

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI SCIENZE DELLO STATO

COLLANA DI STUDI DIRETTA DA FRANCESCO RICCOBONO

4

LOUIS GERNET

SULLA NOZIONE DI GIUDIZIO
IN DIRITTO GRECO

a cura di
Davide De Sanctis



G. Giappichelli Editore – Torino

A zia Dindo

© Copyright 2007 – G. Giappichelli Editore – Torino
Via Po 21 – Tel. 011.8153111 – Fax 011.8125100
<http://www.giappichelli.it>

Stampa: A. De Frede

Napoli, maggio 2007

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dell'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02.809506, e-mail: aidro@iol.it.

INDICE

Avvertenza	p. 9
Davide De Sanctis <i>Alla ricerca del prédroit come discorso sul metodo. Louis Gernet, per una sociologia del diritto</i>	p. 13
Sulla nozione di giudizio in diritto greco	p. 69
Indice dei nomi	p. 119

Avvertenza

Il presente lavoro si compone di due parti che occupano ciascuna circa la metà del volume. La traduzione di un saggio di Louis Gernet (1882-1962) del 1937 dal titolo *Sur la notion de jugement en droit grec*; e un saggio introduttivo, che precede l'altro nei modi di una presentazione, dal titolo *Alla ricerca del prédroit come discorso sul metodo. Louis Gernet, per una sociologia del diritto*.

L'intento è quello di portare all'attenzione un contributo centrale di un autore sempre più frequentato nell'ambito delle discipline sociogiuridiche ad orientamento storico, la cui opera però, composta principalmente da interventi sparsi ma anche di alcune corpose monografie, risulta di difficile reperimento, o perché inserita in riviste specialistiche o perché semplicemente mai ripubblicata o tradotta.

Il nome del sociologo filologo e grecista Gernet compare infatti, non solo nel panorama degli studi italiani, accompagnato dalla citazione dell'importante volume postumo di scritti – dal titolo *Antropologie de la Grèce antique* –, un'antologia divisa in cinque sezioni tematiche (I. *Religion et Société*; II. *Formes de la pensée mythique*; III. *Droit et prédroit*; IV. *Institutions sociales*; V. *Philosophie et Société*) pubblicata in Francia nel '68 dai suoi allievi, e tradotta per la Mondadori nel 1983 a cura dello storico pisano Riccardo Di Donato. Volume, questo, che fu oggetto, all'indomani della sua traduzione, di un'importante discussione critica sulle pagine dell'autorevole rivista italiana "Studi Storici", con contributi originali di personalità di studiosi come, oltre lo stesso Di Donato, Canfora, Bretonne, Musti, Cantarella, Vernant, Vidal-Naquet e altri. Gli scritti, in parte inediti, contenuti in una seconda antologia postuma, pure tradotta in italiano, con il titolo *I greci senza miracolo*, e curata dallo stesso Di Donato in seguito al

successo dell'*Antropologia*, sono giustamente meno citati perché meno impegnativi, o forse solamente più specialistici. Nel corso degli ultimi anni sono poi state pubblicate parti inedite di ciò che è divenuto l'Archivio Gernet, custodito e gestito ancora da Di Donato; con la sua cura segnalò tra gli altri L. Gernet *La famiglia nella Grecia antica*, Roma, Manifestolibri, 1997; e, per quanto riguarda la produzione di carattere più strettamente giuridico, i testi a cura del suo allievo Andrea Taddei pubblicati sulla rivista "Dike", oltre che L. Gernet *Diritto e civiltà in Grecia antica*, Milano, La Nuova Italia, 2000; A. Taddei *Louis Gernet e le tecniche del diritto ateniese. Con il testo delle "Études sur la technique du droit athénien à l'époque classique"*, Pisa-Roma, Giardini Editori e Stampatori in Pisa, 2001.

L'articolo scelto per quest'occasione, tradotto qui per la prima volta, fu invece inserito dallo stesso Gernet in una raccolta di saggi sociologico-giuridici scritti nel corso della sua lunga carriera accademica; raccolta pubblicata nel 1955 presso l'Istituto di Diritto romano dell'Università di Parigi, col titolo *Droit et société dans la Grèce ancienne*. Tutta l'importanza di questo titolo va evidenziata tenendo conto della vicenda biografico intellettuale dell'autore, snobbato dai filologi classici perché troppo sociologo, ignorato dai giuristi perché interessato a società prive di diritto, emarginato dai sociologi perché troppo dedito allo specialismo e poco propenso a ricostruzioni totalizzanti. Solamente nell'ultimo quindicennio della sua vita, quando fece ritorno in Francia, dopo il lungo confinamento coloniale all'Università di Algeri, Gernet poté autorevolmente indicare il senso complessivo della sua ricerca, essendo diventato, intanto, il direttore dell'"Année Sociologique", la rivista fondata da Durkheim e poi a lungo diretta da Marcel Mauss, di fatto il maggiore organo di diffusione delle scienze sociali in Francia.

I temi trattati in questo saggio, riguardanti il ruolo giocato dalle pratiche giudiziarie nel passaggio dalla Grecia arcaica a quella cittadina, sono tra i più cari a Gernet, gli stessi che aveva percorso nella sua dissertazione dottorale del '17, le *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, fino al suo saggio più famoso, quel *Droit et prédroit en Grèce ancienne* (1951) che occupa, sulle pagine dell'"Année", la stessa posizione

che alcuni anni prima aveva occupato il celebre *Saggio sul dono* dell'amico Mauss.

Queste indicazioni sono sembrate sufficienti a chi scrive per un confronto diretto tra queste tematiche e quelle classiche della sociologia giuridica: l'impostazione del problema, le tecniche di osservazione, le ipotesi avanzate, le soluzioni proposte diventano quindi l'occasione per un dialogo con autori classici della disciplina al termine del quale si vorrebbe far emergere, accanto alla specificità sociogiuridica dell'autore, l'importanza dei risultati raggiunti nella riconsiderazione delle testimonianze storiche del mondo greco alla luce del linguaggio antropologico che così tanto ha caratterizzato il secolo appena trascorso.

Questo lavoro non avrebbe potuto esistere senza il sostegno di tutto il Dipartimento di Scienze dello Stato dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", che ringrazio nei nomi del Presidente della Facoltà di Scienze Politiche, Prof. Raffaele Feola, e del suo Direttore, Prof. Francesco Riccobono. Un ringraziamento particolarmente affettuoso vorrei rivolgere poi a chi, tra docenti e colleghi ricercatori, il Prof. Riccobono e Vincenzo Rapone in testa, ha voluto usare la cortesia di discutere con me queste pagine, e a tutti quanti vorranno leggerle.

Davide De Sanctis

ALLA RICERCA DEL *PRÉDROIT* COME.
DISCORSO SUL METODO. LOUIS GERNET,
PER UNA SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

«L'origine, pur essendo una categoria pienamente storica, non ha nulla in comune con la genesi. Per 'origine' non si intende il divenire di ciò che scaturisce, bensì al contrario ciò che scaturisce dal divenire e dal trapassare. L'origine sta nel flusso del divenire come un vortice, e trascina dentro il suo ritmo il materiale della propria nascita. Nella nuda e palese compagine del fattuale, l'originario non si dà mai a conoscere, e il suo ritmo si dischiude soltanto a una duplice visione. Essa vuole essere intesa come restaurazione, come ripristino da un lato, e dall'altro, e proprio per questo, come qualcosa di imperfetto e di inconcluso. In ogni fenomeno originario si determina la forma sotto la quale un'idea continua a confrontarsi con il mondo storico, finché essa non sta lì, compiuta, nella totalità della sua storia. L'origine dunque non emerge dai dati di fatto, bensì riguarda la loro preistoria e la storia successiva».

W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, in *Opere Complete*. Vol. II. *Scritti 1923-1927*, Torino, Einaudi, 2001, pag. 86.

Riproposizione e traduzione del saggio gernetiano del 1937 dal titolo *Sulla nozione di giudizio in di-*

*ritto greco*¹ rappresentano, prima di tutto, l'occasione per facilitare la frequentazione di strumenti tecnico concettuali ancora adattissimi per chi sia interessato a prendere in considerazione il ruolo che alcune pratiche giuridiche hanno giocato in un evento unico e dalla portata storica universale: la polis.

Tuttavia per cogliere la consistenza della proposta gernetiana credo sia utile introdurre questa lezione dentro quella prospettiva teorica, al tempo nuova, ma che ha fatto scuola, uscita dall'incontro tra metodo sociologico e studio del mondo antico; di cui Gernet è certamente, almeno per parte francese, il più accreditato 'maestro'².

¹ Quest'articolo appare per la prima volta negli "Archives d'Histoire du Droit oriental", pp. 111-144; successivamente ripubblicato dallo stesso L. GERNET nel volume del 1955, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Recueil Sirey.

² Per le notizie biografiche e bibliografiche complete si rimanda agli studi gernetiani di Di Donato, il solo, fino ad ora, ad aver dedicato uno studio completo e complesso alla figura di Gernet. Il contributo di R. DI DONATO, *Per una antropologia storica del mondo antico* (Firenze, La Nuova Italia, 1990), è prezioso studio che restituisce, con un acume e una sensibilità storica che continuano quelli del maestro suo Momigliano, la temperie culturale di un'epoca e le motivazioni soggiacenti alle scelte che portarono a prospettare nuovi orizzonti scientifici in personalità eclettiche (insieme a Gernet soprattutto l'antropologo Mauss e lo psicologo Meyerson) colte nel loro disagio di fronte ai tradizionali approcci e nell'ansia di individuare nuovi paradigmi. L'aspetto che tuttavia forse meno viene alla luce in questi studi è la centralità del problema 'diritto' come potenziale prospettiva in grado di riorganizzare il contributo gernetiano in una griglia teorica unitariamente maneggevole; Di Donato infatti critica lo stesso Gernet per aver voluto pubblicare, a pochi anni dalla morte, la raccolta dei suoi contributi sociologico-giuridici, poiché - spiega «il volume

In questo modo, in seconda battuta, la presente pubblicazione diventa l'occasione di esprimere un giudizio unificante sulla figura di un autore sempre più citato, in luoghi importanti e con propositi diversi.

Questo giudizio consiste nell'interpretare l'intera opera gernetiana come tentativo messo in atto per affrontare e superare alcune sfide che le teorie sociologiche hanno suscitato al momento delle loro prime formulazioni; superamento che Gernet affida ad una doppia mossa teorica, all'apparenza contraddittoria, ma, approfondendone il nesso, fervida di conseguenze: privilegiare lo studio del diritto come chiave di lettura del sociale; concentrare il focus del proprio interesse su quella specifica esperienza storica, racchiusa nella complessa e tendenzialmente conchiusa 'enciclopedia greca', ricchissima di fonti proprie, di ricerche e studi che la riguardino, ma estromessa da quel paradigma a lungo dominante che ha cercato e trovato nello *ius*³ romano la materia prima della tradizione

[*Droit et société...*, cit.] soprattutto ha involontariamente accentuato la considerazione separata della tematica giuridica, in contraddizione molto forte con il senso globale e con le intenzioni della lunga ricerca di Gernet» (pag. 32).

³ Sulla specificità di '*ius*' rispetto ad altri sistemi normativi arcaici di 'disciplinamento sociale' si veda il recente e aggiornato lavoro di A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005; cui si rimanda anche per l'esplicito confronto con la proposta teorica gernetiana. Il terreno proprio dello *ius*, definito all'origine come 'forza ordinante orizzontale', è «un campo che la mentalità romana non avrebbe mai completamente identificato con i poteri del re, per riservarlo all'azione in qualche modo sovrana dei *patries*, direttamente dipendente solo da vincoli religiosi non coincidenti con la sfera della regalità: il germe originario - il nucleo generativo

innervante studi giuridici e scienza del diritto.

Tale valutazione consentirà quindi, in fine, di formulare una tesi di portata un po' più ampia che consiste nel proporre alla sociologia giuridica un modello scientifico di riferimento, adatto al chiarimento e alla specificazione dei criteri d'indagine che le sono propri; e, di conseguenza, nel tentativo di confermarla alla funzione di rilevamento e analisi di determinati livelli o piani della vita sociale.

– del disciplinamento autonomo di una trama 'privata' della vita comunitaria, dove venivano elaborati i presupposti familiari e patrimoniali della cittadinanza, irriducibilmente distinta dall'ordine politico; un aspetto che non rintracciamo in questi termini in alcuna società mediterranea, destinata a formare una traccia che avrebbe avuto un seguito straordinario... Per descrivere, a Roma come altrove, il lato più strettamente normativo di questa ricorrente integrazione sarebbe improprio e azzardato usare già la parola 'diritto'. La funzione che noi indichiamo con questo termine appare qui ancora troppo incorporata all'interno di sistemi culturali e istituzionali del tutto diversi – religiosi o di parentela – perché abbia senso adoperarla; pur se non si deve dimenticare che *ius* è comunque un termine allusivo sin dall'inizio a una specificità prescrittiva altrove ignota... Cercando di venire a capo di difficoltà in parte simili, in alcuni suoi saggi Gernet si è servito della nozione di 'prediritto'; e il concetto, che non ha avuto in verità grande fortuna, potrebbe anche tornare utile, purché non faccia smarrire la percezione di essere di fronte – rispettivamente nell'arcaicità greca e in quella romana – a forme di disciplinamento sociale a dominanza religiosa destinate a sviluppi assai differenti, con esiti in Grecia molto lontani da quelli che avrebbero portato, a Roma, alla nascita di una dimensione culturale e istituzionale rigorosamente 'giuridica': di un *ius*, cioè, nel significato medio e tardorepubblicano del vocabolo.» (pp. 50-51).

Tra sovranità e società: quale diritto?

Muoversi nei rapporti intercorrenti tra società e diritto può significare, e molto spesso ha significato, collocarsi nella prospettiva classica del potere, della sovranità; ciò permette osservare chi del diritto è garante o fautore e quindi guardare in prospettiva unitaria ai modi d'esercizio di una attività esclusiva di monopolio detentivo della produzione, amministrazione e esecuzione normativa. 'Il mito dello Stato' (e della sua crisi) ha giocato un ruolo determinante nel prevalere di un'ottica dalla quale può risultare tutt'ora rischioso allontanarsi, se non altro per le difficoltà che si incontrano altrimenti nell'individuare e perimetrare il proprio oggetto di studio⁴.

Tuttavia se si vuole cogliere l'intera portata della proposta teorica della sociologia (giuridica) bisogna rintracciare l'esigenza di uno sforzo, compiuto anche di recente da alcuni autorevoli nostri giuristi, teso a lasciare sullo sfondo la nozione giuspolitica di sovranità, come fattore indipendente, nella rappresentazione della struttura ordinatrice del sociale, e assegnando

⁴ Sui pericoli di 'diagnosi affrettate' che decretino il tramonto di questo paradigma nelle teorie giuridiche contemporanee vedi F. RICCOBONO, *I diritti e lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2004, pag. 39: «Le ferme convinzioni che solo il diritto possa garantire il diritto o che il principio democratico sia fatto su misura per le norme giuridiche o che la prassi di autodeterminazione dei cittadini si trovi come prefissato il *medium* giuridico, nel sottolineare la relazione tra diritto, legittimità e consenso, finiscono certamente per trascurare il rapporto, evidenziato dalla grande teoria giuridica novecentesca, tra diritto, effettività e forza.»

alle dinamiche sociali stesse l'onere del primato esplicativo⁵.

Paradossalmente proprio Hobbes, che della sovranità versione moderna è giustamente considerato un padre, ne desume la necessità da meccanismi (metrica delle passioni) individuabili esclusivamente sul piano antropologico, a prescindere dalle effettive modalità di occupazione di quel punto avulso (il sovrano) collocato nell'eterno altrove dello 'stato di natura'.

Per Montesquieu il 'sovrano' è molto meno il creatore delle leggi che la risultante del loro 'spirito', altrove ispirato, e rinvenuto nell'effettivo atteggiarsi dei comportamenti inter-umani – sociali – in cui predomina ora uno ora l'altro 'ressort' (onore, virtù, paura) in grado di orientarne il senso complessivo, più o meno unitariamente, in relazione a caratteristiche morfologiche e ambientali tipiche.

Non c'è bisogno di scomodare Hegel per la tesi secondo la quale la modernità sarebbe caratterizzata dalla progressiva affermazione della 'società civile' come il luogo 'economicamente' determinato dell'amministrazione della giustizia, di rapporti

⁵ L'esigenza è la stessa proclamata, in ambito non solamente storiografico, dagli studi impegnati di P. GROSSI: «Il referente necessario del diritto è soltanto la società, la società come realtà complessa, articolatissima, con la possibilità che ciascuna delle sue articolazioni produca diritto, anche la fila di fronte all'ufficio pubblico. Non è una precisazione banale; al contrario, essa sottrae il diritto all'ombra condizionante e mortificante del potere e lo restituisce al grembo materno della società, che il diritto è così chiamato ad esprimere.» (*Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pag.15).

umani cioè circoscritti e tessuti da un particolare diritto, civile appunto⁶.

L'analisi di Foucault arriva a sovrapporre pratiche sociali e esercizio del potere in dispositivi disciplinanti nei quali il materiale giuridico è chiave di lettura tra le più convincenti del suo archivio 'archeologico'.

Gli sforzi condotti dalla sociologia giuridica, come istanza speculativa che si muove in uno spazio, quello che tiene uniti diritto e società, così suscettibile di occupazioni ipostatiche, possono essere misurati di volta in volta all'interno del pensiero filosofico giuridico politico⁷.

