poderia também, no processo dessa escolha, atender ao comportamento processual das partes, ou seja, ao modo como as partes se comportaram na alegação dos factos ou ao modo como se dirigiram ao tribunal, se com desdém ou se com preocupação em colaborar¹⁶⁵. Poderiam ainda concorrer outros

¹⁶³ Assim também MAFFI (2011, 157): «[q]uindi, se partiamo dal presupposto che l'omnunta krinen' si basi su una libera valutazione delle prove da parte del giudice, dovremmo escludere che il giuramento possa avere un ruolo (anche perche è difficile pensare a un giuramento di parte cumulabile com il giuramento del giudice)».

¹⁶⁴ MAFFI 2007, 255-256.

¹⁶⁵ Se bem entendemos DAVIES (2005, 312), o Autor não se encontra muito longe desta formulação, «[t]he system therefore had to accommodate competing oaths worn by opposing litigants and witnesses, and left it to the judge in such cases to decide who was "more oathworthy", a stipulation which presumably meant in practice navigating among the silences of the various assertions made on oath».

motivos adjacentes, designadamente o estatuto social e as condições económicas dos litigantes. Possivelmente, deveria ainda o juiz atender aos respectivos ónus de prova (em sentido subjectivo). Num plano meramente hipotético, um juiz que tivesse uma plena consciência recta e justa sobre quem deveria provar determinado *thema probandum*, ou, por outras palavras, sobre a repartição do encargo da prova, poderia também analisar se a parte queria que a contraparte jurasse sobre uma matéria cujo ónus pertencesse a si ou a esta última. E, neste caso, poderia o juiz apreciar a causa de pedir do autor e as eventuais excepções deduzidas pelo réu. Assim, o juiz poderia atender a quem tinha o ónus de provar determinada matéria e, com base nessa distribuição de ónus de prova, deveria sopesar e ponderar a quem deveria atribuir preferência para jurar. E esta conclusão vale também para os juramentos pedidos pelas próprias partes em relação a si.

Pelo exposto, entendemos que as modalidades de *deferimento/riferimento* e de requerimento de declarações juramentadas da própria parte poderão ter coexistido no mesmo modelo processual gortínio, não havendo restrições literais a essa interpretação.

Com o que se acabou de afirmar, temos de concordar com a conclusão de Maffi de que o juiz gortínio não desempenharia um papel inteiramente passivo como o do processo ático do século IV a.C., contudo sem que chegasse a assumir iniciativa de prova com fim de procurar a verdade material¹⁶⁶. De facto, se o juiz poderia em determinadas situações escolher que parte poderia jurar (quando inexistisse a cláusula normativa *ὀρκιότερον*), haveria uma intervenção judicial ao nível da admissão e controlo de meios de prova, que acaba por ser o cumprimento de um dever integrado no *officium iudicis*. Por este facto, o juiz, ainda que passivo quanto à introdução de prova no processo, acaba por se tornar um protagonista e garante da actividade probatória¹⁶⁷.

4. O conhecimento officioso da lei aplicável pelo juiz: discontinuidades aparentes com o regime de prova?

¹⁶⁶ 2011, 158-159.

¹⁶⁷ Apoiamo-nos convenientemente em ABEL LLUCH (2005, 347) quando afirma que «[l]a atribución exclusiva de este deber [de admisión de los medios de prueba] al juez lo convierte en el protagonista y garante de la actividad probatoria».

Na experiência jurídica ática, os tribunais eram constituídos por cidadãos comuns, muitas vezes sem qualquer competência técnico-jurídica¹⁶⁸, o que tornava os juizes mais permeáveis à «*intervenção reguladora da comunidade*»¹⁶⁹ e, naturalmente, a argumentos de natureza extra-jurídica. Tal afirmação parece ter especial relevância em processos de natureza pública¹⁷⁰, respeitantes a toda a comunidade, como os casos de *asebeia* (processos de impiedade¹⁷¹) e de *hybris*. Mas aquela *permeabilização* era igualmente transportável para os casos de acções privadas (*δίκαι*). Não nos parece ser assim nos processos em que se fazia o chamamento de juizes estrangeiros (*metapempesthai dikasterion* ou *metapemptoi dikastai*). A experiência jurídica grega, ao adoptar a solução de entregar a missão jurisdicional a cidadãos muitas vezes sem competências técnicas, garantia a «*não subtracção da função jurisdicional ao controlo directo do povo (demos)*»¹⁷². A composição dos litígios e a vigilância sobre a efectiva aplicação das leis vigentes não poderiam estar reservadas a um exíguo círculo de especialistas, mas deveriam ser integralmente entregues ao povo. Como refere STOLFI, «*[i]l rischio di essere giudicati da incompetenti – contribuendo, con ciò, a scoraggiare più raffinate elaborazioni del diritto [...] – doveva apparire l'inconveniente minore, rispetto alla prospettiva di concentrare nelle mani di pochi l'esercizio di quella funzione*»¹⁷³. Por via desta solução, evitava-se assim que os decisores judiciários pudessem interpretar habilmente a lei para além da sua dimensão escrita ou pudessem inculcar criatividade no processo metodologicamente comprometido de declaração do direito no caso concreto. Precisamente por esta razão, HARRIS afirma que os tribunais áticos, que não estavam vinculados a precedentes sobre casos análogos, estariam pouco receptivos a interpretações pouco usuais da lei, oferecidas pelos litigantes¹⁷⁴.

Muitos estudiosos do direito processual ateniense têm vindo a afirmar que aos litigantes caberia também debater a lei aplicável, o sentido e intencionalidade da lei

¹⁶⁸ STOLFI 2020, 191; CANTARELLA 2015, 14-16.

¹⁶⁹ LEÃO 2004, 203.

¹⁷⁰ Denominados *graphai* (*γραφαί*), LEÃO & RHODES 2016, 69.

¹⁷¹ LEÃO (2004) e LEITE (2014, 46).

¹⁷² STOLFI 2006, 46, e 2020, 192-197. BEARZOT (2017, 273) vai além desta ideia de legitimação do poder judicial, afirmando que o desenvolvimento da função jurisdicional era uma forma de participar na vida política.

¹⁷³ 2020, 195.

¹⁷⁴ HARRIS 2004, 261.

aplicável, e que, por essa razão, vigoraria no direito ático o princípio *iura non novit curia*. Também em matéria de direito, os juízes, que podiam ser juridicamente inexperientes¹⁷⁵, estariam sujeitos às alegações das partes e à qualificação jurídica dos factos por elas efectuada. A esta matéria voltaremos, mas não sem antes discorrer sobre o referido princípio.

O princípio *iura novit curia* significa precisamente que o juiz conhece por ofício o direito e a lei aplicável ao caso concreto. Decorre, como relembra SATTÀ, da exigência de uniformidade de juízos, «*cioè è necessario, come suprema garanzia di uguaglianza tra i cittadini, che il caso particolare sia deciso con applicazione di una norma identica a tutti gli altri casi uguali, cioè che il giudizio sia uguale per tutti i casi uguali*»¹⁷⁶.

Em termos muito sintéticos, o princípio *iura novit curia* impõe ao juiz o dever de indagar a lei aplicável ao caso, não se devendo bastar com as alegações de direito das partes, nem podendo ficar cingido ao direito que os litigantes consideram ser aplicável ao caso concreto¹⁷⁷. Deste postulado retira-se também a desnecessidade de prova do conteúdo do direito objectivo, tanto da fonte de direito como da norma abstracta ou concretamente aplicável ao caso. Consequentemente, o juiz poderá, por via deste princípio, proceder a uma alteração da qualificação jurídica dos factos litigiosos e mobilizar uma solução normativa distinta daquelas que os litigantes entendiam ser adequada¹⁷⁸. Como relembra CAVALLINI, aquele princípio está também intimamente ligado ao brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* (*dá-me os factos, dar-te-ei o direito*), para além de querer «*innanzi tutto palesare la valenza storica e immutabile del primato della giurisdizione nella composizione della lite tra i cives, «a valle» della stessa legislazione*»¹⁷⁹. Ou seja, a decisão só será justa se for conforme à lei, à concreta norma que o legislador desenhou para cobrir casos materialmente idênticos ao do caso

¹⁷⁵ *Dilettanti* ou amadores, STOLFI 2020, 195.

¹⁷⁶ (1981, 180).

¹⁷⁷ Outra formulação tradicional do princípio *iura novit curia*, distinta daquela que se plasmou, é a da inexigibilidade de prova da existência, do teor e da vigência do direito objectivo, vd. WÜRTHWEIN 1977, 87-88; e RENDINA 2014, 145-151, que explora com interesse os sentidos históricos do princípio.

¹⁷⁸ CALAMANDREI (1947, 33) demonstra, precisamente, que existe um denso dever de o juiz procurar a lei vigente e aplicável.

¹⁷⁹ 2017a, 759.

concreto que se apresentou ao juiz. E essa justeza pode não ser conseguida se o julgador depender das alegações de direito das partes.

Retornando ao direito processual ático, como se teve oportunidade de referir, é extensa a doutrina que se pronuncia pela vigência do princípio *iura non novit curia*. Ou seja, *a contrario sensu* do acima exposto, esta posição doutrinal defende que os juízes estariam vinculados às alegações jurídicas invocadas pelas partes e que estariam limitados à escolha de uma das teses defendidas, havendo ainda necessidade de provar a existência, vigência e teor das leis. Assim se pronunciam PAOLI¹⁸⁰, GERNET¹⁸¹, BISCARDI¹⁸², CANTARELLA¹⁸³, DURAN¹⁸⁴, STOLFI¹⁸⁵ e PALAO HERRERO¹⁸⁶.

Contudo, algumas vozes na doutrina se têm pronunciado de forma desfavorável a este entendimento. PUNZI, embora admitindo que a alegação de aplicabilidade de uma lei (norma concreta) pelos litigantes constituía uma limitação à livre procura da lei pelo juiz, acaba por expressar que esta alegação das partes «*non precludeva al giudice la possibilità di ricercare e di determinare, sia pure entro i limiti concessi dalla legge, la norma che assicurasse la giustizia del caso concreto*» e «*in caso di mancata allegazione o di assenza di legge scritta il giudice era assolutamente libero di rilevare la norma, determinando quale fosse la soluzione suggerita dal sentimento del giusto, che egli doveva ricercare in sè, nella propria coscienza, quindi com un'opera di*

¹⁸⁰ PAOLI (1925, 237): «*la produzione della legge fa parte dell'istruttoria come la produzione dei testimoni, per cui gli scrittori di retorica elencano la legge tra gli strumenti probatori*».

¹⁸¹ GERNET (1937, 126) afirma que os juízes somente conhecem ou consideram as leis convocadas pelas partes. Contudo, acrescenta que, uma vez convocadas, aqueles poderiam aferir se estavam em vigor e se podiam ser aplicadas ao caso. O princípio do dispositivo abrangia, portanto, também as potenciais leis aplicáveis ao caso concreto.

¹⁸² BISCARDI 1982, 19, 266-267, referindo que «*il giudice è obbligato a giudicare secondo la legge, ma non a conoscerla, e quindi neppure a tenerne conto se non è debitamente allegata*» e que a não convocação da lei aplicável pela parte interessada equivaleria a uma renúncia tácita.

¹⁸³ «*In Grecia, e in particolare ad Atene, [...] era compito delle parti portare a conoscenza dei giudici le regole giuridiche applicabili al caso concreto*» (2015, 62).

¹⁸⁴ DURAN 2004, 283. Findas as alegações de direito, os *dikastai* adjudicariam a vitória àquele que melhor demonstrasse a questão da lei aplicável.

¹⁸⁵ STOLFI (2006, 34) referindo-se ao ónus de fornecer os textos normativos, que recaía sobre as partes.

¹⁸⁶ PALAO HERRERO (2007, 370-371): «*el derecho aplicable ha de ser objeto de prueba, y solo las leyes cuya existencia se demuestra pueden ser aplicadas por el tribunal*».

rilevazione pienamente autonoma»¹⁸⁷. O juiz podia eximir-se da estrita alegação de direito das partes, das normas que estas entendiam ser aplicáveis ao caso concreto, mas também da interpretação que estas ofereciam de determinadas normas. MAFFI dedicou também um estudo exclusivo a este tema. Depois de analisar algumas passagens na Retórica de Aristóteles (1355b, 35-39, 1375b, 26 e ss), o Autor manifestou-se no sentido de que a inclusão do *nomos* no rol de meios de prova (*pisteis atechnoi aristoteliche*) não significa que vigorasse nos tribunais áticos o princípio *iura non novit curia*: «*l'inclusione del nomos fra i mezzi di prova atecnici "esterni" all'oratore mi induce a ritenere che il principio iura non novit curia responda essenzialmente ad un'esigenza riformatrice di Aristotele e non corresponda affatto alla teoria ed alla prassi dei tribunali popolari ateniesi, almeno in linea di principio: è soltanto infatti nella concezione aristotelica che il giudice verifica l'esistenza del fatto e lo valuta sulla base di un nomos che esiste oggettivamente al di fuori di lui e che quindi può e deve essere provato come un fatto esterno tanto all'oratore che al giudice*»¹⁸⁸. Aos litigantes não caberia propriamente provar a existência, vigência e teor de uma lei. Antes teriam o ónus de convencer o tribunal de que os factos que aportavam para o processo correspondiam à previsão de uma determinada fatispécie. Assim, o juiz «*deve limitarsi a verificare la corrispondenza del fatto accertato alla previsione normativa che lo riguarda*»¹⁸⁹. Se bem compreendemos o Autor, às partes caberia assim expor as razões de direito que servissem de fundamento à acção, existindo um encargo especial de convencimento do tribunal de que uma determinada causa de pedir ou excepção aportadas para o processo se subsumiam a uma determinada previsão normativa: «*la parte intende provare [...] è il dovere del giudice di applicare proprio quella legge in quanto la fattispécie all'esame del tribunale, secondo la parte, rientra appunto nella previsione di quella legge e non di altra*»¹⁹⁰.

Sem tomar uma posição definitiva nem de fundo sobre a discussão acima apresentada, parece-nos que, ainda que os tribunais áticos fossem compostos por cidadãos muitas vezes desprovidos de competências jurídicas, seria estranho que estes ficassem vinculados apenas à prova feita pelas partes sobre a existência, vigência e teor

¹⁸⁷ PUNZI 1965, 27.

¹⁸⁸ 1976, 122.

¹⁸⁹ MAFFI 1976, 122.

¹⁹⁰ MAFFI, 2010.

de determinadas leis. O facto de muitos não terem competências técnicas não permite por si só estabelecer que eram completos desconhecedores das leis da cidade. E se os mesmos estavam vinculados ao cumprimento e aplicação das leis escritas, ainda mais insólito se torna defender a vigência do *iura non novit curia*. Num processo em que as partes em conflito apenas se referissem a leis não convocáveis ao caso concreto, se os juizes já tivessem tomado contacto anteriormente com casos análogos e soubessem precisamente que a lei aplicável ao caso não era nenhuma daquelas em debate entre as partes, atendendo àquele dever proveniente do juramento, que era o de julgar segundo a lei, torna-se particularmente singular admitir que o juiz tinha de escolher uma das teses em questão e ignorar a lei que ele conhecia e saber que deveria ser mobilizada.

Dúvidas não existem, contudo, que em Atenas era vigente o princípio da instrução por iniciativa das partes, sendo plenamente conveniente apelar ao aforisma *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. Assim, as partes tinham de aportar os factos e as provas essenciais à procedência da acção ou da contestação, aos quais o tribunal estava delimitado. A decisão jurisdicional era alcançada através de uma votação, sem que os *dikastai* tivessem de motivar com argumentos jurídicos ou extra-jurídicos, e sem ter de ser reduzida a escrito¹⁹¹. A sentença seria uma mera adjudicação à pretensão de uma das partes¹⁹², sendo inconcebível uma condenação fora daquilo que foi pedido pelas partes, com excepção de penalidades suplementares (*prostiman*). Pelo exposto, parece ser defensável a tese de que os poderes de prova/instrução ex officio dos juizes áticos seriam diminutos, o que poderia estar ligado à ideia latente do processo grego, sublinhada por PALAO HERRERO, de que «*administrar a justiça era uma operação pela qual se aplicava a razão, e a justiça em si mesmo era o resultado*», proveniente da vontade dos deuses e que fluiria naturalmente, independentemente de se alcançar a justeza material da decisão numa concepção hodierna, a justiça como «*a conveniência do mais forte*»¹⁹³, e não a verdade material como pressuposto da justiça. No entanto, existe documentação escrita que comprova que na arbitragem ateniense

¹⁹¹ MAFFI 2004, 46. Fazendo referência a este processo de votação, LEÃO 2001, 364; HARRIS 2018, 222-223; WOLFF 2013, 104, referindo o secretismo do escrutínio.

¹⁹² O tribunal acolhia apenas uma das versões apresentadas, vd. WOLFF (2013, 104).

¹⁹³ Frase de Trasímaco, PLATÃO, *A República*, I, 338c, podendo sintetizar-se que a «*giustizia non è altro, e non può essere altro, che l'utile, cioè il benessere, dei governanti*», MAFFI 2019, 2. As leis corresponderão «*ao direito de quem tem o poder*», BISCARDI, 1982: 347; e PALAO HERRERO (2007, 26-27).

pública e privada, o juiz árbitro poderia questionar as partes para além do que estas teriam alegado¹⁹⁴, o que se pode dever à natureza mais flexível destas instâncias jurisdicionais.

Volvendo ao direito de Gortina, o Grande Código é silente quanto à vigência do princípio *iura novit curia*. Da restante legislação gortínia vigente no século V a.C., que tivemos oportunidade de consultar, também nada resulta a esse respeito. Contudo, não é pelo simples facto de não resultar expresso do elemento literal das leis que nada se pode inferir a respeito dos princípios imanentes à letra escrita. Apelando à tese da «*juristische Denkformen*» de WOLFF¹⁹⁵, de que existiriam princípios jurídicos implícitos nas leis e noutros textos juridicamente relevantes, e que implica uma «*indagine sul significato dei termini giuridici, operazione che va però condotta nell'ambito di complessi documentari coerenti e omogenei. In questa prospettiva rappresenta un modello il progetto di pubblicare raccolte commentate di epigrafi provenienti da una certa area geografica con particolare attenzione alle strutture processuali che da tali documenti emergono*»¹⁹⁶. O intérprete, ao extrair princípios jurídicos de um conjunto de normas, pode alcançar não só o modo de pensar do legislador (comunidade reunida num determinado órgão) como também compreender as profundas preocupações ético-jurídicas comunitariamente enraizadas. E mais, não se pode também ignorar que os gregos foram os primeiros a pensar as relações sociais privadas e públicas como fenómenos reguladas pelas leis da cidade¹⁹⁷.

