

## ARNALDO BISCARDI E IL DIRITTO GRECO. OSSERVAZIONI IN MARGINE ALLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE DEI TRIBUNALI ATENIESI, TRA GNOME DIKAIOTATE ED EPIEIKEIA\*

*ARNALDO BISCARDI AND ANCIENT GREEK LAW. SOME REMARKS ON  
THE JUDICIAL ROLE OF THE ATHENIAN COURTS, BETWEEN GNOME  
DIKAIOTATE AND EPIEIKEIA*

Laura Pepe

Università degli Studi di Milano

*Abstract English:* In an essay published in 1970, Arnaldo Biscardi deals with a controversial clause in the oath sworn by Athenian popular judges before entering their office: they will decide the case according to the γνώμη δικαιοσύνη, «the best judgement». Biscardi reaches the conclusion that γνώμη δικαιοσύνη is not a means to bypass the law in the name of equity, as argued by some scholars; it is, instead, a guide to the judges, so that they can express their vote according to the authentic meaning of the law and the intent of the lawgiver. The most recent and sound studies on Attic trial confirm that, as Biscardi had already demonstrated, the outcome of a trial in Athenian courts was the result of a strict enforcement of the law and of its most correct interpretation.

*Keywords:* Rule of Law; Athenian Trial; Athenian Courts; Interpretation of the Law; Greek Law

*Abstract Italiano:* In un articolo del 1970 Arnaldo Biscardi si sofferma su una controversa clausola del giuramento pronunciato dai giudici popolari di Atene prima della loro presa di servizio, clausola con la quale si impegnano a giudicare sulla base della γνώμη δικαιοσύνη, l'«opinione più giusta». Egli giunge alla conclusione che la γνώμη δικαιοσύνη non è un mezzo per aggirare la legge in nome dell'equità, come pure sostenuto da parte della dottrina; è, invece, lo strumento di cui ogni giudice deve avvalersi per cogliere il significato autentico della legge e l'intento del suo proponente. Gli studi più recenti e solidi svolti sul processo attico partono dagli assunti di Biscardi per confermare che l'esito di un processo nei tribunali ateniesi era conseguenza di una applicazione rigorosa della legge in forza della sua interpretazione più giusta.

---

\* Questo contributo è parte del progetto, finanziato con i fondi PSR del 2020 del Dipartimento di Diritto privato e storia del diritto dell'Università degli Studi di Milano, che celebra il centenario della Statale ricordando le figure dei suoi più autorevoli Maestri nelle discipline storico-giuridiche. Altri articoli del progetto già pubblicati sono quelli di Fagnoli, 2020; Santangelo Cordani, 2022; De Bernardi, 2022; Pulitanò, 2022. Ringrazio gli anonimi referee del presente articolo per i loro suggerimenti, la rilevazione di alcune incongruenze, la correzione di diverse sviste.

❖ Italian Review of Legal History, 9 (2023), n. 10, pagg. 357-383

❖ <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/index>

❖ ISSN 2464-8914 – DOI 10.54103/2464-8914/21920. Articolo pubblicato sotto Licenza CC-BY-SA.

*Parole chiave:* Stato di diritto; Processo ateniese; Tribunali ateniesi; Interpretazione della legge; Diritto greco.

*Sommario:* 1. Biscardi e il diritto greco. – 2. *Gnome dikaiotate* e interpretazione della legge nel giudizio di Biscardi. – 3. Il dibattito dottrinale dopo Biscardi. – 4. Aristotele e l'equità. – 5. Il *nomos* nel processo e la sua interpretazione. – 6. Il giudice che si fa legislatore: alcuni esempi.

### 1. Biscardi e il diritto greco

Alla «Statale», l'Università degli Studi di Milano che celebra nel 2023 il suo centenario<sup>1</sup>, Arnaldo Biscardi (Firenze, 17 novembre 1910; ivi, 13 gennaio 1998) giunge come professore ordinario nell'a.a. 1963/1964. Laureato in giurisprudenza nella città natale e successivamente, a Bologna, in lettere, aveva in precedenza insegnato a Pisa, in qualità di libero docente, e quindi a Siena e Genova<sup>2</sup>.

Era il tempo in cui gli insegnamenti romanistici fondamentali non si limitavano, come accade ora almeno nella maggior parte delle università italiane, alle sole Istituzioni di diritto romano. Il ventaglio delle materie obbligatorie comprese in quello che oggi è denominato «Settore Scientifico-Disciplinare IUS/18 – Diritto romano e diritti dell'antichità» era ben più ampio dell'attuale, e includeva la Storia del diritto romano e il Diritto romano (biennale), a cui facevano da corollario diversi altri corsi facoltativi. A quelli già esistenti nella facoltà milanese, Biscardi chiese e ottenne che venisse introdotto l'insegnamento della Papirologia giuridica, di cui fu titolare<sup>3</sup>; qualche anno più tardi, poi, avanzò la richiesta di istituire l'insegnamento libero di diritto greco che lui stesso – sotto l'impulso di quell'Ugo Enrico Paoli che gli fu maestro, e che in Italia fu pioniere degli studi in materia<sup>4</sup> – aveva in precedenza tenuto a Siena, e che volle affidare a una brillante allieva d'adozione che avrebbe fatto molto parlare di sé: Eva Cantarella. Da allora – seppure con qualche breve interruzione – il diritto greco non ha smesso di essere insegnato a Milano, in uno dei pochi atenei italiani dove il corso è impartito con continuità (e, accanto a Milano, vanno ricordate l'Università di Siena, «feudo», dopo il Biscardi, del suo allievo Remo Martini e quindi di Emanuele Stolfi; e

<sup>1</sup> Le vicende che portarono alla nascita dell'Università degli Studi di Milano il 30 settembre 1923 sono state di recente ripercorse in Santangelo Cordani, 2022, p. 2, con nt. 1 per la bibliografia precedente.

<sup>2</sup> La formazione, il percorso accademico, il profilo scientifico di Biscardi sono ricordati nei diversi contributi in sua memoria, tra cui: Maffi, 1998; Maffi, 2000; Martini, 1998; Martini, Bianchini, Paricio, 1999; Cantarella, Maffi, 1999, pp. VII-X; Thür, 2000.

<sup>3</sup> Biscardi, che si era perfezionato all'Institut für Papyrusforschung und Antike Rechtsgeschichte di Monaco (Martini, 1999, p. 536), pubblicò nel 1966 un *Corso di papirologia giuridica*, a cura di Eva Cantarella, per i tipi La Goliardica.

<sup>4</sup> E al quale, dopo la morte, dedicò una toccante commemorazione: Biscardi, 1964

l'Università di Padova, dove l'insegnamento è stato inaugurato ed è a oggi tenuto da Carlo Pelloso)<sup>5</sup>.

È vero che il diritto romano rimase sempre il fulcro degli interessi – vastissimi e non limitati all'antichità<sup>6</sup> – di Biscardi. Eppure, fedele all'idea che *nemo iurista nisi humanista*, egli comprese bene l'importanza, per non dire la necessità, dello studio del passato nel suo complesso: uno studio che dunque non deve prescindere dall'indagine dell'esperienza giuridica in quella civiltà greca in cui, pure, il diritto non assurse mai al rango di scienza. E difese le sue convinzioni a spada tratta, soprattutto di fronte ai «sorrisetti di sufficienza» di alcuni cultori del diritto positivo rispetto alle discipline storiche: a loro ricordava come la conoscenza della storia sia strumento irrinunciabile per la conoscenza del fenomeno giuridico in sé e per sé, perché «il diritto non è scienza se non è storia»<sup>7</sup>.

Di qui il suo entusiasmo nell'aderire all'iniziativa di Hans Julius Wolff e di Joseph Mélèze Modrzejewski di fondare la *Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte* per favorire il dialogo tra giuristi e non giuristi (soprattutto storici, epigrafisti e filologi)<sup>8</sup>, e di organizzare in Germania, al castello di Rheda

<sup>5</sup> Va però segnalato che tanto a Siena quanto a Padova il corso è denominato «Diritti greci» e non già «Diritto greco», come accade invece a Milano, in cui si mantiene la tradizione iniziata dallo stesso Biscardi, e si prosegue la convinzione da lui sostenuta quando – penso in particolare alla sua prolusione al II *Symposion* di diritto greco ed ellenistico tenutosi a Gargnano sul Garda nel 1974 (Biscardi, 1979), ripubblicato dapprima in Biscardi, 1982, part. pp. 314-315, quindi in Cantarella, Maffi, 1999, part. pp. 134-135; ma si vedano anche le osservazioni dell'A. in Biscardi, 1982, pp. 7-9 – egli prendeva una posizione netta nell'ambito della *querelle* (o *pruderie*, come lui stesso la chiamava: Biscardi, 1979, p. 2) che già al tempo opponeva gli assertori dell'esistenza di un denominatore comune al diritto delle πόλεις a coloro che, al contrario, la negavano; e lo faceva non solo ricordando il celebre passo erodoteo che celebra la κοινή greca di stirpe, di lingua, di religione e di costumi (ἤθεα; Hdt. 8.144.2), ma anche il «'diritto dei papiri' (gli ordinamenti papirologicamente attestati sono molteplici) e [la] 'storia del diritto italiano' (con le numerose divisioni politiche dell'Italia prima dell'unità risorgimentale)» (Biscardi, 1979, p. 3). Come è ben noto agli addetti ai lavori, la polemica non è sopita; per una panoramica delle posizioni assunte e degli argomenti addotti dagli studiosi che vi hanno preso parte rimando alle pagine iniziali del contributo di Phillips, 2014, pp. 75-78.

<sup>6</sup> Si veda al riguardo l'elenco completo degli scritti, curato da M. Fumagalli Balestri e S. Lazzarini, in Martini, Bianchini, Paricio, 1999, pp. 546-552.

<sup>7</sup> Biscardi, 1979, pp. 4-5. Quelli individuati da Biscardi nel contributo citato, come pure da chi, come lui, volle difendere le discipline storico-giuridiche (in tal senso si veda anche, per esempio, Bretone, 1986), sarebbero argomenti validi da opporre alle critiche di quanti, nel dibattito che prese le mosse diversi anni fa sulla opportunità di riforma della facoltà di Giurisprudenza, auspicavano, se non la cancellazione, almeno il forte ridimensionamento e la vigorosa ristrutturazione delle materie storiche, romanistiche e italianistiche, nel corso di studi (cosa che è poi puntualmente avvenuta). Si veda, per esempio, Di Cataldo 1987, part. coll. 108-117.

<sup>8</sup> Per la storia e le attività della *Gesellschaft* vd. Maffi, 2004, pp. 33-35.

presso Bielefeld – era il 1971 –, il primo di una lunga, e a oggi non interrotta, serie di *Symposia* di diritto greco ed ellenistico: il coinvolgimento negli incontri a carattere seminariale di un numero sempre crescente di studiosi della disciplina, e insieme la pubblicazione dei relativi atti, è stata veicolo straordinario per la diffusione nel mondo della conoscenza del diritto in Grecia.

Di qui anche i molti contributi sull'esperienza giuridica nel mondo greco, che per Biscardi non era affatto uno studio fine a se stesso, né doveva semplicemente servire a indagare un particolare istituto nel suo contesto storico; doveva essere utile, piuttosto, a valutare l'apporto del diritto greco nel mondo antico, a comprenderne l'influsso sull'evoluzione del diritto romano, e, soprattutto, ad avere contezza del nostro debito alla civiltà greca anche nel mondo del diritto<sup>9</sup>.