⁶ Prendo da J. STAROBINSKI la notazione secondo la quale il significato originario del termine *civilisation* fu a carattere giuridico: «il *Dictionnaire Universel (Trévoux)* del 1743 così lo definisce: "Termine di giurisprudenza. È un atto di giustizia, un giudizio che trasforma in civile un processo penale. La *civilisation* si fa convertendo le informazioni in indagini, o in altro modo"...L'apparizione un po' più tarda della stessa parola, nel senso *moderno* del termine, costituirà non tanto un neologismo lessicale quanto piuttosto l'entrata in scena di un significato concorrente, ben presto trionfante.» *Il rimedio nel male. Critica e legittimazione dell'artificio nell'età dei lumi* (1989), Torino, Einaudi, 1990, pag. 6.

⁷ Per questo tipo di approccio si possono consultare i primi capitoli del manuale di R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987; in cui dopo un richiamo ad Aristotele, via Gurvitch, che «ebbe l'intuizione del problema fondamentale di questa disciplina» (pag. 8), viene preso in considerazione il pensiero del nostro *philosophus legum* Gian Battista Vico: «servendosi di metodi personalissimi che destano ancora oggi l'interesse degli scienziati sociali (come ad esempio quello dell'analisi delle forme obiettive superstiti della cultura quali il linguaggio, i miti, le leggende e via dicendo), Vico cerca di descrivere la linea generale dello sviluppo del diritto nel corso della storia.» (pag. 13).

Per poter affrontare in modo accorto il rischio in agguato, quando, guardando al diritto in un'ottica sociologica, si allenta la presa offerta dalla prospettiva della sovranità statale⁸, si dovrebbe tenere conto degli ostacoli che una prospettiva dagli esiti per certi aspetti ideologici (il positivismo giuridico⁹) ha dovuto affrontare, e, parallelamente, converrebbe seguire il percorso che la scienza giuridica, dal canto suo, ha compiuto per rendersene immune¹⁰.

Non è qui il mio intento; tuttavia momento altamente significativo di questa vicenda rimane, per la

⁸ «Quando si è voluto analizzare società diverse da quella moderna occidentale, mentre si è stati costretti ad utilizzare il concetto di società (in molte altre culture del tutto assente), non si è potuto fare a meno di avvertire le difficoltà che si frapponivano ad un siffatto modo di procedere; essendo quel termine, come si è detto, il frutto non innocente di una differenziazione tutta tipica della nostra forma di statualità.» A. BIXIO, voce *Sociologia*, in "Enciclopedia filosofica", Milano, Bompiani, 2006, pag. 10768.

⁹ Sul positivismo giuridico, sulla sua genesi, sulle problematiche e sulle vicende che hanno segnato la storia del diritto e innervato la sua scienza si rimanda alla lezione di N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979; per positivismo giuridico si intende «quella dottrina secondo cui non esiste altro diritto se non quello positivo...come diritto posto dal potere sovrano dello Stato mediante norme generali e astratte, cioè come 'legge'» (pag. 137), «...l'ambizione del positivismo giuridico è di assumere un atteggiamento neutrale di fronte al diritto...in realtà esso appare non solo un certo modo di intendere il diritto (di rilevarne i caratteri costitutivi), ma anche un certo modo di volere il diritto; appare, cioè, non solo una teoria, ma anche un'ideologia.» (pag. 266).

¹⁰ Per una ricostruzione N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Bologna, Il Mulino, 1996.

sua chiarezza, l'edificio (anti)ideologico¹¹ kelseniano, dove si trova il massimo metodologico di positivismo giuridico (ordinamento giuridico = diritto positivo) e il minimo scientifico di sovranità. Da questo vertice si deve partire, anche per questioni cronologiche, quando si parla di Sociologia del diritto¹²; non più, questa volta, nel senso di un'istanza teoretica più o meno penetrante in condizioni storiche eterogenee, ma di un dispositivo ermeneutico coscientemente aziona-

¹¹ «Se il senso normativo del diritto è soltanto una «ideologia», ne viene che una dottrina giuridica, che vuole afferrare il senso immanente del diritto, cioè il diritto come si presenta oggi agli organi legislativi e giudiziari e al pubblico che vi si appella, sarà allora rivolta allo studio delle caratteristiche proprie di una ideologia [...] La dottrina pura del diritto è perfettamente consapevole di ciò. Anzi, spogliando il dover essere del diritto positivo del suo carattere di valore metafisico assoluto (riducendolo soltanto all'espressione del rapporto tra la condizione e la conseguenza nella proposizione giuridica), ha aperto la via per giungere a quel punto dal quale risulta evidente il carattere ideologico del diritto.» H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 2000, pag. 74.

¹² «Una cosa va certo osservata fin da principio, e cioè l'esistenza di un legame tra la 'dottrina pura del diritto' come teoria generale del diritto, e le teorie dell'azione sociale più o meno sviluppate ch'esse siano, ispirate agli indirizzi della sociologia pura o formale.»; e ancora: «Un punto, tuttavia, sembra certo: e cioè che la 'dottrina pura del diritto' è, fin dalle origini, strettamente collegata con le grandi teorie dell'azione sociale, almeno nel senso che essa tende a produrre uno schema, un «principio d'ordinamento», del materiale giuridico che non isoli le sue parti per semplice astrazione, dove convergono l'insegnamento del Simmel e quello del Cassirer»; G. CALABRÒ, *La giurisprudenza come 'scienza dello spirito' secondo Hans Kelsen; Prefazione a H. KELSEN, Tra metodo giuridico e sociologico*, Napoli, Guida, 1974, pag. 12 e pag. 27.

to come la chiave di volta della comprensione del fenomeno giuridico nel suo insieme: in quest'ottica la positivizzazione del diritto, il suo autorappresentarsi come decisione, diventa solo tappa capitale di un processo più generale di autonomizzazione funzionale¹³, di cui il diritto stesso è modello e veicolo.

Max Weber condividendo in pieno l'equazione kelseniana sul piano dogmatico, potrà continuare a riferirsi, sociologicamente, allo stato nei termini di chances che un dato ordinamento (giuridico) possa essere considerato come valido e possa quindi orientare, nell'effettività della pratica, i comportamenti, il senso delle singole azioni, lasciandone peraltro im-

¹³ «Per esser precisi, si può cominciare a parlare di positività – se con ciò deve intendersi che il diritto vale perché è statuito – dal momento in cui la statuizione, e quindi la decisione, è divenuta fondamento di diritto. E la statuizione può divenire fondamento di diritto solo nella misura in cui la sua stessa selettività viene usata per stabilizzare il diritto. *Il diritto positivo vale non perché è consentito da norme superiori, ma perché la sua selettività svolge la funzione di assicurare la congruenza [...]* Il passaggio al diritto positivo, che vale solo in forza di una decisione e deve essere cambiato mediante una decisione, muta a sua volta l'intero stile del diritto; muta il livello di senso al quale viene cercata e assicurata la congruente generalizzazione di aspettative di comportamento. La complessità e la contingenza del diritto, che strutturalmente è resa possibile, aumenta in modo incommensurabile, e in questo orizzonte di possibilità immensamente ampliato, il diritto, anche se rimangono costanti singole norme e singoli concetti giuridici, muta la sua qualità di diritto. Questo processo per la portata della ristrutturazione o per le condizioni e le conseguenze sociali, che esso comporta, è in ogni caso paragonabile al passaggio dall'arcaico diritto di autodifesa al diritto del cittadino dello stato nelle culture avanzate.» N. LUHMANN, *Sociologia del diritto* (1972), Roma-Bari, Laterza, 1977, pag. 190.

pregiudicata di volta in volta la direzione, all'interno di un gruppo umano.

L'importante corollario è che: «nonostante la più piena identità formale delle norme giuridiche in vigore, il significato culturale dei *rapporti* giuridici – il corsivo è del Weber – a cui le norme si riferiscono, e perciò anche delle norme medesime, può mutare in maniera radicale. Ciò significa che il significato delle norme e delle istituzioni giuridiche in genere potrebbe cambiare, senza che venga mutato o aggiunto un solo paragrafo della legislazione vigente.»¹⁴

Vi sono quindi gli elementi della circoscrizione del territorio, della progressiva monopolizzazione dei mezzi di coercizione da parte un apparato amministrativo, della legittimità del potere, della continuità effettiva di questo stato di cose, nella definizione di Stato che Weber ci ha consegnato. Ma se andiamo a guardare l'incipit della sua *Sociologia del diritto* la primaria preoccupazione è quella di chiarire che i diversi 'significati' attribuiti al diritto, essendo l'oggetto dell'indagine condotta in un'ottica storico-comparativa, non possono essere usati come strumento diretto in un approccio scientifico che privilegi una prospettiva 'comprendente': «Una delle distinzioni più importanti acquisite all'odierna teoria e pratica del diritto è quella tra diritto 'pubblico' e 'privato'. A dir il vero il

¹⁴ G. CALABRÒ, *op. cit.*, pag. 15 dove segue immediatamente: «A parte il caso-limite, ciò che il Weber vuole dimostrare è che esiste una sorta di corrispondenza biunivoca tra fatti e norme, tra 'essere' e 'dover essere', che esclude la possibilità di interpretare tale rapporto a senso unico».

principio di questa distinzione è controverso», poiché anche oggi, aggiunge Weber, «la delimitazione delle sfere del diritto pubblico e del diritto privato non è sempre univoca; ed ancora meno lo fu in passato. La possibilità di una distinzione può addirittura mancare»¹⁵.

Weber ricostruisce, da un punto di vista storico-sociologico, un orizzonte giuridico a prescindere dallo Stato e nell'ottica di una sua ridefinizione, come anche Kelsen stava facendo con la sua dinamica dei sistemi normativi; si pensa cioè alla possibilità di concepire stati effettivi, come la signoria domestica piuttosto che l'ordinamento internazionale, in grado di far funzionare la 'positività' di un ordinamento giuridico, facendo a meno degli elementi che caratterizzano la sovranità sul piano storico-politico¹⁶. È in un terre-

¹⁵ M. WEBER, *Economia e Società* (1922), Vol. III, *Sociologia del diritto*, Torino, Comunità, 2000, pp. 1 e 3.

¹⁶ «Per la sociologia il fenomeno 'stato' non consiste necessariamente soltanto o propriamente di elementi giuridicamente [il sottolineato è spaziato nel testo] rilevanti; e in ogni caso essa non riconosce nessuna personalità collettiva agente. Quando essa parla di 'stato'... vuole con ciò piuttosto indicare esclusivamente un determinato processo di un agire sociale effettivo – o costruito come possibile; e quindi attribuisce al concetto giuridico, che essa impiega per la sua precisione e familiarità, un senso completamente diverso.» M. WEBER, *Economia e società*, Vol. I., *Teoria delle categorie sociologiche*, cit., 1999, pp. 12-13; e ancora: «...nel caso delle così dette 'formazioni sociali' – come lo 'stato', la 'chiesa', la 'compagnia', il 'matrimonio' ecc. – la relazione sociale consiste esclusivamente e semplicemente nella possibilità che abbia avuto luogo, che abbia luogo o che avrà luogo un agire instaurato reciprocamente in un dato modo, secondo il suo contenuto di senso. Questo deve essere sempre tenuto presente per evitare una

no così dissodato che Weber declinerà la sua analitica delle tipologie giurisdizionali, centrando la dinamica del processo come modello di genesi e verifica della sua ipotesi sulla razionalizzazione (prima che positivizzazione) del diritto, e individuando nel ceto dei giuristi di professione il protagonista storico di quella vicenda.

In una prospettiva scientifica diversa, ma affine per quel che ci riguarda¹⁷, si muove l'altro grande personaggio che, per parte francese, contribuisce negli stessi anni alla sistemazione metodologica delle scienze sociali, Émile Durkheim.

Per Durkheim, col quale Gernet intrattiene rapporti diretti, ma che lavora indipendentemente da Weber, il diritto è il 'simbolo visibile' della solidarietà sociale. Per descrivere in che modi il legame sociale si struttura, per misurarne la forza, per osservarlo, per seguirne assetti mutamenti e resistenze, è buona regola del sociologo «sostituire ad un fatto interno che ci sfugge un fatto esteriore che lo simbolizza, e studiare

concezione 'sostanzialistica' di tali concetti. Uno 'stato', ad esempio, cessa di 'esistere' sociologicamente appena sia scomparsa la possibilità che si svolgano determinate forme di agire sociale orientato in base al senso.» (pag. 24).

¹⁷ Mi avvalgo, in questo senso, delle indicazioni di S. ANDRINI, *Le miroir du réel. Essais sur l'esthétique du droit*, Paris, L.G.D.J., 1997; dove a proposito del mancato 'rendez-vous', sul piano di una concezione 'procedurale', tra Weber e Durkheim, si argomenta che «c'est précisément au modèle du droit que les deux auteurs se réfèrent afin de saisir la complexité des phénomènes sociaux; Durkheim au modèle du droit et aux règles juridiques, Weber – et ce n'est pas par hasard – au modèle du procès.» (pag. 184).

il primo attraverso il secondo», il legame sociale attraverso il diritto¹⁸, il diritto come dato positivo del sociale, dunque; ma quale diritto?

«Per questo lavoro non possiamo servirci delle distinzioni usate dai giuristi. Escogitate a fini pratici, possono essere, da questo punto di vista, molto comode, ma la scienza non può accontentarsi di queste classificazioni empiriche e contingenti. La più diffusa divide il diritto in pubblico e privato: il primo si considera regoli i rapporti dell'individuo con lo Stato, il secondo quelli degli individui tra loro. Ma se ci mettiamo ad avvicinare i due termini, la linea di demarcazione che era apparsa tanto netta s'eclissa. Tutto il diritto è privato, nel senso che si tratta sempre e dovunque di individui che interagiscono; ma soprattutto tutto il diritto è pubblico, nel senso che si tratta di una funzione sociale e che tutti gli individui sono, quantunque a titolo diverso, funzionari della società.»¹⁹

Sulla scia di Durkheim, Marcel Mauss, che nel *fait total* tende a funzionalizzare lo iato posto dal maestro tra rappresentazioni individuali e collettive, nel suo *Manuale di etnografia* spiega come «quello che definisce un gruppo di uomini non è né la sua religione, né le sue tecniche, né altro all'infuori del diritto. Tutti gli altri fenomeni, ivi compresi i fenomeni religiosi... si possono estendere al di fuori dei limiti della società. Ma quello che ci definisce non può essere esteso fuori

¹⁸ É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), Torino, Comunità, 1999, pag. 86.

¹⁹ *IVI*, pp. 89-90, ho mutato leggermente la traduzione dal francese.

dei nostri confini. Dunque il fenomeno giuridico è il fenomeno specifico di una società» - quindi: «gran parte delle nostre classificazioni ci sarà di scarsa utilità. La legislazione che vogliamo osservare è consuetudinaria; il diritto non fa la sua apparizione che in momenti determinati, e inoltre le varie branche sono distinte in modo diverso rispetto al diritto occidentale; non solo, anche i rapporti con la morale ed altre funzioni, non sono quelle che siamo soliti attribuirgli. Rapporti che noi consideriamo privati sono per loro pubblici e viceversa; fenomeni morali per noi, sono giuridici altrove e inversamente...»²⁰

E in fine Louis Gernet così ebbe modo di esprimersi di fronte ai romanisti nel 1938, l'anno dopo la stesura del lavoro sulla 'nozione di giudizio': «È consentito avanzare l'osservazione secondo la quale la delimitazione del 'diritto', negli studi storici, è stata sempre tracciata, in fin dei conti, in maniera artificiale, per ragioni contingenti o empiriche? In un diritto come quello di Atene, in cui il 'criminale' non è sempre oggetto di una considerazione isolata, in cui l'assassinio è perseguito a mezzo di azioni private, in cui alcune procedure interessano ora il diritto pubblico ora il diritto civile, non è affatto possibile stabilire delle frontiere: l'unica maniera sicura di definire, in queste circostanze, l'ambito di applicazione del diritto, senza ricorrere a distinzioni arbitrarie, è di estenderlo a tutto il campo dei processi possibili. Così intesa, questa unità non è soltanto risultato di una composizione,

²⁰ M. MAUSS, *Manuale di etnografia*, (1947), Milano, Jaca Book, 1969, pp. 123-124 e 127.

ma ha un fondamento obbiettivo se è vero che il divenire del diritto si compie nella pratica del giudizio in tutti i suoi momenti...»²¹

La città

Nella fenomenologia delle realtà giuridiche che prescindono dalla presenza dello Stato, la civiltà greco-classica ha occupato un posto ambiguo, ambiguità che si può cogliere, nella nostra cultura, in quell'indecisione lessicale che, lungamente, ha reso la traduzione di polis col termine, ormai desueto, città-stato.

Per Gernet, come per il Weber de *Il potere non-legittimo*²², il costituirsi di un'identità cittadina autonoma, determinata da un brusco riassetto delle condizioni istituzionali coinvolte, rappresenta l'occasione di osservare, nel momento del loro sorgere, allo stato nascente, soluzioni pratiche inedite, che si accavallano agli usi, forzano le consuetudini, e, per farlo, azionano la leva del giuridico, lo attraversano, ne alimentano e dirigono la specifica razionalità tanto da poter così soddisfare, moltiplicandole, le potenzialità dinamiche che la cesura comunitaria aveva dischiuso.

In termini luhmanniani l'aumentata complessità

²¹ L. GERNET, *Introduction a l'étude du droit grec ancien*, "Extrait des Archives d'Histoire du Droit Oriental", Tome II, Bruxelles, Nouvelle Société d'Éditions, 1938, pag. 7.