Assim, e antes de indagar os legados escritos de Gortina com vista a deles inferir a existência ou inexistência do princípio *iura novit curia*, há que fazer algumas outras considerações respeitantes à literacia comunitária, ao destinatário primário das leis escritas e à existência de normas atinentes à responsabilidade de juízes por danos causados no exercício das suas funções.

Quanto à literacia em Gortina no século V a.C., desconhecemos se a mesma era transversal a toda a comunidade ou restrita apenas a um determinado grupo ou elite¹⁹⁸.

¹⁹⁴ HARRIS 2018, 221 e 226, apoiando-se em Iseu 5.32, «[t]he arbitrators interrogated us many times and learnt the facts», e Dem. 27.50, «[w]hen the arbitrator questioned him about each of these matters...». Vd. também PALAO HERRERO 2007, 347, referindo Dem. 40. 54-54.

¹⁹⁵ Sobre esta tese, vd. MAFFI 2001, 272, 277-278, 287.

¹⁹⁶ MAFFI 2004, 39.

¹⁹⁷ Precisamente assim, MAFFI 2004, 47.

¹⁹⁸ BEAUFILS (2000, 58) aludindo à tese de WHITLEY de que «*literacy was confined to a scribal*

A primeira hipótese parece-nos muito improvável. A segunda pode ser demasiado cerceadora. De facto, não se pode ignorar que toda a prova documental existente, não só as peças legislativas como também os *graffitis* pessoais e comerciais e inscrições funerárias, indiciam uma considerável familiaridade, em distintos graus e contextos, dos cretenses com a escrita¹⁹⁹.

Por outro lado, não se pode desatender à circunstância de as normas legais serem dispostas publicamente, o mais das vezes em templos, associando a sua inobservância às cominações divinas²⁰⁰. Questiona, desta forma, BEAUFILS: «*[w]hy then go to great trouble to carefully inscribe laws, to give them a material, epigraphic form, when few could have derived any communicational benefit from this action?*»²⁰¹. Parece-nos uma pergunta legítima, o que pode contribuir para pôr em causa a tese de que poucos tinham aptidão para conhecer as leis escritas. Ou seja, parece-nos que haveria uma classe que dominava a escrita (os escribas, escrivães, tabeliães), contudo seria acessível a outros grupos sociais que com maior ou menos dificuldade compreenderiam os registos escritos²⁰².

O princípio *iura non novit curia* seria incompatível com uma sociedade em que o domínio da escrita estivesse restrito a determinadas classes sociais. Se determinados grupos da sociedade não compreendiam os registos escritos, essenciais para decifrar as leis da comunidade, como poderiam mobilizar essas normas posteriormente em tribunal para obter vencimento de causa? Sempre se poderá dizer que a dimensão oral do conhecimento da lei poderia assumir uma decisiva importância neste domínio. Queremos com isto dizer que os conhecedores da escrita e das leis poderiam transmitir aos iliteratos o teor e vigência de normas. Contudo, ainda que tal acontecesse, não nos

class».

¹⁹⁹ PAPAKONSTANTINOU 2002, 139.

²⁰⁰ PAPAKONSTANTINOU (2002, 136) escreve impressivamente: «*[t]he display of written law on the walls of a temple was very probably associated with the frequent invocation of the gods in the opening formulas of these statutes. Moreover, this act in all likelihood implied that the laws were endowed with divine protection, projecting the god as the overseer of the validity of the law and an avenger to any offender of its contents*». Quanto à disposição pública das leis escritas, THOMAS (2005, 58) mostra-se mais contida, acabando por referir que a redução das leis «*seems to imply a pious hope that the written rules will somehow straighten matters out*».

²⁰¹ BEAUFILS (2000, 58).

²⁰² E como refere PAPAKONSTANTINOU (2002, 141) «*[o]ne should expect that the laws of the city were among the “public affairs” informally discussed in the common meals of the andreion*».

parece que permita por si só que se conclua que o juiz gortínio estava limitado e só poderia conhecer estritamente o direito convocado pelos litigantes.

Outra questão que nos parece pertinente é a de saber quem era o destinatário principal ou primacial do Grande Código de Gortina (e de outra legislação especial vigente no século V a.C.), sendo um tema carecido de um estudo extenso e pormenorizado de cada uma das normas (substantivas e processuais). Por princípio, parece-nos que os juízes eram os destinatários principais do Grande Código. Com isto queremos afirmar que o legislador produziu as normas constantes daquele Código visando primacialmente o juiz e a sua actuação judicial num processo. Neste sentido, apresentam-se expressamente PERLMAN²⁰³ e AVILÉS²⁰⁴. Este parece-nos ser o melhor entendimento. De facto, percorrendo o Grande Código de Gortina, somos surpreendidos diversas vezes com o verbo *δικάδδεν* que impunha, como já acima exposto, um determinado sentido à sentença judicial (IC IV 72, I, 21, IX, 30 e 50, XI, 27-28), com a cláusula *ὀρκιότερον* (IC IV 72, II, 15, III, 49-50, IV, 6) que implicava que o juiz desse preferência a uma declaração/depoimento juramentado. Estes termos jurídicos não convivem bem com um modelo processual onde fosse vigente o *iura non novit curia*. Pôr nas mãos das partes a observância dos resultados pretendidos pelo legislador não parece compatível com a redacção do Grande Código. Concretizemos com o seguinte exemplo: se, no caso previsto em IC IV 72, I, 18-24, apenas o autor arrolar uma testemunha que confirma que o escravo, objecto de contenda, é propriedade do autor, e em alegações de direito tanto autor como réu entenderem que o juiz deve decidir de acordo com a sua livre consciência, apreciando livremente as provas trazidas aos autos e jurando antes de decidir (*ὀμνύντα κρίνεν*), se seguíssemos a tese de que era vigente o princípio *iura non novit curia*, o juiz não poderia decidir na modalidade de *δικάδδεν*. Por outras palavras, não decidiria automaticamente no sentido indicado pela testemunha, porquanto tal não fora expressamente alegado em termos jurídicos pelos litigantes. Em primeiro lugar, esta tese frustraria os intentos do legislador, criando um direito judiciário completamente alheado das finalidades inscritas nas leis. Em segundo lugar, existiria uma violação expressa pelo juiz do dever de julgar de acordo com a lei. Em terceiro lugar, esta solução poderia levar à desigualdade e insegurança jurídica,

²⁰³ (2002, 197), pondo os juízes como os principais destinatários das leis.

²⁰⁴ AVILÉS (2011, 6): «*despite some appearances, it is, in fact, only magistrates that are actually addressed by the Gortynian Code*».

porquanto em casos materialmente idênticos as alegações jurídicas das partes poderiam ser diferentes, levando conseqüentemente a que o juiz decidisse de forma diversa. Ora, se estas leis foram promulgadas, dispostas publicamente e associadas à punição divina, foi seguramente para que a sua letra fosse cumprida e todos os membros da *polis* ficassem em pé de igualdade perante a lei.

Ademais, como se referiu *supra* para o direito ateniense, também parece fazer pouco sentido que um juiz conhecedor do direito, confrontado com dois ou mais litigantes que desconhecêssem a lei e que invocassem normas claramente inaplicáveis ao caso, tivesse de ficar sujeito ao campo jurídico (normas abstractamente aplicáveis ao caso) definido pelas partes.

Também é de realçar, como relembra AVILÉS, que no Grande Código de Gortina nenhuma norma sancionatória de natureza pecuniária estabelece uma sanção mínima ou máxima, entre as quais o julgador poderia variar com alguma margem de discricionariedade, consoante as características do caso concreto²⁰⁵. Se o juiz estivesse sujeito às alegações de direito das partes no que respeita às conseqüências jurídicas de determinadas actuações, os resultados jurisprudenciais poderiam ser tremendamente lesivos e arbitrários para a comunidade, designadamente nos casos previstos em IC IV 72, I, 7-12, II, 2-16. O legislador visava precisamente evitar arbitrariedades no exercício da função jurisdicional. Para tal, exigia-se que os *dikastai* conhecessem minimamente a lei que teriam de aplicar. E a lei processual previa ainda que estes fossem acompanhados por um *μνάμων* (*mnamon*), funcionários judiciais, que poderiam alertar o juiz para a vigência de uma norma que seria a mais apta para a resolução do caso concreto ou ainda alertar para a existência de algum precedente jurisdicional²⁰⁶. A função do *μνάμων* era a de precisamente auxiliar o juiz e de, muito provavelmente, recordar processos anteriormente julgados e com relevância para a decisão de outros

²⁰⁵ Concluindo o Autor (2011, 6-7) que: «[i]t seems plausible, therefore, that the Code is meant to be a limitation imposed on the power of the judges. [...] The whole Code seems to be aimed at making sure that the position of an aristocratic lord as judge may not give him too much power».

²⁰⁶ GERNET (1982, 154) define o *μνάμων* como «*sorte de cleric apparemment, dépositaire des avertissements divins qu'il devait rappeler au moment voulu*». Porventura essas funções podem ter decaído nas questões de simples resolução (BILE 1985, 350), mas os precedentes jurisdicionais poderiam manter a sua importância na resolução de casos mais obscuros, não tratados directamente pela lei, ou que geravam mais controvérsia (BILE 1985, 351; CALERO SECALL 1997, 124).

casos concretos. O ofício de *μνάμων* vem, por isso, demonstrar não só a oralidade dos processos judiciais, reféns da memória colectiva, mas também da pertinência e influência dos precedentes para o auxílio da resolução de casos pendentes²⁰⁷. E, na verdade, pouco sentido faria se a sua função se esgotasse para efeitos de prova de que tinha existido um determinado processo anterior (IC IV 72, IX, 31 e ss). Daqui também se retira que os precedentes jurisdicionais teriam importância para o desfecho da lide, embora não se registassem por escrito as decisões jurisdicionais.

Finalmente, no que concerne à existência de normas substantivas para responsabilizar o juiz pelo erro judiciário, surgem, como veremos adiante, as inscritas em IC IV 9 e IC IV 42, Coluna B. Destas normas retira-se muito sucintamente que a omissão de decidir ou de jurar do juiz em determinados casos poderia levar à punição dos julgadores, e remetemos para *infra* maiores desenvolvimentos destas regras. Nestes casos, surgiriam os *τίται*, funcionários do Estado que supervisionariam a errada actuação dos juízes.

Por todo o exposto, parece-nos seguro afirmar que no ordenamento jurídico-processual gortínio vigorava o princípio *iura novit curia*, pelas seguintes razões: i) o sistema legal gortínio não parece conviver bem com o princípio *iura non novit curia*, pela forma como as normas legais estão redigidas, incumbindo ao julgador decidir em determinado sentido e vinculando-o a sancionar em determinados moldes; ii) a arbitrariedade e casuismo que resultariam da vigência de um princípio como o do *iura non novit curia* entrariam em choque com a finalidade do legislador de controlar a actuação judicial; iii) a existência de funcionários públicos como o *μνάμων* ou os *τίται* indiciam uma preocupação da *polis* pelo controlo da correcta aplicação da lei.

Ademais, não é pelo simples facto de considerarmos que às partes caberia aportar os factos essenciais e as provas para o processo que significa que o juiz tivesse de ter uma postura expectante também quanto à indagação do direito aplicável. São duas dimensões distintas. Assim, quanto ao material fáctico e probatório, a iniciativa de alegação de factos e de prova caberia exclusivamente às partes, sendo uma dimensão inacessível ao juiz (o *officium iudicis* não contemplaria uma intervenção nesta sede). Contudo, cumpre referir que alguns Autores abrem possibilidades a que o juiz pudesse

²⁰⁷ THOMAS 1995, 67, 69-71. A figura do *μνάμων* indicia um considerável grau de participação e envolvimento directo dos cidadãos nos procedimentos judiciais, isto é, estes ficavam votados à já referida memória colectiva, vd. PPAKONSTANTINOU 2002, 142.

investigar e coligir provas por sua iniciativa. Assim, GAGARIN & PERLMAN²⁰⁸ abrem a porta à possibilidade de o juiz adquirir prova para o processo por sua iniciativa, tendo como pano de fundo a norma inscrita em IC IV 42, B, respeitante à demarcação de terrenos e em que a modalidade decisória era a *ὀμνόντα κρίνεν*. Na referida norma é concedido ao juiz um prazo de quinze dias para decidir, o que leva os Autores a pôr a hipótese de o juiz precisar daquele tempo para, eventualmente, fazer inspeção judicial aos terrenos ou inquirir os vizinhos das partes do processo. Em coerência com o que temos vindo a afirmar, pensamos que o juiz somente poderia fazê-lo a requerimento das partes, não beliscando desta forma o *princípio da instrução por iniciativa das partes*, mas a decisão, não havendo que decidir de acordo com prova tarifada, seria sempre *πορτὶ τὰ μῶλιόμενα* (IC IV 72, XI, 30-31).

Quanto à indagação do direito aplicável, este é um momento processual intimamente ligado à emissão de uma decisão conforme à lei. A decisão só poderia ser justa, na mundividência grega, se fosse conforme à lei. O juiz só cumpria inteiramente a sua função se julgasse de acordo com a lei. Não nos parece que fosse uma preocupação primordial que os factos apurados judicialmente fossem aqueles que efectivamente aconteceram. O juiz afirmava-se no momento da escolha da norma aplicável ao caso e não no momento do accertamento dos factos. Daí que, no nosso entender, seja possível fazer conviver a falta de iniciativa quanto aos factos e provas pelo juiz e a indagação do direito *ex officio iudicis*.

Por isso, concluímos também que nada permite inferir que na Gortina do século V a.C. o juiz estivesse limitado pelas partes quanto à indagação do direito e da lei aplicável ao caso concreto. Como anteriormente exposto, uma conclusão contrária parecer-nos-ia contraproducente com a monumentalização das leis de Gortina. Estas foram expostas de forma pública, para que todos dela tivessem conhecimento, dando uma certa igualdade perante a lei, para que todos soubessem que o seu incumprimento poderia acarretar sanções metafísicas (daí muitas estarem inscritas em templos), e, finalmente, para que a administração da justiça fosse mais eficiente. Em suma, que o juiz pudesse aplicar a lei que a comunidade/legislador desejaria que fosse aplicada. Tal desiderato só seria possível com uma facilitada consulta da lei vigente.

5. A atendibilidade de factos no Grande Código gortínio

²⁰⁸ (2016, 307).

Após uma detida reflexão sobre as questões da gestão procedimental, atinente ao *iter* processual, e da gestão material, sobretudo no domínio da prova, que estariam ao dispor do juiz gortínio, interessa-nos centrar no problema de quais factos poderia o juiz gortínio lançar mão, para além daqueles que lhe eram trazidos pelas partes. Esta discussão põe-se num plano muito próximo do aforisma “*quod non est in actis non est in mundo*” e propomo-nos tratar de três categorias de factos que poderiam não ser alegados pelas partes: os factos provenientes do saber privado do juiz, os factos notórios e os factos que o juiz conhece em virtude das suas funções. Interessa-nos também debater até que ponto poderiam aqueles factos ser aproveitados pelo juiz. O Grande Código de Gortina muitas vezes não ajuda, deixando-nos numa dimensão discursiva especulativa.

5.1. Os factos provenientes da ciência privada do juiz

Uma questão muito pertinente para o estudo que nos propusemos empreender é a de saber se os *dikastai* poderiam aproveitar factos não alegados pelas partes e de que tivessem conhecimento antes do início do processo, por terem presenciado ou por terem tido um contacto privilegiado. Estes conhecimentos farão parte da ciência privada do juiz, pois este colheu-os não na qualidade de magistrado, num processo já iniciado, mas na qualidade de um particular desinvestido dessa configuração de autoridade. Para CALAMANDREI, a ciência privada do juiz consistirá, assim, no conjunto de «*informazioni stragiudiziali che egli eventualmente abbia acquisito fuori del processo, come privato cittadino, sulla esistenza e sul modo di essere dei fatti stessi*»²⁰⁹. Na realidade gortínia, tal hipótese poderia dar-se se um magistrado tivesse presenciado a celebração de um contrato, e posteriormente fosse submetida à sua apreciação uma acção de condenação de um dos contraentes à realização da prestação contratada. Poderiam estes conhecimentos privados ser aproveitados pelos *dikastai*? Da legislação gortínia não retiramos resposta directa. Na experiência judiciária ática, HARRIS não se pronuncia sobre o aproveitamento de factos da ciência privada pelos juízes atenienses. Contudo, deixa latente que, na arbitragem privada, os juízes árbitros teriam muito mais receio em decidir contra litigantes que fossem seus familiares ou amigos, porque a votação era pública, ao contrário da votação secreta nos tribunais estaduais²¹⁰.

²⁰⁹ 1925, 281.

²¹⁰ 2018, 222.

BONNER afirma que essa atendibilidade seria possível nos tribunais atenienses, podendo o juiz aproveitar-se de factos controvertidos conhecidos de antemão²¹¹. PALAO HERRERO convoca este mesmo problema, admitindo que o conhecimento extra-processual dos juízes em relação aos factos litigiosos era um meio de prova directo ao dispor do julgador ático²¹². Este último Autor alerta para os perigos inerentes à aquisição de prova, sem que esta seja submetida ao contraditório das partes ou produzida num contexto processual, entrevendo assim a perversidade de um sistema que convive bem com o recurso à ciência privada²¹³. Os juízes podiam, desta feita, utilizar conhecimentos sobre a conduta social dos pleiteantes, as suas actuações anteriores, os rumores, para dar como provados certos factos²¹⁴. Tal nem seria sentido pelos litigantes como desvantajoso, como avança Demóstenes, que chega mesmo a afirmar que preferiria que uma pessoa familiarizada com os factos litigiosos julgasse um dos seus conflitos²¹⁵. O reputado orador afasta, desta forma, a ideia de

²¹¹ 1905, 84, afirmando «[i]t might even happen that a man went into the jury with his mind fully made up before he heard any of the evidence», vd. Lys. 6.54, Dem. 27.1. E continua «[a] client of Lysias relied entirely on the jury for confirmation of what he said, and produced no witnesses», vd. Lys. 24.5. Por outro lado, SIRON (2017, 93-94) afasta a probabilidade de o juiz ático conhecer os factos alegados, por se querer distanciar da tese de que Atenas seria uma «*société de face à face*». Mas em nada esta circunstância perturba o que pretendemos afirmar. Hoje, nas sociedades complexas plurifacetadas, também em casos marginais o juiz pode ter conhecimentos privados de um litígio que lhe é apresentado. A questão que permanece é se o juiz ático poderia aproveitar aqueles factos.