## 2. Gnome dikaiotate e interpretazione della legge nel giudizio di Biscardi

Appartenente a quella che lui stesso definiva «terza fase» degli studi sul diritto greco, quella fase segnata dall'abbandono degli schemi romanistici in precedenza adottati nell'approccio alla disciplina<sup>10</sup>, il Biscardi giusgrecista concentrò i suoi interessi soprattutto su argomenti relativi ai rapporti tra privati – matrimonio, regime dotale, successioni, contratti e comproprietà –, come è facile capire semplicemente scorrendo l'indice degli *Scritti* che, l'anno successivo alla sua morte, E. Cantarella e A. Maffi raccolsero in un unico volume<sup>11</sup>.

Non mancano però incursioni in tematiche di matrice pubblicistica. E, tra questi, spicca in particolare un contributo, pubblicato per la prima volta nel 1970, su una questione che è ancora al centro di un vivace dibattito dottrinale:

<sup>9</sup> Così Biscardi, 1979, p. 18. Nelle battute iniziali del contributo (p. 3), l'A. sottolinea come, posto che il diritto si inserisce in una cornice bidimensionale, di spazio e di tempo, e che dunque la sua conoscenza deve avvalersi di una comparazione orizzontale e verticale, «l'esperienza giuridica del mondo greco-ellenistico rientr[a], come qualsiasi altro diritto del passato, nell'orbita della irrinunciabile comparazione verticale, e cioè della storia, quale strumento di conoscenza del fenomeno giuridico in sé e per sé».

<sup>10</sup> Biscardi, 1979, p. 8; mentre la prima fase (vd. p. 5) si distingueva per l'interesse verso la materia mostrato da non specialisti del diritto (storici e filologi, soprattutto), ovvero da giusromanisti convinti di poter applicare all'esperienza giuridica greca le categorie proprie dell'ordinamento romano (nella falsa convinzione che si potesse ricostruire una *antike Rechtsgeschichte* che andasse oltre la peculiarità delle singole civiltà), e la seconda (vd. pp. 5-7) dava impulso a ricerche più specialistiche, che facevano assurgere il diritto greco al rango di disciplina a sé stante, la terza fase si caratterizza per il «tentativo di costruire una metodologia aderente all'esperienza studiata, e perciò autonoma da ogni altro condizionamento».

<sup>11</sup> Per precisa e dichiarata scelta dei curatori il volume comprende i soli contributi dedicati in modo diretto al diritto greco, ed esclude invece quelli in cui i riferimenti al diritto greco sono incidentali o prodromici rispetto a uno studio che ha come oggetto principale un argomento romanistico (Cantarella, Maffi, 1999, p. IX).

La *‘gnome dikaiotate’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne*<sup>12</sup>. È su questo lavoro che intendo soffermarmi, al fine di mostrare non solo che esso rappresenta ancora oggi una pietra miliare per chiunque affronti il tema – il che non sorprende, considerata la levatura del suo Autore –, ma anche l’attualità e la bontà di una parte considerevole delle conclusioni a cui esso perviene, e delle implicazioni che esso contiene<sup>13</sup>.

L’espressione γνώμη δικαιοσύνη – alla lettera «l’opinione più giusta», anche se, come vedremo, sarà necessario capire in che senso debbano intendersi tanto γνώμη<sup>14</sup> quanto δικαιοσύνη – doveva essere parte integrante del giuramento (il giuramento elastico) che i seimila giudici ateniesi erano tenuti a pronunciare prima della loro presa di servizio annuale nel δικαστήριον, il tribunale popolare competente a giudicare la maggior parte delle cause cittadine<sup>15</sup>. Così, almeno, riporta Demostene nell’orazione *Contro Leptine*, 118 (riprodotta nella sua seconda parte nella *Contro Beoto I*, 40, e per intero, a secoli di distanza, nell’*Onomastikon* di Polluce, 8.122):

<sup>12</sup> Biscardi, 1970. Il contributo è stato ripubblicato in traduzione italiana in Biscardi, 1982, pp. 361-372 (da cui sono tratte le citazioni che seguono), e, nella versione originale francese, in Cantarella, Maffi, 1999, pp. 89-102.

<sup>13</sup> A condividere la posizione di Biscardi è soprattutto Edward M. Harris, lo studioso che più di ogni altro in tempi recenti si è dedicato allo studio della γνώμη δικαιοσύνη e, più in generale, all’analisi del ruolo della legge e della sua interpretazione nel processo ateniese; un esplicito endorsement alle idee dello studioso italiano si trova in Harris, 2000, p. 31 nt. 11 e p. 34 nt. 21; e anche se negli studi successivi la posizione di Harris cambia, soprattutto nel senso di un allontanamento sempre più marcato dalle tesi di Wolff e Meyer Laurin (vedi *infra*, nt. 18), le sue conclusioni, in linea generale, non risultano mai in radicale contrasto con quelle di Biscardi.

<sup>14</sup> Per un’analisi delle ricorrenze del termine nei discorsi giudiziari rimando a Bearzot, 2013.

<sup>15</sup> Il testo del giuramento non è riportato nella sua forma completa da nessun autore greco; una sua ricostruzione, a partire dalle testimonianze citate di seguito nel testo, è stata proposta da Fraenkel, 1878, p. 464, e accolta poi, tra gli altri – pur con il *caveat* che essa non corrisponde ad alcuna attestazione antica –, da Harrison, 1971, p. 48; Scafuro, 1997, p. 50; Christ, 1998, p. 184; Lanni, 2006, p. 72. Per le quattro clausole sicuramente presenti nel giuramento (giudicare sulla base delle leggi e dei decreti; decidere nel merito dell’accusa presentata, senza lasciarsi fuorviare da argomenti ἕξω τοῦ πράγματος, «estranei alla causa»; ascoltare in modo imparziale le parti; votare sulla base della γνώμη δικαιοσύνη) vd. Harris, 2006, pp. 159-160; Harris, 2013b, 353-356. Per dubbi e critiche sulla formulazione proposta da Fraenkel vd. Mirhady, 2007; Canevaro, 2013, p. 176 nt. 291. Per l’occorrenza dell’espressione γνώμη δικαιοσύνη o di espressioni a questa assimilabili in altri testi di legge, anche provenienti da luoghi diversi da Atene, vd. Biscardi, 1982, pp. 364-365; Harris, 2006, pp. 161-162; O’Neil, 2001, pp. 23-24; Velissaropoulos-Karakostas, 2018, pp. 147-148.

[Giuro] di giudicare secondo le leggi (κατὰ τοὺς νόμους δικάσειν) [...] e, riguardo alle questioni per cui non vi siano leggi, di decidere in base all'opinione più retta (καὶ περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ᾔσι, γνώμη τῆ δικαιοσύνης κρινεῖν).

Vero è, tuttavia, che la formulazione qui offerta del giuramento eliastico presenta, altrove e anche in altri discorsi dello stesso Demostene, forma differente. Alcuni passi, per esempio, non fanno parola della γνώμη δικαιοσύνης, e parlano solo dell'impegno dei giudici di votare o giudicare secondo le leggi e i decreti vigenti, e inoltre di attenersi esclusivamente al tema oggetto della controversia (così si legge in Dem. *Timocr.* 149: ψηφιοῦμαι κατὰ τοὺς νόμους καὶ τὰ ψηφίσματα τοῦ δήμου τοῦ Ἀθηναίων καὶ τῆς βουλῆς τῶν πεντακοσίων<sup>16</sup>; e cfr. Dem. *Theocr.* 36: κατὰ τοὺς νόμους [...] δικάσειν; Isae. *Hagn. hered.* 6: ψηφιεῖσθαι κατὰ τοὺς νόμους; Dem. *Timocr.* 151: καὶ διαψηφιοῦμαι περὶ αὐτοῦ οὗ ἂν ἡ δίωξις ᾖ). In altri, invece, la γνώμη δικαιοσύνης è indicata come il criterio principe che deve guidare la decisione dei giudici sempre, e non soltanto in assenza di leggi (si veda Dem. *Aristocr.* 96: γνώμη τῆ δικαιοσύνης δικάσειν; e cfr. anche Dem. *Eub.* 63, in cui l'oratore lamenta la cancellazione dal giuramento della clausola relativa alla γνώμη δικαιοσύνης, che incoraggiava a deporre il voto a prescindere da indulgenza o da odio: ἔκ τε γὰρ τοῦ ὄρκου ἐξήλειψαν τὸ ψηφιεῖσθαι γνώμη τῆ δικαιοσύνης καὶ οὔτε χάριτος ἔνεκ' οὔτ' ἔχθρας).

Ora, anche in virtù di queste oscillazioni nelle fonti, ben si comprende come in dottrina, praticamente da sempre, si discuta tanto intorno al dettato effettivo del giuramento eliastico, quanto al ruolo che la γνώμη δικαιοσύνης doveva rivestire nel meccanismo decisionale dei giudici ateniesi. Nel suo contributo, Biscardi ricorda le posizioni dei due principali fronti dottrinali.

Da un lato vi è chi – come Hirzel, Vinogradoff, Paoli – intende la γνώμη δικαιοσύνης come mezzo a cui i giudici devono ricorrere sempre, al fine di interpretare la legge, colmare le (necessarie) lacune del sistema legislativo, pronunciarsi in favore dell'equità nell'eventualità che l'applicazione pedissequa della legge non garantisca giustizia; in forza della γνώμη δικαιοσύνης, dunque, i giudici avrebbero potuto prescindere dal dettato legislativo, e nel caso anche decidere *contra legem*<sup>17</sup>. D'altro canto, la scuola di Wolff, che annovera tra i suoi esponenti più convinti Meyer Laurin, privilegia la sopra citata testimonianza del discorso demostenico *Contro Leptine* per concludere che i giudici dovevano esprimere il loro voto non sulla base dell'equità, bensì della lettera della legge, e che la γνώμη δικαιοσύνης fosse un mezzo sussidiario, a cui si doveva ricorrere soltanto in caso di vuoto legislativo (περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ᾔσι)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Per l'inautenticità del documento presente nella *Contro Timocrate* demostenica, inautenticità provata, tra l'altro, proprio dall'assenza della clausola relativa alla γνώμη δικαιοσύνης, vd. Canevaro, 2013, pp. 173-180.

<sup>17</sup> Hirzel, 1900, p. 51; Vinogradoff, 1922, pp. 63-69, part. 68; Paoli, 1933, pp. 11, 33-35, 45-51. Ma si vedano anche Jones, 1956, p. 135; Plescia, 1970, p. 28; Harrison, 1971, p. 48.

<sup>18</sup> Wolff, 1957, pp. 34-35; Meyer Laurin, 1965, pp. 29-30 (nonché Meyer Laurin, 2007); e

Rispetto a queste due teorie, il Biscardi dichiarava di porsi a metà strada: mentre respingeva con forza la possibilità di intendere la γνώμη δικαιοσύνη come principio di equità che lasciava ai giudici una notevole discrezionalità di giudizio, e, nel caso, poteva anche consentire loro di giudicare contro la legge, egli sosteneva come l'«opinione più giusta» fosse il mezzo che doveva guidare sempre (e dunque non soltanto in assenza di legge<sup>19</sup>) l'attività del giudice. Posto che gli autori antichi ribadiscono a più riprese la convergenza tra νόμος e δίκαιον, ne consegue che la legge non può essere iniqua: se appare tale, in realtà è la sua interpretazione a essere errata. E la γνώμη δικαιοσύνη è il correttivo di quell'interpretazione errata, perché consente di cogliere, al di là della lettera, la δίανοια: il senso reale della legge, l'intento del suo proponente. Altrimenti detto, la γνώμη δικαιοσύνη è il presupposto dell'attività giudicante, lo «spirito animatore di tutta l'attività giudiziaria nel mondo greco»<sup>20</sup>; tant'è che, qualora manchino specifiche disposizioni legislative per decidere il caso in esame, il giudice deve operare *come se* fosse un legislatore<sup>21</sup>.