²² Questo il Titolo della Sezione VII di (M. WEBER,) *Economia e Società*, Vol. IV. *Sociologia politica*, Parte IX *Sociologia del potere*, cit., 1999, pp. 328-467, in cui è inserito il celebre contributo weberiano, del 1921, *Die Stadt*.

dell'ambiente viene ridotta, mentre, contemporaneamente, la quantità di contingenza sopportata dal sistema aumenta, come conseguenza della progressiva differenziazione, 'delimitazione e specificazione funzionale del diritto'²³:

«detto in modo provocatorio, questo riordinamento, ottenuto mediante una *limitazione* del diritto possibile, provoca al tempo stesso un immenso *ampliamento* [il corsivo è nel testo] del diritto possibile.»²⁴

Al contempo Gernet, servendosi della lente focale del filologo, considera la polis greca come un laboratorio ribollente, che consente, attraverso un'attenta semantica dell'esperienza giuridica, di verificare e misurare la forza di resistenza dei vecchi assetti, la loro consistenza e forma, e di rimando l'emergere delle mutate finalità pratiche dell'azione sociale e la loro direzione, il costituirsi di nuove architetture associative; il suscitarsi di mutati bisogni e delle relative tecniche d'appagamento, di multiple aspettative e delle relative tecniche per affrontarne la delusione.

È d'immediata evidenza il rilievo semantico che riconduce l'intero vocabolario del 'politico' all'esperienza storica di quei piccoli gruppi, che, nell'arco di poco più d'un secolo e mezzo, furono i protagonisti di una vicenda egeo-mediterranea del resto piuttosto marginale se confrontata al persistere d'imperi vicini ben più duraturi.

Gruppi relativamente piccoli, tenuti insieme però

²³ Mutuo la dizione da N. LUHMANN, *op. cit.*, Capitolo III (*Diritto positivo*), Paragrafo 4, pag. 204.

²⁴ *Ivi*, pag. 210.

da un'inedita, eccezionalmente forte, forma di legame²⁵, riprodotta a piacimento nelle peculiari pratiche coloniali d'insediamento²⁶: pratiche esperite con una certa frequenza e disinvoltura, in grado di creare cesure forti rispetto a pregresse appartenenze²⁷, tanto da

²⁵ Nella ricerca su *La nascita della categoria del politico in Grecia* ([1980], Bologna, Il Mulino, 1988), Ch. MEIER argomenta che «la fase iniziale più intensa di edificazione della civiltà greca è caratterizzata da una intrinseca debolezza dei poteri politici centrali e delle monarchie in particolare». Inizialmente ciò che caratterizza il panorama greco è stato un grande vuoto di potere politico unito però ad una forte mobilità e irrequietezza sociale e culturale: «insieme alla crescente differenziazione, all'articolazione delle conoscenze e delle sempre maggiori possibilità di azione, quel grosso movimento fissò dunque anche il momento iniziale di una dislocazione assai ampia del potere e delle risorse nelle città e nell'intero universo multipolitico dei Greci» (pag. 64); il risultato fu che «l'isonomia e democrazia pretesero così tanto dai cittadini, che essi poterono soddisfare queste pretese soltanto attraverso un cambiamento radicale della loro identità sociale» (pag. 263), identità, quella politica, che, nella tesi forte di Meier, riesce a prevalere su tutte le modalità associative concorrenti. Lo stesso Meier avrà modo di mitigare la sua ipotesi nei lavori successivi: «Quello che piuttosto dobbiamo domandarci è se il motivo per cui i greci si distinsero non consista tanto nel possesso di molti elementi originari, quanto nell'averli saputi conservare [il corsivo è nel testo] man mano che la loro cultura veniva formandosi», e ancora, «... nonostante le numerose rotture dei loro orizzonti tradizionali, nel loro stile di vita non ci fu alcuna frattura», *Atene* (1993), Milano, Garzanti, 1996, pp. 95 e 100.

²⁶ «Gli emigranti erano Greci come gli altri cittadini, ed emigravano per restare liberi, o per divenire liberi.»; J. BURCKHARDT, *Storia della civiltà greca. L'uomo greco nel suo sviluppo storico* (1955), Vol. 2, Tomo 2, Firenze, Sansoni, 1992, pag. 260.

²⁷ «Ovunque...la città rappresentava un insediamento sorto dall'immigrazione e dalla riunione di gruppi affluiti dall'esterno...la

indurre la cultura politica ateniese in ascesa a doverci dotare di un 'moderno' e articolato dispositivo ideologico che ne fondasse l'autoctonia sul piano mitico, come strumento arcaico di legittimazione imperiale²⁸.

Per Arendt la 'nascita' celebrata nella comunità politica greca è l'inaugurazione e l'esaltazione della dimensione pubblica, polo dialettico e oppositivo rispetto ad un privato bruscamente relegato nella sfera muta del ciclo vitale. Il pubblico viene costituito come luogo dell'accadere, spazio strategico dell'azione, piattaforma del discorso, unica sola potenziale e potente realtà, dove «potere è ciò che mantiene in vita la sfera pubblica, lo spazio potenziale dell'apparire tra uomini che agiscono e parlano», «così, l'azione non solo è intimamente connessa con la parte del mondo comune a noi tutti, ma è la sola attività che lo costituisce.»²⁹

È stato quindi normale che il giuridico, qui più

stratificazione di ceto extra-cittadina presentava quasi ovunque determinate modificazioni, una volta recata all'interno della città.» M. WEBER, *Economia e società*, Vol. IV, cit., pp. 351 e 352.

²⁸ Su questa importante tematica vedi E. MONTANARI, *Il mito dell'autoctonia. Linee di una dinamica mitico-politica ateniese*, Roma, Bulzoni, 1981; ma anche N. LORAUX, *Nati dalla terra. Mito e politica ad Atene* (1996), Roma, Maltemi, 1998, dove l'autrice argomenta come il modello familistico del *ghenos*, un legame genetico e aristocratico dalle forti potenzialità anti-politiche, venga sterilizzato dalla cultura ufficiale ateniese proprio attraverso la sua riattivazione ad un livello iper-politico: il mito della razza pura: «la retorica del *genos* è un'operazione linguistica molto ben riuscita in quanto contribuisce a naturalizzare la democrazia.» (pag. 53).

²⁹ H. ARENDT, *Vita activa* (1958), Milano, Bompiani, 2000, pp. 148 e 145.

che altrove, sia apparso interamente assorbito nella sfera del politico. Ma se si abbandona per un momento questa connessione, e si lascia sullo sfondo l'attitudine governamentale del *nomos* in quella linea che unisce Solone ad Aristotele, si scorge un ampio campo di ricerca, quello dischiuso dallo spettro semantico di *dike*, nel quale l'ambito giuridico può acquisire un rilievo tutt'altro che secondario per testare ipotesi sociologiche rese possibili dal linguaggio antropologico. Ipotesi potenzialmente incidenti anche sui problemi che la dimensione politica non smette di suscitare; se è vero che «il 'politico' può trarre la sua forza dai più diversi settori della vita umana, da contrapposizioni religiose, economiche, morali o di altro tipo; esso infatti non indica un settore concreto particolare ma solo il *grado di intensità* [il corsivo è nel testo] in un'associazione o di una dissociazione di uomini»³⁰.

«Ares Arei xumbalei, Dikai Dika»³¹, Ares contro Ares a lotta verrà, Giustizia contro Giustizia.

L'atmosfera effervescente della polis, di Atene in particolare, si lascia conoscere attraverso fonti numerose e diverse che tutte testimoniano l'apertura improvvisa di un campo di forze eccezionalmente dinamiche, così ben rappresentato dall'irruzione, a tutti i livelli, della cultura sofistica³²; intuizione preparata

³⁰ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'* (1932), in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, pag. 121.

³¹ ESCHILO, *Coefore*, v. 461.

³² A riguardo può essere ancora utile la lettura di M. UNTERSTEINER, *I Sofisti* (1949), Milano, Mondadori, 1996: «il più alto di questi dissidi è, senza dubbio, quello che tormenta l'unità solo ideale di *dike*, intesa in tutta la pienezza che la lingua e il pensiero ellenico le

da Burckhardt, quella che, in rottura con il classicismo ingenuo, porta Nietzsche a isolare una lacerante tensione interna nelle ragioni de *La nascita della tragedia*. Basti pensare, per restare a livello di una analisi del discorso, al mutato rapporto dei greci con la scrittura³³. Strumento che smette di essere fattore di supporto alla trasmissione di codici comportamentali sedimentati nella memoria collettiva oralmente tramandata ("l'enciclopedia omerica"³⁴), per diventare,

riconoscono. Il pensiero greco avverte sempre più che *dike* non è univoca... Così era data la premessa per il sorgere di una pluralità di *dikai* che potevano urtarsi in lotta reciproca, come gli spiriti della vendetta contrastano l'uno con l'altro. Contemporaneamente a questa scissione nel dominio religioso, *dike* ne subiva un'altra nel mondo profano: davanti al giudice ogni contendente pretendeva di rappresentare con la propria azione la vera *dike*.» (pag. 38).

³³ In quest'accenno faccio mia l'ipotesi di lavoro nata nell'incontro tra gli studiosi dell'École Pratique des Hautes Études di Parigi e quelli della Scuola Normale Superiore di Pisa i cui risultati si trovano raccolti nel volume *Les Savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, Press Universitaires de Lille, 1988: l'ipotesi, nelle parole dell'allievo di Gernet Détéienne, è "che la scrittura, in quanto pratica sociale, sia un modo di pensare, un'attività cognitiva, che essa dia luogo ad operazioni intellettuali. Ipotesi pertinente, euristica, quando le pratiche di scrittura si intensificano, si fanno più fitte in una serie di settori. E più precisamente, quando la scrittura, tra il 650 e il 450 a.C., diventa un'attività fondamentale che si esercita al centro della vita sociale." *Sapere e scrittura in Grecia*, (a cura di) M. DÉTIENNE, Roma-Bari, Laterza, 1997, pag. VIII.

³⁴ Mutuo la dizione dal titolo del Capitolo quarto del libro di E. A. HAVELOCK, *Cultura orale e civiltà della scrittura. Da Omero e Platone* (1963), Roma-Bari, Laterza, 2003: «Omero è un esempio quasi perfetto di poesia intesa a descrivere tutto quanto è normale, giustapposto per contrasto all'anormale. Dire che il suo stile è sublime signifi-

continuando e approfondendo la tensione mimetica con la cultura orale, strumento vivo dell'azione pratica (logografia e oratoria); sostegno alla pubblicità di atti decisori (epigrafia); testo della rappresentazione scenica; viatico di analisi, precettistica e pedagogia politica; poesia metrica; spazio tra discorsi (Dialoghi); trattatistica. O ancora, a livello del discorso artistico-figurativo, basti pensare alla rivoluzione scultorea della plastica statuaria, che nella figura umana salda la pluralizzazione dei punti di vista possibili col suggerimento di una direzione unitaria.

Rottura improvvisa dei vecchi codici, dunque, e prepotente proliferare di fattori associativi autonomi e dinamici, interessi in mutamento ma alla ricerca di stabili sistemazioni reciproche, irruzione di pratiche discorsive inedite³⁵ in rapporto a condizioni esterne

fica ricorrere a una metafora insufficiente. La sua forza deriva dalla sua funzione, e questa non lo eleva verticalmente al di sopra degli spiriti umani, bensì lo estende orizzontalmente, fino ai confini della società per la quale canta. Egli accetta questa società con tutto se stesso, non per una scelta personale, ma in virtù della sua funzione di cronista che la tramanda. Perciò è imparziale, non persegue finalità personali, né una sua privata visione.» (pag. 75).

³⁵ A questo tipo di approccio, sulle tecniche discorsive nello studio dell'antichità, s'è dedicato l'ultimo M. FOUCAULT soprattutto nei corsi (1981-82) della *Ermeneutica del soggetto*, Milano, Feltrinelli, 2004. Per quanto riguarda la Grecia classica, e l'insegnamento di Socrate in particolare, è illuminante la lezione (Berkeley, 1983) sul ruolo della *parrhesia* (discorso che dice il vero) che «così come appare nel campo dell'attività filosofica nella cultura greco-romana, non è in prima istanza un concetto o un argomento, ma piuttosto una *pratica* [il corsivo è nel testo], che cerca di modellare le specifiche relazioni che gli individui intrattengono con se stessi. Ed io penso che la nostra sogget-

percepite come stabili poiché difficilmente prevedibili o controllabili. Questo il filtro attraverso il quale è dato leggere procedure sociali produttive di soggettività performative, cariche di dinamismo.

Due sono le personalità francesi cui bisogna risalire per collocare, nel panorama degli studi del mondo classico, il peculiare rinnovamento entro il quale Gernet inserisce la sua antropologia giuridica della città: Fustel de Coulanges e Gustav Glotz.³⁶

Perché «quando si parla di città antica come di società entro cui gli istituti operano e le idee circolano, il primo nome di storico moderno che viene alla mente è Fustel de Coulanges»³⁷, è a partire dal-

tività morale sia fondata, almeno in parte, su queste pratiche»; ruolo capitale dunque all'interno di una storia del pensiero intesa come «analisi del modo in cui un campo non problematico di esperienze, o un insieme di pratiche, che erano accettate senza problema, che erano indiscusse, sollevano discussione e dibattito, sollecitano nuove reazioni, e mettono in crisi il precedente tacito comportamento, le abitudini, le pratiche e le istituzioni fino a quel punto accettate.» M. FOUCAULT, *Discorso e verità. Nella Grecia antica*, Roma, Donzelli, 1997, pp. 70 e 49.

³⁶ In questo senso seguo l'autorevole genealogia gernetiana di A. MOMIGLIANO: «Già in Glotz, e poi più vistosamente in Gernet, l'influenza di Fustel è inseparabile da quella di Durkheim, almeno nel senso che Durkheim interpretò e generalizzò il procedimento di Fustel di osservazione dei fatti sociali...In Gernet, morto nel 1961, e nell'ultima parte della sua vita segretario generale dell'Année Sociologique, conta forse ancor più che l'eredità diretta di Fustel, conservatasi alla scuola Normale e alla Sorbona, il nuovo indirizzo di indagine che egli trovava nella compagnia dei suoi amici sociologi Robert Hertz, Marcel Mauss, Marcel Granet.» *La Città Antica di Fustel de Coulanges*, "Rivista storica italiana", 82, fasc. I, 1970, pp. 81-98, pag. 83.

³⁷ *IVI*, pag. 81.

l'operazione culturale de *La Cité antique* (*Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 1864) che, in Francia, un avvicinamento tra le tematiche antropologiche e il mondo classico si rende possibile. Anche una valutazione scientifica negativa dei risultati conseguiti dall'Autore in campo storiografico, consistente nell'aver voluto egli far dirigere la ricerca dalla dimostrazione di una tesi troppo ideologicamente selezionata³⁸, non deve sottrarsi alla constatazione che sul piano culturale ci troviamo di fronte a *La naissance d'un classique*, secondo le parole dello storico antichista François Hartog³⁹. La tesi, oggi superata, sull'originarietà della proprietà terriera, contro ogni tentazione ricostruttiva in senso collettivista, viene argomentata da Fustel attraverso uno studio delle mentalità e delle credenze, dove religione e organizzazione familiare occupano posizioni preminenti e interconnesse; la ricostruzione di uno sviluppo delle istituzioni ovvero delle forme della socialità a partire da dati appartenenti alla sfera infra-psichica ed emotiva dei gruppi umani sarà l'intuizione chiave che guiderà l'allievo Durkheim, a dispetto della sua impostazione positivista, nella determinazione del 'fatto sociale' quale oggetto della sociologia⁴⁰.

³⁸ In questo senso P. GROSSI, *Forme e sostanza di un dibattito: Fustel de Coulanges*, in ID., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, pp.125-157.

³⁹ F. HARTOG, *Préface* a FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*, Paris, Flammarion, 1984, pag. 5.

⁴⁰ «Il n'est rien de plus puissant sur l'âme [de la croyance]. Une croyance est l'œuvre de notre esprit, mais nous ne sommes pas libres

Il grecista Glotz va annoverato invece, non tanto per il suo studio maturo, solo apparentemente ascrivibile a discendenze fusteliane dirette (*La Cité grecque* del 1948), quanto piuttosto per l'interesse da giurista che imprime ai documenti storici selezionati nei suoi materiali preparatori. Momigliano ricorda che: «Gli interessi psicologici ed etnologici, le 'perpetuelles contaminations d'idées et de coutumes' che circolavano nei libri di Glotz non apparivano chiari nelle loro origini innanzi a noi. Mentre i trattati tedeschi distinguevano fra diritto pubblico e diritto privato, Glotz li confondeva: nella polis riconosceva una società patriarcale.»⁴¹

E Glotz nella sua *Solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce* (1904) avverte: «Essenziale è arrivare alla conoscenza delle regole politiche, giuridiche e morali che determinano le relazioni degli uomini in un quadro limitato, in un preciso momento. Date a questa parola, diritto, il senso più largo che possa prendere; comprendetevi insieme con il diritto pubblico, il diritto civile, il diritto penale e soprattutto

de la modifier à notre gré. Elle est notre création, mais nous ne la savons pas. Elle est humaine, et nous la croyons dieu. Elle est l'effet de notre puissance et elle est plus forte que nous. Elle est en nous; elle ne nous quitte pas; elle nous parle à tout moment. Si elle nous dit d'obéir, nous obéissons; si elle nous trace des devoirs, nous nous soumettons. L'homme peut bien dompter la nature, mais il est assujetti à sa pensée.» FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome* (1864), Paris, Hachette, 1943, p. 149.