²¹² 2007, 368-370.

²¹³ 2007, 369.

²¹⁴ «*Inferencias prejuiciosas*», PALAO HERRERO 2007, 369.

²¹⁵ Dem. 27.1; Vd. BONNER 1905, 84. «*There are in the Orators numerous appeals to the knowledge of the jurors on various matters*», como se pode ver em Dem. 34.50; 44.66. Continua BONNER: «*They are virtually witnesses, and are often spoken of as such*», vd. Dem. 21.80, neste último faz-se referência a um facto notório; Lys. 10.1. «*A speaker could have no better corroborative witness than the men who sat on the jury*», BONNER 1905, 84-85, vd. Dem. 21.18. É certo que esta familiarização do juiz com elementos do processo pode ser conveniente em determinadas circunstâncias, como comprova HARRIS (2018, 221), naqueles casos em que os juízes, por saberem de antemão factos relevantes carreados para o processo pelas partes, decidirão melhor do que se cingirem às alegações das partes. Assim, em acções de demarcação de terrenos ou numa acção de responsabilidade por danos provocados por um curso de água pertencente a um vizinho (exemplo de HARRIS), se os juízes conhecessem bem o local, seria

incompatibilidade psicológica nestas circunstâncias. Ésquines também traça rasgados elogios à possibilidade de o juiz socorrer-se da ciência privada para alcançar a decisão²¹⁶. É que, como é hoje consabidamente repetido, o juiz que assistiu aos factos controvertidos não pode julgá-los, pois reúne qualidades de julgador e de testemunha, configurando uma manifestação do *princípio da proibição do recurso à ciência privada*. A possibilidade de aproveitamento dos conhecimentos privados mais não significaria do que permitir ao juiz utilizar cegamente as suas próprias convicções apaixonadas. Outras exigências estão implícitas nesta proibição da utilização da ciência privada: o juiz só tratará as partes de forma igual, se for imparcial. E só será imparcial se não tiver conhecimentos do seu foro privado, que possa embutir deliberada ou inconscientemente nas decisões que profere²¹⁷. PLATÃO reconhece esta mesma realidade²¹⁸. Distintamente, mas ainda assim densamente conexo com esta última parte da discussão, é a dúvida de saber se um dos membros do júri (*dikastas*) poderia depor como testemunha, violando a regra *nec enim et testis et iudicis partibus fungi potest*, que postula a impossibilidade de alguém ser juiz e testemunha de uma das partes (distinto, em parte, da possibilidade de aproveitar os factos privados)²¹⁹. Muito impressivamente, «à testemunha não compete julgar e ao julgador não compete testemunhar»²²⁰. A resposta parece-nos, assim, claramente negativa.

Como não existe um catálogo de causas impeditivas do exercício jurisdicional nas Leis de Gortina, não temos como concluir pela inexistência clara do princípio da proibição ao recurso de conhecimentos privados. A precaução analógica²²¹ pela qual nos temos tentado pautar impede-nos uma transposição do pensamento de BONNER em relação ao direito ateniense para Gortina, pois parece-nos que, embora a prática

muito mais fácil a comprovação da tese de uma das partes. Mas aqui não estaremos perante um facto da ciência privada do juiz, mas sim facto notório, porventura circunscrito a uma localidade.

²¹⁶ Em relação ao Aréopago, em *Contra Timarco* (1: 92).

²¹⁷ CALAMANDREI (1925, 283) refere-se à incompatibilidade psicológica das duas funções.

²¹⁸ Platão, *Leis*, 937a. «*And if one of the judges be summoned as a witness, he shall not vote at the trial after giving evidence*».

²¹⁹ ANDRÉ 1910, 14.

²²⁰ MESQUITA 2017, 87.

²²¹ Precaução assinalada em CANTARELLA 2015, 14. Embora o *clima jurídico* em Gortina seja distinto, encontram-se princípios jurídicos comuns a todos os ordenamentos jurídicos gregos, BISCARDI 1982, 23.

possa ter efectivamente existido, seria generalizadamente censurada eticamente. Ao invés, parece-nos possível afirmar que não havia a violação da regra processual ínsita que proíbe o juiz de ser simultaneamente testemunha no mesmo processo, pela configuração normativa das Leis de Gortina: a lei assumia sempre a separação funcional entre «juiz» e «testemunha», e não faria sentido o instituto do *δικάδδεν* nesses casos de coincidência na mesma pessoa daquelas duas qualidades, pois tornar-se-ia numa auto-vinculação, o que na prática consistiria num *entscheiden* ou *ὀμνύντα κρίνεν*, e o juiz decidiria de acordo com a sua própria consciência. Resumindo, o juiz vincular-se-ia a si mesmo, não sendo possível distinguir o plano vinculante e a dimensão vinculada, não cumprindo a teleologia das normas contidas na Coluna XI, 26-31, que postula uma separação estanque de esferas jurídico-processuais: as testemunhas que vinculam o juiz num certo sentido e o julgador vinculado por aqueles depoimentos.

Ainda uma última nota, que seguramente estará subentendida naquilo que acabámos de construir. Não tendo possibilidade de afastar em definitivo a questão de se saber se no direito gortínio se respeitava o princípio da proibição do recurso à ciência privada, importa estabelecer as consequências de se afirmar a vigência ou, por outro lado, a insubsistência daquele princípio. Se os *dikastai* pudessem recorrer aos seus conhecimentos privados, poder-se-á qualificar o processo gortínio como inquisitorial, pois o juiz poderia integrar factos que se subtraíam à introdução legítima no processo, em relação aos quais o juiz teria convicções pré-formadas.

5.2. Os factos notórios

Fora do conhecimento privado estão os factos notórios, como deixámos latente. Os factos notórios são aqueles que, dotados de uma indesmentível evidência, são conhecidos ou facilmente conhecidos por um homem médio num determinado lugar e num dado tempo²²². Não se pode considerar que factos comunitariamente conhecidos

²²² A notoriedade fáctica existe quando os «*factos são comumente apreendidos ou difundidos de forma geral sem contradição séria, de modo que um homem sensato e experiente poderá ser convencido disso tanto quanto o juiz do julgamento com base na obtenção das provas*», STEIN 1893, 147. Vd. também CALAMANDREI 1925, 298; LEBRE DE FREITAS 2013, 169; e GIORDANO 2013, 22. O facto notório é um juízo sobre um evento passado (STEIN 1893, 139 ss), distinguindo-se das máximas de experiência (*Erfahrungssätze*), que são *proposições de conteúdo genérico e aplicáveis também ao futuro a todo um conjunto de casos análogos* (STEIN 1893, 21 ss. e CAPELO 2014, 302 ss).

numa dada colectividade, onde estão inseridos os litigantes e o juiz, sejam conhecimentos da ciência privada deste último²²³. É certo que colheu os factos notórios despido das suas vestes de magistrado. Nestas circunstâncias, não se vislumbram razões para impedir a atendibilidade de factos não alegados, mas conhecidos num determinado círculo social, porque em nada ofende a imparcialidade do juiz²²⁴. Ainda assim, pensamos que, no antigo direito grego, os factos notórios teriam de ser alegados pelas partes²²⁵. A questão da comprovação dos factos notórios, por outro lado, é que estaria por demais facilitada, porque os *dikastai* já os conheceriam de antemão e dificilmente negariam a existência daquilo que é notório e incontestável. Em Gortina, parece-nos que nos casos previstos em IC IV 72, I, 51-56, dificilmente o juiz poderia ignorar que o *ex-kosmos*, que apreendesse ou visse um seu escravo ser “apreendido” por outrem, tivesse ocupado aquele cargo outrora, por ser um facto conhecido na generalidade da comunidade gortínia e indesmentível para o homem medianamente razoável. Pelo que, o *ex-kosmos*, no caso de ver um escravo seu “capturado” por outrem na altura em que ocupava aquele cargo, ou qualquer cidadão, cujo escravo fosse subtraído por um *kosmos*, teriam de alegar os factos que fizessem subsumir a hipótese *sub iudice à fattispecie* normativa de IC IV 72, I, 51-56. No entanto, o facto de o *ex-kosmos* ter tido aquele cargo ao tempo da subtracção do escravo não careceria de prova, por ser objectivamente notório. Também quanto à questão de o *kosmos*, citado para um procedimento judicial, querer usufruir da sua imunidade judiciária, o próprio facto de se ser *kosmos* era notoriamente evidenciável. Apenas teria de referir, *ope exceptionis*, ao *dikastas* que não queria ou não aceitava o estatuto de réu²²⁶.

²²³ São factos que o juiz encontra já sedimentados no «*património cultural de um determinado círculo social*» CALAMANDREI 1925, 295 e SATTA 1981, 188 e 193).

²²⁴ Aliás, CALAMANDREI (1925, 295) refere-se mesmo à serenidade do juiz no aproveitamento desses factos conhecidos pela comunidade.

²²⁵ No entanto, certa doutrina entende que a notoriedade de um facto não dispensa a sua alegação em juízo pelas partes (sem que isso contenda com a insusceptibilidade de controvérsia do facto), pois estas é que sabem a relevância de ordem substancial e processual que pode ser atribuída àquele facto, FABIANI 2008, 555, n. 34.

²²⁶ Acentuando esta circunstância e a insusceptibilidade de ser relevável *ex officio*, MAFFI (2003b, 39), configurando, desta forma, uma excepção dilatória, devendo o juiz absolver o *kosmos* da instância e abster-se de conhecer o fundo da causa (não obstante à propositura de uma nova acção com o mesmo objecto). Tal excepção dilatória, que não era de conhecimento officioso, radicava na intenção de o legislador querer assegurar que o *kosmos* se dedicasse totalmente à

Também na previsão legal contida em IC IV 41, IV, 6-16 se pode entrever a possibilidade de o juiz estar perante factos notórios. Um escravo que tivesse sofrido lesões corporais graves por parte do seu proprietário poderia pedir asilo no templo, a fim de ser vendido a um outro cidadão. Esta seria uma prática consuetudinária que foi regulada especificamente por aquela norma.

Dispõe, então, o seguinte:

«6 τὸν δὲ φοικέα τὸν ἐπ-
ιδιόμενον μὴ ἀποδό-
θαι μήτε ναεύοντα
μήτ' ἢ κ' ἀπέλθῃ τὸ ἐν-
10 ιαυτοῦ. αἱ δὲ κα κοσμί-
οντος ἢ ὁ ἐπιδιόμε-
νος, μὴ ἀποδοῦθαι ἄς κ-
α κοσμηῇ μηδ' ἢ κ' ἀπέ-
λθῃ τὸ ἐνιαυτοῦ. αἱ δ-
15 ἐ κα πρὸ τὸ κρόνο ἀπο-
δοῦται, νικήθῃο: ...»²²⁷.

Mediante esta norma, como assinala MAFFI, o legislador pretendeu obstar à possibilidade de conluio entre escravo, o sacerdote do templo que o abrigue, e eventualmente outro cidadão, de forma a que o direito de propriedade sobre o escravo pudesse ser transferido para outrem de forma imediata, bastando para tal a procura pelo escravo de asilo num templo e a ficção entre todos os intervenientes de que o anterior proprietário teria infligido maus-tratos físicos graves ao escravo²²⁸. Desta forma, o

sua função, evitando que qualquer conflito privado pudesse pôr em causa o seu exercício consciencioso e devoto (MAFFI 2003b, 39 e 55). Também nos parece que esta excepção dilatória não podia ser invocável pelo *kosmos* quando este exercia o direito de acção (uma vez que configuraria um contra-senso, excepto se o *kosmos* já tivesse intentado a acção antes de iniciar o seu mandato e quisesse, no decurso da acção, usufruir dessa imunidade, o que parece ser uma hipótese pouco plausível). Concluindo, parece-nos que se trata de uma excepção dilatória que apenas poderia ser invocada pelo *kosmos* e quando este era réu numa acção.

²²⁷ Com a seguinte tradução «[I]o *shiamo curato non sai venduto né se si rifugia in un tempio né prima che sai trascorso l'anno; se lo schiavo curato è di un kosmos in carica, non sai venduto fino a che è kosmos né prima che sai trascorso l'anno. Se lo vende prima del tempo soccomba in giudizio. Quanto al tempo, (il giudice decida) giurando...*», MAFFI 2003b, 43.

²²⁸ MAFFI 2003b, 51.

legislador impôs um prazo mínimo de um ano, contado a partir do momento em que o escravo logrou asilar-se no templo, findo o qual o proprietário originário não poderia mais reagir contra a transferência do escravo, configurando-se como um autêntico prazo de caducidade. No entanto, também pretendeu o legislador impedir que um qualquer cidadão se pudesse apoderar de um escravo fugitivo e o pudesse vender antes de decorrido aquele prazo²²⁹. Durante este tempo, o proprietário primitivo poderia reivindicar o escravo, alegando e demonstrando que os maus-tratos eram inexistentes ou, mais latamente, que não se reuniam as condições justificativas para conceder asilo ao escravo. Ao fazer esta prova, a acção procedia e tudo parece indicar que o autor (proprietário primevo) poderia obter alternativamente a condenação do réu no pagamento de um montante equivalente ao valor do escravo ou a restituição do escravo que injustificadamente se tinha subtraído ao poder do seu proprietário, havendo um autêntico regresso ao *status quo ante*.

Se o proprietário do escravo que se asilasse num templo exercesse funções de *kosmos*, o prazo de um ano apenas começaria a ser contado após o término do exercício daquelas funções ou, caso se se tivesse iniciado antes do início do exercício das funções do cargo, o prazo suspender-se-ia e continuaria a ser contado após o fim do mandato²³⁰.

Neste último caso, o *kosmos* ou *ex-kosmos* (consoante intentasse ou não a acção durante o seu mandato²³¹) que quisesse reivindicar um escravo que injustificadamente se tivesse subtraído ao seu domínio, abrigoando-se num templo por ter invocado

²²⁹ CALERO SECALL 2017, 25.

²³⁰ É esta a leitura de MAFFI 2003b, 55, e que merece a nossa total concordância, porque é a solução que é mais conforme o princípio de que o exercício de uma função pública não deve ser agravado em virtude da existência de conflitos privados do titular do cargo. Tal princípio não se coadunaria com a solução de o prazo de caducidade de um ano continuar a correr mesmo durante o mandato de *kosmos*. Também, como refere WILLETTS (1955, 109), pode estar subjacente a esta disposição legal o desejo de evitar que o *kosmos* proprietário do escravo colha demasiadas vantagens em virtude da sua autoridade, tanto na venda como em qualquer procedimento legal que surja em consequência da transacção. Assim, a venda feita em violação daquela disposição seria nula e sem qualquer efeito.

²³¹ A possibilidade de reivindicar o escravo durante o período do mandato não estava vedada ao *kosmos* (MAFFI 2003b, 55), sendo uma faculdade que lhe era reconhecida, uma vez que este é que fazia a gestão do seu tempo e melhor compreendia se as matérias privadas e particulares da sua vida interferiam com o exercício da função pública. Mas não seria essa a vontade legislativa, como conclui CALERO SECALL (2017, 25).

(falsamente) lesões corporais graves sofridas à mão daquele, teria por demais facilitada a prova de que tinha começado e terminado o seu mandato (de *kosmos*) em determinadas datas, por serem precisamente factos notórios, da generalidade do conhecimento dos cidadãos gortínios médios. Tais factos eram seguramente determinantes para precisar, ao abrigo do prescrito em IC IV 41, IV, 6-16, se já se tinha ultrapassado o prazo de caducidade de um ano e/ou quando este prazo esteve suspenso.

5.3. Os factos conhecidos em virtude do exercício da função judicial

Também fora do conhecimento privado dos juízes estão os conhecimentos que o juiz adquire por via da sua função, através do exercício da função jurisdicional. Assim, se no mesmo tribunal decorrer um processo que seja repetição de um outro anteriormente ocorrido, entre as mesmas partes, com o mesmo pedido e causa de pedir, o juiz tem disso conhecimento em virtude da sua função. Se durante a inquirição de uma testemunha, em sede de audiência de julgamento, esta refere factos que não foram articulados pelas partes, mas que interessam à composição do litígio, o *princípio da proibição do recurso à ciência privada* não impede que o juiz possa atender àqueles, visto que estava nas suas vestes funcionais. Os factos discutidos e provados em processos anteriores constituem também factos que o tribunal conhece em virtude do exercício das suas funções.

Em IC IV 72, IX, 31 e ss²³², em estreita ligação com os parágrafos anteriores, alude-se à circunstância de um cidadão, condenado por sentença judicial ao pagamento ou restituição de um montante, falecer antes de os credores conseguirem executar a sentença. O direito gortínio previa a possibilidade de os credores oporem aquela sentença condenatória aos herdeiros do devedor, mas não sem antes intentarem uma acção de reconhecimento da existência da sentença anterior²³³. Nesta nova acção, a lei

²³² Tradução de MAFFI (1983, 122): «*Se uno riprende il processo in relazione alla sentenza di condanna, il giudice e il cancelliere, se è vivo e gode dei diritti di cittadino, siano testimoni competenti (...). Se questi vengono meno, il giudice decida che l'attore che giura insieme ai testimoni vinca il semplice ammontare (della pretesa originaria)*».

²³³ Sobre a passagem IC IV 72, IX, 31-32, «*αἰ μὲν κα νίκας ἐπιμολῆν*», as considerações de CALERO SECALL (2010, 53) podem ser compatíveis com a afirmação supra-exposta: «*ἐπιμολέω continúa con el mismo sentido de 'litigar después', pero al ir precisado por νίκας, 'causa ganada', causa en la que ya se ha dictado sentencia, el compuesto puede equivaler a 'recurrir', interponer un recurso contra ella. En este caso la interpretación de 'reabrir un*

exigia duas testemunhas qualificadas: o juiz que condenou na primeira acção e o seu respectivo *μνάμων*, desde que vivo e cidadão²³⁴. Se estes depusessem no sentido de que aquela primeira sentença fora realmente proferida, seria reconhecida a existência da mesma, e os herdeiros do devedor não poderiam opor-se à execução, com fundamento na inexistência de título executivo²³⁵. Repare-se que o juiz e o *μνάμων* do primeiro processo não eram inteiramente testemunhas de nenhuma das partes²³⁶, configurando-se mais como *amici curiae*, colaboradores do tribunal na fixação da verdade e na composição do litígio.