### 3. Il dibattito dottrinale dopo Biscardi

È evidente che indagare sulla γνώμη δικαιοσύνη non significa disquisire di una mera questione testuale o di una clausola marginale. In un'ottica ben più ampia, l'analisi non può che investire una valutazione complessiva tanto del processo ateniese quanto, in particolare, dei meccanismi e dei criteri decisionali dei giudici del δικαστήριον, che ad Atene – è bene ricordarlo – non erano esperti di legge ma privati cittadini<sup>22</sup>, tenuti, al termine dei discorsi delle parti, a esprimere il

---

vd. anche Meineke, 1971, *passim* e part. pp. 279-280, 354-360.

<sup>19</sup> Biscardi (1982, pp. 363-365) concilia le testimonianze apparentemente eterogenee relative alla γνώμη δικαιοσύνη sottolineando che la formula del giuramento quale essa appare in Dem. *Timocr.* 149 – in cui i giudici sono vincolati a deporre il loro voto in conformità alle leggi e ai decreti cittadini – risalisse a Solone, come è del resto specificato nel paragrafo precedente della stessa orazione. Con il tempo, tuttavia, quella formula venne modificata, e la γνώμη δικαιοσύνη – come dimostra anche il confronto con testimonianze appartenenti a luoghi e tempi diversi del mondo ellenico (su cui vd. nt. 15, *in fine*) – assurse a criterio che guidava i giudici nell'interpretazione della legge, anche se poi la più significativa delle sue applicazioni era quella che la indicava come strumento funzionale a colmare un'eventuale lacuna legislativa.

<sup>20</sup> Biscardi, 1982, p. 365.

<sup>21</sup> Biscardi, 1982, pp. 362, 365, che ricorda come questo principio richiami da vicino quanto è stabilito oggi nell'articolo 1 del codice civile svizzero: «Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore».

<sup>22</sup> Privati cittadini che, almeno secondo una parte della dottrina, provenivano dai ceti più poveri (e dunque, si suppone, meno istruiti se non addirittura non alfabetizzati) della popolazione ateniese, come proverebbero alcuni indizi ricorrenti soprattutto nei discorsi giudiziari e nelle commedie di Aristofane; in questo senso vd., *e.g.*, Hansen, 2003,

loro verdetto (mediante un sassolino o un disco di bronzo deposto in un'urna, secondo la procedura descritta in *Ath. Pol.* 68) in modo del tutto autonomo: ad Atene non solo non esisteva alcunché di simile a una «camera di consiglio», ma i giudici avevano il divieto di parlare tra loro tanto durante il dibattimento (anche se poi la regola non sempre era rispettata: Aesch. *Leg.* 24) quanto nel corso delle operazioni di voto (*Arist. Pol.* 1268b7-11)<sup>23</sup>.

Negli ultimi quarant'anni il tema è stato affrontato, con prospettive differenti, da diversi studiosi, con l'obiettivo di capire se nei tribunali di Atene (e, più in generale, nella democrazia ateniese) il νόμος fosse sovrano, e dunque se esistesse un principio di legalità (*rule of law*), ovvero se i giudici decidessero le controversie in modo arbitrario e non prevedibile, sulla base di fattori altri rispetto alla legge<sup>24</sup>. E se le diverse scuole di pensiero già ricordate da Biscardi nel suo contributo hanno raccolto nel tempo nuovi proseliti, il dibattito si è arricchito di una posizione decisamente radicale, secondo la quale il giuramento elastico non sarebbe altro se non una formula vuota, una formalità ben poco rilevante.

---

pp. 273-275; Ober, 1989, pp. 141-148 (con nt. 99 per differenti posizioni dottrinali; il lavoro di Ober, del resto, è volto a dimostrare come protagonisti del processo ateniese fossero da una parte la massa, nel ruolo di giudice, e dall'altra l'élite, nel ruolo di parte processuale). Contro questa posizione, e a favore del fatto che le giurie nei tribunali fossero rappresentative dell'intera cittadinanza, e più in generale contro il modello oberiano *mass vs. élite*, vd. Carugati, Weingast, 2018, *passim* e pp. 163-166.

<sup>23</sup> Per una visione d'insieme del processo ateniese rimando a Pepe, 2019, pp. 31-50.

<sup>24</sup> A favore della prima ipotesi vd. soprattutto Ostwald, 1986; Rhodes, 2004; Harris, 2006, 2013a, 2013b, 2013c (molto vicino, come è stato segnalato *supra*, nt. 13, alle posizioni di Biscardi); Sickinger, 2008; Wallace, 2018. Per la seconda vd. invece Osborne, 1985; Ober, 1989; Todd, 1993; Cohen, 1995a, 1995b; Christ, 1998; Allen, 2000; Sundahl, 2003; Lanni, 2006, 2016, 2018; Wohl, 2010. Nel dibattito, qualche anno fa, è intervenuta anche Forsdyke, 2018, *passim* e part. pp. 185 ss., la quale ha sottolineato come le due opposte posizioni dottrinali presuppongano non soltanto una diversa interpretazione delle fonti antiche, ma anche divergenze in merito al significato specifico, tuttora assai dibattuto, da attribuire all'espressione *rule of law*. Se si ritiene – afferma l'A. – che il *rule of law* implichi *legal supremacy* (sono le norme autoritative, non la violenza, a governare la società), *legal equality* (nessuno è al di sopra della legge, di fronte alla quale tutti gli individui sono uguali) e *legal certainty* (le leggi devono essere chiare e la loro applicazione coerente e prevedibile), non vi sono dubbi riguardo al fatto che nella democrazia di Atene fossero soddisfatti i primi due requisiti, mentre è più problematico stabilire se vi fosse *legal certainty* (come lo è, del resto, anche in relazione al mondo contemporaneo, perché, se anche è chiaro il significato della legge, la sua applicazione pedissequa in casi peculiari può risultare ingiusta). L'A. mostra con diversi esempi come gli ateniesi fossero consapevoli dell'importanza e della centralità della *legal certainty* e cercassero di perseguirla, ma fossero anche consapevoli del fatto che essa è un mero ideale, da bilanciare, in casi determinati, con equità e correttezza (cfr. p. 205: «while the rhetoric of the courts in the fourth century often articulated the ideal of the RoL [Rule of Law], the jurors' oath both reinforced this ideal and acknowledged its impossibility»).

È il caso di Matthew R. Christ, che in una monografia del 1998 (*The Litigious Athenian*), ha sottolineato come ben pochi giudici, al momento di sedere in un tribunale per giudicare una causa, potessero ricordarsi di un giuramento pronunciato (peraltro non individualmente ma collettivamente) molto tempo prima e una sola volta, al momento della loro entrata in carica. Non solo: se anche lo avessero ricordato, nel deporre il loro voto nell'urna essi sarebbero stati intimamente persuasi di agire in obbedienza a ciò che avevano giurato, qualunque fosse stato il loro orientamento. Il che accadeva per due ragioni principali:

First [...] most laws were sufficiently vague that jurors *could vote as they wished* with little fear that they were violating their oath. Second, while the oath privileged the laws and directed jurors to rely on *their* «most just judgement» only where no law applied, jurors may have felt they were carrying the oath out by remaining faithful to the «most just judgment» clause: indeed, litigants sometimes treat this clause as if it were the essence of the oath<sup>25</sup>.

Dunque, entrambi questi fattori – da una parte il carattere vago delle leggi, passibili delle interpretazioni più disparate, dall'altra la convinzione di rispettare il giuramento solo che la decisione fosse conforme a una (personale) «opinione più giusta» – facevano sì che, nell'esprimere il voto, i giudici trascurassero ampiamente il νόμος. Questo – prosegue l'A. – non significa che essi non tenessero la legge in alcuna considerazione; significa, invece, che, pur concordando sull'idea (generica e vaga) che la legge fosse autorevole (κύριος), e pur essendo orgogliosi di essere additati dalle parti processuali come «guardiani della legge», non si sentivano vincolati ad applicare il νόμος alla lettera; piuttosto, il νόμος era da loro applicato alla luce del δίκαιον, del «giusto», sia che il «giusto» fosse tale in senso oggettivo o (più di frequente) soggettivo. Del resto, a determinare il giudizio del giudice dovevano concorrere elementi che con la legge avevano ben poco a che fare: come il carattere, la reputazione, il peso sociale dei litiganti e l'abilità retorica che gli stessi dispiegavano nei loro discorsi. In quest'ottica, il processo (che non a caso gli ateniesi indicavano con il termine ἀγών, «agone») era specchio di una società competitiva, un'arena che serviva a ridefinire le posizioni sociali delle parti coinvolte per comporre pubblicamente una contesa che avrebbe altrimenti portato a vendetta o a giustizia privata. Lungi dall'essere il luogo in cui la legge regnava sovrana, insomma, il processo sarebbe stata la sede di decisioni basate su apprezzamenti e valutazioni individuali conformi a ciò che si riteneva fosse giusto, ma che dalla legge potevano senz'altro prescindere<sup>26</sup>.

È tuttavia difficile accogliere questa tesi estremista, che di fatto finisce per dipingere come regno dell'illegalità (*legal excess and abuse*, per usare l'espressione ripetutamente impiegata da Christ nel suo lavoro) la città che sul piano politico

<sup>25</sup> Christ, 1998, pp. 194-195. Il corsivo nel testo è mio.

<sup>26</sup> Christ, 1998, pp. 32-34; 195-196. Sull'agonalità del processo attico, ma in un'ottica ben diversa rispetto a quella di Christ, vd. Stolfi, 2020, pp. 201-204.

riconosciamo culla della democrazia (pur con i limiti e i necessari distinguo tra quella democrazia e le democrazie contemporanee). E non soltanto perché, come è stato opportunamente rimarcato, essa propone una rappresentazione grottesca, se non addirittura caricaturale, del processo ateniese<sup>27</sup>, ma soprattutto perché offre una lettura approssimativa di quel che emerge dalle testimonianze antiche<sup>28</sup>.

È arbitrario, per esempio, assumere (peraltro in assenza di indicazioni in tal senso delle fonti) che γνώμη δικαιοσύνη sia l'opinione personale, arbitraria, ritenuta «la più corretta» nella prospettiva del soggetto giudicante; già il superlativo, δικαιοσύνη, non dovrebbe sollevare dubbi sul fatto che la γνώμη in questione sia, in termini assoluti e non relativi o soggettivi, «la più giusta»<sup>29</sup>.

Al contempo, è arbitrario anche liquidare come espedienti retorici di nessun peso le esortazioni rivolte ai giudici, e ricorrenti con una certa insistenza nelle orazioni giudiziarie, di giudicare il caso tenendo conto non già dei λόγοι, dei discorsi delle parti, ma dei νόμοι, delle leggi, in modo tale da esprimere un voto al contempo δίκαιον καὶ εὖορκον, «giusto e rispettoso del giuramento», e inoltre scevro da sentimenti di inimicizia (ἔχθρα) o di favore (χάρις, εὖνοια) verso l'uno e l'altro contendente<sup>30</sup>.

Quanto poi all'affermazione che i giudici dovevano votare non secondo le leggi ma secondo giustizia, essa incorre nell'obiezione, già sollevata da Biscardi

<sup>27</sup> Harris, 2000, p. 33.