⁴¹ A. MOMIGLIANO, *La Città Antica di Fustel de Coulanges*, cit., ibidem.

to, per i gruppi primitivi, il diritto religioso; vedeteci un termine comodo per designare tutte le manifestazioni della coscienza sociale; e dite che, se il giurista ha tutto da guadagnare a fare storia, lo storico che non si dichiara soddisfatto dalla ricostruzione esatta dei fenomeni deve, innanzi tutto, fare diritto.»⁴²

La tesi glotziana rimane quella del passaggio dall'organizzazione familistico-tribale a quella individual-cittadina, ma questo passaggio viene ricostruito, invece che sul piano di una generica storia delle istituzioni intese in senso lato, a livello della razionalizzazione delle pratiche giuridiche, cioè di quel processo che porta a trasformare la guerra nel patto di *philia*, e la vendetta di gruppo nel diritto penale della città, dove, in fine, la categoria giuridica della responsabilità si plasma sul modello individuale.

Nel giudizio di Gernet, che critica Glotz per il suo 'humanisme', l'importante novità rappresentata da quest'autore consiste nella circostanza che «ciò che Glotz cercava di rinvenire, attraverso un'informazione multipla e indiretta come quella fornitagli dalla mitologia, apparteneva al registro dell'istituzionale: lì dove s'erano ravvisate solo credenze di cui bastava descrivere la stranezza, lui intravedeva, o meglio definiva, dei costumi e degli

⁴² Prendo la citazione da R. DI DONATO, *Per una antropologia storica del mondo antico*, cit., pag. 8; dove per altro viene ricostruito, a monte di Gernet, il dibattito disciplinare che oppone storici e sociologi nella Francia di inizio secolo: «La storia giuridica e sociale di Glotz era ancora troppo giuridica per essere accettata come elemento nella discussione tra i due grandi fusteliani, lo storico Seignobos ed il sociologo Durkheim.» (pag. 9).

organismi sociali. E le stesse credenze apparivano determinate e intelligibili nella loro relazione con i riti che sono del diritto in potenza.»⁴³

In questo contesto viene nominata per la prima volta la categoria di *prediritto*⁴⁴ che Gernet adopera per connettere gli studi di Glotz a quello di Huvelin su *Magie et droit individuel* e al celebre *Saggio sul dono* di Marcel Mauss.

Prediritto

In questo quadro, quello definito dal *prediritto*, per una critica a Gernet diventano più importanti le considerazioni che Durkheim fa a proposito della ritualità nei popoli primitivi, che non il posto che occupa la Grecia antica nella *Divisione del lavoro sociale* come momento negativo del passaggio dalla funzione punitiva a quella restituiva del diritto⁴⁵.

⁴³ L. GERNET, *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, cit., pag. 16

⁴⁴ Non sbaglia quindi E. CANTARELLA a insistere sulla centralità del *prediritto* nel pensiero di Gernet in particolare, e più in generale sull'importanza che una tale categoria può avere per un'appropriata considerazione del diritto greco antico. Tuttavia va corretta quando scrivendo *A proposito di diritto e prediritto* ("Studi storici", I, 1984) afferma che il *prediritto* sarebbe un'intuizione tarda di Gernet poiché «non appare né nella *Introduction* del '38, né in *Jeux et droit* - uno dei momenti di riflessione più importanti sull'argomento - ma solo nel '51, in *Droit e predroit en Grèce ancienne*.» (pag. 77).

⁴⁵ Sulle difficoltà incontrate da Gernet nell'applicazione delle categorie durkheimiane elaborate nella *Divisione del lavoro sociale*, e sul parallelismo, forte benché non completo, tra il Glotz della *Solidarité* e il primo Gernet delle *Recherches sur le développement de la pensée ju-*

Nelle *Forme elementari della vita religiosa* Durkheim orienta il suo studio in maniera tale da mettere in rilievo, del fenomeno religioso, l'aspetto di realtà sociale. L'attenzione che in questo senso viene dedicata al momento rituale delle pratiche religiose va letta certamente in relazione alle influenze di una certa psicologia, che riconosceva all'elemento emozionale una forte carica formativa rispetto alle pratiche sociali (Ribot), e assegnava al 'simbolo' la funzione direzionale di questo processo (Wundt).

Il fatto che Durkheim abbia voluto usare il termine 'religioso' per l'analisi sociologica dei comportamenti umani primitivi (antropologia), può avere motivazioni diverse che non devono però disorientarci. La religione, è questa l'opinione di Durkheim, se dev'essere diversa dalla teologia, può essere osservata a livello sociale solo nei riti: «i riti costituiscono modi di agire che sorgono in mezzo a gruppi costituiti e sono destinati a suscitare, a mantenere o a riprodurre certi stati mentali di questi gruppi»⁴⁶, 'stati mentali' che Durkheim continua a chiamare, con terminologia fusteliana, 'credenze'. Ma come succeda che i riti suscitino le dislocazioni degli stati mentali e dei riferimenti simbolici diventa questione che non può essere elusa, avendo Durkheim esplicitamente scartato ogni

ridique et morale en Grèce. Étude sémantique (1917), vedi l'importante studio gemetiano di A. MAFFI, *Le "Recherches" di Louis Gernet nella storia del diritto greco*, "Quaderni di Storia", 13, 1981, pp. 3-54, in particolare pp. 17 e 18.

⁴⁶ E. DURKHEIM, *Le forme elementari della vita religiosa* (1912), Milano, Comunità, 1963, pag. 11.

spiegazione psicologica, naturalistica o utilitaristica del fenomeno religioso e promuovendone invece una sociologica: «Essi [i riti] agiscono di per sé, senza che la loro efficacia dipenda da alcun potere divino; essi suscitano meccanicamente gli effetti che costituiscono la loro ragion d'essere. Essi non consistono né in preghiere, né in offerte rivolte ad un essere alla cui buona volontà sia subordinato il risultato atteso; ma questo risultato è ottenuto col gioco automatico dell'operazione rituale[...] in ogni culto vi sono pratiche che agiscono di per sé, per una virtù loro propria e senza che alcun dio si interponga tra l'individuo che esegue il rito e lo scopo che persegue... Questo formalismo religioso – che è probabilmente la prima forma del formalismo giuridico – deriva dal fatto che la formula da pronunciare ed i movimenti da compiere, avendo in se stessi l'origine della propria efficacia, la perderebbero se non fossero esattamente conformi al tipo [i corsivi sono miei] consacrato dal successo.»⁴⁷

È la forma tipica dell'azione che ne rende possibile la 'consacrazione', il suo successo e insieme la risposta alla questione della sua conformità. Lo studio di Durkheim com'è noto giungerà poi alla conclusione che la distinzione tra l'ambito del sacro e quello del profano, e le successive articolazioni reciproche di queste due dimensioni, rappresentano la prestazione funzionale fondamentale del religioso a livello socio-cognitivo, a dispetto del loro modo apparentemente

⁴⁷ *IVI*, pp. 37-38.

multiforme di manifestarsi. L'accostamento che invece istituiva tra il formalismo religioso e quello giuridico, e che permetteva di mostrarne il potere pervasivo a livello della coscienza collettiva, non induce Durkheim a occuparsi delle potenzialità performative di un meccanismo, il diritto appunto, che più dell'altro (il sacro) avrebbe permesso di sbarazzarsi di una logica binaria per accedere al 'différend'.

«Durkheim oscilla tra una visione organicistica e globale, a sfondo statico, connessa alla socialità immanente di ogni singolo sistema di valori-ultimi, e un relativismo culturale che deriva dalla molteplicità irrelata dei vari sistemi assiologici. Queste oscillazioni derivano dalla mancanza, nell'opera di Durkheim, di una valida e precisa teoria del mutamento sociale. La sua tipologia sociologica vede le singole società in termini di statica sociale, come mondi organici e funzionali perfettamente integrati, e poco si preoccupa di ricercare gli strumenti mentali per comprendere e giustificare la dinamica delle variazioni e delle trasformazioni sociali.»⁴⁸

La perentorietà dell'affermazione di Remo Cantoni va mitigata indicando come nei successori immediati di Durkheim, tra i quali va annoverato con forza Gernet, si sia proceduto nella direzione dell'analisi del mutamento proprio per mezzo di una riconsiderazione delle categorie giuridiche durkheimiane in un'ottica genealogica. Le nozioni giuridiche intese nel

⁴⁸ R. CANTONI, *Introduzione a DURKHEIM, Le forme elementari della vita religiosa*, cit., pp. XXV-XXVI.

trapasso continuo tra gli assetti meccanici della solidarietà a quelli organici testimoniano dell'impossibilità di situare storicamente un passaggio di portata generale e rendere ragione di un rovesciamento, anche solo teorico, totale, 'rivoluzionario'. Nel passaggio dall'uno all'altro la posizione della città come luogo della trasformazione dei rapporti sociali opera certamente un riassetto generale dei modi e delle forme dello stare insieme (solidarietà), tuttavia diritto e prediritto non possono essere mai intesi come se dall'uno all'altro si operasse definitivamente uno scambio di posizioni, un inizio e una fine. Lo specchio del pre- espone il (-) diritto a essere considerato quella manifestazione peculiare della solidarietà che si sottrae nel momento in cui se ne cerca l'origine, non perché essa sia misteriosa o inconoscibile, come Durkheim ha potuto far credere adoperando il concetto di *mana*, ma perché impone un auto-rimando, una 'auto-trascendenza necessaria': come due specchi che si guardano sembrano nascondere qualcosa che non c'è, mentre mostrano contemporaneamente al nostro sguardo la fronte e la nuca. Il pre- si attesta al livello dell'-essere del dover-essere, a ridosso di ciò che effettivamente è in gioco ogni volta che qualcosa, che prima non entrava, entra a far parte del diritto; è per questo che il sociologo non si accontenta di un'ottica normativista che lo porterebbe a pre-supporre norme a norme, come il giurista logicamente deve fare; vero è, però, che anche il sociologo pre-suppone rischiando di scivolare da un (ni-)ente di carattere logico ad un 'nichilismo giuridico' ben più tragico, poiché potrebbe indurre fatalmente a ridur-

re il diritto a 'mera fruizione dei rapporti di forza'⁴⁹. Ciò però può accadere solamente nella misura in cui la norma venga considerata un dato dell'esperienza inassoggettabile ad una ricostruzione che tenga conto della portata effettiva degli elementi che ne hanno determinato la sua potenziale giuridicità; mancando perciò di una considerazione autenticamente sociologica, posizionata precisamente sul limite dove ciò che accade è lo scambio tra giustizia e giustezza e quello inverso tra normativo e normale.

Il principale problema, quello che ha impegnato maggiormente Gernet nel corso dei suoi studi, consiste, come abbiamo accennato, nella paradossale possibilità di ricostruire una dimensione giuridica a partire da pratiche sociali la cui portata normativa eccede sistematicamente la possibilità di riferimento al diritto come ambito specifico, costituito cioè da un'esperienza sociale stabilmente istituzionalizzata.

Questo modo di intendere il diritto consente a Gernet di situarsi contemporaneamente a monte e a valle delle istituzioni giuridiche. A monte può essere

⁴⁹ Sul pericolo in questione vedi N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Studium, 2004, in particolare il Capitolo V, *Diritto e sociologia* (pp. 83-100); «...siccome la fruizione, nell'evanescenza di ogni radicamento, non riesce a dare durevole senso alla vita, il diritto della mera fruizione finisce per diventare un non diritto. Se il diritto è organizzazione di una struttura sociale, il non diritto è...la pericolosa realtà di un'esperienza che, mentre da un lato afferma come imprescindibili le ragioni dell'opportunità e della convenienza, pretende dall'altro di renderle criterio giuridico, non segno di un allentamento della regola giuridica.» (pag. 90).

utile il confronto con il pensiero radicale di René Girard che, nei suoi studi di successo sul meccanismo espiatorio, cita Gernet in punti chiave del suo lavoro su *La violenza e il sacro*.

Gernet viene incontro a Girard nella misura in cui avvicina, mostrando un'originaria coappartenenza, le procedure penali arcaiche alle pratiche sacrificali del *pharmakos* nella cui 'violenza unanime' – è questa la tesi di Girard – è possibile fondare l'originaria appartenenza comunitaria⁵⁰. Significativo, in questo stesso senso, è anche il richiamo che, al Gernet del *prédroit*,

⁵⁰ R. GIRARD, *La violenza e il sacro* (1972), Milano, Adelphi, 1980, pag. 388-389, dove l'autore, dopo aver citato un lungo passo del contributo gernetiano del '24 riguardante le forme greco arcaiche di esecuzione capitale, afferma che «la pena di morte viene qui a situarsi nel diretto prolungamento della violenza fondatrice, il testo è talmente chiaro da non richiedere alcun argomento». A questo proposito può essere interessante notare come Girard, nel medesimo contesto, rimproveri Durkheim per non aver spinto fino in fondo la sua intuizione riguardante il contenuto sacrale del legame sociale e delle categorie spazio-temporali in cui viene agito, per non averlo saputo avvicinare cioè abbastanza alla violenza fondatrice: «Per comprendere l'intuizione di Durkheim bisogna capire che il religioso fa tutt'uno con la vittima espiatoria, quella che fonda l'unità del gruppo contro e, al tempo stesso, intorno a essa. Solo la vittima espiatoria può procurare agli uomini tale unità differenziata...» È ancora una volta Gernet invece ad aver chiaro, secondo Girard, questo punto. La citazione è da un lavoro maturo del '52 in cui Gernet si interessa al simbolismo politico del focolare comune declinato nella funzione psicologica del centro e veicolato dalle attribuzioni della dea Hestia: «Louis Gernet ha consacrato a questi luoghi simbolici un saggio che, mi sembra, è impossibile, sullo sfondo delle analisi precedenti, leggere senza convincersi che designano tutti proprio il punto dove è perita o si crede sia perita la vittima espiatoria.» (pag. 401).

fa il filologo contemporaneo Walter Burkert, inizialmente vicinissimo per tematiche a Girard (soprattutto nella sua opera maggiore del 1972, *Homo necans*), ed impegnato ora nella verifica della sua eterodossa ipotesi sulla sociobiologia come 'coevoluzione di geni e cultura'⁵¹.

A valle può essere indicativo invece l'uso che di Gernet fa un autore come Luhmann proprio per segnalare tutta la distanza qualitativa che intercorre tra la pratica della violenza e la procedura giuridica. La lettura del saggio di Gernet del '56 su *Il tempo nelle forme arcaiche del diritto*⁵² porta Luhmann a dire che

⁵¹ W. BURKERT, *La creazione del sacro* (1996), Milano, Adelphi, 2003; la citazione riguardante Gernet si trova, accanto al riferimento a Marcel Mauss, nel capitolo dedicato a *La reciprocità del dare* (pp. 165-195), pag. 167. «La vita è *homoeostasis*: una transitoria stabilità che dipende dal 'giusto' scambio; un precario equilibrio nel flusso di materia ed energia. Il postulato razionale della reciprocità si accorda col paesaggio biologico, ed è debitamente inculcato mediante la tradizione religiosa.» (pag. 195).

⁵² In questo saggio importante pubblicato sul "Journal de psychologie", e tradotto in *Antropologia della Grecia antica* (da dove cito), L. GERNET lavorando ancora sul materiale rituale/procedurale del processo greco antico argomenta che: «c'est dans les actes de ce type que nous saisissons la raison du comportement et la pensée très ancienne dont il procède. Ce que nous appelons le prédroit – l'état antérieur au droit organisé et qui, à vrai dire, suppose la garantie sociale des 'témoins', mais non pas le contrôle actif de la cité comme tel – est un état que se caractérise par la multiplicité des actes d'appréhension, d'interdiction, d'exécution où s'affirment à la fois une puissance autonome et une vertu rituelle qui fut d'abord magico-religieuse. L'idée de création, ou au moins de novation, est au premier plan: l'action s'exerce dans l'immédiat, elle ne renvoie pas au temps: prises de possession, saisies, mainmises, etc., ce sont des actes qui valent par eux-mêmes – qui

«il giuramento è una prova giuridica poiché tale era anche la forza fisica di cui esso prende il posto. Il giuramento, tuttavia, offre, a differenza della forza fisica, migliori possibilità di trasformarsi in uno strumento di ricerca della verità attraverso un procedimento e di accertamento del diritto. Così esso può passare successivamente a culture giuridiche avanzate, conservando la propria continuità e identità come istituzione, ma mutando il proprio senso e la propria funzione.»⁵³

sont efficaces par eux-mêmes – sans référence à une 'cause' ou à un 'titre' dont la notion serait anachronique.» (pp. 218-219); e conclude «La catégorie du temps a donc eu à se constituer dans le droit. La temps 'abstrait et quantitatif', c'est ici le cadre où s'affirment, à des fins d'action et de règlement, la notion d'un passé qui vaut comme tel, la notion d'un avenir qui est assuré comme tel – deux faces d'un même processus de pensée qui ne peut paraître 'naturel' qu'un fois qu'il est acquis. On entend bien que l'avance ne s'est pas faite isolément et comme gratuitement dans la fonction sociale que nous avons en vue: le droit tient à tout un ensemble historique qui est celui de la cité, c'est-à-dire d'une organisation nouvelle de vie humaine. Mais il est secteur central et particulièrement sensible. Si les premières démarches du droit accusent un souci apparemment exclusif du présent, ce parti pris et cette espèce de raidissement dénoncent la brusquerie du tournant. Ce qui se perçoit dans les rites du procès le plus ancien, c'est le fait nouveau de l'institution judiciaire, organe de souveraineté collective auquel le champ est d'abord mesuré: dans le principe, le juge s'interdit de déborder la réalité actuelle des conflits; mais, par le fait qu'il se les soumet, il crée les conditions d'un contrôle qui signifie maîtrise du temps et auquel des techniques spéciales – procédure, commerce monétaire, usage de l'écrit – permettront de fonctionner de plus en plus sûrement. Travail continu, et qui ne fut pas sans tâtonnement ni cautions; mais, avant l'élaboration qui fut indispensable, il y a eu la mutation qui l'a rendue possible.» (pp. 237-238).