Chegados aqui, três hipóteses podem colocar-se no horizonte. A primeira é a mais simples. O juiz do processo que culminou com sentença condenatória contra o devedor defunto também tinha falecido. A nosso ver, atenta a *fattispecie* em análise, ficava impossibilitada ao credor a prova da existência de uma sentença prévia contra o devedor falecido.

A segunda hipótese é a de que juiz que conduziu o primeiro processo, e que

proceso 'puede ser correcta», na esteira também de BILE (1988: 276, 279 e 353), que traduz «*si on intente un procès concernant une cause gagnée*».

²³⁴ Com argumentário muito convincente, MAFFI (1983, 148) indica que a exigência de o juiz ser cidadão seria supérflua, uma vez que não há referências no Grande Código a juízes estrangeiros. Aqueles requisitos, de se ser vivo e de se ser cidadão, farão mais sentido se se aplicarem somente ao *μνάμων*, que poderia ser estrangeiro, afastando assim a tese de WILLETTS (1967, 74) de que seriam aplicáveis tanto ao juiz como ao *μνάμων*: «[p]otrebbe sembrare invece del tutto ovvio che la legge richieda che il *μνάμων* sia vivo; ma questa precisazione acquista forse un senso se si tiene conto che il *μνάμων* potrebbe non collaborare più con il giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna. In questo caso l'attore potrà comunque chiamare l'ex *μνάμων* a testimoniare insieme al giudice (che può essere diventato anche lui nel frattempo un ex-giudice). La conclusione è che il giudice può testimoniare senza *μνάμων*, non il *μνάμων* senza giudice».

²³⁵ «*In caso di vika si presume che né il defunto né gli eredi abbiano eseguito la condanna. L'attore, vittorioso nella fase del processo chiusasi con la condanna del convenuto poi defunto, tenderà di eseguire la sentenza nei confronti degli eredi. Se questi disconoscono l'esistenza della condanna a carico del loro dante case, la controparte intenderà un'azione per ottenere una sentenza di accertamento della condanna intervenuta nei confronti del defunto. Il giudice investito della questione accoglierà la domanda dell'attore soltanto se il giudice che ha pronunciato a suo tempo la condanna e il suo *μνάμων* testimoniano che tale sentenza è stata effettivamente resa. Accolta la domanda dell'attore, gli eredi del convenuto non potranno più opporsi all'esecuzione adducendo l'inesistenza della condanna*», MAFFI 1983, 147.

²³⁶ MAFFI 1983, 145.

culminou com uma sentença condenatória contra o devedor defunto, ainda ser vivo, mas tivesse deixado, entretanto, de ser juiz. O juiz que apreciava a segunda acção intentada pelo credor era necessariamente distinto do primeiro. E poderia ter tido ou não contacto com o que se passou no primeiro processo, mas a lei gortínia impunha a vinda ao processo do juiz do primeiro caso.

A terceira hipótese é a de que o juiz do primeiro caso não tivesse deixado de ser juiz. Em abstracto, duas situações poderiam ocorrer: ou o novo processo era apreciado pelo mesmo juiz ou por um outro. MAFFI, se bem entendemos, afasta a possibilidade de o juiz competente para apreciar a segunda acção ser o mesmo da primeira²³⁷. Tal poderá ter maior correspondência com o espírito da lei, uma vez que ao exigir que o *μνάμων* fosse vivo e cidadão para poder testemunhar, parece que o legislador estaria a assumir que algum tempo mediou desde que se reconheceu a dívida do defunto no primeiro processo e o segundo processo em que se pretendia reconhecer a existência de uma sentença anterior para poder executá-la contra os herdeiros do devedor defunto. Mas, por outro lado, o tempo que distou entre o primeiro processo e o segundo poderia não ter sido muito, mantendo-se o juiz no activo. Teria aquele processo de ser entregue a outro juiz? Pensamos que não. E para que não se violasse a regra *nec enim et testis et iudicis partibus fungi potest*, o juiz, tendo o conhecimento funcional da existência daquele primeiro processo e do seu desfecho, poderia utilizá-lo, em virtude de ser um facto conhecido em virtude das suas funções, podendo respeitar a restante exigência legal e convocar o *μνάμων* que assistiu ao primeiro processo. Não vemos razões, em abstracto, para afastar esta hipótese, a não ser que se veja na seguinte passagem «*αἰ μὲν κα νίκας ἐπιμολεῖ, ὁ δικαστὰς κὸ μνάμων, αἶ κα δόει καὶ πολιατεύει, οἱ δὲ μαίτυρες οἱ ἐπιβάλλοντες*» (IC IV 72, IX, 31-34) um obstáculo intransponível a este pensamento, exigindo-se em toda e qualquer circunstância que o juiz do primeiro processo seja testemunha, vedando-lhe a posição de julgador, o que nos parece ser uma interpretação muito rígida do princípio da terciaridade do tribunal²³⁸.

²³⁷ «*Soltanto in casi di víka il nuovo giudice sarà sicuramente diverso dal precedente*» (1983, 156), sendo *víka* relativo ao processo em que se reconheceu a dívida do devedor defunto. E, porventura, por entender que, em regra, o testemunho de actos processuais cabe a alguém distinto do juiz, MAFFI 2007, 238. Para o Autor parece afastar-se, assim, a possibilidade de aproveitamento pelo juiz de factos conhecidos em virtude do exercício de funções jurisdicionais.

²³⁸ «*If the suit be with reference to a judgment won, the judge and the recorder, if alive and a citizen, and the heirs as witnesses (shall testify) ...*» (WILLETTS 1967, 47), parecendo-nos que MAFFI

Este seria, quanto a nós, o exemplo flagrante da possibilidade de o juiz poder usar conhecimentos que adquiriu em virtude do exercício das suas funções.

6. Responsabilidade do juiz gortínio

Percorrido o tema da atendibilidade de factos na decisão judicial, pretendemos de seguida tecer algumas considerações sobre a responsabilidade do juiz gortínio no âmbito do exercício da sua função. E se o juiz errasse a aplicação do direito ao caso ou desconsiderasse alguma prova essencial que levasse ao vencimento da causa? Qual seria a consequência jurídica do erro judiciário que fosse imputável ao juiz na Gortina do século V a.C.? Por outro lado, se o juiz não emitisse sentença ou proferisse decisão com considerável atraso, haveria responsabilização daquele?

As respostas não se nos afiguram cristalinas nem de fácil tratamento. O Grande Código de Gortina (IC IV 72) não nos oferece uma solução. Tal não implica necessariamente que o problema não tivesse relevância ou não tivesse merecido tratamento por parte do legislador, uma vez que poderia preexistir alguma lei que, de certa forma, regulasse aqueles problemas enunciados. Em suma, propomo-nos indagar a existência de uma regra análoga à quinta lei do Código de Hamurabi, que castigaria e exoneraria o juiz que tivesse emitido uma decisão judicial comprovadamente errada²³⁹ ou, noutra interpretação, que tivesse alterado a decisão após a sua prolação²⁴⁰. Ou, ainda,

(1983, 147) entende que o juiz do primeiro processo teria de ser diferente do juiz do segundo processo. De facto, o insigne Autor expressa «[i]l giudice investito della questione accoglierà la domanda dell'attore soltanto se il giudice che ha pronunciato a suo tempo la condanna e il suo μνάμων testimoniano che tale sentenza è stata effettivamente resa. Accolta la domanda dell'attore, gli eredi del convenuto potranno più opporsi all'esecuzione adducendo l'inesistenza della condanna», o que parece indiciar que entende que o elemento literal do texto (IC IV 72, 31-34) não possibilita a ilação de que os juizes do primeiro processo (onde se obteve uma sentença condenatória de um réu que posteriormente faleceu) e do segundo processo (onde se pretendia o reconhecimento da existência daquela sentença perante os herdeiros do réu condenado) poderiam ser a mesma e única pessoa.

²³⁹ BONFANTE 1903, 2, ou seja, uma sanção para o juiz que decidisse erroneamente em termos jurídicos ou fácticos, desde que tal viesse a ser demonstrado posteriormente.

²⁴⁰ HARPER (1904, 11-13) e também LAUTNER 1922, 45-47, PIMENTEL 2008, 61 e SLANSKI

o*.1 [— —]ν μο̅λο̅ι̅ | ἡ̅ προπολ[— —]»²⁴².

Esta norma, inscrita em treze blocos de pedra no templo de Apolo Pítio, apresenta apenas algumas partes legíveis, das quais é possível apreender o seguinte:

«a-m – of the gathering place – is to lead – he should kill, either to judge the case or he himself (is to pay?) – seizing is not to – of the gathering place – says, not these their own (?) –

m*-o* - oath or – should plead or declare beforehand (?)»²⁴³.

Na esteira de GAGARIN & PERLMAN²⁴⁴, a lei em apreço pretende regular um determinado procedimento para os casos de homicídio, estatuindo muito possivelmente que o juiz ou julgava o caso²⁴⁵ ou teria ele mesmo de pagar uma multa. Parece, assim, surgir uma forma de responsabilização do juiz por omissão de pronúncia, ou, mais concretamente, por não prolação da decisão devida. Ao não decidir, o juiz estaria a frustrar um litígio que não era seu e, conseqüentemente, a *fazer sua a lide*.

Desta forma, a ausência de prolação de sentença pelo juiz fá-lo-ia incorrer em responsabilidade, provavelmente a ser discutida numa acção própria após aquele deixar de exercer o respectivo cargo²⁴⁶. Este remédio contra a violação do dever principal do juiz, que era decidir o conflito que surgia diante dele, em processos atinentes a homicídios, poderá permitir-nos tirar algumas ilacções. Antes da publicação da lei em apreço, os juízes gortínios eximir-se-iam de cumprir o dever de julgar casos, tanto de índole cível como criminal (nas modernas acepções). Uma segunda ilacção possível que se pode retirar é que a comunidade, perante esta realidade, sentiu necessidade de evitar a omissão de julgamento devido em situações dotadas de maior sensibilidade,

²⁴² Disponível em <https://inscriptions.packhum.org/> (consultado em 07-10-2019) e reproduzida em GAGARIN & PERLMAN 2016, 273.

²⁴³ GAGARIN & PERLMAN 2016, 273.

²⁴⁴ 2016, 274.

²⁴⁵ Este será um dos casos em que *δικάζειν* assume o sentido genérico de decidir, sem que o conteúdo decisório esteja pré-definido na lei, como no Grande Código de Gortina, ver *supra* nota 79.

²⁴⁶ Porventura, em caso de procedência, dando lugar à intervenção do *τίταν*, referido em IC IV 14 (g-p ← 1), que, de acordo com VAN EFFENTERRE & RUZÉ (1994, 310), era um financiador na eventualidade de existir uma falha dos magistrados. Em IC IV 78, os mesmos Autores (1994, 74-75) traduzem *τίται* por *vérificateurs*, vislumbrando-se estes como zeladores do bom cumprimento das funções públicas. WILLETTS (1982, 241) refere-se a um *public indemnifier*, acentuando que controlavam o *officium iudicis* dos *dikastai*.

como é o caso do homicídio. No caso de não se obter a reposição do mínimo de justiça, *rectius* a sentença condenatória do infractor, tal eventualidade poderia lançar a comunidade no anátema da espiral perpétua da *vindicta privata*. Poderia surgir o risco de que os familiares da vítima do homicídio procurassem, por sua própria iniciativa, alcançar aquilo que o sistema judicial não lhes tinha concedido. Daí que o legislador tenha sentido a pressão e a necessidade de evitar que o juiz se desobrigasse de emitir decisão em casos que pudessem pulverizar a sociedade e perturbá-la ao ponto de todo e qualquer cidadão, perante o infortúnio de um familiar seu ser vítima de homicídio, e sem reposição do equilíbrio devido, procurar a justiça por suas próprias mãos, sem prévia interposição dos tribunais.

Desta forma, o juiz gortínio estaria pressionado para decidir um caso de homicídio que se lhe apresentasse, sob pena de incorrer na prática de um ilícito que acarretava uma sanção, provavelmente monetária²⁴⁷. Parece-nos que esta norma muito provavelmente terá sobrevivido ao ponto de ter aplicação no século V a.C. em Gortina, e, também entendemos, que poderá ter sido aplicada analogicamente a outro tipo de casos (embora possa ter existido alguma outra regulação mais genérica quanto à consequência de omissão de decisão pelo juiz, o que desconhecemos).

Assim, conclui-se que a norma IC IV 9 poderá ter representado uma regra semelhante à responsabilização do direito romano em caso de *iudex litem suam fecit*, obrigando o juiz a desembolsar o valor da multa correspondente ao ilícito em apreço, através da intervenção de um *τίταν*.

No segundo plano, com pertinência também para indagar os expedientes de responsabilização do juiz gortínio, surge-nos a norma IC IV 14, que reproduzimos de seguida:

“a.1 [— —]η πεδαθ[— —]

b.1 [— —]η άμύοτον π[— —]

c.1 [— —]α | ταν πσ[— —]

d.1 [— —]ι λαγάσαι ό ά[— —]

e.1 [— —]ς ταν πσαμα[— —]

f.1 [— —]ονοαροσ[— —]

g-p.1 [— —] πεντήκοντα λέβη[τας F]εκάστο̄ καταστᾶσαι. ρόσμος {²⁶κόσμος}²⁶
 ό έπιστάς | αι μη έστείσαιτο, άφτ[όν ό]πήλε̄ν | και τόν τίταν | αι

²⁴⁷

Partindo da perspectiva que nos é dada em GAGARIN & PERLMAN 2016, 273-4.

μη ἴσταιται τ[— —]

[2] [— —] λέβητας κα[τ]αστᾶσαι φέκαστον. | τρι[ο]ν φετίον τὸν ἀφτὸν μη
ροομεῖν {²⁶κοομεῖν}²⁶, | δέκα μὲν γνόμονας, | πέντε [δὲ κσ]ενίος | vac.

q.1 [— —]σει[— —]

[2] [— —] καὶ πσ[— —]

r.1 [— —]μον | τος[— —]

[2] [— —]τας δο[— —]

s.1 [— —]εν ἄπερ τὸ ἀνδ[ρὸς — —]

[2] [— —] τὸν ἀνηβον το[— —]”²⁴⁸.

Os Autores VAN EFFENTERRE & RUZÉ²⁴⁹ oferecem a seguinte tradução:

“1 --- acquitter chaque fois cinquante chaudrons. Le cosme en charge, s'il ne fait pas payer, il les devra lui-même, et le titas (ou contrôleur), s'il ne le fait pas payer, --- (devra au double ?) ---

2 --- acquitter chacun --- chaudrons.

De trois ans, le même personnage ne sera pas cosme; de dix ans, pour les gnômones (enquêteurs ? ou juges ?) ; de cinq ans, pour le (cosme) des étrangers, vacat.”

Esta norma proibia a renovação ou a repetição de mais de um determinado número de mandatos por parte de algumas magistraturas (não iteração de *kosmos*, *gnômones* e *ksenios kosmos*), sendo uma garantia de carácter constitucional contra a eventual instituição de uma tirania²⁵⁰.

Anteriormente deixámos latente que o *dikastas*, pelo menos na Gortina do século V a.C., não corresponderia ao *kosmos*. Perguntamo-nos, por isso, como é que a

²⁴⁸ Disponível em <https://inscriptions.packhum.org/> (consultado em 07-10-2019), e objecto de tratamento pormenorizado em VAN EFFENTERRE & RUZÉ 1994, 309-311.

²⁴⁹ 1994, 308-310.

²⁵⁰ E como bem lembram VAN EFFENTERRE & DEMARGNE (1937, 342-343), embora em relação à lei constitucional de Dreros e aos *kosmoi*, esta rotatividade acaba por ser o reverso lógico da imunidade concedida às magistraturas em relação às acções cíveis: «[l]a nécessité d'un délai s'explique aisément, puisque les actions) civiles contre les cosmes paraissent avoir été suspendues pendant la durée de leurs fonctions: cette immunité ne pouvait se prolonger indéfiniment». Isto é, esta imunidade não podia durar eternamente, sob pena de pôr em causa de forma definitiva direitos de outros cidadãos. Também assim WILLETTS (1955, 106), para além de reforçar que só desta forma poderia haver uma genuína prestação de contas (*accountability*) do exercício do cargo de *kosmos*.

norma anteriormente referida pode permitir-nos indagar e adentrar o sistema de responsabilização judiciária gortínio, uma vez que a mesma não contempla no seu elemento literal os *dikastai*? Os *kosmoi* teriam tido algumas prerrogativas materialmente jurisdicionais antes do Grande Código de Gortina, aproximadamente nos séculos VII e VI a.C.²⁵¹, o que deixou de se verificar no Grande Código de Gortina (IC IV 72, Coluna VIII, 55)²⁵². Desconhece-se se a lei gortínia (IC IV 14), perante a eventualidade de os *kosmos*, *ksenios kosmos* ou *gnômones* terminarem os respectivos mandatos e continuarem a exercer funções como se não tivessem findado, comportava sanções para os mesmos, como sucedia com a lei constitucional de Dreros, designadamente com perda ampla dos direitos civis²⁵³.

A questão que se pode suscitar em relação à norma gortínia IC IV 14 é se a mesma se veio a aplicar aos *dikastai*, uma vez que o elemento literal da mesma não contempla a função do *dikastas*, função que se tornou omnipresente no Grande Código. Mesmo que não tenha vindo a abranger analogicamente o exercício de função de *dikastas*, esta seria rotativa, como qualquer outra magistratura²⁵⁴. Não sabemos, contudo, como o ordenamento jurídico gortínio sancionaria o *dikastas* que decidisse casos após o término das suas funções, designadamente se se bastaria com a sanção divina para evitar a prática do facto ilícito de julgar fora do respectivo mandato ou se cominaria mais penalidades.

²⁵¹ WILLETTS 1967, 32.

²⁵² Ver nota 70.

²⁵³ Vd. VAN EFFENTERRE & RUZÉ 1994, 307-308; VAN EFFENTERRE & DEMARGNE 1937, 334, 343 e 346; SEELENAG 2014, 19, 122 e 131, que coloca a hipótese de um *ex-kosmos* usurpar funções do actual *kosmos*, fazendo-se passar por tal. Para uma visão crítica desta construção, MAFFI (2015, 169-171).