<sup>28</sup> Per una critica alle posizioni di chi (cfr. nt. 24) ritiene che il processo ateniese fosse manifestazione di una *agonistic society* in cui la legge non aveva rilievo alcuno, e inoltre di chi (cfr. nt. 17) indica nel νόμος un limite non vincolante all'attività giudiziale, rimando, e *plurimis*, a Maffi, 2004, pp. 45-47, a Pelloso, 2017, part. pp. XII-XVII, e agli innumerevoli contributi di Harris (segnalo, tra i più recenti, Harris, 2020).

<sup>29</sup> Cfr. Pelloso, 2017, p. XXVIII: «assumere che un quid sia *dikaiotaton* altro non significa che esso corrisponde completamente allo spirito autentico dei *nomoi*». Va però rilevato come sia molto diffusa – anche tra chi aderisce alla tesi dell'esistenza, ad Atene, del principio di legalità – la tendenza a declinare la γνώμη δικαιοσύνη in senso soggettivo.

<sup>30</sup> Così Hyg. *Eux.* 40: ὅταν γὰρ μέλλητε, ὦ ἄνδρες δικασταί, διαψηφίζεσθαι, κελεύετε ὑμῖν τὸν γραμματέα ὑπαναγνῶναι τὴν τε εἰσαγγελίαν καὶ τὸν νόμον τὸν εἰσαγγελτικὸν καὶ τὸν ὄρκον τὸν ἡλιαστικόν. Καὶ τοὺς μὲν λόγους ἀπάντων ἡμῶν ἀφέλετε, ἐκ δὲ τῆς εἰσαγγελίας καὶ τῶν νόμων σκεψάμενοι ὅ τι ἂν ὑμῖν δοκῇ δίκαιον καὶ εὖορκον εἶναι, τοῦτο ψηφίσασθε, «quando sarete in procinto di esprimere il vostro voto, giudici, chiedete al cancelliere di leggere la denuncia, la legge relativa alla denuncia, e il giuramento eliastico. E poi ignorate i discorsi di noi tutti, e giudicate solo sulla base della denuncia e delle leggi». Di tenore simile quanto si afferma in Dem. *Timocr.* 151: διαψηφιοῦμαι περὶ αὐτοῦ οὗ ἂν ἡ δίωξις ᾗ. Ἐπομνύνα Δία, Ποσειδῶ, Δήμητρα, καὶ ἐπαρᾶσθαι ἐξώλειαν ἑαυτῶ καὶ οἰκίᾳ τῇ ἑαυτοῦ, εἴ τι τούτων παραβαίνοι, εὖορκοῦντι δὲ πολλὰ κάγαθὰ εἶναι, «giudicherò sulla base di quanto è detto nel testo dell'accusa. Giuro in nome di Zeus, di Poseidone, di Demetra, e invoco distruzione su me stesso e la mia casa se trasgredisco in ogni modo il giuramento, nella consapevolezza che molti beni sono riservati a chi rispetta il giuramento». E ancora vd. Lys. *Alc. II* 9; Dem. *Aristocr.* 96-97.

e ribadita con indagini sistematiche da diversi studiosi dopo di lui, che nelle orazioni giudiziarie δίκαιον e νόμος sono presentati come concetti coincidenti, sinonimici. Non vi è dunque possibilità che il δίκαιον scavalchi il νόμος, visto che per sua stessa natura il νόμος è δίκαιος<sup>31</sup>.

#### 4. Aristotele e l'equità

Molte delle ricostruzioni proposte a sostegno della tesi, nelle sue varianti radicali o morbide, per cui ad Atene l'esito di un processo dipendeva non già dall'applicazione rigorosa della legge ma dal giudizio dei giudici, che si sentivano legittimati dal contenuto del giuramento a decidere il caso sulla base della (loro) «opinione più giusta», prendono le mosse – in modo più o meno dichiarato – da alcune note affermazioni aristoteliche.

Nel I libro della *Retorica* lo Stagirita tratta della γνώμη ἀρίστη (con cui chiaramente intende la γνώμη δικαιοσύνη del giuramento elastico) a corollario di un discorso articolato a proposito di ἐπιεικὲς / ἐπιείκεια, «equità». È opportuno ripercorrere per intero quel discorso: anche se non è inserito in un manuale sulle modalità di funzionamento del processo, ma in un'opera che tratta di persuasione e dei mezzi che le parti processuali devono dispiegare per ottenerla, nondimeno esso può comunque fornire informazioni utili sulla funzione della legge nel processo<sup>32</sup>.

Aristotele esordisce affermando che l'ἐπιεικὲς è una forma di giustizia (δίκαιον) che può anche andare oltre (παρά) il νόμος γεγραμμένος, la «legge scritta» vigente presso la comunità; questo si verifica o perché i legislatori, senza volerlo, tralasciano di specificare nelle loro leggi dei particolari rilevanti, ovvero perché essi sono consapevoli di dover scrivere leggi di tenore generale, inadatte dunque, per la loro stessa natura, a coprire la totalità dei casi concreti (che sono però riconducibili alla medesima fattispecie)<sup>33</sup>. Posto dunque – prosegue Aristotele – che vi sono circostanze peculiari in cui non è equo applicare la legge alla lettera, è opportuno guardare non a questa ma al legislatore e all'intenzione (διάνοια) del legislatore, e non al fatto in sé ma al proposito (προαίρεσις) con cui l'autore ha commesso il fatto (Arist. *Rhet.* 1374a25-1374b13).

Ciò premesso, e dopo aver trattato della maggiore o minore gravità delle azioni ingiuste, il filosofo passa a una rassegna delle ἄτεχνοι πίστεις, i mezzi di prova «inartificiali», non soggetti all'elaborazione retorica del logografo o dell'oratore. E tra le prove da esibire in giudizio, oltre a testimonianze, patti, confessioni ottenute con tortura e giuramenti, c'è anche la legge, a proposito della quale

<sup>31</sup> Vd., e.g., Carey, 1996, pp. 37, 40-41; Harris, 2006, pp. 168-170.

<sup>32</sup> Per un esame dettagliato dei passi aristotelici di seguito esaminati rimando (anche per la bibliografia di riferimento) a Stolfi, 2020, pp. 174-185.

<sup>33</sup> Sulle lacune volontarie e involontarie della legge nella trattazione della *Retorica* aristotelica vd. Maffi, 2018, pp. 85-87.

Aristotele ricorda che:

qualora la legge scritta risulti contraria alla causa, ci si deve avvalere della legge comune e inoltre e dei criteri più equi e più giusti (τοῖς ἐπιεικεστέροις καὶ δικαιοτέροις). «Mediante l'opinione migliore» (γνώμη τῆ ἀρίστη) significa questo: non ricorrere totalmente alle leggi scritte, perché l'equità è sempre uguale a se stessa e non cambia mai, e neppure la legge comune, in quanto è conforme alla natura, mentre le leggi scritte mutano spesso (Arist. *Rhet.* 1375a22-32).

Dall'idea generale dell'equità che sta al di sopra della legge deriverebbe dunque il corollario che nel processo la γνώμη ἀρίστη debba servire come mezzo per superare i limiti dell'applicazione della legge; legge che, a sua volta, non sarebbe nulla altro che una tra le πίστεις.

Ora, isolare quest'ultimo argomento aristotelico e usarlo per sostenere che nel processo ateniese la legge era svilita, e che la γνώμη δικαιοτάτη era lo strumento a cui i giudici di regola ricorrevano per eluderla in nome di una superiore equità, è un errore di metodo grossolano. E non soltanto perché, se quest'interpretazione fosse fondata, il giuramento presenterebbe due clausole tra loro contraddittorie: tanto quella di «giudicare secondo le leggi e i decreti della città», quanto quella di eludere quelle stesse leggi e quegli stessi decreti in nome tanto del νόμος κοινός, della «legge comune» (non scritta e «secondo natura»<sup>34</sup>), quanto dell'equità individuata dalla γνώμη δικαιοτάτη (né vale inferire che la γνώμη δικαιοτάτη soccorreva in caso di vuoto legislativo dal momento che, come si vedrà tra breve, la legge è presupposto dell'azione processuale)<sup>35</sup>. In effetti, con un argomento specioso e del tutto privo di riscontri nei discorsi composti per essere pronunciati in tribunale – ove la γνώμη δικαιοτάτη è criterio invocato dalla parte per ricordare al giudice di giudicare correttamente –, il filosofo giunge ad affermare che nel processo la γνώμη ἀρίστη (al pari del νόμος κοινός) è un espediente che la parte deve richiamare qualora il νόμος γεγραμμένος sia contrario alla sua causa, per esortare il giudice a decidere sulla base di criteri altri e più solidi rispetto alla legge, che solida non è per via della sua mutevolezza. Né bisogna trascurare il fatto (troppo spesso ignorato<sup>36</sup>) che, poco oltre, lo Stagirita accenna alla circostanza opposta, cioè a quella in cui la

<sup>34</sup> Νόμος κοινός, «legge comune» è la legge non scritta la cui validità è riconosciuta da tutti (ὅσα ἄγραφα παρὰ πᾶσιν ὁμολογεῖσθαι δοκεῖ, *Rhet.* 1368b7-9), ovvero la legge di natura (κατὰ φύσιν: *Rhet.* 1373b4-6). Per un approfondimento nel merito rimando a Pepe, 2017, pp. 117-118 e alla bibliografia citata ivi, nt. 32. Sul fatto che filosofi e storici richiamino con frequenza nelle loro riflessioni la legge non scritta e la consuetudine, un richiamo del tutto assente nelle orazioni giudiziarie ove esse non sono mai poste a fondamento della pretesa giudiziale, vd. Maffi, 2018, p. 83.

<sup>35</sup> Neppure è poco significativo che poco prima (*Rhet.* 1374b20-21) Aristotele sottolinei che «a guardare all'equità (τὸ ἐπιεικές) è l'arbitro, mentre il giudice guarda alla legge (τὸν νόμον)».

<sup>36</sup> Vd., di recente, Forsdyke, 2018, pp. 203-204, che, nell'esame del passo aristotelico, omette di ricordare il seguito di quel che lo Stagirita afferma.

legge sia favorevole alla causa: in questo caso l'invocazione ai giudici di ricorrere alla γνώμη ἀρίστη deve servire a rammentare loro di non pronunciare sentenze contrarie alla legge, ovvero di impedire che essi siano «accusati di spergiuro, se ignorano quel che dice la legge» (Arist. *Rhet.* 1375b16-25)<sup>37</sup>.

Ancora, elevare il passo della *Retorica* in cui la legge è annoverata tra le πίστεις ἄτεχνοι ad autorità per asserire che la legge nel processo vale unicamente come πίστις, come mezzo di prova, significa trasferire sul piano della prassi giudiziaria una categoria che Aristotele per primo si limita a trattare soltanto sotto il profilo retorico. Nel tribunale di Atene, infatti, la legge doveva essere ben più di una prova prodotta dall'una e dall'altra parte.