⁵³ N. LUHMANN, *op. cit.*, pag. 135. È interessante notare, rispetto

Il problema è allora quello della differenziazione, e correlativa in-differenza: è a questo livello d'analisi che lavora Gernet. Questo è il problema del suo saggio più famoso, *Diritto e prediritto in Grecia antica* del 1951, dove il prediritto è una categoria che si propone di estendere la strumentazione concettuale propria dell'esperienza giuridica a campi ad essa costitutivamente estranei in modo da rendere maggiormente intelligibili processi storico-sociali dei quali altrimenti rimarrebbe oscura la dinamica interna⁵⁴;

a quanto detto sopra, la problematicità che Luhmann prospetta nel modo di affrontare il vincolo contrattuale e l'insoddisfazione espressa nei confronti della soluzione proposta da Durkheim: «Nella figura del contratto diventano particolarmente chiari i limiti di una impostazione del problema che sia incentrata sulla sola scienza del diritto. La questione della fondazione della norma in base alla quale la parola data sarebbe vincolante, si insabbia o in un postulato tautologico o nell'astratta affermazione di una corrispondente necessità...Ciò non è sbagliato, ma non porta alcun progresso di conoscenza. Neppure la teoria di Durkheim secondo la quale nel contratto non sarebbe la volontà individuale, bensì la società a vincolare il singolo, consente di fare un decisivo passo avanti. Da un punto di vista della sociologia del diritto, il problema non è tanto come derivare la proposizione 'pacta sunt servanda', quanto stabilire come e perché questa forma specifica di obbligazione venga sviluppata da meccanismi di autobligazione assai più antichi e acquisiti forma giuridica.» (pag. 91).

⁵⁴ Uso consapevolmente il termine 'esperienza giuridica' nell'accezione datane dalla scuola di Capograssi e in particolar modo nell'uso storicizzante che ne fa Riccardo Orestano, quale uno dei suoi più avvertiti persecutori. Per una sua ricognizione rimando quindi a R. ORESTANO, *Diritto incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981; in particolare al Capitolo XXII, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, pp.487-562; per i nostri intenti è rilevante anche il Capitolo (V, pp.159-191) *Sociologia e studio storico del diritto*: «In questo

questa dilatazione ha l'effetto positivo di rendere i confini del 'giuridico' estremamente fluidi e dunque costantemente disposti ai necessari trapassi attraverso i quali s'è costituita, e ancora si costituisce, nel tempo questa specifica funzione⁵⁵.

Fluidità, quella che segnala Gernet quando si accinge a porre i termini di un indirizzo di ricerca che abbia ad oggetto il diritto, che va intesa, giova ripeterlo, non solamente nel senso proficuo (e dogmatico) che porta Kelsen a sciogliere i 'dualismi' interni alle

processo [quello del costituirsi della esperienza giuridica] la sociologia giuridica potrà avere una funzione di grande rilievo, in quanto – lo abbiamo detto – potrà operare (e di fatto ha già cominciato ad operare) per una più approfondita visione, anche in seno alla nostra scienza, delle connessioni dell'esperienza giuridica con la totalità del reale storico e sociale; anzi con ciò potrà determinare (come ha cominciato a determinare) un ampliamento della nozione di 'esperienza giuridica', ampliamento che si rifletterà sull'esperienza stessa, attraverso la scienza.» (pag. 190).

⁵⁵ M. BRETONE nel suo studio su *Diritto e tempo nella tradizione europea* (1994), Roma-Bari, Laterza, 2004, dedica a Gernet il terzo Capitolo (*Diritto antico e antropologia*) della Parte Seconda (*Problemi di metodo e di teoria*) dove si legge che «il prediritto è un modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà dopo (ossia, il differenziarsi delle funzioni).» (pag. 196). E E. CANTARELLA, *op. cit.*, pag. 78: «sembra a me che, in definitiva il 'prediritto' sia la soluzione di una tensione, che percorre tutta la sua opera, rappresentata dal desiderio di superare la distanza formale tra il diritto e ciò che non è tale. In altre parole: per Gernet...il diritto nasceva in un determinato momento dell'organizzazione di una collettività... Ma considerato che prima del diritto esisteva un suo 'equivalente', egli riteneva, anche come giurista, di non potere e non dovere escludere questo 'equivalente' dal suo campo d'intervento.»

parti del diritto, riconoscendone, in fine, l'unità scientifica sul piano metodologico; ma anche, in senso più weberiano, dunque più propriamente sociologico, come fluidità radicale, declinata cioè, oltre che sul piano endogeno al diritto, anche su di un piano direi gnoseologico-procedurale⁵⁶: un piano (informativo e

⁵⁶ Accolgo qui l'interpretazione della sociologia giuridica weberiana fatta da S. ANDRINI, *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, Milano, Franco Angeli, 1990: «La procedura diventa il modo di rappresentare, mostrandone lo stato nascente, il passaggio dalla società al diritto[...] il momento procedurale esprime il passaggio dalla società al diritto, perché l'azione sociale come tale (proprio in quanto distinta dall'azione in senso giuridico) presenta già una dimensione procedurale[...] è grazie alla struttura procedurale dell'azione, che si può poi sviluppare quella speciale azione tipica che è costituita dall'azione in senso giuridico[...] senza la comune struttura procedurale il rapporto tra società e diritto si presenterebbe, invece, come una relazione tra due mondi differenti: come un rapporto non più tra due dimensioni di un *medesimo* agire, ma tra due tipi di azione o peggio tra due realtà diverse, da un lato l'azione sociale, dall'altro lato il complesso delle norme[...] l'originarietà logica della procedura viene colta ed argomentata da Weber nella originarietà storica del processo»; e ancora, per quanto riguarda in particolare il modello del processo: «Il primato del processo e l'importanza della giurisdizione irrazionale sono il prodotto di un momento strutturale dell'agire, anche se la razionalità dell'agire si mostra in forme 'irrazionali'. Dove 'irrazionale' non è il contrario di razionale, bensì un momento che usa di una razionalità che è *altra*, perché comprensiva di elementi pratici», anch'essi reclamanti la loro processualità: «il processo infatti, si costituisce come modello sia per le procedure dirette a produrre decisioni (esecuzione), sia per quelle dirette a produrre giudizi; in senso giuridico come in senso logico. Il processo è modello per le attività razionali che sono alla base della scienza del diritto; e, più in generale, è modello per i processi di conoscenza come tali.» (pp. 24-27 e 32).

performativo) sul quale, attraverso le virtù normatrici dell'azione sociale, colta quindi nella sua strutturale e perpetua tendenza a prender forma, il gioco mimetico di essere e dover-essere trova modo di storicizzarsi in un prisma di tipologie, anche conoscitive, 'flessibili'.

È in questo punto, più che altrove, che l'iscrizione del pensiero gernetiano nell'alveo della sociologia giuridica risulta essere a mio avviso calzante. Gernet indica con vigore, e soprattutto a partire dai temi di questo saggio, la derivazione delle pratiche procedurali e giudiziarie da comportamenti che assumono il loro pieno significato, e quindi la loro efficacia sociale, solo se inseriti in un contesto a orientamento mentale diverso rispetto a quello strettamente giuridico⁵⁷.

⁵⁷ «A voler essere paradossali, si direbbe che oggi gli storici-storici esagerino nell'interesse per le formalità giuridiche, mentre gli storici giuristi sono tesi a scoprire le realtà sociali che stanno al di sotto delle loro istituzioni. Nessuno è più preciso nella conoscenza dei particolari formali di tre grandi storici che vengono dalla filologia: L. Gernet, K. Latte ed E. Bickerman... Si può oggi pensare che la storia della letteratura, la storia dell'arte, la storia della scienza, e la storia della religione possano conservare una qualche autonomia, in quanto radicate in diverse attività degli individui. Non si può più pensare ad una autonomia della storia del diritto che è per sua natura una formulazione di rapporti sociali radicati in molteplici attività umane... Gran parte di ciò che si chiama sociologia del mondo antico è poi costume o diritto, visto in disposizione sincronica piuttosto che diacronica. Almeno per il mondo antico, appena si dimenticherà la distinzione tra storia e diritto, si dimenticherà anche la distinzione tra storia e sociologia.» A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in "Rivista Storica Italiana", 76, 1964.

Per un'antropologia giuridica

Nell'Introduzione del 1955 al suo *Droit et société dans la Grèce ancienne*, raccolta dalla quale è estratto il saggio qui di seguito tradotto, Gernet afferma che: «prima di costituire una tecnica autonoma, il diritto si preforma in alcune condotte tradizionali nelle quali i gesti e i *verba* posseggono una virtù che non si può ancora dire giuridica – vi manca la specializzazione del tempo e del luogo, del personale e dei mezzi operativi, – ma di cui il significato e gli effetti sono analoghi a quelli che traspaiono nel diritto stesso»⁵⁸. L'interesse per il fenomeno giuridico, come abbiamo precedentemente sottolineato, non risiede tanto nella ricostruzione o nell'individuazione di un 'ordinamento' all'interno del quale le situazioni e i rapporti trovino di volta in volta collocazione e disciplina. Non è possibile per la Grecia procedere a trattazioni simili a quelle della maggioranza dei romanisti contemporanei di Gernet. Mira invece, il suo interesse, a cogliere 'l'azione in giudizio' al suo stato nascente, nella sua perfetta in-distinzione; e il caso del *ius* più arcaico non fa, in questo senso, eccezione.

Agere, ci ricorda Gernet, «significa l'azione giudiziaria, in particolar modo nella prima fase del diritto, il periodo delle '*legis actiones*', le più antiche delle quali sono caratterizzate da un così marcato carattere ritualistico. Ma l'antiorità cronologica del significato religioso del termine è direttamente testimoniata:

⁵⁸ L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, cit., pag. 2.

parole che appartengono alla stessa famiglia (*ago, agonium, agonales*) sono parole assolutamente arcaiche che concernono forme arcaiche della religione. Ci sarebbe dunque nel diritto una specie di trasposizione: in che senso va intesa? Il senso di *agere* è essenzialmente 'durativo' e si applica ad un *processo* [il corsivo è mio] che si svolge nel tempo e che consiste in un primo caso nel compimento dei riti di un sacrificio o più generalmente di una azione religiosa: parimenti l'azione giudiziaria, nella quale una serie prevista ha inizio con l'atto introduttivo di istanza, implica uno schema temporale: in tutti e due i casi, una 'forma' socialmente valida si iscrive tra due termini; i valori sono di diversi ordini: l'identità della parola suppone nondimeno che una corrispondenza viene avvertita.»⁵⁹

La sospensione momentanea della violenza, visto che la forma processuale trova il suo archetipo nel delitto⁶⁰, al limite la rinuncia ad essa attraverso una sua

⁵⁹ L. GERNET, *Droit et prédroit* (cito da *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1982, pag.105-106).

⁶⁰ Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, Vol. III. *Sociologia del diritto*, cit., pag. 6: «Secondo la distinzione oggi corrente, nella giustizia penale viene tutelato un interesse pubblico – sia esso di natura etica o utilitaria – alla espiazione di un'infrazione di norme oggettive, e ciò mediante una pena inflitta dagli organi dell'istituzione statale al soggetto indiziato, con le garanzie di una procedura regolata, mentre la tutela delle ragioni private viene lasciata al soggetto leso e ha come conseguenza non una pena, ma il ristabilimento della situazione garantita dal diritto. Questa distinzione, che nemmeno oggi viene applicata univocamente, è estranea alla giustizia primitiva. Vedremo come in ordinamenti giuridici per altri aspetti molto sviluppati sia origina-

riproposizione stilizzata, apre uno spazio che ha le caratteristiche dell'*entre-deux*, il *prédroit*: uno spazio compositivo e agonistico al cui interno le scelte non possono orientarsi su di un sistema di norme positivamente date: non c'è la possibilità di rispettare regole 'valide' pur non contravvenendo a nessun comportamento uniforme, così come è impossibile regolare in base a regole di questo tipo un comportamento intenzionalmente difforme. Questo significa, ancora una volta, che non bisogna rappresentarsi la situazione come se vi fosse da una parte un 'ordinamento' e dall'altra la chance di un'azione sociale (normativamente orientata), il cui solo rapporto con l'ordinamento stesso sarebbe il semplice riferimento ad esso, in grado di conferire a questo efficacia o meno, fatta salva la sua validità. La constatazione del fatto che una data pratica sociale sia passibile di una qualche considerazione di ordine giuridico è garanzia sufficiente, per Gernet, alla funzione euristica del *prediritto*. Si capisce come questa posizione, una volta assunta, abiliti una speciale considerazione sociologica del fenomeno giuridico a legittimare la propria specificità a prescindere dalla preventiva statuizione dell'ordinamento giuridico sulla base di un procedimento normativamente orientato. È sufficiente constatare rappresentazioni realmente operanti in un certo modo di concepire l'azione e i suoi significati perché il paradigma giuridico possa

riamente radicata la concezione per la quale ogni azione giudiziaria è senz'altro un'azione *ex delicto*, rimanendo all'origine 'obbligazioni' e 'contratti' del tutto ignoti al diritto.»

cominciare a fornire gli indispensabili elementi conoscitivi in grado di pervenire alla spiegazione dei motivi e alla comprensione dei fatti sottoposti ad esame. La vendetta continua a seguire il suo corso e i requisiti formali della sua esecuzione sono gli elementi sui quali la *dike* ha presa trasponendola al centro del nuovo ordine sociale.

Una volta che l'azione viene concepita come avente, in termini weberiani, un senso soggettivo, e che questo possa poi essere interpretato come il 'motivo' di quella, e nel momento in cui l'azione stessa assuma la sua connotazione sociale, cioè il suo riferimento costitutivo ad 'altri' soggetti, allora si è già, 'kafkianamente', nell'ambito performativo del *prediritto*. Dove rientrano tutta una serie di pratiche sociali già dotate di un proprio significato, ma che tuttavia vengono colte nella fase del loro efficace persistere in un nuovo abitus mentale destinato a produrre un supplemento di senso aggiuntivo, così determinando una configurazione originale nei motivi del loro manifestarsi in talune determinate circostanze.

«Dal momento in cui, davanti ad una giustizia rudimentale quanto si voglia, un attore è portato a formulare – ed un avversario a negare – una pretesa, ciò che chiamiamo l'idea di diritto si produce in tutt'altre condizioni e, se così si può dire, in un altro spazio sociale rispetto a quando si soddisfa di esecuzioni tradizionali, cioè di attività tutte private e inconsciamente lecite.»⁶¹

«L'agone, luogo prestabilito per decisioni scaturite»

⁶¹ L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., pag. 62.

renti dalla lotta, è anche il luogo favorevole alla decisione scaturente dalla sentenza: la stessa assemblea degli *eghetores edé medontes*, che omologa nel primo caso, è chiamata a redimere nel secondo. Anche i mezzi probatori appartengono alle consuetudini dei giochi; quando Menelao pretende il giuramento purgatorio 'com'è giusto', e *themis estin*, il movimento della frase indica che la *themis* di cui si tratta non prevede soltanto il ricorso al giuramento, ma prescrive, o quantomeno suggerisce, un particolare cerimoniale le cui forme convergono precisamente alla circostanza. Resta il fatto che questo giuramento funzionava, nel caso in questione, come giuramento giudiziario.»⁶²

L'analogia proposta da Gernet, che esplicitamente cita *Homo ludens* di Huizinga, tra gioco e diritto viene istituita a proposito delle procedure di rivendicazione/acquisizione dei beni: «l'appropriazione delle ricompense da parte di coloro che le hanno ottenute dà luogo a degli atti e a dei gesti che sono in accordo naturale con le circostanze, ma ai quali vediamo che viene attribuito un significato particolare»⁶³. I gesti significati dai verbi *aghein* e *ferain* (omologhi dei latini *ducere* e *ferre*), sono quelli che legittimano la presa di possesso tanto in ambito processuale che in ambito agonistico (la fonte principale utilizzata da Gernet è il Libro XXIII dell'Iliade: *Le gare in onore di Patroclo*)⁶⁴.

⁶² L. GERNET, *Jeux et droit*, in ID., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, cit., pag. 18.

⁶³ *Ivi.*, pag. 10.

⁶⁴ «Aussi, bien, l'acte d'appréhension est partout dans Homère, et

La dinamica agonale del processo, così come quella del teatro, 'suggerisce e impone' che i comportamenti ivi tenuti siano univocamente interpretati secondo un particolare tipo di 'logica dei sentimenti' della quale gli stessi partecipanti sono consapevoli e temporanei praticanti: la guerra, altrettanto bene della gara o del gioco, possono suggerire, in questo senso, ambiti di riferimento confrontabili: l'elemento essenziale, che rende i riferimenti normativi, in ciascun ambito, regolativi rispetto alle pratiche viventi è la possibilità di verificare l'effettivo successo ottenuto da strategie comportamentali tipiche nel suscitare di fatto una realtà che si separa dalla 'realtà', negandola e proprio per questo, paradossalmente, suscitandola: una lotta ma una nascita in cui istituzione e normalizzazione coincidono.