²⁵⁴ Atendendo à provável data de IC IV 14 (anterior ao século VI a.C.) e que coevamente era muito provável que os *kosmoi* fossem o principal órgão judiciário de resolução de conflitos, é ponderoso pensar se posteriormente esta norma não se veio a estender aos *dikastai*. Como explica WILLETTS (1982, 241-242), com o aumento da complexidade dos procedimentos legais, instituiu-se a magistratura especial dos *dikastai* para a resolução da maioria dos casos judiciais (como ressalta do Grande Código). Contra, THÜR (2007, 42), nos termos *supra*. Ora, se esta magistratura surgiu após aquela primeira lei, que visava os que então decidiam casos judiciais, muito provavelmente chegou a ter aplicação para os *dikastai*. Também SEELENAG (2015, 171) nos parece contra esta aplicação analógica, bastando-se com a ausência de norma que limitasse os mandatos dos *dikastai*.

(*mnamon*) não cumprissem as funções que lhes eram confiadas pela lei para a resolução destes concretos conflitos. Interessa-nos, naturalmente, a responsabilização do juiz. Este deveria decidir, no prazo de quinze dias, a questão da delimitação dos limites dos prédios em apreço, tendo em conta as versões apresentadas pelas partes. A razão apresentada por GAGARIN & PERLMAN para o prazo concedido pelo legislador é a de que o juiz poderia sentir necessidade de inspeccionar o local ou inquirir a vizinhança²⁵⁷. O autor da acção poderia opor-se à demora daquela decisão (ultrapassagem daquele prazo) mediante reclamação perante o próprio juiz, mas também em acção própria e autónoma, podendo o juiz e o *mnamon* jurar exactamente o contrário, ou seja, que não ultrapassaram aquele prazo²⁵⁸. Caso não jurassem, significaria que o juiz teria infringido a norma, ou seja, que não houvera prolação da decisão no prazo máximo de quinze dias, pelo que este sofreria uma sanção correspondente àquela prevista para aqueles que se furtassem a decidir (IC IV 42, B, 7-9)²⁵⁹. GAGARIN & PERLMAN consideram que tal comando da lei significa que existiria uma lei prévia que obrigasse o juiz a julgar. Ora, esta lei muito provavelmente seria aquela prevista em IC IV 9 (a-m)²⁶⁰, e que, conforme se discorreu *supra*, consagrava uma regra análoga à do *iudex litem suam fecit* para os casos de homicídio. Muito provavelmente, os gortínios estenderiam a sanção aí prevista para outros casos (como o caso abstractamente previsto em IC IV 42).

Um outro problema que se pode colocar é o que aconteceria se o juiz não emitisse sentença, em qualquer caso em que a lei não sancionasse, de forma expressa ou por remissão para uma lei anterior, a omissão do juiz de decidir o caso. A título

²⁵⁷ 2016, 307, e também WILLETTS 1955, 219. Como deixámos latente *supra*, consideramos que esta necessidade só seria aferida se uma ou ambas as partes requeressem a produção dessa prova ao juiz.

²⁵⁸ Nessa acção autónoma, perante outro *δικαστάς*, para apreciar se tinha sido ultrapassado o prazo de quinze dias de emissão de decisão na acção de demarcação de terrenos, o juiz desta última acção e respectivo *mnamon* eram considerados *orkioteroi*. Como já se disse *supra*, supõe-se que houvesse oferecimento de juramentos de ambas as partes, dando a lei preferência aos juramentos do juiz e *mnamon* da acção de demarcação de terrenos, MAFFI 2007, 210-211 (n. 21). É também possível que tal procedimento fosse extra-judicial perante um *τίταν*, embora na leitura das leis gortínias a cláusula *orkioteiron* nos pareça de reserva de juiz.

²⁵⁹ «As if he [*δικαστάς*] had refused to carry out the process of law, unless public service or family mourning excused the delay», WILLETTS 1955, 219.

²⁶⁰ Tal como admitem GAGARIN & PERLMAN 2016, 307.

meramente exemplificativo, no Grande Código, nas hipóteses referidas em IC IV 72, I, 19-24; V, 40-45, IX, 25-30, não é estatuída nenhuma consequência para o juiz que não emita decisão. É certo que o juiz que não emitisse uma decisão para o caso concreto violaria o mais elementar dever judicial: decidir o caso. Mas qual seria a forma de o autor reagir contra esta falta de decisão? Entendemos que, como já expusemos, a solução contida em IC IV 9 (regime sancionatório do juiz que não decide processos cujo objecto seja homicídio) poderia ter tido a virtualidade de ser analogicamente mobilizada para outros casos. A norma contida em IC IV 42, B, 6-9, apela a uma lei anterior fixadora de sanção pela omissão de decidir. Se essa lei era a norma IC IV 9 é a questão também suscitada por GAGARIN & PERLMAN²⁶¹. Caso assim fosse, significaria que IC IV 9 teria um carácter subsidiário, ou melhor, quereria significar que estabelecia o regime base sancionatório da omissão de decisão pelo juiz.

Mais, quando o legislador gortínio atribui ao juiz o poder de decisão, seguramente quer assegurar que este decida o caso: *male seu bene officio functus*, mal ou bem que decida o caso! Por isso, era expectável que este fosse um dever susceptível de ser controlado por *τίται*, funcionários públicos encarregados de supervisionar e controlar a observância da lei pelo *dikastas*. As multas aplicadas pelos *τίται* poderiam ser aquelas escritas em IC IV 9 ou numa outra lei anterior.

Outro problema poderia surgir nesta sede. Qual seria a sanção aplicável ao juiz que, embora decidindo, desrespeitava um juízo vinculado? Qual seria o grau de controlo dessa decisão violadora de um comando pré-estabelecido pela lei gortínia, isto é, nas situações de *δικάδδεν*? Uma vez que não se tem acesso à realização do direito em concreto em Gortina, ficaremos sempre num plano especulativo. As decisões do juiz singular gortínio eram inatacáveis, inapeláveis, insusceptíveis de recurso²⁶². No nosso entendimento, a única hipótese de sindicar uma decisão judicial que não respeitasse o *δικάδδεν* legal (exemplos: IC IV 72, I, 21; IX, 29-30 e 50-51; XI, 27-28) seria precisamente através de uma interpretação forçada da norma que sancionava o juiz que se subtraísse ao dever de julgar (referida em IC IV 42, B, 6-9)²⁶³. Prosseguindo com este entendimento, passaria a existir uma equivalência entre o dever de julgar (emitir sentença) e o dever de julgar conforme o resultado pretendido pela lei (*δικάδδεν*). Em

²⁶¹ 2016, 307.

²⁶² «*Sa décision, sans appel, a une valeur absolu*», BILE 1988, 349.

²⁶³ «*As if he were unwilling to judge...*», na tradução de GAGARIN & PERLMAN 2016, 306.

concreto, seria equivalente a que, no caso tratado em IC IV 72, IX, 24-31, o juiz não reconhecesse que o autor da acção já tivera intentado uma outra acção contra um *de cuius*, do qual o réu fosse herdeiro, após as testemunhas terem certificado este facto²⁶⁴. Ou, no caso referido em IC IV 72, IX, 31-36, equivalente a que o juiz não reconhecesse a existência de uma sentença anterior a favor do autor, caso testemunhassem pela existência dessa sentença o juiz que a emitira e o seu respectivo *μνάμων* (os dois enquanto testemunhas do referido facto). Nestes exemplos, o juiz estaria a violar o resultado querido e imposto pela lei. Em conformidade com o supra-referido, estas decisões do juiz estariam em contravenção com o resultado pretendido pela lei: o veredicto do juiz violaria a lei que fundamenta, limita e pré-determina a sua actuação. A questão prende-se, pois, com o princípio da imutabilidade das decisões proferidas e os remédios oferecidos pela lei contra a falta de justeza material daquelas. Desconhecemos se haveria mecanismos de apelação, ou se se fazia intervir a classe dos *τίται*, zeladores do cumprimento da lei e do exercício judicial, que poderiam fazer com que o juiz infractor pagasse uma multa (correspondente àquela prevista em IC IV 9) e que houvesse uma restituição ao lesado, ou simplesmente se se deixava o infractor à mercê do castigo divino, por violar a lei que jurara aplicar. O fundamento poderia então ser que a decisão do juiz contrária ao *δικάδδεν* exigido por lei correspondia à ausência da justa decisão querida pela lei. Contudo, esta afirmação parece rebuscada e arriscada para o ambiente normativo e jurídico de Gortina.

Uma hipótese alternativa para fazer face à emissão de uma decisão contrária ao *δικάδδεν* estatuído por lei seria através de uma acção autónoma, possivelmente a decorrer após o fim do mandato do *dikastas* que inobservou a lei. Mas a lei gortínia parece silente quanto à matéria, porventura porque tais abusos não constituiriam uma situação frequente, uma vez que a rotatividade dos cargos e o receio pelo castigo divino

²⁶⁴ A norma é tratada de forma exhaustiva em MAFFI 1983, 121 e ss. A hipótese que apresentamos seria apenas com o intuito de o autor fazer substituir o *de cuius* falecido pelos respectivos herdeiros na primitiva acção. Assim, MAFFI (1983, 126) refere que uma das hipóteses plausíveis na norma «*si riferisca al fatto che il defunto aveva già un processo in corso, i cui effetti non si erano del tutto esauriti alla morte del de cuius; perche l'iter processuale possa giungere a compimento, evitando così che gli atti processuali siano stati compiuti invano, occorre che gli eredi si sostituiscano al defunto*», mais precisamente em relação à terminologia *έπιμολέν*.

ou outras represálias poderiam ser bastantes para garantir o cumprimento fiel da lei pelos juízes²⁶⁵.

Finalmente, quanto à *ὀμνύντα κρίνεν*, parece-nos que, caso o juiz decidisse, a decisão seria completamente inatacável²⁶⁶, uma vez que a lei confia ao prudente arbítrio do juiz a justa decisão do caso concreto. Assim entendemos porque não corresponde às situações tipicamente geradoras de responsabilidade do juiz, como o caso de ausência de decisão (IC IV 9), atraso na emissão da sentença (IC IV 42), ou decisão *contra legem* (imposição de resultado através de *δικάδδεν*). Não havendo um destes vícios ou defeitos externos a inquinar a decisão, não restaria mais nenhuma hipótese aos litigantes que não se submeter àquela. Parece, assim, reger em absoluto o princípio de inalterabilidade da sentença jurisdicional na *ὀμνύντα κρίνεν*.

7. Conclusões

É tempo de concluir. Percorridos diversos aspectos do direito processual no Grande Código de Gortina (IC IV 72) e noutra legislação especial vigente no século V a.C., podemos delinear algumas conclusões.

A iniciativa probatória *ex officio iudicis* no direito de Gortina parece-nos um problema controverso e carecido de aclaração. Como em todas as áreas do antigo direito

²⁶⁵ À questão inscrita no brocardo «*quis custodiet ipsos custodiet?*» respondemos que os deuses eram os derradeiros vigilantes do cumprimento honesto e cabal da função jurisdicional. A este sentido, parece aderir MACLACHLAN 2012, 11: «[t]he fact that the "Great Code," along with 7 other Cretan legal inscriptions, were preceded by *θιοί*, might have placed these written records under the surveillance of the gods, serving as a potential curse should the laws be wrongly read or enforced».

²⁶⁶ Em IC IV 41, V, existe uma passagem incompleta que levanta uma possível alternativa. A passagem é a seguinte: «[ντα κρίνεν τὸν δικαστάν]/-----/[. .] ι . ισα . [.]ν. α[ἰ δέ/κα μὴ ὀμόσει, τὸ ἀπλ-/<ό>ον καταστασεῖ. vac.» (retirado de CALERO SECALL 2017, 15), e que traduz como «[e]l juez decida bajo juramento [.....]. Y si no prestara juramento, pagará su valor simple». Uma vez que existe um grande lapso epigráfico, não se pode afirmar que esta parte seja sobre o mesmo tema referido em IC IV 41, IV, ou seja, proibição de venda de escravo fugitivo durante um ano. A Autora (2017, 26) avança com a hipótese de a sanção pecuniária ser em relação a uma pessoa (testemunha?) que deveria jurar, quando teria de afirmar ou desmentir algum facto. Contudo, não se poderia colocar a hipótese de ser em relação ao juiz que não jurasse antes de decidir quanto tempo tinha mediado entre a fuga do escravo e a sua venda? Se sim, este poderia ser mais um exemplo de responsabilização do juiz por errada decisão (por não a ter coberto pelo seu juramento).

grego, estaremos perante uma «*fonte inesgotável de problemas de difícil solução*»²⁶⁷. Na nossa perspectiva, tal deve-se à circunstância de o estudo do direito grego se centrar na realização do direito em abstracto e não tanto na figura do juiz, que é fundamental no tema que tratamos. O legislador é o epicentro da discussão jurídica da Ática e de toda a Antiga Grécia²⁶⁸. Assim, a experiência jurídica grega pode ser caracterizada como tendencialmente não jurisprudencial²⁶⁹, ao contrário do direito romano, o que torna ainda mais impenetrável a questão dos poderes probatórios do *dikastas* gortínio. Desta forma, cabe ao intérprete partir dos textos normativos e tentar reproduzir e extrair os grandes princípios jurídicos inerentes e implícitos no elemento literal da lei, tese central da *juristische Denkformen* de WOLFF.

O processo gortínio vertido nas leis de Gortina (Grande Código, Segundo Código e a restante legislação vigente no século V a.C.) apresenta algumas características processuais marcantes. Por um lado, o legislador consagra a regra da proibição da auto-activação do tribunal (*nemo iudex sine actore*). O tribunal não podia dar início a um processo por si. De facto, a iniciativa processual caberia aos particulares, que deveriam manifestar essa vontade. Por outro lado, o processo gortínio parece animado pelo princípio da auto-responsabilidade probatória das partes, cabendo às partes trazer a matéria de prova, as provas e, inclusivamente, alegar as razões de direito que servissem de fundamento à acção.

No entanto, embora às partes coubesse também invocar as referidas razões de direito, o juiz não estava sujeito ou limitado às considerações jurídicas das partes, podendo e devendo divergir delas quando entendesse que a lei aplicável ao caso concreto fosse diversa daquelas indicadas pelas partes. Atendendo também à circunstância de a lei cercear extensamente a actuação judicial, raramente concedendo ao *δικαστής* uma margem de discricionariedade, tal indicia que o juiz deveria fazer o possível para aplicar correctamente o direito objectivo. Ademais, o regime sancionatório do *δικαστής* vertido em IC IV 9, IC IV 14 e IC IV 42 demonstra que a função jurisdicional era controlada pela *polis* com fito de que fosse zelado o cumprimento da lei. Por isso, concluímos que da legislação gortínia do século V a.C.

²⁶⁷ CRUZ 1961, 116, embora referindo-se ao direito sucessório grego, sentimo-nos confortados com a ponderação certa das palavras do Autor.

²⁶⁸ MAFFI 2004, 38.

²⁶⁹ STOLFI 2006, 23.

resulta a vigência do princípio *iura novit curia*: o juiz não estava sujeito às alegações das partes no que concerne à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

Em termos de poderes processuais, o *δικαστής* usufruía de extensos poderes procedimentais, ao nível da gestão do processo num plano puramente formal (*case management*), decidindo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo, num plano de gestão material do processo, podemos ainda concluir que ao juiz de Gortina estava vedada a iniciativa de prova *ex officio iudicis*. Paradoxalmente, este sujeito processual não era um comum espectador do debate judiciário e da dialéctica probatória entre as partes. Pelo contrário, a sua intervenção na produção de prova tornava-se exacerbada sobretudo quando as partes apresentavam requerimentos probatórios constituídos apenas por declarações juramentadas das próprias partes ou apenas por declarações juramentadas da contraparte (juramentos contrapostos) no esquema *deferimento/riferimento*. Caso não existisse uma solução pré-definida pelo legislador que atribuísse o direito de jurar a uma das partes, através da cláusula *ὀρκιότερον*, caberia ao julgador escolher uma das partes e atribuir-lhe o direito de prestar uma declaração juramentada sobre a matéria litigiosa, que lhe atribuiria a vitória. O julgador tomaria essa decisão intermédia consoante alguns critérios discricionários, porquanto não regulados pela lei, mas deveria efectivamente atribuir o direito de jurar a uma das partes que se propunha prestar declaração juramentada sob pena de o processo culminar com uma decisão na modalidade de *ὀμνόντα κρίνεν*, sem qualquer prova carreada pelas partes, o que o mais das vezes prejudicaria a parte que teria de fazer prova dos factos que lhe aproveitavam.

No que concerne à demais actividade instrutória, por princípio o julgador esperaria os contributos probatórios dos litigantes.

Quanto ao aproveitamento e conhecimento dos factos que surgissem no processo, por princípio o julgador também só conheceria os factos aportados pelas partes para o processo.

No que respeita a factos provenientes da ciência privada, isto é, os factos colhidos pelo julgador enquanto este estivesse despedido das vestes oficiais, entendemos que inexistem fontes normativas que possibilitem uma pronúncia da nossa parte. Se tal fosse possível, como em Atenas do século IV a.C., o processo gortínio seria inquisitorial, visto que abriria a possibilidade de o julgador introduzir matéria de facto subtraída ao contraditório das partes, colocando em causa a neutralidade metodológica do julgador na aquisição dos factos. O juiz estaria, desta forma, numa situação de incompatibilidade

psicológica, pois iria julgar factos sobre os quais já teria formado uma convicção antes da submissão daqueles ao contraditório processual²⁷⁰. Se o juiz pudesse desrespeitar o princípio da proibição do recurso aos conhecimentos privados, estaria a apropriar-se de uma posição subjectiva correspondente à de uma testemunha, afastando-se do protótipo de terceiro imparcial²⁷¹.

No que respeita aos factos notórios, é possível entrever alguns exemplos de casos em que fossem introduzidos no processo factos que eram do conhecimento generalizado do homem médio da *polis*, designadamente nos casos de IC IV 41, IV, 6-16, e IC IV 72, I, 51-56. Contudo, estes factos teriam de ser alegados pela parte interessada, estando apenas facilitada a prova da sua verificação, precisamente por serem factos indesmentíveis da realidade cultural onde o *δικαστής* estava inserido.