### 5. Il nomos nel processo e la sua interpretazione

Lo si comprende se si guarda all'ἔγκλημα e alla γραφή, cioè ai documenti formali presentati al magistrato competente e letti pubblicamente dal cancelliere prima dell'inizio del processo, che costituivano, rispettivamente, la domanda giudiziale delle azioni ἴδια, «private» (nel senso di «intentate dalla parte lesa») ovvero l'atto di accusa delle azioni δημόσια, «pubbliche» (intentate cioè da ὁ βουλόμενος, «chiunque lo voglia»)<sup>38</sup>. Negli ultimi anni si è discusso molto circa il contenuto, la funzione, la rilevanza di tale documento, e ci si è domandati se le parti processuali, nel dibattimento, e i giudici, nell'esprimere il loro verdetto, dovessero attenersi a quanto era in esso contenuto<sup>39</sup>. Ora, benché gli assertori dell'inesistenza del *rule of law* ad Atene neghino, con diverse argomentazioni, che nell'ἔγκλημα o nella γραφή vi fosse l'obbligo di citare il νόμος sulla base del quale si agiva in giudizio (con la conseguenza che i giudici, nell'esprimere il loro voto, non erano tenuti ad attenersi alla legge)<sup>40</sup>, diversi esempi di ἐγκλήματα o di γραφαί, riportati in modo diretto o indiretto nelle fonti, dimostrano al contrario che chi promuoveva l'azione fosse tenuto a indicare al magistrato competente il νόμος γεγραμμένος che riteneva essere stato violato dal comportamento del convenuto o dell'accusato, ovvero dovesse alludere a esso con il dettagliare gli illeciti ascrivibili a quel νόμος, oltre al proprio nome, al nome di chi intendeva citare in giudizio e a un – più o meno breve – resoconto dei fatti<sup>41</sup>. Si legge per

<sup>37</sup> Contro la possibilità di usare questo passaggio della *Retorica* aristotelica per intendere la portata della γνώμη δικαιοτάτη vd., per tutti, Harris, 2006, pp. 162-166.

<sup>38</sup> Per la distinzione tra i due tipi di azione – designati comunemente δίκη e γραφή – vd. Harrison, 1971, pp. 74-77.

<sup>39</sup> Vd. per esempio, con posizioni differenti, Thūr, 2008; Gagarin, 2012; Harris 2013c; Lanni, 2018; Scheibelreiter, 2018.

<sup>40</sup> Cfr. Lanni, 2018, p. 294: «The plaintiffs were not required to refer to or closely follow the statute in formulating their complaint. It seems that they did, however, generally offer a specific but brief description of wrongdoing by the defendant that would fit at least loosely under the statutory procedure through which the case was brought».

<sup>41</sup> Per l'elenco delle fonti contenenti le informazioni indicate vd. in particolare Pelloso,

esempio in Dem. *Steph. I.46*: «Apollodoro figlio di Pasione del demo di Acarne [cita in giudizio] Stefano figlio di Meneacle del demo di Acarne per falsa testimonianza (ψευδομαρτυρίων). La pena richiesta è di un talento. Stefano ha testimoniato il falso contro di me, testimoniando quel che è scritto nel verbale» (Ἀπολλόδωρος Πασίωνος Ἄχαρνεὺς Στεφάνῳ Μενεκλέους Ἄχαρνεῖ ψευδομαρτυρίων, τίμημα τάλαντον. Τὰ ψευδῆ μου κατεμαρτύρησε Στέφανος μαρτυρήσας τὰ ἐν τῷ γραμματεῖῳ γεγραμμένα). Né si deve dimenticare che a partire dal 403/2 a.C., al termine della procedura di revisione delle leggi e di ritrascrizione di quelle che la città doveva osservare, era fatto divieto ai magistrati di applicare leggi non scritte (And. *Myst.* 85-86); e il magistrato che avesse portato in tribunale un caso che violasse questa disposizione era passibile di essere sanzionato in sede di rendiconto (*Ath. Pol.* 48.4-5)<sup>42</sup>.

Se dunque si ammette che senza νόμος non si ha iscrizione della causa a ruolo, ciò significa che il νόμος, lungi dall'intervenire soltanto nel corso del processo come prova prodotta della parte, del processo è scaturigine, presupposto e guida.

I rilievi appena svolti, tuttavia, non comportano la necessità di scartare l'intero ragionamento aristotelico come inverosimile ai fini della ricostruzione dei meccanismi decisionali del processo ateniese<sup>43</sup>. Lo stesso Biscardi, che nel contributo qui in esame si limita soltanto ad accennare alle considerazioni svolte dallo Stagirita in materia di ἐπιείκεια, da un lato si guarda bene dall'assumere che le affermazioni del filosofo sulla γνώμη ἀρίστη nella *Retorica* siano la chiave per capire in che modo giudicassero i giudici di Atene; dall'altro, tuttavia, si sofferma sull'idea aristotelica della ἐπιείκεια «come virtù morale dell'individuo» (e aggiungerei anche politica, relativa cioè al comportamento che l'individuo deve seguire nel suo ruolo istituzionale di giudice della πόλις) e come «regola costante del suo comportamento», per sottolineare come essa sia fatta propria dal suo contemporaneo Demostene tutte le volte in cui questi si riferisce alla γνώμη δικαιοτάτη<sup>44</sup>. È un'idea di ἐπιείκεια espressa in quella parte generale della *Retorica* che fa da premessa alle argomentazioni tendenziose sull'uso della γνώμη ἀρίστη, e che è sviluppata anche, questa volta senza riferimento alcuno al suo possibile e macchinoso uso pratico in tribunale, nel V libro dell'*Etica a Nicomaco*<sup>45</sup>.

---

2017, p. XXIII nt. 33. Sul fatto che «the indictment may or may not have named the category of offense (such as *hubris*, or impiety [...], or the very general *adikia* ['wrongdoing']), but it always detailed the crime, whether or not in statute language», vd. Wallace, 2018, p. 14. È da segnalare come Biscardi, che pure annovera il νόμος tra i mezzi di prova senza trattare il tema della sua presenza nell' ἔγκλημα ovvero nella γραφή, sottolinei però come «la legge stessa – il *nomos* sovrano – non rappresenta, per così dire, che la misura e l'elemento catalizzatore della *gnome dikaiotate*» (Biscardi, 1982, pp. 365-366).

<sup>42</sup> Sul punto vd. Talamanca, 2008, p. 64 nt. 167.

<sup>43</sup> *Contra*, O'Neil, 2001, *passim* e part. pp. 24-29.

<sup>44</sup> Biscardi, 1982, pp. 366-367.

<sup>45</sup> Per la ἐπιείκεια aristotelica vedi anche, più diffusamente, Biscardi, 1997, part. pp. 3-5;

Qui Aristotele ritorna sul tema della relazione tra l'ἐπιεικής, l'«equo», e il δίκαιον, il «giusto», e specifica che essi, pur non coincidendo, non sono però diversi per genere (EN 1137a33-34); infatti l'ἐπιεικής, pur essendo δίκαιον, differisce dal δίκαιον per il fatto che, mentre quest'ultimo è «secondo la legge» (κατὰ νόμον), l'ἐπιεικής è ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου, «correzione del giusto legale», ovvero (come si afferma poco oltre) ἐπανόρθωμα νόμου, «correzione della legge» (EN 1137b13, 1137b26). In che senso vada intesa tale correzione viene detto poco oltre: poiché la legge, per sua natura, è universale, e prende in considerazione quel che accade nella maggioranza dei casi, quando si verifica qualcosa che non rientra nell'universale è giusto correggere (ἐπανορθοῦν) l'omissione; la legge va dunque riempita dove è manchevole, in modo che – evidentemente se ne sussistano i presupposti – possa essere adattata alle circostanze, ovvero a un caso concreto non espressamente coperto dalla legge stessa, con quell'aggiustamento che «lo stesso legislatore avrebbe suggerito, se fosse stato presente, e avrebbe previsto nella legge, se avesse conosciuto i particolari» (EN 1137b13-27)<sup>46</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si può allora leggere l'esempio addotto dallo stesso Aristotele nella *Retorica* (e a cui è necessario aggiungere dettagli sui quali il filosofo sorvola, ma che sono facilmente intuibili): l'individuo che colpisce o cerca di colpire qualcuno con la mano sulla quale indossa un anello potrebbe essere ritenuto colpevole sulla base della lettera della legge scritta, che (evidentemente, benché Aristotele non lo specifichi) punisce con una serietà maggiore chi sferra un colpo con un oggetto metallico rispetto a chi aggredisce a mani nude<sup>47</sup>; nella realtà, tuttavia, quell'individuo non commette l'illecito per cui è convenuto in giudizio, chiaramente per il fatto che non ha inteso usare l'anello come arma, o comunque per colpire con maggiore violenza (Arist. *Rhet.* 1374a35-37). Decidere in base alla ἐπιείκεια, dunque, significa non già applicare la legge in modo meccanico o pedissequo – cosa che il legislatore per primo non avrebbe voluto –, ma valutare le circostanze, e di conseguenza stabilire se sanzionare o no. Questa valutazione comporta, tra le altre cose, una distinzione tra «azioni ingiuste», non compiute inopinatamente ma originate da malvagità

---

e inoltre, Harris, 2013a (ove ulteriore bibliografia: vd. in part. p. 29 nt. 6), che (cfr. part. pp. 35-36) spiega la necessità di ricorrere alla ἐπιείκεια come conseguenza della «open texture» della legge (un tema di su cui l'A. ritorna spesso: vd. anche Harris, 2000 e 2004b); Stolfi, 2020, pp. 178-185 (per un confronto della trattazione dell'ἐπιεικής nell'*Etica a Nicomaco* e nella *Retorica*).

<sup>46</sup> Per la rispondenza tra le riflessioni aristoteliche sulla ἐπιείκεια e le argomentazioni svolte dagli oratori nei discorsi giudiziari vd. Harris, 2013a, pp. 36-41, che fornisce numerosi esempi al riguardo.

<sup>47</sup> Nell'ordinamento ateniese, del resto, altro (e più grave) era l'illecito di τραῦμα ἐκ προνοίας, perpetrato da chi, deliberatamente, ricorreva a un oggetto contundente per procurare una ferita, altro era ῥαϊκ(ε)ία, l'aggressione di chi percuoteva o colpiva a mani nude. Sulla differenza nella persecuzione e nella pena vd. Pepe, 2019, pp. 200-201, 213-214, ove ulteriore bibliografia.

(ἀδικήματα... μήτε παράλογα ἀπὸ πονηρίας), che vanno punite con le pene più gravi; «errori», che, benché non commessi inopinatamente, non derivano da malvagità (ἀμαρτήματα... μὴ παράλογα καὶ μὴ ἀπὸ πονηρίας); e «sventure», non preordinate e non malvagie (ἀτυχήματα... παράλογα καὶ μὴ ἀπὸ μοχθηρίας): meritevoli, gli uni e le altre, di maggiore indulgenza (Arist. *Rhet.* 1374b4-11).

Intese in questa prospettiva, le riflessioni di Aristotele sono ben lungi dal provare il carattere aleatorio o agonale di un processo, il processo ateniese, dominato non dalla legge, potenzialmente ingiusta, ma dall'equità. Al contrario esse integrano, senza contraddirle, le parole che ricorrono con frequenza nelle orazioni giudiziarie – una conclusione, questa, che si legge tra le righe delle considerazioni di Biscardi<sup>48</sup>.

I giudici del tribunale devono farsì legislatori, non nel senso che devono individuare *ex nihilo* un principio giuridico estraneo alla legge, ma nel senso che devono comprendere lo spirito (διάνοια) con cui il legislatore ha proposto e dato vita alla legge, e votare a favore della parte processuale che meglio lo ha individuato. Questo comporta che essi inquadrino correttamente la situazione – per esempio valutando se l'accusato o il convenuto abbiano agito o meno con intenzione, ovvero se sia giusto o meno pronunciarsi in favore della parte che abbia sussunto il caso in esame in una legge esistente idonea che pure non lo contempra espressamente –, e giudichino infine sulla base delle leggi e dei decreti esistenti, intendendo quelle leggi e quei decreti alla luce dell'«opinione più giusta», l'unica che permette alla giustizia di cui sono permeati di dispiegarsi al meglio in relazione alla circostanza specifica su cui essi sono chiamati a esprimersi<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Il fatto che nelle orazioni giudiziarie non si faccia praticamente mai parola della ἐπιείκεια, che è invece concetto chiave attorno al quale ruotano le considerazioni di Aristotele, ha indotto il filone critico che fa capo a Wolff e Meyer Laurin (per i quali, ricordiamolo, i giudici dovevano attenersi alla lettera della legge: vedi *supra*, nt. 18) a scartare gli argomenti aristotelici, ritenuti irrilevanti per la comprensione dei criteri decisionali dei giudici ateniesi. Contro questa posizione si vedano però gli argomenti di Harris, 2004, pp. 4-5: al di là del fatto che l'assenza della parola ἐπιείκεια negli oratori può non essere significativa (perché «les orateurs attiques présentent des arguments qu'Aristote aurait considérés comme des appels à l'*epieikeia*»), non bisogna necessariamente postulare che ἐπιείκεια, da un lato, e rispetto della legge, dall'altro, rappresentino due forme di giustizia opposte e tra loro inconciliabili.