Nella civiltà omerica, dove Gernet cerca le pratiche che informano il prediritto, la dimensione agonale risulta a tutti i livelli pervasiva; costituisce, soprattutto nel periodo più arcaico (Iliade), il contesto sociale (è superfluo ricordare che anche il patrimonio immaginario riguardante gli dei costituisce contesto sociale⁶⁵) più abbondante di riferimenti documentati. Senza addentrarci nella 'questione omerica'⁶⁶, una

mentionné avec une insistance qui serait fastidieuse si elle n'était pas significative.» *Ivi.*, pag. 11.

⁶⁵ Per questo tipo di approccio è ormai scontato, non solo per gli addetti ai lavori, il richiamo agli studi di J.-P. VERNANT, uno dei pochi allievi diretti di Gernet; in particolare, sul tema, vedi da ultimo *L'universo, gli dèi, gli uomini* (1999), Torino, Einaudi, 2000.

⁶⁶ Per la quale mi limito a riportare la sintesi di M. VEGETTI, *L'etica degli antichi*, Roma-Bari, Laterza, 1989: «L'Iliade e l'Odissea risultano

delle linee interpretative percorribile è che tribù aristocratiche relativamente indipendenti (*ghene*), nel processo critico del loro reciproco riarticolarsi in formazioni sociali di altro tipo, abbiano adempiuto l'esigenza funzionale di raccontare, e di tenere così ferme, tutte le occasioni nelle quali si sia arrivati a individuare e selezionare prestazioni primeggianti che è utile conoscere (etica eroica).

Particolare rilievo assumono nei racconti iliadici l'organizzazione di gare memorabili occasionalmente organizzate e aventi effetti risolutivi su situazioni sociali fortemente problematiche, sono i contesti nei quali sale la frequenza dei termini che saranno trasferiti nel lessico politico: su tutti spiccano 'i giochi in onore di Patroclo' che così bene restituiscono l'atmosfera dono/duello del sistema maussiano: effetto e occasione della riappacificazione (parziale) tra i capi achei, preconditione necessaria della finale vittoria. Ma non basta dire che il diritto è una modalità di ritualizzazione, e quindi di sterilizzazione, del conflitto.

«La trasformazione del conflitto in controversia giudiziaria appare essenzialmente ambivalente: lungi dall'essere soltanto un processo di 'pacificazione' dei conflitti, essa costituisce prima di tutto un processo di

dalla riunificazione di una pluralità di testi aedici composti ed eseguiti in ambiente ionico durante l'VIII secolo a.C.; nel loro insieme, e con qualche eccezione, i testi dell'*Odissea* risultano più recenti di quelli dell'*Iliade*. La trascrizione dei poemi nella forma che noi attualmente leggiamo è stata eseguita nel VI secolo in ambiente ateniese.» (pag. 34).

trasformazione di una situazione problematica in una controversia, la cui forma, nello stesso tempo giuridica e contenziosa, rappresenta una condizione preliminare per la sua soluzione giudiziaria.»⁶⁷

L'*Iliade* è il luogo di modelli comportamentali prevalentemente pregiuridici; Gernet li legge soprattutto nell'evoluzione semantica di termini fortemente regolativi quali *hubris* (tracotanza/oltraggio), *time* (fama/onore), *ate* (errore/colpa), *aidos* (deferenza/rispetto). Nella sua parte più moderna, in quanto bisogna supporre che la trama che tiene unite vicende e racconti altrimenti sparpagliati sia la più recente, il poema mette in scena la contesa interna all'esercito acheo tra l'*anax* (regalità antica a carattere magico-religioso) Agamennone e il *basileus* (re patriarcale e capo militare) Achille. I termini di questa *stasis*, epidemica nell'accampamento dei *ghene* achei, sono scanditi dalla '*hubris*' dello '*anax*' la cui '*ate*' consiste nell'aver calpestato, ignorando lo '*aidos*', la '*time*' di un '*basileus*'. Tuttavia qui la forza in atto costituisce l'unico metacriterio del giusto; questo stato di cose ha portato Vegetti a scrivere che Omero sta parlando, in termini paradossali, di una 'polis impossibile': «...nella 'società omerica' non esistono né strutture di organizzazione del potere, né forme di mediazione politico-legale, né, in fine, presupposti di una concezione morale collaborativa, fondata sulla comunanza dei valori, che possano renderla attuabile o solo pensabile. L'*Iliade* fa dunque precipitare le sue figure

⁶⁷ F. OST e M. VAN DE KERCHOVE, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco* (1992), Milano, Giuffrè, 1995, pag. 113.

esemplari, i suoi eroi, in una situazione politica, senza che essi possiedano la minima attrezzatura morale e sociale per farvi fronte.» E a proposito della modalità compositiva del conflitto – continua: «Il ricco dono riparatorio che Agamennone offre ad Achille ('sette città' e la mano di sua figlia) risponde ad un disegno preciso, geniale nella sua semplicità: quello di sostituire all'impossibile sovranità 'politica' la vecchia, ben nota, signoria dell'*oikos*. Diventando genero di Agamennone, Achille entrerebbe, sia pur come membro eminente, nella sua famiglia, e sarebbe finalmente costretto ad accettarne la supremazia di padre e di re: ad essa non avrebbe più alcuna ragione da opporre. Nello splendido discorso in cui rifiuta questa offerta, Achille si mostra ben consapevole di questa insidia: no, non avrà altro *oikos* se non quello di suo padre Peleo, altra sposa se non quella che Peleo stesso sceglierà per lui. I doni di Agamennone non solo non riparano la *hybris* inferta, ma persistono subdolamente in una tenace volontà di assoggettamento. E, come si diceva, la riconciliazione non appare nemmeno nel libro 19. Achille rientra in guerra non in nome della causa dei Greci ma per una necessità privata, quella di vendicare l'amico Patroclo: questa è una guerra tra il suo *oikos* e l'*oikos* di Priamo e di Ettore, tanto che effettuata la vendetta su quest'ultimo, egli concede a Priamo una tregua altrettanto privata, mai più, del resto, Achille accetterà di sedersi a banchetto con gli altri Greci.»⁶⁸

Nella civiltà delle *poleis*, dove Gernet colloca

⁶⁸ M. VEGETTI, *Etica degli antichi*, cit., pag. 20 e 23-4.

l'acquisizione definitiva della funzione giuridica del giudizio, l'attitudine agonale non solo persiste, ma accelera talmente il suo spettro di riproduzione, da mandare rapidamente in cortocircuito l'intero sistema; subisce in effetti un'incrinatura, quindi si sposta, si struttura e si riorganizza, in pratiche diversificate ed esigenti ciascuna il proprio stile, la propria forma tipica, di razionalità⁶⁹.

«Tra i greci, la vita politica ferve molto intensa; senza alcuna esagerazione, si potrebbe dire che essi sono stati anche gli inventori della politica nel senso moderno del termine. Per essi, la politica rientra nello spazio di ciò che chiamavano gioco o competizione: tutti i giochi sono appassionanti, e questo natural-

⁶⁹ Il paradigma ludico, come ambito privilegiato nel quale si registra la messa a punto di una razionalità pratica di tipo strategico, lo ritroviamo negli studi sulla 'Metis' greca condotti dagli allievi di Gernet e raccolti in: M. DÉTIENNE e J.-P. VERNANT, *Le astuzie dell'intelligenza nell'antica Grecia* (1974), Roma-Bari, Laterza, 1984. In particolare nell'articolo del '67 *La corsa di Antiloque* (M. DÉTIENNE e J.-P. VERNANT, *La mètis d'Antiloque*, in "Revue des Études Grecques", 1967, pp. 68-83). Gli autori prendono in esame il Libro XXIII dell'*Iliade*, lo stesso preso in esame da Gernet, dove v'è la descrizione di come il giovane Antiloque riesca a prevalere sul vecchio re Menelao nella corsa dei carri, nonostante disponga di cavalli più lenti, tramite l'utilizzo della metis: «In ogni situazione di scontro o di competizione – che si debba competere con un uomo, una bestia o una forza naturale – il successo può essere ottenuto in due modi: o con una superiorità di 'potenza' nel campo in cui si svolge la lotta, per cui il più forte ottiene la vittoria; oppure con l'utilizzazione di accorgimenti di altro ordine, il cui effetto è precisamente quello di falsare i risultati della prova e di far trionfare colui che poteva considerarsi senz'altro battuto.» (pag. 5).

mente finisce per essere interpretato come fine a se stesso. È un gioco serio per i contendenti, che rischiano la morte, il bando, la decadenza; perché i dibattiti in assemblea trovano il loro necessario complemento nei grandi processi politici, in cui ampi settori del popolo compaiono come giudici, in cui gli odi privati sono mobilitati al servizio della città.»⁷⁰

Risale ancora a Burckhardt la scoperta dell'importanza sociale della dimensione agonale nella Grecia antica⁷¹, nonostante indecisioni romantico-esistenziali gli impediscano di coglierne l'intera portata⁷²: «...quando in genere molti greci si trovano riuniti, la gara agonistica ne scaturiva di per sé sola... Del resto, per ritornare ad Omero, in lui ogni elemento agonistico non è che un innocuo principio di ciò che si svilup-

⁷⁰ L. GERNET, *La nozione di democrazia tra i greci* (1948), in ID., *I greci senza miracolo*, Roma, Editori Riuniti, 1986, pag. 321.

⁷¹ «Gara atletica, diritto e tragedia, la grande triade agonale della vita greca – allo schema dell'agone rimanda la 'Storia della civiltà greca' di Jakob Burckhardt – si chiude nel segno del contratto.» W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, in *Opere Complete*, cit., pag. 155.

⁷² Burckhardt intende la pratica agonale principalmente come gara sportivo-cavalleresca e quindi è portato a saldarla al mondo aristocratico, tanto da parlare, a proposito della polis egualitaria, di un *Regresso dello spirito agonale*, ma leggendo con attenzione vediamo all'opera un contraddittorio allargamento dello spettro semantico. Allora si può essere d'accordo con il giudizio di MOMIGLIANO quando dice che: «Orientata sui tre cardini di religione, stato e cultura, la esposizione del Burckhardt trascura per esempio il diritto, l'economia, l'arte militare, l'educazione, la vita familiare, l'amicizia, l'amore.» *Introduzione* (1955) a BURCKHARDT, *op. cit.*, *Mito-Stato-Nazione*, Vol. I, Tomo I, pag. XXIII.

perà nei secoli successivi»; e a lui risale anche il rilievo secondo il quale: «l'agone in questo tempo [quello omerico] è sempre occasionale, non periodico; solo l'epoca propriamente agonale doveva orientare tutta la vita a questo scopo, e fare dei vincitori dei giuochi le più grandi celebrità.»⁷³ Importante, per noi, quest'ultimo rilievo, in quanto un 'fait total', il potlatch, che tiene avvinte e non distingue le funzioni religiose morali giuridiche economiche si trasforma da evento da raccontare in avvenimento cui partecipare.

In questo slittamento l'istituzione dei giochi Olimpici è il segno tangibile della scomparsa sul piano sociale degli effetti istitutivi di questo tipo di riunioni. E gli esercizi ginnici rispondono a un dispositivo disciplinante corrispettivo a quello degli esercizi logico argomentativi degli oratori attici⁷⁴. Sarà proprio il

⁷³ *IVT.*, Vol. II, Tomo II, cit., pag. 291 e 292.

⁷⁴ Per il M. FOUCAULT della dietetica dei piaceri, che usa come fonti molte orazioni giudiziarie, il campo proprio dell'erotica classica è dominato da uno schema di tipo agonale, il che risulta particolarmente interessante se si tiene conto della sua tesi principale, cioè quella del 'principio di isomorfismo tra relazione sessuale e rapporto sociale': «Fra uomini e ragazzi si ha a che fare con un gioco 'aperto'...Nell'Economica e nell'arte della vita familiare, si aveva di fronte una struttura spaziale binaria in cui il posto dei due coniugi era scrupolosamente distinto...con il ragazzo, il gioco si svolge in uno spazio molto diverso: spazio comune...spazio della strada e dei luoghi di incontro...spazio in cui ciascuno si sposta liberamente, così che si deve correr dietro al ragazzo, dargli la caccia...per ottenere da lui ciò che egli è sempre in diritto di non concedere, bisogna essere capaci di convincerlo: chi voglia conquistare il suo favore, deve prevalere sugli eventuali rivali, e, per questo, far valere un certo prestigio, delle qualità, o dei doni.»

moltiplicarsi di questi dispositivi disciplinanti, il progressivo specializzarsi dei sottosistemi o sottoinsiemi sociali, quello che il progressista Durkheim chiamava la 'divisione del lavoro sociale' e il Weber del disincanto 'politeismo dei valori', a destare le maggiori perplessità negli ambienti aristocratici ateniesi e di riflesso nel pensiero culturalmente dominante, da Aristofane a Platone⁷⁵.

Conclusione

Ma il diritto in Grecia, almeno fino ad Aristotele, non fu mai pensato con il compito di coordinatore dei rapporti di forza tra i gruppi in lotta, in maniera tale da poter immunizzare stabilmente la struttura sociale dagli esiti stessi di questi conflitti; in questo senso non si poteva ancora parlare di una 'lotta per il diritto', ma allo stesso tempo, e proprio per questo, come Gernet

L'uso dei piaceri, Milano, Feltrinelli, 1984, pag. 201.

⁷⁵ «Socrate, il Socrate ripensato da Platone... si colloca sul terreno dissodato dalla commedia per scoprirvi le verità di un pensiero elaborato e complesso che il riso comico aveva comunque, in modo basso e cifrato, contribuito a mettere a fuoco e, in qualche modo, a diffondere. E nelle visioni strampalate che la commedia raccoglie e che provoca, di cui si sostanzia, Socrate riconosce i nuclei di un pensiero alternativo e critico rispetto a quello del realismo politico. Vi coglie riproposizioni e manipolazioni inconsuete della tradizione, tradizioni minori o escluse, ma tali, se opportunamente restaurate, da riconfigurare i saperi e la vita collettiva.» A. BELTRAMETTI, *L'utopia dalla commedia al dialogo platonico* in PLATONE, *La Repubblica*, traduzione e commento a cura di Mario Vegetti, Vol. IV, Libro V, Napoli, Bibliopolis, 1998, pag. 245.

raccomanda di fare, bisogna vedere dovunque il diritto, come posta in gioco nella vita della polis.

In Platone, che per Gernet rappresenta l'ultimo anello nello studio dell'evoluzione della semantica giuridica, l'irruzione teatrale dell'insuperabile forza dell'argomento acribiologico di Trasimaco (*La Repubblica*, I, 338c-e) orienta non solo il dibattito 'decostruttivo' sulla giustizia, che il fantasma del Socrate processato e ucciso dalle leggi della città intavola con l'intelligenza ateniese politicamente attiva negli anni cruciali del V secolo, ma l'intera struttura del Dialogo, passando per la costruzione 'a parole' dell'utopica kallipolis, fino all'esito, 'grottesco', del re-filosofo.

Nella polis il giusto, la giustizia, giusto è ciò che conviene al più forte e il più forte è tale poiché, detenendo il potere, pone le leggi e nel farlo persegue il proprio vantaggio. «La sola vera risposta di Platone a Trasimaco consiste allora nello sforzo di garantire la qualità etica del potere a monte del sistema leggi-giustizia-stabilità... Non prenderlo "sul serio" significherebbe in ultima analisi, non prendere sul serio l'intero dialogo.»⁷⁶

L'indisponibile disponibilità del *nomos*, che si in-

⁷⁶ Sono queste le conclusioni cui è arrivato M. VEGETTI che al personaggio *Trasimaco* dedica il titolo di un saggio nella poderosa oltre che ponderosa cura de *La Repubblica* di Platone, cit., Vol I, Libro I, pp. 250 e 256, in cui viene detto anche che la (prima) tesi di Trasimaco «combina in modo originale e rigoroso due diverse posizioni entrambe diffuse nel pensiero etico-politico del V secolo: il positivismo giuridico (*Rechtspositivismus*)..., e lo smascheramento della natura del potere – di qualsiasi tipo di potere (*Machtpositivismus*)...» (pag. 240).

terseca originariamente e specularmente a quella del *bios*, è la cifra concreta della storia politica, non solo greca.

Questo è il principale dei motivi per cui il termine greco *politeia* non può essere tradotto con le accezioni giuridiche di Costituzione, almeno da non coinvolgere un'interpretazione pre-giuridica tesa a cogliere, attraverso le testimonianze, il processo di 'costituzione' di una sfera protetta in cui si (pre)suppone un'unità composta di un'articolata ma ordinata pluralità: un 'ordinamento', come Platone fa fare al fallimentare dialogo socratico sul piano di una complessione psicofisica dal sapore ancora iniziatico, nella sua *Politeia* (*La Repubblica*), e, più ostinatamente, nel dispositivo capillare di regolamentazione dei *Nomoi* (*Le Leggi*), non a caso l'ultimo, nella cronologia delle fonti, dei materiali gernetiani di rilevamento utili al prediritto.