Finalmente, os factos conhecidos em virtude do exercício da função judicial restringiam-se, atendendo às fontes que pudemos consultar, à previsão normativa de IC IV 72, IX, 31 e ss. De facto, poderia colocar-se a hipótese de numa primeira acção o julgador ter condenado um devedor e depois essa decisão ser fulcral numa segunda acção. Assim, se o juiz dos dois processos fosse o mesmo, de acordo com aquela norma, o mesmo poderia introduzir no processo o facto de existir uma decisão condenatória de um determinado devedor.

Estudámos ainda o regime de responsabilidade do juiz gortínio pela prática de erros judiciários. Detivemo-nos fundamentalmente em três normas: IC IV 9, IC IV 14 e IC IV 42.

Em relação à primeira, a lei em apreço pretende regular um determinado procedimento para casos de homicídio, estatuidando que o juiz ou julgava o caso ou teria ele mesmo de pagar uma multa, responsabilizando-se o julgador pela não prolação da decisão devida. Ao não decidir, o juiz estaria, conseqüentemente, a *fazer sua a lide*. Tal regra era idêntica à responsabilização do direito romano em caso de *iudex litem suam fecit*, obrigando o juiz a desembolsar o valor da multa correspondente ao ilícito em apreço, através da intervenção de um *τίταν*.

No que respeita à segunda, estamos perante uma lei de não-iteração de mandatos análoga à existente em Dreros, contudo, desconhece-se se no ordenamento jurídico gortínio existia um regime sancionatório semelhante para punir os juizes que emitissem

²⁷⁰ CALAMANDREI 1925, 285.

²⁷¹ Esta incompatibilidade funcional é sobrelevada por CALAMANDREI (1925, 284).

sentenças após terem cessado as suas funções. Embora não se preveja a figura do *δικαστάς* no seu elemento literal, é destinada a categorias profissionais análogas, pondo-se a hipótese de ter sido aplicada analogicamente aos juízes (IC IV 14 é bastante anterior ao Grande Código de Gortina, e neste último o *δικαστάς* parece ser a única figura identificada como juiz).

Analisámos ainda a norma de IC IV 42, B, concluindo que a sanção aí plasmada, relativa ao atraso na emissão de uma sentença, poderia ser resolvida por via de reclamação perante o próprio juiz, mas também em acção própria e autónoma, onde o juiz e o *ο μνάμων* seriam *orkioteroi* de que não fora ultrapassado qualquer prazo. A sanção para a ultrapassagem daquele prazo seria aquela prevista em IC IV 9.

Finalmente, problematizámos a extensão analógica da sanção referida em IC IV 9 e, conseqüentemente, IC IV 42, a outros casos em que a lei não sancionasse de forma expressa ou implícita a omissão do juiz de decidir o caso. Entendemos que a única via para sindicar uma decisão judicial que não respeitasse o *δικάδδεν* legal seria precisamente através de uma interpretação forçada da norma que sanciona o juiz que se subtrai ao dever de julgar (referida em IC IV 42, Coluna B, 6-9). De acordo com este entendimento, passaria a existir uma equivalência entre o dever de julgar (emitir sentença) e o dever de julgar conforme o resultado pretendido pela lei (*δικάδδεν*). Porém, tal conclusão esbarra nas suas consequências jurídicas: não existem elementos suficientes que permitam afirmar que se fazia intervir a classe dos *τίται*, zeladores do cumprimento da lei e do exercício judicial, nesta sede ou simplesmente se deixava o infractor à mercê do castigo divino, por violar a lei que jurara aplicar. Colocámos ainda uma hipótese alternativa para fazer face à emissão de uma decisão contrária ao *δικάδδεν* estatuído por lei, que seria através de uma acção autónoma, possivelmente a decorrer após o fim do mandato do *dikastas* que inobservou a lei. Quanto à modalidade de decisão *ὀμνύντα κρίνεν*, parece-nos que seria completamente inatacável, atenta à singularidade de o juiz poder decidir de acordo com a sua consciência e atendendo ao material do processo.

Por todo o exposto, entendemos que no direito de Gortina do século V a.C. existem suficientes textos normativos que permitem concluir que o juiz gortínio, muito provavelmente desprovido de competências técnico-jurídicas como o juiz ático, era um «convidado de pedra» perante a introdução de factos e provas no processo, com raras excepções. Contudo, teria uma importante intervenção na dialéctica probatória, podendo a sua actuação efectivamente influenciar não só o rito processual como

também o desfecho da lide em termos de mérito. A função do juiz era a de conhecer, em termos epistemologicamente correctos, o direito-objecto, que lhe era dado, ou nas instituições culturais do povo, onde se deveria limitar a colhê-lo, ou pelo poder legislativo, que o tivesse prescrito. No horizonte do pensamento jurídico gortínio, o direito era a lei da *polis*. A cultura jurídica gortínia seria uma síntese ou o cruzamento da *voluntas* política (do legislador), a ineliminável dimensão religiosa e seus costumes²⁷², e o debate judiciário. O *δικαστάς* era precisamente um homem que «*vivia encaixado como uma parte no todo*», sem se autonomizar das leis da cidade, sendo estas o universo que o continha, e «*ele, contido no universo, contemplava-o e reflectia-o, como um espelho reflecte uma imagem, sem perguntar por si nem pela natureza do fenómeno dessa reflexão*»²⁷³. Para o julgador importava apurar e apreender, num primeiro momento, o significado da lei enquanto proposição textual, o sentido semanticamente comunicado pela norma-texto, daí advindo a importância conferida pelos gortínios à disposição pública das leis e à sua publicação através da monumentalização.

Embora se possa afirmar que o julgador era tendencialmente indiferente à composição do litígio assente em factos historicamente verdadeiros, ainda assim a influência exercida pelo *δικαστάς* gortínio no fundo da causa permite entrever em Gortina uma incipiente ideia de relação jurídica processual trilateral²⁷⁴.

8. The Gortynian Procedural law in the fifth century BCE: the judge and the rules of evidence

EXTENDED ABSTRACT

The absence of trial records in Gortyn makes it difficult to understand fully the

²⁷² Patente no juramento purgatório a Artemisa na Coluna III do Grande Código ou ainda no verbo *επαριόμενον* em IC IV 72, II, 40-41, «*lancer des imprécations contre soi-même*» que «*montre bien le rôle magico-religieux de la parole*», BILE 1988, 352, e que reforça a ideia de que o direito, na sua origem, se confunde com a religião e com o sagrado, vd. ZUCCOTTI 2000, 6.

²⁷³ MONCADA 1955, 11.

²⁷⁴ «*A relação processual, em vez de considerada como relação de mero interesse privado, passa a ser encarada como relação de carácter público*», a seguinte passagem de REIS (2012, 252) dilucida bem a questão da caracterização da relação jurídica processual como trilateral, a partir do momento em que se permite ao juiz maior intervenção em diversas matérias atinentes ao fundo da causa.

procedural system in Gortyn. Trials are the centrepiece of any legal procedure, civil or criminal, and contributes more than any other event to the shape of the litigation. The Law-making may explain what substantive and procedural legal norms were intended to be created or revised, but not how those rules were understood by the community and applied in the courts.

In the fifth century BCE, the written laws in Gortyn, some of which date back to the sixth century BCE, offer an indication of the rules concerning subject matter jurisdiction (IC IV 72, VIII, 55; XII, 7), the procedure for notifying a defendant (IC IV 41, II, 6-16; 72, I, 39-44), formulation of claims (IC IV 41, I, 1-17), applicable substantive law, the establishment of facts through proof (IC IV 72, III, 5-9; XI, 46-55), and even rules for deciding a case (IC IV 72, I, 20-24; XI, 26-31), but do not provide sufficient insight into the environment of litigation. Other rules, such as those governing the development of evidence, particularly evidence beyond that presented by the respective parties through their autonomous efforts, and those concerning finality of judgments, are not considered.

Nevertheless, it is intended to ultimately discuss whether or not Gortynian procedure of the fifth century BCE may be seen as an adversarial or inquisitorial system. In order to do so, I will discuss the expression $\mu\epsilon\grave{\epsilon}\ \acute{\epsilon}\nu\delta\iota\kappa\omicron\nu\ \acute{\eta}(\mu)\eta\nu$ and its effects on the lawsuit, and consider other aspects of legal procedure, such as judicial fact-finding and case management, oath-takings, judicial powers to handle the *quaestio iuris* autonomously, ways of rendering judgment, and, finally, the judge's liability for mistaken judicial decisions.

In the fifth century BCE several legislative enactments were effected in Gortyn. The most famous of these was the 'Queen of Inscriptions' (Willets, 1967), the Great Code of Gortyn (c. 450 BCE, IC IV 72), which contained precepts of substantive law in family, succession, property, and contract matters, as well as some principles respecting procedural law. Even though this piece of legislation should be wholly regarded as an integral part of previous rules and regulations, it has a consistency that extends through all its twelve columns and, therefore, I consider the designation of Code to be accurate. Although the regulation of some matters implies previous laws (through the expression $\acute{\alpha}\iota\ \acute{\epsilon}\gamma\rho\alpha\tau\tau\alpha\iota$, e.g., in IC IV 72, IV, 46, 48, VIII, 25-26, 29-30; IX, 29), the Great Code is sufficiently autonomous to be designated as such, and most Codes nowadays presuppose concepts and rules contained in previous laws (§1., pp. 3-4).

I will focus on some of the procedural aspects regulated in the fifth century BCE Gortyn legislation that will be useful in determining whether Gortyn procedural law embodied an adversarial or an inquisitorial system. Under the first of these, the adversarial system, the parties define their cases through pleading and are responsible for setting out the facts that constitute all the elements required by statute and gathering evidence. The disposition principle means that the lawsuit is at the parties' disposal, and they are able to commence and terminate it, determine the matters of fact and, finally, the judge remains passive during the proceedings, is not concerned with the search the substantive truth and is bound by the parties' pleadings. The adversarial system assigns to the parties the task of presenting their arguments and expects that the truth will emerge from each party's presentation. The inquisitorial system, on the other hand, regards the discovery of substantive truth as a higher value. Consequently, it is the duty of the judge to discover facts objectively and gather evidence for the sole purpose of reaching the truth, since a decision can only be just if it is truthful to actual facts and events. The judge who gathers evidence *sua sponte* unwittingly helps one the parties and, therefore, is not entirely impartial. This is the traditional view of these systems, which may not be entirely a correct one. While it is true that the judge is empowered to search for facts and gather evidence in the inquisitorial procedure, it is also unquestionable that only the evidence and facts considered without hearing both parties or gathered from the private judicial knowledge may pose a threat to the impartiality of the judge. The judge is not impartial if he forms an idea of the factual merits of the case prior to the trial or infringes the 'principle of equality of arms' of the parties. The judge who indicts or charges someone or initiates the proceedings by other means will not be sufficiently impartial to judge it and, if the procedural rules allow it to occur, the system of litigation is undoubtedly inquisitorial (§1., pp. 5-6).

The proceedings in Gortyn were initiated by the claimant (*ἄρκον τᾶς δίκας*), who brought an action before the judge (*δικαστᾶν*) against the other party (*ἀνπιμῶλος*). The plaintiff would present the relevant facts of the case and the remedy he sought. The defendant would then submit a defence and he could even accompany it with a counterclaim (IC IV 72, I, 18-24) and the judge was prohibited from initiating proceedings. The Gortynian procedure seemed to disregard the discovery of substantive truth and found a *forma legal* truth sufficient. The truth would arise from the parties' pleadings and evidence presentation (§2., p. 8). Moreover, before going to court, parties would often have to comply with pre-action protocols (IC IV 41, I, 1-17). If these

protocols were not fully met, the substantive rights of the claimant would be compromised. If the claimant did not demonstrate the fulfilment of what was prescribed by law, the plaintiff's case would be dismissed and there would be no possibility of bringing a new action against the same defendant based on the same cause of action. The following is specified in the 'Little Code' (c. 500-450, IC IV 41, I, 1-17, II, 6-17). The owner of a wounded or dead animal, injured or killed by another animal, in order to be given the right of claim for compensation would have to transport it or display it and summon the attacking animal's owner to come and view the corpse before two witnesses (*μαίτιρανς*). These regulations served simultaneously as a way of formulating the claim and as a procedure of serving notice to the defendant.

The law expressly states that there shall be no legal action if those protocols are not met (*μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην*, vd. IC IV 41, I, 12, III, 3-4). Curiously, the expression *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* in the Great Code is always used in provisions that the legislator did not want to be applicable to behaviour prior to its entrance into force. If a plaintiff sued a defendant for unlawful behaviour in the light of the Great Code but prior to its entrance into force, the case would have to be dismissed (IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4).

The use of the same terminology on both occasions suggests that the legal consequences of failing to comply with the pre-trial protocols and bringing an action against someone regarding behaviour that took place before the law came into force are equivalent. I consider that in these cases the dismissal would be with prejudice and, therefore, a case with the same cause of action could not be brought back to court (§2.1., p. 18). The failure to fulfil the pre-trial protocols referred in the provisions of IC IV 41, I, 1-17, II, 6-17, would permit the judge to dismiss the case with prejudice on his own accord (*sua sponte*), without the need of pleading by the parties (§2.1., p. 16). However, when it comes to the provision of IC IV 41, III, I tend to consider that there would not be legal action if the defendant made a successful affirmative defense. The sense of the beginning of Column III (1-7) is unclear, as is pointed out by Gagarin and Perlman (2016, 296), but the interpretation given by Calero Secall (2017, 22-23) seems convincing. The latter author states that the provision was applicable to injuries done to pairs of animals and that liability would not be imposed on the defendant if the claimant's injured animal was replaced with a matching one by the defendant (e.g., an ox that would make a good pair with the surviving one). I regard this as an affirmative defense, since the defendant would bring up new facts to defend himself beyond the

mere denial of the allegations of the plaintiff, and these new facts, if proven, would excuse the defendant from liability. Having said this, these new facts would have to be averred or raised by the defendant and could not be considered *sua sponte* by the court (p. 17). I conclude that whenever *μὲ ἔνδικον ἤ(μ)ην* appears in the Gortynian laws, the judge would have to address the merits of the case and dismiss it with prejudice, and this could result from three different circumstances: i) when the plaintiff failed to comply with pre-action protocols in respect of a legal provision foreseen it as essential to bring the action to the court, this could be considered *sua sponte* by the judge or at the request of the defendant (IC IV 41, I, 1-17, II, 6-17); ii) the defendant raised some new matter which would substantively defeat the claim (IC IV 41, III, 1-7); iii) the cause of action of the claim referred to events that occurred before the Great Code came into force, and the judge could dismiss it on his own accord or at the request of the defendant (in the situations regulated in IC IV 72, III, 23-24, 30-31, 43-44, V, 8-9 VI, 24-25, VII, 15, IX, 17, XI, 22-23, XII, 4).

At the same time, it is possible to find dismissals of the cases without prejudice, i.e., the plaintiff would be able to correct any errors or defects and then bring the action again before the judge. If the claimant sued the other party for breach of contract and brought the action before the *ὀρπανοδικασταν* (the orphans' judge, vd. IC IV 72, XII, 7), the judge would lack jurisdiction over the subject matter of the claim, a circumstance which would not preclude the claimant from initiating proceedings before a judge who had jurisdiction over the case (§2.1., p. 19).

A Gortynian judge had an active role in case management, a conclusion that can be reached by considering the texts inscribed in IC IV 72, V, 28-34; VII, 35-52; IX, 30-34; XI, 46-55. In the first example, if one or more heirs wanted to divide an inheritance, but others opposed it, the judge would have to decree that the entire property would be put in the hands of those who wished to divide it until the division occurred. The *dikastas* would not decide the merits of without hearing the pleading of all the heirs, so if there were many heirs in the dispute, the judge might schedule how many would be heard on a given day (V, 28-34). In the second example, the judge could expedite the court proceedings in order to allow an unmarried heiress who was an only child to marry as soon as possible, as Gortynian law intended (VII, 35-52). In the third example, given that the judge and the clerk of the court (*μνάμων*) of an earlier action would have to testify in a later proceeding in order to certify the existence of the first proceeding and its outcome (a judgment as evidence in a later proceeding), the *dikastas* of the second

proceeding would perhaps schedule the hearing of those two on the same day or, alternatively, decide to hear one of them and postpone the other hearing, merely for personal convenience (IX, 30-34). In the fourth example, the oath of denial sworn by a woman that denied the charge of taking property belonging to a former husband had to take place before the judge, the clerk of the court and a witness who has been adult for fifteen years or more, so the judge could choose the day which best suited the participants (XI, 46-55). These are examples of a formal manner of active case management (*die formeller (senza r finale) Verfahrensleitung*), since the judge did not intervene on the merits of the case (§3.1., pp. 28-30). However, the Gortynian *dikastas* did not have powers to intervene *sua sponte* with the specifics of evidence and facts presented in the case (substantive case management or *die materielle Prozessleitung*). The Gortyn laws do not hand over those powers to the judge and the empirical evidence suggests that the parties were the ones in a better position to bring the relevant proofs to the trial (§3.2., pp. 32-33).

In some proceedings, the *dikastas* would have to come to a decision even when the parties did not gather any evidence to support their pleadings (IC IV 72, I, 18-24). In such cases, IC IV 72, I, 18-24, if there was a witness for one side only, the judge would rule for that side, but if there were no witnesses or witnesses on either sides, then he would have to decide the case on the basis of his own discretion. Maffi (2011; 2007, 204-205) has argued that this procedure applied in all cases, even those where a criterion of legal proof was mandated. That is to say, whenever the law required the judge to rule according to a witness, if there were no witnesses, the judge would have to decide according to his own prudent assessment. Gagarin (2010, 129, 132-133) is cautious in regard to Maffi's view and argues that, in general, the lack of the formal witnesses demanded by law would deny the claimant the right to argue his case. Pelloso (2009, 119-122; 2016, 504-505, 513; 2018, 146-149) denies the possibility of applying by analogy the procedure of IC IV 72, I, 18-24 to other cases, because the form of action foreseen in I, 18-24, supposed that the defendant would respond to the lawsuit with claims of their own against the plaintiff (by filing a counterclaim and arguing that the slave was owned by the defendant and not by the claimant). Pelloso states that both parties had a burden of proof in order to justify and substantiate their respective claims, which would not occur in other forms of actions. One might argue that in other forms of action (that is to say, excluding *diadikasia* procedures such as in IC IV 72, I, 18-24) in which only the plaintiff had the responsibility to prove a disputed charge or allegation,

the absence of witnesses or any other proof would lead necessarily to the dismissal of the action on the grounds of insufficient evidence. In other words, the plaintiff would not have an entitlement to a favourable decision. In fact, there is no such rule for decision making in Gortyn laws such as ‘*onus probandi incumbit ei qui dicit et non ei qui negat*’. The rule in this area that the Gortyn legislator successfully enacted was precisely the one inscribed in IC IV 72, I, 18-24. This rule provides a general criterion for evidence assessment. Thus the question is: what is the standard of proof in the Gortyn procedure? It is hard to say, because the rule is not explicit. In the absence of any proof, the *dikastas* was supposed to decide at its discretion and reasonable conviction, taking into account the entire content of the hearings and the pleadings. But under these circumstances a sensible and just *dikastas* would most probably not adjudicate a decision in favour of the claimant (§3.3, pp. 37-39).