<sup>49</sup> Diverse le conclusioni di Stolfi, 2020, pp. 183-184, a parere del quale il discorso aristotelico sull'equità che funge da correttivo della legge è rivolto «soprattutto al retore, ancor prima che a quanti decideranno la controversia», e che «l'*epieikés* non è affidato a chi valuta la singola controversia (cui pertiene, se del caso la *gnóme ariste o dikaiotáte*)»; ma è impossibile scindere l'opera del retore (o di chi pronuncia il suo discorso di accusa o difesa sforzandosi di portare alla luce, grazie all'ἐπιεικός, la διάνοια del νόμος) da quella del giudice, il cui δικάζειν – anche per il tramite della γνώμη δικαιοσύνη – altro non è se non un voto a favore della parte processuale che si è fatta interprete di quella διάνοια; al

La γνώμη δικαιοσύνη, di conseguenza, non può intendersi come opinione arbitraria, personale, che a seconda dei casi aggira la legge, prescinde dalla legge, si sostituisce o si oppone alla legge; è, invece, il mezzo che in assoluto, «nel modo più giusto possibile», deve indurre i giudici a comprendere lo spirito della legge, e a deporre il voto a favore dell'attore/accusatore che ha dato vita all'azione per segnalare l'infrazione del νόμος, ovvero del convenuto/accusato che ha dimostrato di non averlo violato<sup>50</sup>.

## 6. Il giudice che si fa legislatore: alcuni esempi

Nel suo contributo, Biscardi dimostrava con alcuni esempi in che modo la γνώμη δικαιοσύνη doveva operare nell'applicazione della legge. E diversi studiosi dopo di lui – Harris, più di ogni altro – hanno incrementato quell'elenco con un'analisi puntuale di svariati altri casi. Qui mi limiterò a ricordarne soltanto tre: due processi per i quali l'esito può essere presunto con una qualche certezza; e un terzo dall'esito noto. Posto che i giudici di Atene – come in precedenza accennato – esprimevano il verdetto deponendo un voto a favore dell'una o dell'altra parte processuale, e che nel farlo molto spesso si «spaccavano in due» (il che giustifica il gioco paretimologico che equipara il δικαστής, «giudice», al διχαστής, «colui che divide a metà»<sup>51</sup>), tali esempi sono utili a provare che, nell'esprimere il loro verdetto, la maggioranza dei giudici aderiva con rigore all'interpretazione

---

riguardo valgono anche i rilievi di Harris segnalati *supra*, nt. 48.

<sup>50</sup> In questo senso vd. anche Pelloso, 2017, pp. XXIV-XXIX. Un appunto va svolto su una considerazione di Biscardi (1982, p. 368), che, ponendosi sulla linea di quanto già sostenuto da Paoli, 1933, p. 40, riteneva che potessero esservi casi limite in cui l'equità finiva per prevalere sulla legge. E citava, al riguardo, l'esempio dello scontro tra Eschine e Demostene, ricostruibile dalle due orazioni superstiti (rispettivamente, *Contro Ctesifonte* e *Per la corona*): il primo, che aveva accusato di illegalità Ctesifonte per aver proposto il conferimento di una corona d'oro a Demostene in ragione dei benefici resi alla città, subì una terribile *débâcle* benché avesse dalla sua la legge, «mentre Demostene [...] non [aveva] niente su cui far leva, tranne la causa di una giustizia ideale. [...] Dal punto di vista giuridico, si trattò senza dubbio di una prevalenza surrettizia o abusiva dell'equità sulla legge». Una simile conclusione non può essere condivisa, se è vero che Demostene rinfaccia a Eschine di aver citato in modo fuorviante e imparziale le leggi che a suo dire Ctesifonte avrebbe violato, quelle leggi che invece «sarebbe giusto leggere nella loro interezza davanti a coloro che hanno giurato di votare sulla base di esse» (οὓς ὅλους δίκαιον ἦν ἀναγιγνώσκεισθαι τοῖς γ' ὁμωμοκόσιν κατὰ τοὺς νόμους ψηφιεῖσθαι: Dem. Cor. 121). Al riguardo vd. Harris, 2000, pp. 59-67, teso a dimostrare come gli argomenti di Eschine si basassero su una interpretazione inusuale delle leggi; O'Neil, 2001, p. 27: «[Demosthenes'] argument is not that the law Aeschines cites should be overruled on the grounds of equity, but that the law cannot say what Aeschines took it to say, that is, equity is used to explain the law, not to over-rule it».

<sup>51</sup> Così in Arist. EN 1132a30-32; e cfr. anche Xen. Mem. 4.4.8 (οἱ δικασταὶ δίχα ψηφίζομενοι). Sul punto vd. Loraux, 2006, pp. 352-354.

condivisa, che incarnava «nel modo più giusto» la δῖανοια della legge.

Il primo – preso in considerazione anche dallo stesso Biscardi, anche se poi la conclusione a cui perviene lo studioso è diversa da quella che sarà raggiunta qui<sup>52</sup> – è un processo privato per diffamazione, una δίκη κακηγορίας, di cui conserviamo il discorso di accusa, la *Contro Teomnesto* di Lisia. Esso trova il suo fondamento in un’antica legge ateniese che vietava di pronunciare alcune parole classificate come ἀπόρρητα, «indicibili», pena una sanzione pecuniaria di 500 dracme. Ora, l’anonimo cliente per cui il celebre logografo scrive l’orazione accusa Teomnesto di κακηγορία per il fatto che questi lo aveva ingiuriato, apostrofandolo come parricida; più correttamente, gli aveva falsamente rinfacciato di aver ucciso suo padre (τὸν πατέρα ἀπεκτονέναι, §§ 1, 6). Vero è, ammette parte attrice, che Teomnesto non aveva mai profferito la parola ἀνδρόφονος, che figurava nell’elenco degli ἀπόρρητα: e infatti lo stesso Teomnesto incentrava la propria difesa proprio sulla mancata pronuncia dell’espressione proibita. Ma, prosegue l’attore rivolgendosi ai giudici, oggetto di discussione non devono essere gli ὀνόματα, le «parole», bensì la loro δῖανοια, il loro «significato» (§ 6):

Tutti sanno che chi ha ucciso qualcuno è un assassino (ἀνδρόφονος), e che chi è assassino ha ucciso qualcuno. Sarebbe stato un gran lavoro per il legislatore scrivere tutte quante le parole che hanno lo stesso significato: indicandone una, le ha mostrate tutte (Lys. *Theomn.* 7).

In questo caso giudiziario ricorrono elementi ormai familiari: il νόμος di riferimento, alla base dell’azione di diffamazione esperita dal cliente di Lisia, stabilisce una pena per chi pronunciasse le parole vietate indicate in un elenco; ma, visto che quell’elenco non contempla le espressioni di uguale significato – come quella pronunciata da Teomnesto –, l’attore opta per una «correzione della legge» (ἐπανόρθωμα νόμου, per usare l’espressione aristotelica), e nello specifico per una sua interpretazione estensiva, giustificata dal noto principio che il legislatore non può coprire tutte le circostanze concretamente possibili. Di qui l’invito ai giudici di guardare a quella che, a suo parere, è la δῖανοια della legge, e non alla sua lettera.

È però dubbio che la δῖανοια del legislatore fosse quella invocata dall’attore: e non solo perché quest’ultimo nella sua orazione spende molte, troppe energie per cercare di dimostrare la bontà della propria tesi (§§ 8-21), ma perché la verosimile antichità del νόμος che è presupposto dell’azione processuale induce a pensare che gli ἀπόρρητα lì indicati formassero un insieme tassativo, rigorosamente chiuso, di parole tabù<sup>53</sup>. Tant’è che l’arbitro pubblico, a cui – come lo stesso oratore ricorda (§ 6) – il caso era stato in precedenza sottoposto, doveva essersi espresso

<sup>52</sup> Per Biscardi (1982, p. 371-372) l’autentico «spirito della legge» era quello invocato dall’attore, non dal convenuto, come invece si cercherà di dimostrare.

<sup>53</sup> A proposito del potere magico-religioso delle parole indicate come ἀπόρρητα vd. Gernet, Bizos, 1955, p. 142.

a favore del convenuto: solo immaginando un giudizio favorevole a quest'ultimo, in effetti, si spiega perché l'attore avesse deciso di rivolgersi al tribunale, per sottoporre nuovamente la questione ai giudici che sedevano in esso<sup>54</sup>. Ed è lecito inferire che questi, dal loro canto, applicando la γνώμη δικαιοσύνη a un caso non espressamente contemplato dalla legge, e al contempo tenendo conto del fatto che l'intenzione del legislatore era quella di perseguire solo chi avesse pronunciato uno degli ἀπόρρητα contemplati nell'elenco, non avrebbero potuto far altro che uniformarsi al verdetto dell'arbitro, e dunque assolvere<sup>55</sup>.

Un secondo esempio significativo ricorre in un'orazione di Demostene, la *Contro Beoto*. Questi i fatti: Beoto, che si proclamava figlio illegittimo di Mantia, una volta raggiunta la maggiore età aveva chiesto e ottenuto dal padre di essere riconosciuto come figlio legittimo, con tanto di iscrizione alla fratria e al demo. Mantia era però morto prima che le pratiche fossero perfezionate: di qui l'iniziativa di Beoto di portarle a termine, e in particolare di registrarsi nel demo del padre con il nome del nonno Mantiteo, che egli diceva di avere il diritto di portare in quanto figlio maggiore di Mantia. Quel nome, tuttavia, era stato già assegnato subito dopo la nascita a un figlio legittimo dello stesso Mantia. La confusione e i problemi concreti che sarebbero derivati dalla presenza in città di due omonimi, identificati dal medesimo nome, patronimico e demotico – problemi illustrati ai §§ 7-12 dell'orazione –, aveva spinto il figlio legittimo Mantiteo a portare in tribunale il fratellastro Beoto, verosimilmente (come indicano le occorrenze di βλάβη e βλάβη ai §§ 5, 13, 18 dell'orazione) intentandogli una δίκη βλάβης, cioè un'azione per danneggiamento<sup>56</sup>. Ora, al pari delle altre leggi ateniesi, che mancano di fornire una definizione degli illeciti che disciplinano, neppure la legge sul danno indicava che cosa dovesse intendersi per βλάβη<sup>57</sup>. È noto però che la δίκη βλάβης di regola era intentata al fine di ottenere un risarcimento per perdite pecuniarie e danni materiali già avvenuti: ma l'attore, con un'interpretazione estensiva della legge in questione, e a fronte dell'assenza di leggi più pertinenti al proprio caso, ricorre a essa per ottenere il ristoro di eventuali danni futuri.