Nel lucido saggio di antropologia giuridica del 1951, l'*Introduction* alle *Lois* di Platone (nelle *Œuvres Complètes* per Les Belles Lettres) dal titolo *Les Lois et le droit positif*, Gernet, che aveva lavorato sulla parte 'penale' dell'opera (Libro IX) sin da un commento dottorale del 1917 (Paris, Leroux), misura tutta la distanza che separa l'atteggiamento, 'compromissorio' e 'contraddittorio', dell'ultimo Platone da quello della *Repubblica*. Le novità che Platone introduce, e quanto d'arcaico cerca di mantenere, nel suo sistema di legislazione pensato per un contesto politico 'rivoluzionario' (in senso oligarchico se non addirittura tirannico), sono per Gernet l'indice di mutamenti sociali ormai consolidati (siamo in pieno IV secolo) cui Platone rinuncia a far fronte tramite una rifondazione

totale dei costumi. Particolare rilievo, nel confronto che Gernet istituisce tra *Leggi* e *Repubblica*, assumono da un lato le pratiche economiche e monetarie, le tecniche di diritto commerciale, e dall'altro le modalità di reclutamento del personale chiamato a ricoprire le cariche pubbliche. L'esigenza di razionalizzazione e organizzazione delle pratiche economiche in ragione di una loro maggiore pervasività sociale e parallelamente la possibilità di pensare ad una preparazione tecnico amministrativa della classe preposta al *gouvernement* della polis, sono le condizioni principali per le quali, «senza abbandonare, come è ovvio, le sue posizioni fondamentali, Platone arriva qui a considerare in modo molto dettagliato, cosa che probabilmente non aveva previsto, l'insieme di una tecnica normativa e più o meno sperimentale, che poi è, positivamente, ciò che si chiama diritto. Di qui i suoi incontri con il diritto della propria nazione: infatti spesso si trova di fronte gli stessi problemi che erano quelli delle città elleniche, e non soltanto gli stessi problemi, ma gli stessi dati.»⁷⁷ La conclusione è che: «ciò che è maggiormente visibile nel trattamento del materiale giuridico è una preoccupazione di ordinamento e di rigore logico. Ce lo si aspettava, è l'apporto del filosofo nel campo del razionalismo costruttivo. Ma in che maniera incide? Assolutamente non *a priori* e per ragioni molto semplici: si può inventare, a rigore, un sistema sociale, non si possono inventare delle nozioni di di-

⁷⁷ L. GERNET, *Introduction a PLATON, Les Lois. Livres I-II*, in *Œuvres complètes*, Tome XI (partie premier), Paris, Les Belles Lettres, 1992, pag. XCV.

ritto, che fanno parte di un dominio tecnico. Si possono solamente ricollocare, limitarle, espanderle – è il lavoro di un riformatore; o farle oggetto di riflessione, derivare l'intelligibilità del loro insieme – è il lavoro di un giurista. I due ruoli non sono incompatibili, non lo sono in Platone, le cui innovazioni prolungano spesso la riflessione scaturita dal dato positivo; una delle curiosità delle *Leggi*, sono le numerose anticipazioni rilevabili. La riflessione propriamente giuridica risulta essere allora il dato essenziale: questa giunge a costituire dei sistemi di nozioni chiare e distinte dove i greci non avevano mai avuto occasione di oltrepassare un livello di vago empirismo. Nelle *Leggi* c'è una teoria del giudizio, della successione, dell'obbligazione contrattuale, della responsabilità penale, ecc.»⁷⁸

Se l'immaginazione sociologica è in grado di prospettare indagini utili al rispettivo costituirsi dei soggetti sociali e della loro realtà, la sociologia giuridica gernetiana vuole contribuire a fornire gli strumenti per chiarire un momento decisivo della strutturazione di forme sempre mutevoli che non cessano di costituire il tessuto connettivo della nostra esistenza, e che nel diritto hanno trovato sempre modo di affermarsi e affinarsi. Gernet non vuole ripetere la tesi filosofica, forse banale, secondo la quale i concetti di volontà, quello di responsabilità e quello di verità siano originati in Grecia antica, ma semplicemente indicare quanto abbia contribuito l'esperienza giuridica greca a preparare al diritto, soprattutto romano, il suo specifico campo d'azione.

⁷⁸ *IVI*, pag. CCV-CCVI.

Louis Gernet

SULLA NOZIONE DI GIUDIZIO
IN DIRITTO GRECO*

L'azione giudiziaria nel diritto greco, è uno di quei temi assai poco frequentati sino ad oggi. Che cos'è una *δικη*¹? Considererò solamente qualche aspet-

* Si è preferito mantenere anche nella traduzione le abbreviazioni di Gernet, riportando in forma estesa soltanto i nomi degli autori classici. "Droit" è stato reso in un caso con "sistema giuridico" e in un altro con "esperienza giuridica" ritenendoli maggiormente adatti alla fruizione del testo, nei due casi si è mantenuto "droit" tra parentesi quadre. I caratteri greci sono stati mantenuti nella resa di singole parole per il loro rilevante valore simbolico, per il resto si è scelta la forma traslitterata senza indicazione della quantità delle vocali [N.d.T.].

¹ J. PARTSCH, *Griech. Bürgerschaftsrecht*, p. 195, osserva che la questione non è stata chiarita. J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht u. Rechtsverfahren*, p. 816 e seg., riproduce alcune indicazioni di Partsch, ma non ne soddisfa punto il desideratum. E. WEISS, *Griech. Privatrecht auf rechtsvergl. Grundlage*, 1923, nel primo tomo, il solo apparso, non tratta in particolare del giudizio. L'opera degli autori R.J. BONNER e G. SMITH, *The administration of justice from Homer to Aristotle*, 1930, ha ad oggetto soprattutto una storia del diritto esterna. Diversi problemi specifici relativi al giudizio sono stati studiati da U. E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, 1933. Nello stesso senso sarebbero da menzionare i lavori di G.M. CALHOUN in "Class. Phil.", 1918-19. Le più pertinenti indicazioni, che toccano al fondo della questione, sono quelle che ha

to del problema; mi atterro soprattutto al compito di definire la portata del giudizio nell'ambito del diritto privato. Tuttavia è una questione che inevitabilmente investe numerose altre. Innanzitutto la stessa nozione di diritto vi si trova implicata. Se infatti, nell'ambito del giudiziario, i più antichi impieghi del termine δίκη sono in rapporto con la sentenza, se quindi è l'idea della sentenza ad essere il nocciolo di tutte le nozioni giudiziarie che la parola esprime – come processo, procedura, riparazione, ovvero penalità² – nella δίκη, e nelle parole della sua stessa famiglia, troviamo al contempo l'espressione per eccellenza delle idee di diritto e di giustizia³. Su queste non mi soffermerò che in rapporto al mio oggetto di studio. Non tratterò altrettanto direttamente certi problemi giuridici la cui soluzione è implicita nella tesi che porto avanti. Vi saranno delle note: su molti punti sono volontariamente brevi, in questi casi ci si limita o a ricordare risultati che si considerano acquisiti benché non indiscutibili, o a indicare delle posizioni personali benché manchi la possibilità di un'ampia giustificazione. L'essere concisi è una necessità: me ne scuso.

Sarà soprattutto il diritto ateniese a fornirci il materiale della nostra indagine: è il più evoluto, e quindi ci offre la nozione di giudizio maggiormente dischiu-

avuto occasione di fornire A. STEINWENTER, *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch u. Vergleich nach griech. Rechte*, 1925.

² Cfr. R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes*, pp. 57 e seg., 104 e seg.

³ Al loro studio, e in particolare al loro rapporti con il termine δίκη, sono dedicate l'opera di Hirzel citata e quella di V. EHRENBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, 1921.

sa; è il più noto, ed è superfluo ricordare gli esigui mezzi a disposizione per studiarlo. Ma è impossibile comprendere un sistema giuridico [*droit*] altrimenti che attraverso la sua storia: per cominciare dobbiamo quindi dirigere lo sguardo allo stadio più antico dell'istituzione giudiziaria.

I

In questo campo le nostre fonti sono scarse, soprattutto per un'indagine propriamente giuridica; infatti i testi letterari ci forniscono o dei dati negativi, d'altronde capitali, o delle indicazioni discontinue che si sottraggono all'interpretazione se non sufficientemente storicizzate e messe adeguatamente in rapto con i più antichi monumenti del diritto⁴. Questi ul-

⁴ Né i testi letterari più antichi, né lo studio semantico applicato a questi soli testi, né le speculazioni etimologiche possono fornirci dei dati di base. La filologia resta indispensabile, ma isolatamente risulta inefficace su più versanti. Si è cercato e creduto di trovare, nei poemi come quelli omerici, testimonianza diretta e coerente di fatti giuridici concreti. S'è rivelata essere una impasse: prova ne sia la discussione, a lungo portata avanti, vertente sul testo omerico di cui ci occuperemo tra poco. Per quel che riguarda il significato proprio dei termini θέμις e δίκη, risulta evidente che possa concernere il giudizio, ma non se le due parole possano corrispondere o meno a dei concetti distinguibili, né se la distinzione attenga ad antichi stadi, successivi o simultanei, dell'istituzione giudiziaria, né quindi in cosa veramente abbia potuto consistere il loro significato nella storia del diritto. Quanto al concetto di diritto espresso da questi termini le opinioni degli autori sono pletoriche: dopo aver letto Glotz, Hirzel, Ehrenberg, Weiss, per non parlare di J. E. Harrison, un provvisorio silenzio è perdonabile. Anche l'etimologia dell'una e dell'altra parola hanno fatto molto lavorare: ci

timi – la legge di Gortina per prima – sono per noi particolarmente preziosi. Anche se, per ipotesi, i testi legislativi rinvenuti a Gortina non appartengano più alla fase propriamente primitiva, se non in certi punti, e sembrano essere stati sensibilmente superati, tuttavia la nozione di giudizio appare ancora connotata da uno spiccato arcaismo. Combinando queste informazioni si è potuti arrivare a fornire un'immagine definita e coerente.

Ad ogni modo si pone una questione preliminare. In generale si ammette che la forma più arcaica di regolamento giudiziario sia l'arbitrato, prima volontario e successivamente obbligatorio. Ma non si riesce a capire bene come il giudizio abbia potuto venir fuori dall'arbitrato per evoluzione spontanea: H.-J. Wolff è riuscito a fare una critica pertinente a questa opzione teorica⁵. Ad una prima occhiata, già in data molto antica, il giudizio ha un carattere suo proprio, quello di presupporre l'intervento di una certa autorità sociale. Precisamente in quali condizioni? La più antica testimonianza è un passo omerico (Il., XVIII, 497 e seg.), la famosa "scena giudiziaria" dello Scudo di Achille dove si vedono due avversari dei quali uno

capiterà di soffermarci incidentalmente su quella di δίκη. Ma come sempre, quando è in questione un'etimologia, si è giustificati a non assumerla come punto di partenza: è d'altronde una regola che formulano Hirzel ed Ehrenberg; peccato che, questi due, e il secondo in maniera alquanto vigorosa, praticino quel metodo un po' inquietante che consiste nel dedurre una forma definita di istituzione da una presunta origine delle parole.

⁵ *The Origin of judicial Litigation among the Greek*, in "Traditio", V, 1946, pp. 131 e seg.

pretende di aver versato il prezzo del sangue mentre l'altro sostiene di non essere stato pagato. Wolff pareva aver stabilito – lo riporto assai liberamente – che il giudizio può inizialmente esistere solo in funzione di un sistema di esecuzioni private (nei confronti del ladro, dell'assassino, ecc.). Il sistema inizialmente è autosufficiente e la società o lo Stato non si devono immischiare nel suo funzionamento. Tuttavia vi sono determinate situazioni in cui sembra, in qualche modo, bloccarsi: quando ad esempio la parte passibile di esecuzione può formulare un'accusa per la violazione delle norme consuetudinarie nei suoi confronti o per altri fatti della stessa specie che lo mettano fuori causa. Allora si pone pubblicamente la questione di sapere se "il diritto alla vendetta" possa essere esercitato: la funzione del giudizio è di confermare o rifiutare.

A dire il vero permangono dei punti oscuri. Tra il giudizio e l'arbitrato ha potuto esservi un confine fluttuante. Le due istituzioni hanno potuto reagire l'una sull'altra. Ma bisogna tener ferma l'idea di una *auctoritas* del gruppo sociale che si fa riconoscere come potere di decisione nel funzionamento di un sistema al quale si rapporta nei modi di una complementarietà necessaria. Ed è molto importante rimarcare con Wolff, per la piena comprensione del processo più antico, un carattere fondamentale: la sentenza non può avere per oggetto di stabilire il "diritto dell'attore" a ottenere una cosa o una prestazione, ma solo quello di formulare uno stato di fatto per il quale un'esecuzione è autorizzata.

Quanto al processo stesso, possiamo vedere come

si sviluppa a partire da una fase arcaica testimoniata ancora nettamente nelle leggi di Gortina. Il processo è una lotta di un certo tipo: la parola *νείκος* è tra le prime che ne restituisce un'idea⁶, e la parola *ἀγών* rimarrà stabilmente come sua designazione. Il giudice o l'arbitro non è qualificato per intervenire nella lotta: per la dignità impartitagli, e per mezzo della virtù propria del rito giudiziario, egli consacra il risultato dell'*ἀγών* durante il quale ciascuna parte viene lasciata e se stessa, col supporto dei suoi all'occorrenza. Il suo ruolo è quello di segnare i colpi e di constatare il risultato. Le armi degli avversari sono le formule e le prove. Ci sono prove previste dal costume a seconda delle circostanze; in talune d'esse, hanno automaticamente valore decisivo: giuramento della parte⁷, giuramento dei congiurati⁸, testimonianza – dove i testimoni sono testimoni formali, e il loro numero è fissato a seconda dei casi⁹. Se queste prove sono amministrare dove si deve e come si deve, esse assicurano la "vittoria" della parte che le esibisce. *Δικάζειν*, 'giudicare', è dichiarare questa vittoria conformemente alla regola delle pro-

⁶ Il. XVIII, 497; Od. XII, 440; ESODO, *Teog.*, 87 e *Op.*, 30, 35.

⁷ Cfr. di GLOTZ la voce *Jusjurandum*, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dict. des antiquités grecques et romaines*, pag. 763. In Omero, Il. XXIII, 573 e seg., con un uso rilevante del verbo *δικάζω*.

⁸ GLOTZ, *Solidarité de la famille dans le droit criminel*, pp. 288 e seg.; R.M.E. MEISTER, *Eideshelfer im griech. Rechte*. Bonn, 1908.

⁹ Sul carattere siffatto della testimonianza nella legge di Gortina, a torto negato dagli autori delle *Inscriptions Juridique* (I, 443), cfr. J.W. HEADLAM, in "Journ. of hell. Stud.", 1893, pp. 51 e seg.; K. LATTE, *Heiliges Recht*, pp. 28 e seg.

ve¹⁰: come dire che il giudizio risulti meccanicamente dalle prove, il che equivale a dire che la concezione del giudizio è una concezione formalista.

Rimane una concezione formalista in un caso che bisogna nondimeno prevedere: quando non ci sono prove, o quando ci sono prove che si equilibrano da una parte e dall'altra – quanto meno le testimonianze se non anche i giuramenti¹¹. Abbastanza presto il bisogno di una decisione in simili casi ha dovuto essere soddisfatto. È pur vero che non si conosce tale occorrenza al di fuori della legge di Gortina, qui però appare distinta dai casi ordinari con apposita terminologia: se il giudice è chiamato a pronunciarsi autonomamente, e non applicando meccanicamente la regola delle prove, il suo agire è detto *κρίνειν*, e non più *δικάζειν*. Questa forma di giudizio è sempre accompagnata da un giuramento del giudice¹². Non a torto è stato visto in questo passaggio il germe di un progresso¹³; la legge di Gortina, in più, è sembrata voler sviluppare molto la *κρίσις*¹⁴ estendendone il

¹⁰ LATTE, *op. cit.*, pag. 40.

¹¹ Legge di Gortina, I, 13; I, 20; XI, 26; Codice secondo, V, 10. Nei casi in cui la legge di Gortina prevede il giuramento, questo, in conformità col più antico spirito del diritto, è previsto per una sola delle parti.

¹² L'espressione costante è *ὁμνύοντα κρίνειν*, dove le due parole formano un tutt'uno.

¹³ EHRENBURG, *op. cit.*, pp. 98 e seg.

¹⁴ Questa specie di giudizio è previsto nei casi, assai numerosi, dove la parte non è chiamata ad alcuna prova (II, 55; VI, 55; IX, 20) e anche per una divisione ereditaria (V, 44). Invece, nella parte addizionale della legge, la *κρίσις* è estesa a tutti i casi nei quali non vi è una

campo d'applicazione. Ma il disposto normativo di Gortina non ha inventato questa pratica, che bisogna rintracciare in una delle più serie informazioni che si abbiano sull'istituzione giudiziaria nei "tempi eroici": Aristotele, ben informato e sapendo quel che dice, ci fa apprendere che "i re giudicavano i processi tanto senza quanto con il giuramento"¹⁵. Siccome è del tutto improbabile che questa alternativa possa essere stata rimessa all'arbitrio del giudice, non ci sarebbe nulla di male a riconoscere qui la stessa distinzione prevista dalla legge di Gortina, dove il giuramento del giudice è precisamente il segno differenziale della κρισις. Si pone quindi la questione di sapere quale sia la virtù di questo giuramento nell'antica istituzione.

Ma prima, quale n'è la natura? Se ne discute: alcuni parteggiano per un giuramento promissorio, gl'altri per uno assertorio¹⁶. Ci si può chiedere se non

disposizione espressa che la escluda (XI, 26).