Whenever the law had evidence assessed according to predetermined and fixed criteria (legal proofs), the claimant who gathered the evidence referred in provisions such as IC IV 72, II, 16-20, IX, 43-51, X, 29-32 would have an entitlement to a decision in his favour. However, if the claimant had not gathered the evidence predetermined in the law, he would have other ways of winning the case (§3.3, p. 38).

In regard to oath-taking, two fascinating terms emerge in the Gortyn Laws: *ὀρκιότερον* (IC IV 41, II, 12; IC IV 42, II, 5; IC IV 45, B, 3-4, IC IV 72, II, 15, III, 49-50, IV, 6-7) and *ἀπόμῶσαι* (IC IV 72, III, 7, IX, 54, XI, 48-49). The first granted preference in the matter of the oath to a litigant and the second refers to someone who has denied a charge. The expression *ὀρκιότερον* suggests that both parties proposed swearing oaths. As only one of the oaths could be sworn, the legislator in some cases predetermined which would be preferable. The oath of denial was a mechanism that led automatically to the acquittal or the conviction of the defendant. The defendant had to swear an oath denying the charges of the prosecution in order to be acquitted of the charge. If he did not swear it, he would inevitably be declared guilty of the charge. That is to say, the proceedings would end one way or the other after the defendant had been given the possibility of denying the charges under oath. If the *orkiotos* (the litigant given preference in respect to the oath), for whatever reason, gave up swearing the oath, that party would not automatically lose the case, except when the law expressly imposed that consequence (vd. IC IV 45, B). The Gortyn laws did not specify any consequence for a case in which both litigants had simultaneously offered to swear an oath, and the *orkiotos* later gave up swearing the prescribed oath. Presumably the judge would have

to recall the other litigant to swear the oath. So, the case would not end automatically if the *orkiotos* did not swear the oath (with the exception, IC IV 45, B). However, if the law did not contain the expression *ὀρκιότερον* and there were no witnesses and the parties proposed to swear oaths at the same time, the judge would have to choose which oath was preferable, probably on the basis of his prudent assessment. Under no circumstances could the judge command *sua sponte* any party to swear an oath, if it was not prescribed by law (§3.4., pp. 39-49).

It is suggested in the Gortyn legal system the *dikastas* could determine questions of law arising in any dispute *sua sponte* and was not restricted by the submissions presented by the parties. The laws seem to have been primarily addressed to the judges, who had to apply the law precisely as the legislator intended (Perlman 2002, 197; Avilés 2011, 6). Even though the laws were not totally inaccessible to the public, it would be absurd to say that the *dikastas* would exercise his powers to settle the dispute only on the basis of what the parties said about the applicability of the law, i.e., which law would be applied or how the law should be interpreted. The *dikastas*' power to apply the legal sources he deemed applicable was the only way to achieve the efficacy and effectiveness intended by the legislator, even if they do not belong to the law chosen or pleaded by the parties. It would also be unreasonable if the judge could only order remedies accordingly to the parties' pleadings, given that most of the time the law predetermines the penalty the judge had to impose (e.g., IC IV 72, II, 2-14). Therefore, I argue that the principle '*iura novit curia*' was recognised in the fifth century Gortyn (§4., pp. 54-59).

Additionally, questions can be asked concerning the *dikastas*' use of knowledge to decide a case: could the judge decide a case on the basis of his personal knowledge, when that knowledge conflicted with the charges and evidence given at the trial, or according to widely-known facts that were not considered at the trial? In respect of private knowledge, the Gortyn laws do not provide any hint (§5.1., pp. 56-62).

From IC IV 41, IV, 6-16, 72, I, 51-56 taking judicial notice of local matters that were common knowledge appears to have been possible in. For example, in IC IV 41, IV, 6-16, the law set the maximum length of time that a party in dispute had to initiate the legal proceedings in order to recover possession of a slave (one year after the slave has taken refuge). If that party was a *kosmos*, the one-year time-period would begin after the end of his term (Maffi 2003b, 55). The fact that the party had been a *kosmos* and the time he held that office were notorious facts, indisputable and generally known

by every ordinary person. It seems most likely that the *dikastas* would judicially notice those facts and exempt the parties from having to prove them (§5.2., pp. 62-65).

The question of the knowledge that the *dikastas* acquired from a previous case he had tried is dealt with in provision IC IV 72, IX, 31 and ss. The death of a adjudged debtor would oblige the adjudged creditor to bring an action against the heirs of the former in order to establish the existence of the previous judgment. In this new action the law required two witnesses: the judge of the first action and his *μνάμων* (clerk of the court), if he was alive and a citizen. Once these testified, the existence of the first judgment would be recognised and the adjudged creditor could commence enforcement proceedings against the heirs of the adjudged debtor. If the judge hearing the second case was the same of the previous one, I consider he could take judicial notice of the existence of the previous case and the content of its judgment and call the clerk of the court in office at that time. Maffi (1983, 147) seems to differ, on the grounds that “*αἱ μὲν κα νίκας ἐπιμολεῖ, ὁ δικαστὰς κὸ μνάμων, αἶ κα δόει καὶ πολιατεύει, οἱ δὲ μαίτυρες οἱ ἐπιβάλλοντες*” (IC IV 72, IX, 31-34) implies that the judge of the first case would have to be necessarily a witness in the second case (§5.3., pp. 65-68).

Last but not the least, the Gortyn *dikastas* could be held liable for the content of his judicial decisions. The Great Code does not address the liability of judges for their own decisions. But three provisions, IC IV 9, IC IV 14 and IC IV 42, B, seem relevant to this matter. The first one constitutes a rule similar to the Roman *iudex litem suam fecit*, imposing a sanction or penalty on the judge who failed to reach a verdict in a homicide case (§6., pp. 69-71). Provision IC IV 14 dates back to the sixth century BCE and concerns restrictions on holding office and non-iteration, however, the literal or semantic factor in the norm does not include the *dikastas*. This may certify that this office did not exist back then and, therefore, the provision may have been applicable analogically to the *dikastas* when this office was later created (§6., pp. 71-72). The text inscribed in IC IV 42, B, contained procedural rules in a boundary dispute, the judge would have to decide in fifteen days, otherwise a penalty could be imposed on him as if he were unwilling to judge, which may be a cross-reference to an earlier law such as IC IV 9 (Gagarin and Perlman 2016, 307). It is arguable that in cases where the law does not explicitly sanction the judge for not deciding the case, the earlier text IC IV 9 could also be applicable, analogically, to impose a penalty on the *dikastas*. The same could be said of the *dikastas* who judged cases ignoring the instructions set forth in the laws, ruling against what was prescribed by law (normally associated to *δικάδδεν*).

Probably, the text IC IV 9 could also be applicable analogically, since the duty of deciding a case is equivalent to the duty of applying correctly the law. Nevertheless, for those cases in which the law allowed the judge to freely assess and decide (*ὀμνόντα κρίνεν*), the judge could not be held liable for a wrongful decision since the law did not predetermine a content for the judgment (§6., pp. 73-76).

All things considered, one could argue that the Gortynian procedure constituted an adversarial system, in which the judge was a passive fact-finder, who ruled solely on the evidence presented by the parties. He could, however, have some influence on the merits of the case by choosing the litigant who would swear an oath when the law did not determine who was the *orkiotos*. The *dikastas* would also have to search for the applicable law and would not rely solely on the statements of the parties concerning the substantive contents of law.

Furthermore, there is no record of Gortynian's judges having the possibility of using their private knowledge to decide cases and only if that had in fact been the case could be said that Gortynian procedure was an inquisitorial system.

Bibliografia

ABEL LLUCH 2003 = X. ABEL LLUCH, *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, in *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, cur. X. Abel Lluch & J. Picó i Junoy, Barcelona 2003, 141-155.

ABEL LLUCH 2005 = *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona 2005.

ALMEIDA 2018 = F. ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Coimbra 2018.

ANDRÉ 1910 = G. ANDRÉ, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Paris 1910.

AVILÉS 2010 = D. AVILÉS, *Ancient Greek Statutes*, translation of doctoral thesis *Altgriechische Gesetze*, 2010.

AVILÉS 2011 = D. AVILÉS, *Slaves, non-citizens and written law in ancient Greece*, in *Ancient History Bulletin*, 25 (2011) 1-8.

BARTOLINI 2015 = F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Milano 2015.

BEARZOT 2017 = C. BEARZOT, *Processo decisionale e assunzione di responsabilità nella democrazia ateniese*, in *ὄριος – Ricerche di Storia Antica* 9 (2017) 263-280.

BEAUFILS 2000 = K. BEAUFILS, *Beyond the argo-polis. A social archaeology of the Argolid in the 6th and early 5th centuries BCE*, London 2000.

BILE 1988 = M. BILE, *Le dialecte crétois ancien: étude de la langue des inscriptions postérieures aux IC*, Paris 1988.

BIONDI 1970 = B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma 1970.

BISCARDI 1982 = A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982.

BISCARDI 1999a = A. BISCARDI, *La Gnome Dikaiotete et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne*, in *Scritti di diritto greco*, a cur. E. Cantarella, A. Maffi, Milano 1999, 89-102.

BISCARDI 1999b = A. BISCARDI, *Diritto greco e scienza del diritto*, in *Scritti di diritto greco*, a cur. E. Cantarella, A. Maffi, Milano 1999, 133-155.

BONFANTE 1903 = P. BONFANTE, *Le Legge di Hammurabi: Re di Babilonia (a. 2285-2242 a. C.)*, Milano 1903.

BONNER 1905 = R. BONNER, *Evidence in athenian courts*, New York 1905.

BORGES 2011 = G. BORGES, *O Direito Constitutivo: Um resgate greco-clássico do Νόμιμον ἔθος como Εὐταξία Νόμιμη e Δικαστηκὴ Ἀσκηση*, São Paulo 2011.

BÖTTCHER 2012 = C. BÖTTCHER, *Judicet iudicarive iubeat: reflexões sobre as origens do processo civil romano e da bipartição*, São Paulo 2012.

BRONZE 2012 = F. BRONZE, *Analogias*, Lisboa 2012.

BÜCHELER/ZITELMANN 1885 = F. BÜCHELER & E. ZITELMANN, *Das recht von Gortyn*, Frankfurt 1885.

CALAMANDREI 1925 = P. CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, parte I (1925) 273-304.

CALAMANDREI 1947 = P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova 1947, 27-51.

CALERO SECALL 1997 = I. CALERO SECALL, *Leyes de Gortina*, Madrid 1997.

CALERO SECALL 2010 = I. CALERO SECALL, *Contribución al estudio de los términos ἐπίδομαι y ἐπιμολέω en las leyes arcaicas de Gortina*, in *Estudios griegos e indoeuropeos* 20 (2010) 45-54.

CALERO SECALL 2014 = I. CALERO SECALL, *Las leyes cretenses y la responsabilidad noxal por los daños causados por animales y esclavos*, in *Flor. II* (2014) 31-47.

CALERO SECALL 2017 = I. CALERO SECALL, *El Segundo Código de Gortina, IC IV 41. Tradicción (= Traducción) y comentario*, in *Myrtia* 32 (2017) 11-31.

CANTARELLA 2015 = E. CANTARELLA, *Diritto greco: Appunti delle lezioni*, Milano 2015.

CAPELO 2014 = M. CAPELO, *Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais [T.R.C., Acórdão de 22 de Junho de 2010]*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 143, n.º 3985 (2014), 286-304.

CAVALLINI 2017a = C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, in *Rivista di Diritto Processuale LXXII* (Seconda Serie), n.º 3 (2017) 774-771.

CAVALLINI 2017b = C. CAVALLINI, *Why is the Iura Novit Curia Principle not Applied Yet in English Law?*, *Global Jurist*, 17, n.º 3 (2017) 1-8.

CHANOTIS 2005 = A. CHANOTIS, *The great inscription, its political and social institutions, and the common institutions of the Cretans*, In: Greco, E.; Lombardo, M. (Hrsgg.): *La Grande Iscrizione di Gortyna. Centoventi anni dopo la scoperta*, Atti del I Convegno Internazionale di Studi sulla Messarà, Athens 2005, 175-194.

CHAVANNES 1885 = R. CHAVANNES, *La loi de Gortyne*, *Bulletin de correspondance hellénique* 9 (1885) 301-317.

CHIOVENDA 1993 = G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azione (= azioni). Sulla regola 'ne eat iudex ultra petitum partium'*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), vol. I, Milano 1993, 157-177.

CLARK 2011 = C. CLARK, *The Gortyn Law in Architectural Context*, Dartmouth 2011.

CREMADES UGARTE & PARICIO SERRANO 1984 = I. CREMADES UGARTE & F. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico*, in *Anuario de historia del derecho español* 54 (1984) 179-208.

CRUZ 1961 = G. CRUZ, *O problema da sucessão dos ascendentes no antigo direito grego*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 15, vol. I (1961), 101-149.

CRUZ 1984 = S. CRUZ, *Direito romano = lus romanum*, Coimbra 1984.

CUNIBERTI 2011 = G. CUNIBERTI, *Procedure giudiziarie e riconciliazione sociale nell'Atene di Solone*, in *Dike* 14 (2011), 1-18.

CUNHA 2003 = S. CUNHA, *Dicionário compacto do direito*, São Paulo 2003.

CURA 2003 = A. CURA, *Mora debitoris no direito romano clássico: contributo para o seu estudo*, Coimbra 2003.

DAVID 2014 = K. DAVID, *From Babylon to Crete, a Millenium of Influence: The Creation of the Gortyn Law Code*, Brandeis 2014.

DAVIES 2005 = J. DAVIES, *The Gortyn Laws*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, edited by Michael Gagarin / David Cohen, Cambridge 2005, 305-327.

DURAN 2004 = M. DURAN, *La institución de los jueces extranjeros como medio de resolución de disputas entre privados*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, coord. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 263-293.

ENDEMANN 1925 = F. ENDEMANN, *Römisches Privatrecht*, Berlin/Boston 1925.

FABIANI 2003 = E. FABIANI, *Brevi note sulla sindacabilità (= sindacabilità) in sede di legittimità del potere del giudice di deferire il giuramento suppletorio (Nota a Cass. 15 gennaio 2003, n. 525)*, *Il foro italiano* CXXVI 11 (2003) 3107-3119.

FABIANI 2008 = E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile – I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli 2008.

FERNÁNDEZ BARREIRO 1975 = A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los principios dispositivo e inquisitivo en el proceso romano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 41 (1975) 125-158.

GAGARIN 1982 = M. GAGARIN, *The Organization of the Gortyn Law Code*, *Greek, Roman and Byzantine Studies*. 23, n.º 2 (1982) 129-146.

GAGARIN 1984 = M. GAGARIN, *The Testimony of Witnesses in the Gortyn Laws*, *Greek, Roman and Byzantine Studies*, 25, n.º 4 (1984) 345-349.

GAGARIN 1986 = M. GAGARIN, *Early Greek law*, California 1986.

GAGARIN 1988 = M. GAGARIN, *The First Law of the Gortyn Code*, *Greek, Roman and Byzantine Studies* 29 (1988) 335-343.

GAGARIN 2008 = M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, Cambridge 2008.

GAGARIN 2010 = M. GAGARIN, *Legal procedure in Gortyn*, in *Symposion 2009: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, (Seggau, 25.-30. August 2009) herausgegeben von Gerhard Thür, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien 2010, 127-145.

GAGARIN 2017 = M. GAGARIN, *El derecho griego antiguo y la cuestión de su unidad*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 42, 94 (2017) 13-31.

GAGARIN & PERLMAN 2016 = M. GAGARIN & P. PERLMAN, *The Laws of Ancient Crete c. 650-400 BCE*, Oxford 2016.

GERNET 1916 = L. GERNET, *Observations sur la loi de Gortyne*, in *Revue des Études Grecques*, tome 29, fascicule 135 (1916) 383-403.

GERNET 1937 = L. GERNET, *Sur la notion du jugement en droit grec*, in *Archives d'Histoire du Droit Oriental*, Tome I, 1937, 111-144.

GERNET 1982 = L. GERNET, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris 1982.

GERNET 2001 = L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce: Étude sémantique*, Paris 1917 (= Paris 2001).

GIORDANO 2013 = R. GIORDANO, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Milano 2013.

GUARDUCCI 2017 = M. GUARDUCCI, *L'epigrafia greca dalle origini al tardo impero*, Roma 2017.

GUIZZI 2018 = F. GUIZZI, *Gortina (1000-450 A.C.): una città cretese e il suo codice*, Napoli 2018.

HARRIS 2004 = E. HARRIS, *More thoughts on open texture in Athenian Law*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, coord. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 241-262.

HARRIS 2005 = E. HARRIS, *Feuding or the Rule of Law? The Nature of Litigation in Classical Athens. An Essay in Legal Sociology*, In *Symposion 2001: Vorträge zur Dike* - 24 (2021): 83-198

griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Evanston, Illinois, 5.-8. September, 2001) = Papers on Greek and Hellenistic legal history (Evanston, Illinois, September 5-8, 2001). Gargarin, M. & Wallace, R.W. eds., Vienna: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2005, 125-142.

HARRIS 2018 = E. HARRIS, *Trials, Private Arbitration, and Public Arbitration in Classical Athens or the Background to [Arist.] Ath. Pol. 53, 1-7*, in *Athenaion Politeiai tra storia, politica e sociologia: Aristotele e Pseudo-Senofonte*, a cura di C. Bearzot - M. Canevaro - T. Gargiulo - E. Poddighe, Milano 2018, 213-230.