Non è noto con certezza l'esito del processo, ma vi sono ottimi motivi per credere che i giudici si pronunciarono contro Mantiteo e a favore di Beoto, che andò dunque assolto e conservò il diritto di essere chiamato «Mantiteo». Lo si

<sup>54</sup> Il giudizio reso dell'arbitro pubblico poteva essere impugnato da una delle parti (evidentemente quella soccombente), che chiedevano che il caso fosse nuovamente vagliato dal tribunale popolare; sul punto vd. Pepe, 2019, pp. 37-39.

<sup>55</sup> Nello stesso senso vd. Harris, 2000, pp. 56-57.

<sup>56</sup> Carey, Reid, 1885, pp. 166-167; Harris, 2000, pp. 57-58.

<sup>57</sup> Sull'assenza di definizioni nelle leggi ateniesi, che non comportava però la conseguenza che i giudici, e gli ateniesi in generale, ignorassero il contenuto dei termini che designavano l'illecito, vd., e *plurimis*, Harris, 2000, *passim* e part. pp. 33-34; Maffi, 2004, pp. 46-47; Wallace, 2018 (a cui si rimanda anche per un'analisi generale del rapporto tra *substantive* e *procedural law* in diritto ateniese).

inferisce da diversi elementi: per esempio dal fatto che, in un'ulteriore causa intentata contro il fratellastro dal figlio legittimo (il Mantiteo «originario»), quest'ultimo era stato costretto a convenirlo in giudizio con il nome di Mantiteo: il che non sarebbe stato possibile se nel presente processo Beoto fosse stato condannato (la notizia è riferita in Dem. *Boeot.* II 18, e confermata da Dion. Halic. *De Din.* 21)<sup>58</sup>.

Proprio come si è riscontrato per la lisiana *Contro Teomnesto*, dunque, l'interpretazione troppo ardita della legge è destinata a fallire. Il «correttivo» che l'attore propone, al fine di estendere al proprio caso le maglie del νόμος a disciplina della βλάβη, viene rigettato, e i giudici giudicano nell'unico modo possibile, il più giusto, conforme allo spirito della legge e all'interpretazione condivisa.

L'ultimo caso da considerare è evocato come precedente da Demostene nella *Contro Midia* (§§ 71-75): un tale Eveone aveva ucciso Beoto con un solo colpo, dopo che questi, ubriaco, lo aveva aggredito nel corso di un banchetto. Processato, Eveone era stato condannato per un solo voto di scarto. Non sono noti altri particolari della vicenda, ma quel che si può desumere da ciò che Demostene riferisce è che Eveone venne accusato di omicidio volontario (φόνος ἐκ προνοίας), anche se poi il processo dovette verosimilmente svolgersi non già nell'Areopago (competente, appunto, in materia di φόνος ἐκ προνοίας), bensì nel Delfinio, ossia nel tribunale atto a giudicare gli omicidi cd. «legittimi», ossia non meritevoli di pena. Nella *Costituzione degli Ateniesi* pseudoaristotelica (§ 57.3) si afferma infatti che il caso veniva inoltrato a quest'ultimo tribunale qualora l'imputato ammettesse di aver ucciso, ma al contempo dichiarasse di averlo fatto «secondo le leggi», cioè in circostanze a cui le leggi riconoscevano impunità; e in base alla più antica legge cittadina, di cui era autore Draconte, non si poteva considerare (e dunque punire come) omicida chi avesse ucciso colui che lo aveva colpito per primo; che la reazione fosse eccessiva rispetto al colpo ricevuto non era affatto rilevante<sup>59</sup>.

Perché, dunque, Eveone era stato condannato, pur se con un solo voto di scarto, se a rigore la legge lo tutelava? Si può tentare di dare una risposta a questa domanda se si considera che da diversi anni ad Atene era in corso un dibattito sull'accertamento della responsabilità per quegli omicidi che nelle sue leggi Draconte aveva esentato da pena. Di tale dibattito è testimonianza la *Terza Tetralogia* di Antifonte, che prospetta un caso di scuola molto simile a quello effettivamente occorso tra Eveone e Beoto: un giovane prende a pugni un vecchio

<sup>58</sup> Per ulteriori indizi si rimanda a Murray, 1936, pp. 446-447.

<sup>59</sup> Nell'epigrafe che conserva la legge di Draconte sull'omicidio (*IG* I<sup>3</sup>.104) sono in parte leggibili alle ll. 33-35 (ossia nella sezione che disciplina i casi in cui è lecito uccidere) le parole ἄρχοντα χειρῶν ἀδίκων κτείνει, «uccide chi ha iniziato una rissa», le stesse che ricorrono anche nella *Terza Tetralogia* di Antifonte (§§ 2.1; 4.3) di cui si parlerà tra breve, nel testo.

che lo ha colpito per primo, causandone la morte<sup>60</sup>. Ora, la difesa sostiene che il giovane imputato merita di essere scagionato in base alla legge, una legge che non lo avrebbe indicato colpevole neppure se, anziché rispondere – come aveva fatto – con un pugno al pugno sferrato dal vecchio, avesse ricambiato il pugno colpendo con un ferro, una pietra o un bastone (Antiph. *Tetr.* III, 2.2; 4.6-7). Per contro, l'accusa afferma che l'imputato deve essere ritenuto colpevole perché la sua reazione è stata sproporzionata rispetto all'offesa ricevuta (Antiph. *Tetr.* III, 3.3.4). Le *Tetralogie* propongono, come è noto, discorsi antilogici: opposti, ma dotati di pari forza, tra i quali è dunque impossibile individuare il vincitore e il soccombente. È però significativo che, nella finzione processuale qui prospettata, l'imputato prenda la via dell'esilio volontario prima della pronuncia del secondo discorso di difesa, quasi presagendo che il voto dei giudici sarebbe stato a lui sfavorevole. La *Terza Tetralogia* potrebbe dunque rappresentare un indizio del fatto che la legge iniziava essere interpretata in modo diverso da come si era fatto in passato: si faceva strada l'idea che non fosse perdonabile chi, reagendo al colpo ricevuto, era giunto a uccidere.

Se ora si ritorna al caso di Eveone e Beoto, risulteranno più chiare le ragioni della netta spaccatura tra i giudici: metà di loro votò secondo l'interpretazione tradizionale della legge, che garantiva impunità alla vittima anche nel caso di reazione eccessiva all'offesa (tanto più che, come si sottolinea nel resoconto dei fatti, Beoto aveva agito con prepotenza, ὑβρις; Dem. *Mid.* 72); l'altra, che prevalse per una unità, aderì invece a un'interpretazione più nuova, ma che si stava progressivamente consolidando, per cui era giusto punire chi, nel ricambiare il pugno, aveva causato la morte del proprio aggressore. Questo, del resto, è quel che pensa lo stesso Demostene (anche se poi la sua è una supposizione del tutto personale, visto che nel processo ateniese il verdetto era un voto a favore di una delle parti, e non esistevano motivazioni della sentenza):

coloro che lo condannarono non votarono contro di lui perché si era difeso, ma perché lo aveva fatto giungendo a uccidere; chi invece lo assolse ritenne che anche questo eccesso di reazione fosse concesso, almeno a chi era stato vittima di *hybris* (Dem. *Mid.* 75).

Il verdetto finale non aveva tradito la legge; al contrario, non esentando da pena chi aveva esagerato nella reazione, ne aveva portato alla luce la διάνοια che, nell'interpretazione corrente, era assunta come «la più giusta»<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Per le numerose questioni controverse relative alle *Tetralogie* (autenticità, datazione, coerenza dei casi che prospettano rispetto alle leggi ateniesi) rimando, anche per la bibliografia precedente, a Pepe, 2012, pp. 146-148 e relative note. Della *Terza Tetralogia* mi sono ampiamente occupata in quella sede, pp. 199-206.

<sup>61</sup> La vicenda di Eveone e Beoto è analizzata anche da Harris, 2013a, pp. 45-46, ma con premesse e conclusioni diverse da quelle esposte qui: lo studioso pensa infatti che Eveone venne processato nell'Areopago per omicidio volontario, φόνοϛ ἐκ προνοίας, e

7. Le indagini più rigorose e puntuali svolte negli ultimi decenni sul processo attico, sul giuramento elastico e sui meccanismi decisionali dei giudici ateniesi non possono prescindere dai rilievi svolti e dalle conclusioni raggiunte da Biscardi nel suo fondamentale lavoro del 1970. Esclusa, sulla base dell'evidenza delle fonti, la possibilità di postulare che i giudici giudicassero il caso a loro sottoposto in base a criteri di giustizia e di equità che o prescindevano dalla legge o addirittura potevano essere contrari alla legge, quel che Biscardi tra i primi metteva in luce è il fatto che nei tribunali di Atene la legge era sovrana: il *rule of law* prevaleva senz'altro sulla *authority of people*. Fedele all'idea che «il 'messaggio ai posteri' del diritto greco» sta «in certi principi, che sono un po' i cardini, attorno a cui ruota l'ordinamento giuridico di ogni società civile», convinto che «sono [...] alcune conquiste capitali che emergono dalla speculazione e dalla prassi del mondo ellenico a permetterci di misurare l'importanza storica della civiltà greca del diritto»<sup>62</sup>, nel contributo sulla γνώμη δικαιοσύνη Biscardi dimostra quanto grande sia il nostro debito nei confronti del mondo greco, anche in relazione a quel processo che troppo spesso è liquidato come «amatoriale»<sup>63</sup>.

### Bibliografia

- Allen D., 2000: *The World of Prometheus. The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton, Princeton University Press.
- Bearzot C.S., 2013: *La gnome del giudice nell'oratoria attica*, in Bearzot C.S., Vimercati E. (eds.), *La giustizia dei Greci tra riflessione filosofica e prassi giudiziaria*, Milano, Vita e Pensiero, pp. 85-98.
- Biscardi A., 1964: *Ugo Enrico Paoli*, in "lura", 15, pp. 190-202.
- Biscardi A., 1970: *La gnome dikaiotete et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne*, in "Revue internationale des droits de l'antiquité", 17, pp. 219-232 (poi in Biscardi, 1982, pp. 361-372).
- Biscardi A., 1979: *Diritto greco e scienza del diritto*, in Wolff H.J., Modrzejewski J.M., Dimakis P., Biscardi A. (eds.), *Symposion 1974. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Wien, Böhlau, pp. 1-22 (poi in Cantarella E., Maffi A., 1999, pp. 133-155).

---

che i giudici che condannarono applicarono con rigore la legge, ritenendo che l'imputato «caused the death of his victim and did so as the result of a deliberate action (*ek pronoias*), that is, an act aimed at harming the victim» (una definizione, questa, che non condivido: vd. Pepe, 2015, pp. 430-442); Harris si limita a menzionare la legge sull'omicidio legittimo solo per giustificare il voto dei giudici che assolsero Eveone.

<sup>62</sup> Biscardi, 1979, pp. 18-19.

<sup>63</sup> Il concetto è stato ribadito di recente da uno dei maggiori politologi europei, Yves Mény: Mény, 2021, p. 98.