HEADLAM 1892 = J. W. HEADLAM, *The Procedure of the Gortynian Inscription*, in *The Journal of Hellenic Studies*, XIII (1892) 48-69.

HÖLKESKAMP 1992 = Karl-J. HÖLKESKAMP, *Lawgivers and the "Codification of Law" in Archaic Greece [Problems and Perspectives]*, in *Mètis. Anthropologie des mondes grecs anciens*, 7, n.º 1-2, 1992, 49-81.

IC = INSCRIPTIONES CRETICAE, ed. Margherita Guarducci. 4 vols. Rome 1935-1950. Vol. 4, Tituli Gortynii (1950), disponível em em <https://epigraphy.packhum.org/book/293?location=474> (consultado em 13-09-2019).

JEFFERY 1949 = L. H. JEFFERY, *Comments on some archaic greek inscriptions*, in *The Journal of Hellenic Studies*, LXIX (1949) 25-38.

JOHNSTONE 2011 = S. JOHNSTONE, *A History of Trust in Ancient Greece*, Chicago 2011.

JÚNIOR 2001 = J. JÚNIOR, *Considerações acerca do "Iudex qui litem suam fecit"*, in *Revista Da Faculdade De Direito* 96 (2001) 103-118.

JUSTO 2000 = A. JUSTO, *Direito Privado Romano I: parte geral*, Coimbra, 2000.

KRISTENSEN 2004 = K. KRISTENSEN, *Codification, tradition, and innovation in the Law Code of Gortyn*, in *Dike* 7 (2004) 135-168.

LEÃO 2001 = D. LEÃO, *Sólon: ética e política*, Lisboa 2001.

LEÃO 2004 = D. LEÃO, *Matéria religiosa: processos de impiedade (Asebeia)*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, coord. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 201-226.

LEÃO 2009 = D. LEÃO, *O sexo e a cidade: um caso de prostituição masculina (Ésquines contra Timarco)*, in *A sexualidade no mundo antigo*, coordenado por José Augusto Ramos, Maria do Céu Fialho, Nuno Simões Rodrigues, Porto 2009, 293-303.

LEÃO 2012a = D. LEÃO, *Fontes para o estudo do direito ático*, in *Humanitas*, LXIV (2012) 97-112.

LEÃO 2012b = D. LEÃO, *Boulomenos, ho*, In *The Encyclopedia of Ancient History*, ed. Roger S Bagnall, Kai Brodersen, Craige B Champion, Andrew Erskine, Sabine R Huebner, 2012, 1177 – 1178.

LEÃO & RHODES 2016 = D. LEÃO & P. J. RHODES, *The laws of Solon: a new edition with introduction, translation and commentary*, London, 2016.

LEBRE DE FREITAS 2013 = J. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, Coimbra 2013.

LEITE 2014 = P. LEITE, *Ética e retórica forense: asebeia e hybris na caracterização dos adversários em Demóstenes*, Coimbra 2014.

LEMOSSE 1957 = M. LEMOSSE, *Les lois de Gortyne et la notion de codification*, in *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité* IV (1957) 131-164.

LIEBMAN 1960 = E. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Rivista di Diritto Processuale* XV (1960) 551-565.

MAFFI 1976 = A. MAFFI, 'Nomos' e mezzi di prova nella teoria aristotelica e nella prassi giudiziaria attica, in *Seminario Romanistico Gardesano – promosso dall'Istituto milanese di Diritto romano e Storia dei diritti antichi 19-21 maggio*, 1976, 115-126.

MAFFI 1983 = A. MAFFI, *Studi di epigrafia giuridica greca*, Milano 1983.

MAFFI 1986 = A. MAFFI, *La confessione giudiziaria nel diritto Greco*, In: *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge. Actes de la table ronde de Rome (28-30 mars 1984)* Rome 1986, 7-26.

MAFFI 1997 = A. MAFFI, *Il diritto di famiglia nel codice di Gortina*, Milano 1997.

MAFFI 2001 = A. MAFFI, *Hans Julius Wolff e gli studi di diritto greco a trent'anni dal I Symposium*, *Dike* 4 (2001) 269-291.

MAFFI 2002 = A. MAFFI, *Processo di status e rivendicazione in proprietà nel Codice di Gortina: Diadikasia o azione delittuale?*, *Dike* 5 (2002) 111-134.

MAFFI 2003a = A. MAFFI, *Studi recenti sul Codice di Gortina*, *Dike* 6 (2003) 161-226.

MAFFI 2003b = A. MAFFI, *La legittimità a stare in giudizio del kosmos gortinio (IC IV 72 I 51-55 e IC IV 41 IV 6-16)*, in *Symposion 1999: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien 2003, 37-56.

MAFFI 2004 = A. MAFFI, *Gli studi di diritto greco oggi*, in *Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica*, cur. Delfim F. Leão, Livio Rossetti, Maria do Céu G. Z. Fialho, Coimbra 2004, 33-49.

MAFFI 2007 = A. MAFFI, *Quarant'anni di studi sul processo greco*, *Dike* 10 (2007) 185-267.

MAFFI 2010 = A. MAFFI, *Certeza del diritto nell'ambito del diritto greco*, comunicação oral apresentada no âmbito da Convenção "La certeza del diritto nell'esperienza storica e attuale", Convegno Triennale della Società Italiana di Storia del Diritto, Facoltà di Giurisprudenza a Modena.

MAFFI 2011 = A. MAFFI, *Giudice e mezzi di prova nel diritto di Gortina*, *Collana della Rivista di Diritto Romano – Atti del Convegno Processo Civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo ático in memoria di Arnaldo Biscardi*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 Dicembre 2001, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 153-160.

MAFFI 2015 = A. MAFFI, *Rassegna Critica*, *Dike* 18 (2015) 165-190.

MAFFI 2018 = A. MAFFI, *Toward a New Shape of the Relationship Between Public and Private Law in Ancient Greece*, in *Ancient Greek Law in the 21st Century*, ed. by Paula Perlman, Texas 2018, 70-84.

MAFFI 2019 = A. MAFFI, *Trasimaco fra Platone e Aristotele*, in <http://blog.petiteplaisance.it/wp-content/uploads/2019/04/Alberto-Maffi-Trasimaco-fra-Platone-e-Aristotele-.pdf> (consultado em 10 de Agosto de 2019), 2019, 1-6.

MARQUES 2007 = M. MARQUES, *Introdução ao Direito*, Coimbra 2007.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 1997 = Á. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Estudio sobre el vocabulário jurídico en el dialecto cretense*, *Fortvnatae*, 9 (1997) 103-123.

MARTINI 1999 = R. MARTINI, *Considerazioni comparatistiche in tema di sacramentum*, in *Mélanges Fritz Sturm I*, cur. Jean-François Gerkens... [et al.], Liège 1999, 381-394.

MARTINI 2001 = R. MARTINI, *Diritto Romano e Diritto Greco: (Un'esperienza didattica e di ricerca: bilancio provvisorio)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, XIII, (2001), 175-184.

MARTINI 2005 = R. MARTINI, *Diritti Greci*, Bologna 2005.

MACLACHLAN 2012 = B. MACLACHLAN, *Isonomia in Gortyn?*, in *Conference, Justice on the Margins, UWO 2011*, 1-22 [disponível em https://www.academia.edu/21245523/Isonomia_in_Gortyn, consultado em 21-11-2021].

MERRIAM 1885 = A. MERRIAM, Law Code of the Kretan Gortyna, in *The American Journal of Archaeology and of the History of the Fine Arts* 1, (1885) 324-350.

MESQUITA 2012 = M. MESQUITA, *Reconvenção e Excepção no Processo Civil*, Coimbra 2012.

MESQUITA 2017 = M. MESQUITA, *A «morte» do princípio do dispositivo?*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 147 (2017) 86-119.

MITCHELL & RHODES 1996 = L. MITCHELL & P. RHODES, *Friends and Enemies in Athenian Politics*, in *Greece & Rome*, Second Series 43, 1, (1996) 11-30.

MONCADA 1955 = MONCADA, L., *Filosofia do Direito e do Estado: Parte Histórica*, Coimbra 1955.

MONTELEONE 2007a = G. MONTELEONE, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, I, Padova 2007.

MONTELEONE 2007b = G. MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Rivista di Diritto Processuale*, LXII, 4 (2007) 863-874.

MONTERO AROCA = J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996.

NIEVA FENOLL 2010 = J. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010.

ORTEGA VILLARO 1986 = B. ORTEGA VILLARO, Un ejemplo de análisis gramatical: Las leyes de Gortina, *Revista de Filología de la Universidad de La Laguna* 5 (1986) 185-194.

OSBORNE 1985 = R. OSBORNE, *Law in Action in Classical Athens*, in *The Journal of Hellenic Studies* 105 (1985) 40-58.

OSBORNE/RHODES 2017 = R. OSBORNE & P. J. RHODES, *Greek Historical Inscriptions 478-404 BC*, Oxford 2017.

PALAO HERRERO 2007 = J. PALAO HERRERO, *El sistema jurídico ático clásico*, Madrid 2007.

Paoli 1925 = U. Paoli, *Giudizi paragrafici nel diritto processuale attico*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II (1925) 218-239.

PAPANKONSTANTINOY, 2002 = Z. PAPANKONSTANTINOY, *Written Law, Literacy and Social Conflict in Archaic and Classical Crete*, in *Ancient History Bulletin* XVI 3-4 (2002) 135-150.

PARKER 2005 = R. PARKER, *Law and Religion*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, cur. M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge 2005, 61-81.

PELLOSO 2009 = C. PELLOSO, *'Astreintes' e regime probatorio nel processo gortinio: considerazioni in margine a IC IV 72 I, 15-35*, in *Dike* 12 (2009) 91-170.

PELLOSO 2012 = C. PELLOSO, *Giudicare e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8.*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, Padova 2012, 61-128.

PELLOSO 2016 = C. PELLOSO, *Fase istruttoria e modalità di giudizio nella prima colonna del 'Codice' di Gortina*, in *Atene e oltre: Saggi sul diritto dei greci*, Napoli 2016, 481-513.

PELLOSO 2018 = C. PELLOSO, *'Provare', 'giudicare', 'decidere': brevi note sulla prima colonna del 'codice' di Gortina*, in *Kállistos Nómois: Scritti in onore di Alberto Maffi*, Torino 2018, 133-152.

Pepe 2019 = L. Pepe, *Atene a processo: il diritto ateniese attraverso le orazioni giudiziarie*, Bologna 2019.

PERLMAN 2000 = P. PERLMAN, *Gortyn. The First Seven Hundred Years (Part I)*, in *Polis & Politics: Studies in Ancient Greek History*, cur. P. Flensted-Jensen, T. Nielsen, L. Rubinstein, Copenhagen 2000, 59-89.

PERLMAN 2002 = P. PERLMAN, *Gortyn. The First Seven Hundred Years (Part II): The Laws from the Temple of Apollo Pythios*, in *Even More Studies in the Ancient Greek Polis: Papers from the Copenhagen Polis Centre 6*, Stuttgart 2002, 187-227.

PICÓ I JUNOY 2007 = J. PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007.

PIMENTEL 2008 = A. PIMENTEL, *A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônio*, in *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, Salvador 2008, 37-68.

PISANI 2006 = A. PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006.

PLATÃO 1967-1968 = PLATÃO, *Laws, Book XI*, translated by R.G. Bury. Cambridge, MA, Harvard University Press; London (1967-1968).

PLATÃO 2007 = Platão, *A República*, introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, Lisboa 2007.

PLESCIA 1970 = J. PLESCIA, *The Oath and Perjury in Ancient Greece*, Tallahassee 1970.

PUNZI 1965 = C. PUNZI, *Jura novit curia*, Milano 1965.

REIS 2012 = J. REIS, *Código de Processo Civil anotado*, III, Coimbra 2012.

- RENDINA 2014 = M. RENDINA, *Per una critica del principio iura novit curia: Premesse sistematiche*, Milano 2014
- RIES 1989 = G. RIES, Altbabylonische Beweisurteile, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte RA CXIX* (1989) 56-80.
- ROBB 1991 = K. ROBB, *The Witness in Heraclitus and in Early Greek Law*, *The Monist* 74 (1991) 638-676.
- ROCHA 2015 = J. ROCHA, *História do direito no Ocidente: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade*, Rio de Janeiro 2015.
- SATTA 1981 = S. SATTA, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1981.
- SCARSELLI 2010 = G. SCARSELLI, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, in *Il giusto processo civile*, 5 (2010) 45-75.
- SEALEY 1994 = R. SEALEY, *The justice of the Greeks*, Ann Arbor 1994.
- SEELENTAG 2014 = G. SEELENTAG, *An Epic Perspective on Institutionalization in Archaic Crete*, in *Cultural Practices and Material Culture in Archaic and Classical Crete: Proceedings of the International Conference, Mainz, May 20-21, 2011*, cur. O. Pilz, G. Seelentag, Berlin/Boston 2014, 121-140.
- SEELENTAG 2015 = G. SEELENTAG, *Das Archaische Kreta: Institutionalisierung im Frühen Griecheland*, Berlin/Boston 2015.
- SIRON 2017 = N. SIRON, *Le laconisme des Athéniens. Construction de l'évidence des faits dans les discours judiciaires de l'Athènes classique (V^e-IV^e siècles avant J.-C.)*, *Hypothèses* 20 (2017) 93-107
- SLANSKI 2012 = SLANSKI, *The Law of Hammurabi and its audience*, *Yale Journal of Law & the Humanities* 24 (2012) 97-110.
- SMITH 1924 = G. SMITH, *The Administration of Justice from Hesiod to Solon*, Chicago 1924.
- STEIN 1893 = F. STEIN, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig 1893.
- STOLFI 2006 = E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.
- STOLFI 2020 = E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia: Legge, politica, giustizia*, Roma 2020.
- STÜRNER 1982 = R. STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, Tübingen 1982.
- TALAMANCA 1979 = M. TALAMANCA, 'Δικαζειν' e 'κpinein' nelle testimonianze greche più antiche, in *Symposion 1974*, Köln-Wien (1979) 103-135.

TALAMANCA 2017 = M. TALAMANCA, *Dike ouk eisagogimos: Contributi allo studio del processo attico*, Volume postumo a cura di Alberto Maffi, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte, 26, 2017.

TARUFFO 2013 = M. TARUFFO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, in *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

THOMAS 1995 = R. THOMAS, *Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law*, *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 40 (1995) 59-74.

THOMAS 2005 = R. THOMAS, *Writing, Law, and Written Law*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, cur. M. Gagarin, D. Cohen, Cambridge 2005, 41-60.

THÜR 1970 = G. THÜR, *Zum δικάζειν bei Homer*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Weimar (1970) 426-444.

THÜR 2007 = G. THÜR, *Die Einheit des 'Griechischen Rechts'. Gedanken zum Prozessrecht in den griechischen Poleis*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics* IX (2007) 25-54.

THÜR 2010 = G. THÜR, *Legal procedure in the Gortyn Code. Response to Michael Gagarin*, Symposium 2009, hg. v. Gerhard Thür, Akten der Gesellschaft für Griechische und Hellenistische Rechtsgeschichte 21, Wien 2010, 147-150.

THÜR 2012 = G. THÜR, *Rechtstransfer aus dem Vorderen Orient im archaischen griechischen Prozess*, in *Transferts culturels et droits dans le monde grec et hellénistique (Actes du colloque international, Reims, 14-17 mai 2008)*, hg. v. Bernard Legras, Paris 2012, 47-61.

THÜR 2014a = G. THÜR, *Rationality and irrationality in the ancient Greek law of procedure*, in *Fundamina* 20 (2014) 916-924.

THÜR 2014b = G. THÜR, *Richter, Beweis und Urteil im Stadtrecht von Gortyn (Kreta, 5. Jh. v. Chr.)*», LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, Arbeitspapier 12, 2014, 1-12 [disponível em https://epub.oeaw.ac.at/0xc1aa5576_0x003766c8, consultado em 10-03-2022].

TODD 1993 = S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993.

UBERTIS 2018 = G. UBERTIS, *Dialettica probatoria e terzietà del giudice*, in *Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica*, VII, n.º 1 (2018), 57-70.

VAN EFFENTERRE/DEMARGNE 1937 = H. VAN EFFENTERRE & P. DEMARGNE, *Recherches à Dréros, II Les inscriptions archaïques*, in *Bulletin de correspondance hellénique* 61 (1937), 333-348.

VAN EFFENTERRE/RUZÉ 1994 = H. VAN EFFENTERRE & F. RUZÉ, *Nomima. Recueil d'inscriptions politiques et juridiques de l'archaïsme grec*, Tome I: Cités et institutions. Rome: École Française de Rome, 1994, disponível em: http://www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1994_cat_188_1 (consultado em 22-07-2019).

VERDE 1972 = G. VERDE, *Contro il giuramento suppletorio e contro una recente pronunzia della Corte costituzionale*, in *Il foro italiano* XCV (1972) 2753-2762.

WHITLEY 1997 = J. WHITLEY, *Cretan Laws and Cretan Literacy*, in *American Journal of Archaeology* 4 (1997) 635-661.

WILLETTS 1955 = R. WILLETTS, *Aristocratic Society in Ancient Crete*, London 1955.

WILLETTS 1967 = R. WILLETTS, *The Law Code of Gortyn*, Berlin 1967.

WILLETTS 1982 = R. WILLETTS, *Cretan laws and society*, in *The Cambridge Ancient History*, 2nd ed., vol 3, Part. 3: the expansion of the Greek world, eight to sixth centuries B.C., cur. J. Boardman, N. Hammond, Cambridge 1982, 234-248.

WOLFF 1946 = H. WOLFF, *The Origin of Judicial Litigation Among the Greeks*, in *Traditio* 4 (1946) 31-87.

WOLFF 2013 = H. WOLFF, *Diritto greco – Diritto tolemaico*, in *Dike* 16 (2013) 97-122.

WOODARD 1997 = R. WOODARD, *Greek writing form Knossos to Homer: a linguistic interpretation of the origin of the Greek alphabet and the continuity of Ancient Greek Literacy*, New York 1997.

WÜRTHWEIN 1977 = M. WÜRTHWEIN, *Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess*, Berlin 1977.

ZETTEL 1977 = G. ZETTEL, *Der Beibrigungsgrundsatz: Seine Struktur und Geltung im deutschen Zivilprozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1977.

ZUCCOTTI 2000 = F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico: elementi per uno studio comparatistico*, Milano 2000.