- Biscardi A., 1982: *Diritto greco antico*, Milano, Giuffré (poi Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2017).
- Biscardi A., 1997: *On 'aequitas' and 'epieikeia'*, in *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* (Second International Conference on Aequitas and Equity, The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem, May 1993), Jerusalem, pp. 1-11 (poi in Cantarella E., Maffi A., 1999, pp. 287-298).
- Bretone M., 1986: *Le discipline romanistiche e il riordinamento degli studi giuridici*, in "Il Foro Italiano", 109.6, coll. 250-252.
- Canevaro M., 2013: *The Documents in the Attic Orators. Laws and Decrees in the Public Speeches of the Demosthenic Corpus*, Oxford, Oxford University Press.
- Canevaro M., Erskine A., Gray B., Ober J. (eds.), 2018: *Ancient Greek History and Contemporary Social Science*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- Cantarella E., Maffi A. (eds.), 1999: *Arnaldo Biscardi, Scritti di diritto greco*, Milano, Giuffré.
- Carey C., 1996: *Nomos in Attic Rhetoric and Oratory*, in "The Journal of Hellenic Studies", 106, pp. 33-46.
- Carey C., Reid R.A., 1985: *Demosthenes. Selected Private Speeches*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Carugati F., Weingast B.R., 2018: *Rethinking Mass and Elite: Decision-Making in the Athenian Law-Courts*, in Canevaro M., Erskine A., Gray B., Ober J. (eds.), 2018, pp. 157-183.
- Christ M.R., 1998: *The Litigious Athenian*, Baltimore-London, Johns Hopkins.
- Cohen D., 1995a: *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Cohen D., 1995b: *The Rule of Law and Democratic Ideology in Classical Athens*, in Eder W. (ed.), *Die athenische Demokratie im 4. Jahrhundert v. Chr.: Vollendung oder Verfall einer Verfassungsform?*, Stuttgart, Steiner, pp. 227-247.
- De Bernardi M., 2022: *Franco Pastori, giurista eclettico e grande didatta*, in "Italian Review of Legal History", 8, pp. 591-619.
- Di Cataldo V., 1987: *Appunti per una riforma della Facoltà di giurisprudenza*, in "Il Foro Italiano", 110.2, coll. 104-123.
- Fargnoli I., 2020: *Le affinità giuridico-culturali con l'America latina nella testimonianza di Emilio Betti*, in "Roma e America. Diritto Romano Comune", 41, pp. 327-338.
- Fraenkel M., 1878: *Der attische Heliasteneid*, in "Hermes", 13, pp. 452-466.
- Forsdyke S., 2018: *Ancient and Modern Conceptions of the Rule of Law*, in Canevaro M., Erskine A., Gray B., Ober J. (eds.), 2018, pp. 184-212.
- Gagarin M., 2012: *Law, Politics, and the Question of Relevance in the Case on the Crown*, in "Classical Antiquity", 31, pp. 293-314.

- Gernet L., Bizos M., 1955: *Lysias, Discours. I*, Paris, Les Belles Lettres [I ed. 1924].
- Hansen M.H., 1999: *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.*, Milano, LED [ed. or. *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structures, Principles and Ideology*, Oxford, Blackwell, 1991].
- Harris E.M., 2000: *Open Texture in Athenian Law*, in "Dike", 3, pp. 27-79.
- Harris E.M., 2004a: *Le role de l'epieikeia dans les tribunaux athéniens*, in "Revue d'histoire du droit", 82, pp. 1-13.
- Harris E.M., 2004b: *More Thoughts on Open Texture in Athenian Law*, in Leão D.F., Rossetti L., Fialho M.do Céu G.Z. (eds.), 2004, pp. 241-262.
- Harris E.M., 2006: *The Rule of Law in Athenian Democracy. Reflections on the Judicial Oath*, in "Dike", 9, pp. 157-181.
- Harris E.M., 2013a: *How Strictly Did the Athenian Courts Apply the Law? The Role of Epieikeia*, in "Bulletin of the Institute of Classical Studies", 56, pp. 27-48.
- Harris E.M., 2013b: *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford, Oxford University Press.
- Harris E.M., 2013c: *The Complaint in Athenian Law and Legal Procedure*, in Faraguna M. (ed.), *Archives and Archival Documents in Ancient Societies*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, pp. 143-162.
- Harris E.M., 2020: *Legal Expertise and Legal Experts in Athenian Democracy*, in "The Journal of Juristic Papyrology", 50, pp. 149-168.
- Harrison A.R.W., 1971: *The Law of Athens. II, Procedure*, Oxford, Oxford University Press.
- Hirzel R., 1900: *Agraphos Nomos*, Leipzig, Teubner.
- Jones J.W., 1956: *Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford, Clarendon Press.
- Lanni A., 2006: *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Lanni A., 2016: *Law and Order in Ancient Athens*, New York, Cambridge University Press.
- Lanni A., 2018: *The Role of Complaint (Graphe/Enklema) in the Athenian Legal System*, in Thür G., Yiftach U., Zelnik-Abramoviz R. (eds.), *Symposion 2017. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, pp. 185-202.
- Leão D.F., Rossetti L., Fialho M.do Céu G.Z. (eds.), 2004: *Nomos. Direito e sociedade ne la Antiguidade Clássica*, Madrid, Ediciones clásicas.
- Loraux N., 2006: *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, Vicenza, Neri Pozza [ed. or. *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot & Rivages, 1997].
- Maffi A., 1998: *Arnaldo Biscardi: in memoriam*, in "Dike", 1, pp. 181-183.

- Maffi A., 2000: *Arnaldo Biscardi*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung", 117, pp. 823-824.
- Maffi A., 2004: *Gli studi di diritto greco oggi*, in Leão D.F., Rossetti L., Fialho M.do Céu G.Z. (eds.), 2004, pp. 33-49.
- Maffi A., 2018: *Legge scritta e legge non scritta nella Grecia antica*, in Luchetti G. (ed.), *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, Roma, L'Erma di Bretschneider, pp. 73-93.
- Martini R., 1998: *Arnaldo Biscardi (1910-1998)*, in "Iura", 49, pp. 221-222.
- Martini R., Bianchini M., Paricio J., 1999: *Arnaldo Biscardi: l'omaggio dell'Accademia Romanistica Costantiniana (Spello 18 settembre 1998)*, in "Studia et Documenta Historiae et Iuris", 65, pp. 533-552.
- Meineke J., 1971: *Gesetzesinterpretation und Gesetzesanwendung im attischen Zivilprozess*, in "Revue international des droits de l'antiquité", 18, pp. 275-360.
- Mény Y., 2021: *Democrazia: l'eredità politica greca. Mito, potere, istituzioni*, Milano, Ariete, 2022 [ed. or. *Démocratie: l'héritage politique grec*, Paris, L'Harmattan, 2021].
- Meyer Laurin H., 1965: *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess*, Weimar, Böhlau.
- Meyer Laurin H., 2007: *Law and Equity in the Attic Trial*, in Carawan E. (ed.), *Attic Orators. Oxford Readings in Classical Studies*, Oxford, Oxford University Press, pp. 116-139.
- Mirhady D., 2007: *The Dikasts' Oath and the Question of Fact*, in Sommerstein A., Fletcher J., *Horkos: the Oath in Greek Society*, Liverpool, Liverpool University Press, pp. 48-59.
- Murray A.T., 1936: *Demosthenes. Orations XXVII-XL*, Cambridge-London, Loeb Classical Library.
- Ober J., 1989: *Mass and Elite in Democratic Athens. Rhetoric, Ideology, and the Power of the People*, Princeton, Princeton University Press.
- O'Neil J., 2001: *Was the Athenian Gnome Dikaiotatē a Principle of Equity?*, in "Antichthon", 35, pp. 20-29.
- Osborne R.G., 1985: *Law in Action in Classical Athens*, in "The Journal of Hellenic Studies", 105, pp. 40-58.
- Ostwald M., 1986: *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law. Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press.
- Paoli U.E., 1933: *Studi sul processo attico*, Padova, Cedam.
- Pelloso C., 2017: *Nomos basileus e potere giudicante nell'Atene del IV secolo a.C.*, in Pelloso C., Cobetto Ghiggia P. (eds.), 2017, pp. 9-25.
- Pelloso C., Cobetto Ghiggia P. (eds.), 2017: *NOMOS ΒΑΣΙΛΕΥΣ. La regalità del*

- diritto in Grecia antica*, Alessandria, Edizioni dell'Orso (Numero speciale della "Rivista di Diritto Ellenico", 7).
- Pepe L., 2012: *Phonos. L'omicidio da Draconte all'età degli oratori*, Milano, Giuffrè.
- Pepe L., 2015: *I criteri di imputazione soggettiva dell'omicidio in diritto ateniese*, in "Index", 43, pp. 421-453.
- Pepe L., 2017: *Nomos agraphos, nomos gegrammenos. Osservazioni su 'leggi non scritte' e 'leggi scritte' nell'ordinamento ateniese*, in Pelloso C., Cobetto Ghiggia P. (eds.), 2017, pp. 109-137.
- Pepe L., 2019: *Atene a processo. Il diritto ateniese attraverso le orazioni giudiziarie*, Bologna, Zanichelli.
- P. Perlman (ed.), 2018: *Ancient Greek Law in the 21<sup>st</sup> Century*, New York, University of Texas Press.
- Phillips D.D., 2014: *Hubris and the Unity of Greek Law*, in Gagarin M., Lanni A. (eds.), *Symposion 2013. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, pp. 75-97.
- Plescia J., 1970: *The Oath and Perjury in Ancient Greece*, Tallahassee, Florida State University Press.
- Pulitanò F., 2022: *Gaetano Scherillo (1905-1970): il ruolo del diritto romano tra antichità e diritto positivo*, in "Italian Review of Legal History", 8, pp. 559-589.
- Rhodes P.J., 1998: *Enmity in Fourth-Century Athens*, in Cartledge P., Millet P., von Reden S. (eds.), *Kosmos. Essays in Order, Conflict and Community in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 144-161.
- Rhodes P.J., 2004: *Keeping to the Point*, in Harris E.M., Rubinstein L. (eds.), *The Law and the Courts in Ancient Greece*, London, Duckworth, pp. 137-58.
- Santangelo Cordani A., 2022: *Note per una ricerca sull'influenza di Enrico Besta sulla storiografia giuridica del Novecento: la successione ab intestato*, in "Historia et Ius", 21, pp. 1-16.
- Scafuro A.C., 1997: *The Forensic Stage. Settling Disputes in Graeco-Roman New Comedy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Scheibelreiter P., 2019: *Nomos, Enklema und Factum*, in Thür G., Yiftach U., Zelnik-Abramoviz R. (eds.), *Symposion 2017. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, pp. 211-249.
- Sickinger J., 2008: *Indeterminacy in Greek Law: Statutory Gaps and Conflicts*, in Harris E.M., Thür G. (eds.), *Symposion 2007. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, pp. 99-112.
- Stolfi E., 2020: *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Leggi, politica, giustizia*, Roma, Carocci.

- Sundahl M.J., 2003: *The Rule of Law and the Nature of the Fourth-Century Democracy*, in "Classica et Mediaevalia", 54, pp. 127-156.
- Talamanca M., 2008: *Ἔθη e νόμος ἄγραφος nel Corpus oratorum atticorum*, in Bove L. (ed.), *Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine*, Napoli, Jovene, pp. 3-104.
- Thür G., 2000: *Arnaldo Biscardi e il diritto greco (Riflessioni su prestito marittimo SB VI 9571)*, in "Dike", 3, pp. 177-186.
- Thür G., 2008: *The Principle of Fairness in Athenian Legal Procedure*, in "Dike", 11, pp. 51-73.
- Todd S.C., 1993: *The Shape of Athenian Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Velissaropoulos-Karakostas J., 2018: *Soft Law in Ancient Greece?*, in P. Perlman (ed.), 2018, pp. 144-156.
- Vinogradoff P., 1922: *Outlines of Historical Jurisprudence. II: The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford, Oxford University Press.
- Wallace R.W., 2018: *Administering Justice in Ancient Athens. Framework and Core Principles*, in Perlman P. (ed.), 2018, pp. 9-24.
- Wohl V., 2010: *Law's Cosmos. Juridical Discourse in Athenian Forensic Oratory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Wolff H.J., 1957: *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung", 74, pp. 26-72.