¹⁵ *Pol.*, III, 1285 b 11: ... *tas dixas ekrinon; touto d'epoioun oi men ouk omnuontes, oi d'omnuontes...* la lettera del testo non deve lasciar credere che ci siano state due categorie di re, ciascuna che giudicava a suo modo (GLOTZ, *ivi.*). Sul giuramento dei giudici di Tespie secondo Esiodo, cfr. LATTE, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶ La concezione secondo la quale il giudice con questo tipo di giuramento si impegna a pronunciarsi secondo la verità e la giustizia è la prima che ha potuto emergere nello spirito dei moderni: è ancora quella fatta propria dagli editori delle *Inscriptions juridiques* (I, 435, n.2: "le juge... statue en quelque sorte comme juré"). Ma si è segnalata, viceversa, una disposizione della legge di Gortina dove il giudice condanna affermando sotto giuramento la verità di un fatto (III, 16; cfr. E. ZIEBARTH, *De iureiurando in iure greco quaestiones*, pag. 35). Se n'è dedotto che il giuramento che accompagna la κρισις è un giuramento assertorio (teoria questa sviluppata dal LATTE, *op. cit.*, pag. 41).

vi sia un inopportuno intellettualismo nei termini stessi nei quali la questione vien posta. Ad ogni modo qui non abbiamo a che fare con la formalità professionale cui adempie una giuria ordinaria. Il fatto che bisogna rilevare è quello di un giuramento prestato dal giudice nel momento stesso della pronuncia¹⁷, in un rapporto preciso con la questione che divide le parti o con questioni decisorie; giuramento che è condizione necessaria e sufficiente della validità del giudizio nelle ipotesi previste. Non si tratta affatto quindi di una garanzia astratta di giustizia imparziale come

Questa conclusione è stata criticata (EHRENBERG, *op. cit.*, pp. 100 e seg.; cfr. STEINWENTER, *op. cit.*, pp. 47 e seg.): si dà per valido, da una parte, che nel caso in cui il giuramento può essere interpretato come assertorio non si è in presenza di una κρισις, dall'altra, che l'idea di un giuramento assertorio in certi casi di κρισις (V, 44) non abbia alcun senso. A ciò si può obiettare dicendo che vi sono altri casi, i più numerosi, dove la nozione di giuramento promissorio non compare assolutamente. Ma è proprio necessario che si qualifichi con l'una o l'altra nozione il giuramento più antico? Il giuramento è essenzialmente una procedura di coinvolgimento della persona: il rito manuale vi appare come l'elemento costitutivo nel giudizio dei re così come riportato da Aristotele, *ivi.* (*o d'horkos en tou skeptrou epanatasis*).

¹⁷ È una conclusione che bisogna desumere non soltanto dallo stesso modo di esprimersi della legge (v. nota n.12), ma dai casi specifici in cui viene adoperato. Conviene aggiungere che la pratica del giuramento appena prima della sentenza ha potuto persistere a lungo ai margini della giustizia ufficiale (Platone la prevede anche per i giudici della città ideale: *Leggi*, XI, 948 E): per gli arbitri privati, è previsto regolarmente nel caso in cui questi sono chiamati a giudicare; c'è motivo di credere che abbia potuto essere lo stesso per il giuramento degli arbitri pubblici, con buona pace di Lipsius, *op. cit.*, pag. 228; cfr. GERNET, *L'institution des arbitres publics a Athènes*, in *Droit e société dans la Grèce ancienne*, Recueil Sirey, 1955, pp. 107 e seg.

quella fornita dai giurati al momento dell'entrata in funzione o quantomeno dell'apertura del processo¹⁸. A dire il vero, il giuramento del giudice, qui, non è affatto diverso dal giuramento della parte¹⁹; si può dire che, nel sistema formalista, conformemente allo spirito dell'*ἀγών*, le prove, e soprattutto la prova del giuramento, sono indirizzate all'avversario: sono fatte per costringere e "convincere"²⁰. Dove il giuramento del giudice si rende necessario la sua funzione non cambia: se è una garanzia lo è nei confronti della parte "vinta", nel senso per cui i riti di giuramento coinvolgono la persona di colui che giura²¹.

Il caso speciale è stato così ricompreso in quello generale, come possiamo interpretare questo? Di cosa decide, in definitiva, il giudizio? Non decide propriamente parlando del diritto di una delle parti. Il proces-

¹⁸ In epoca classica, dove abbiamo a che fare con un giuramento professionale, il primo è quello degli eliaisti ateniesi (LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 151); il secondo è quello in cui il tribunale viene costituito per una specifica questione, per esempio nel giudizio di Cnido (*Inscr. jurid.*, I, pag. 159)

¹⁹ La legge di Gortina consente un ravvicinamento caratteristico tra il giuramento del giudice e quello della parte nelle situazioni di cui a IX, 37, dove la validità della sentenza del giudice è condizionata al giuramento prestato dal vincitore e dai suoi testimoni.

²⁰ LATTE, *op. cit.*, pp. 10 e seg.

²¹ Bisogna qui ricordare, con Latte, il valore del giuramento, che consiste per colui che lo presta "die eigene Existenz und die Fortdauer des Geschlechtes für sein Recht einzusetzen"; quanto al giuramento del giudice in particolare, *ivi*, pag. 44. È questo valore del giuramento a spiegare come, dal punto di vista dei diritti antichi come del diritto germanico, il giuramento possa equivalere, nei rapporti tra le parti, a una vera e propria *satisfaction*.

so più antico, con il suo sistema di prove formaliste, è un processo per delitti: giudicare è dichiarare che una composizione è dovuta o non è dovuta; secondo la legge di Gortina anche se il giudizio afferma la necessità di una restituzione questa necessità si risolve, alla fine, nei confronti della giustizia, in una obbligazione di indennità o di costrizione²². La dichiarazione nella quale la sentenza consiste può anche essere indiretta: ancora nella legge di Gortina è giudizio tipico quello che statuisce, a carico di una delle parti, l'obbligo di prestare un giuramento decisorio²³.

Un giudizio è una decisione formulata da un terzo conformemente alle regole di un combattimento ritualizzato. Ciò che ne rivela il carattere è il fatto che dell'esecuzione della sentenza se ne occupa il vincitore al quale il giudizio assicura solamente un titolo privilegiato per la presa di possesso individuale.

II

Ci sono state delle profonde trasformazioni: dal-

²² Legge di Gortina, I, 24. Nel trattato tra Caleo e Eantea (MICHEL, *Rec. d'inscr. gr.*, n° 3, A, pag. 5 e seg.), è espressamente questione soltanto di indennità che costringe per una presa di possesso illegittima.

²³ Legge di Gortina, III, 7; IX, 38; IX, 54; XI, 47; in un testo posteriore, KOHLER-ZIEBARTH, *Stadtrecht von Gortyn*, pag. 34, n. 3. - Normalmente si tratta di un giuramento liberatorio, prestato dal convenuto; ma abbiamo segnalato il caso di IX, 37, dove il giudice accorda, per mezzo del suo stesso giuramento, una domanda a condizione che venga confermata dal giuramento del vincitore; meno che mai qui il giudizio decide di per sé del diritto della parte.

la concezione più antica a quella che ci offre il diritto ateniese dell'epoca classica la distanza è enorme. Se vogliamo definire sommariamente il *milieu* nuovo dove si colloca il giudizio dobbiamo definirlo in base a tre caratteristiche.

Innanzitutto l'amministrazione della giustizia è considerata essere come uno dei volti della sovranità²⁴. Ciò non significa solo che sia il ricorso alla giustizia che l'effetto obbligatorio del giudizio non dipendono più dal consenso delle parti; ma anche che, nel regime coevo alle leggi di Gortina, che è lo stesso dell'Atene presoloniana, sono già presenti giurisdizioni necessarie che sono giurisdizioni di Stato. Non è certo la circostanza che la giustizia sia un servizio di Stato a caratterizzare in maniera particolare l'Atene classica; piuttosto il fatto che, conseguentemente all'instaurarsi della 'democrazia', la giustizia viene amministrata in maniera ordinaria da un corpo di giudici nel quale si incarna la potenza popolare, poiché non è altro che il corpo civico stesso in uno dei suoi aspetti²⁵.

Il potere che questi giudici hanno di effettuare apprezzamenti non è limitato ai casi nei quali le prove tradizionali fanno difetto o si neutralizzano. Non è più neanche subordinato all'impiego di una procedura religiosa – il giuramento – che introduce l'intervento del giudice collocandolo sullo stesso piano

²⁴ Ricordiamo in proposito le formule di Aristotele secondo cui il δικάζειν è un elemento necessario del potere "politico" (cfr. PAOLI, *Studi sul processo attico*, pp. 227 e seg.).

²⁵ Questo punto è sottolineato con forza da BONNER-SMITH, *op. cit.*, pag. 154 e seg.; cfr. STEINWENTER, *op. cit.*, pp. 81 e seg.

delle parti. Il giudizio non risulta più necessariamente dalle prove fornite in giustizia sotto le condizioni fissate dal costume: non ci sono più prove decisorie²⁶, e il formalismo è scomparso. La sofistica giudiziaria, che fonda una tradizione, quella della trattazione delle cause in giudizio, è essenzialmente l'arte di inventare e di sfruttare le "verosimiglianze" che per definizione sono ben altro rispetto alle prove in senso primitivo, sono i "mezzi di persuasione tecnica" utilizzabili contro le prove o in loro difetto²⁷. In correlazione con questi fatti si osserva un arretramento delle prove del genere ordalia – giuramento e 'provocazione' – la cui eccellenza teorica però è ancora materia di luoghi comuni, anche se praticamente non vengono più utilizzate davanti ai tribunali, almeno in materia privatistica²⁸. Il giudice deve giudicare secondo la sua

²⁶ Sui cambiamenti subiti dalla pratica stessa del giuramento vedi LATTE, *op. cit.*, pag. 19. – Se vi sono dei casi nei quali il rifiuto di giurare in risposta ad una provocazione (πρόκλησις) dell'avversario è considerato una confessione e nei quali, invece, la prestazione del giuramento deferito o accettato vale come prova decisiva (LIPSTUS, *op. cit.*, pag. 897), questi sono casi di arbitraggio; e nella procedura stessa (ARISTOTELE, *Costituzione degli ateniesi*, 53, 2) non troviamo affatto che il giudizio dei tribunali possa dipendere dal valore obbligatorio di prove privilegiate. Cfr. ARISTOTELE, *Ret.*, I, 1376 b 39.

²⁷ Sulle rispettive funzioni degli *atechnoi* e degli *entechnoi pisteis* e sui loro rapporti con l'arte nascente dell'arringa in giudizio c'è uno studio penetrante di FR. SOLMENS, *Antiphonstudien* (Neue Philol. Stud., VIII).

²⁸ I discorsi giudiziari contengono un numero rilevante di allusioni al giuramento e alla tortura, più esattamente alla "provocation" all'uno o all'altra. Per la pratica collettiva del primo vedi *supra* nota 26, quanto alla seconda, non si conosce neanche un caso in cui essa sia

coscienza²⁹. Non è più sottomesso al determinismo della prova. La sua libertà, che nella legge di Gortina appare ancora occasionale e condizionale, è l'essenza della sua funzione.

Il giudizio dev'essere conforme alla legge: la giuria ateniese presta giuramento di rispettarla; ma una teoria confessata e quasi ufficiale torna a fare della legge un principio maggiormente regolatore che costitutivo. Gli arresti compiuti dal potere giudiziario, un'emanazione della sovranità, non sono suscettibili d'appello o di cassazione. Infatti i giudici interpretano la legge, ciò dimostra come, nelle condizioni meno favorevoli al costituirsi di una giurisprudenza, una certa

stata effettivamente praticata (cfr. W. WYSE, *The speech of Isaeus*, pag. 598). Ed è il caso di sottolineare in questa sede che a termini di legge, la domanda non poteva essere amministrata al cospetto del tribunale (DEMOSTENE, XLV, 16). — Del resto, in questo caso, è agevole riconoscere come il diritto ateniese abbia potuto essere più avanzato rispetto alle altre esperienze contemporanee: l'avvocato del Leno d'Erode, II, 87 e seg., farebbe concludere che, nel diritto di Cos intorno al III sec., la tortura poteva essere praticata in presenza dei giudici (ma può anche trattarsi di un procedimento solamente retorico); d'altro canto il passaggio succitato di Aristotele implica che i risultati della faccenda fossero invocati assai spesso nei dibattiti giudiziari.

²⁹ Giudizio di Cnida, *Inscr. Jur. Gr.*, X, A, 1.5: *kata gnoman tan dikaiotatan*, il giudice presta giuramento di non giudicare invariabilmente secondo la dichiarazione dei testimoni, ciò è rivelatore di uno stadio antico e insieme del suo successivo sviluppo; la legge di Caronda, se è quella che troviamo riportata da Erodoto (II, 84-85), non arriva ancora così lontano: riconosce soltanto un diritto di libero apprezzamento (*gnome(i) dikai(i) ten krisis diaitate*) nel caso in cui non vi siano testimoni — cioè lo stesso stadio di sviluppo della legge di Gortina.

giurisprudenza si dovesse pur costituire³⁰. La legge non dev'essere applicata brutalmente in tutti i casi: l'equità si fa posto nel giudizio³¹. La nozione di diritto scritto non domina la giustizia ateniese. Quella della sufficienza della legge gli è del tutto estranea. È inteso che la legge è lungi dal regolare tutto³²: un articolo del "giuramento elastico" prevede il caso del suo silenzio; i giudici devono allora giudicare nella loro anima e nella loro coscienza³³. Da quanto detto segue che non v'è una distinzione assoluta tra il legislativo e

³⁰ Questa è questione che rimane certamente oscura; tuttavia non ci sono dubbi sul fatto che certi principi del diritto si siano costituiti attraverso una serie di giudizi: vorrei indicare un solo istruttivo esempio, quello della validità riconosciuta, dall'epoca di Aristofane, all'adozione testamentaria non prevista dalla legge (cfr. R.E.G., 1920, pp. 254 e seg.). — Sulla questione generale si veda P. VINOGRADOFF, *Outlines of historical jurisprudence*, pp. 78 e seg.

³¹ VINOGRADOFF, *op. cit.*, pp. 63 e seg. — Aristotele tratta dell'equità (*ἐπιείκεια*) sotto diversi aspetti: viene contrapposta al diritto in senso stretto in un giudizio arbitrale di conciliazione (*Ret.*, I, 1374 b, 19 e seg.; per l'interpretazione si rimanda a STEINWENTER, *op. cit.*, pp. 106 e seg.); ma, per il resto, si vede come la nozione di diritto in senso stretto sia una nozione limite o una nozione astratta e come il giudizio sia in realtà una sintesi (*ibidem*, 1374 a 25; *Et. Nic.*, V, 1137 a 31 e seg.)

³² Una certa tradizione relativa all'opera legislativa di Solone è molto caratteristica (ARISTOTELE, *Cost. Aten.*, IX, 2; *Pol.*, II, 1274 a).

³³ DEMOSTENE, XXXIX, 40 (cfr. LVII, 63) permette la restituzione dell'articolo: *peri on d'an nomoi me osi*, (*psephioumai*) *gnome(i) te(i) dikaiotate(i)*. Il giuramento dei giudici di Ereso (*Inscr. Jurid. Gr.*, II, n° XXVII, 166, c. 1.15 e seg.) è concepito allo stesso modo. Si osserverà che la formula *gnome(i) te(i) dikaiotate(i)* è la stessa che esprime la libertà di apprezzamento del giudice relativamente alle prove fornite in giustizia (*supra* n. 29).

il giudiziario³⁴.

È superfluo aggiungere che i tre caratteri ricordati sono congiunti. Abbiamo a che fare con dei tribunali dei quali non è sufficiente dire quanto rappresentassero la città, infatti coincidono con la città stessa, amministrano la giustizia secondo il sentimento che questa ha del diritto. Del diritto fa naturalmente parte la legge, ma una legge che non si giustifica perché è legge, ma perché è giusta. La nozione fondamentale è quella del δίκαιον, direttamente accessibile alle coscienze³⁵.

Ricerca le condizioni storiche nelle quali questa nozione di diritto si è costituita non è l'obiettivo nostro. Non v'è regime giudiziario dove manchi una certa idea di giusto. La stessa parola δίκη che, secondo l'etimologia, sembra significare la sentenza³⁶, non

³⁴ Per la nozione dei principi giuridici funzionali al giudizio cfr. ISOCRATE, XXI, 18; LICURGO, 8; DEMOSTENE XXI, 30, XXIV, 118; ESCHINE, I, 36.

³⁵ Si possono trovare a tale proposito interessanti prospettive in PAOLI, *Studi sul processo attico*, II, in particolare pp. 33 e seg.

³⁶ Lo si può affermare anche senza prendere partito tra la spiegazione generalmente accettata, quella che collega δίκη alla radice di δεικνυμι (e di dico) e che è stata a più riprese sostenuta con vigore da Meillet - e quella che ha proposto HIRZEL (*op. cit.*, pp. 94 e seg.) seguita da EHRENBERG (*op. cit.*, pp. 70 e seg.): secondo questi ultimi δίκη sarebbe un nome verbale di δικεῖν ('lanciare', ma anche 'tendere'); si applicherebbe ad un gesto del giudice, al fatto di lanciare o tendere il proprio scettro per separare i contendenti. Questa ipotesi sul rituale giudiziario potrebbe essere in sé molto plausibile, ma avrebbe bisogno di trovare sostegno su ben altro che una semplice deduzione filologica; è curioso di come non si sia tenuto conto della indicazione di Aristotele (*supra* n. 16) che ci parla, a proposito dei giudizi emanati dai re, di *epanatisis tou skeptrou* (cfr. SERVIO, *ad En.*, VII, 187). Del

smette tuttavia di implicare, anche nei testi più antichi, l'idea di un ordine normale dell'umanità che la sentenza rispetta o consacra. Ora questa idea è passata in primo piano; o, più precisamente, la nozione di giusto, latente nelle antiche pratiche giudiziarie, si afferma di per sé, suscitando da subito una feconda antinomia interna al concetto della δίκη³⁷. Antinomia che è indice di quella stessa crisi sociale dalla quale la città prende forma³⁸. La rivendicazione della giustizia, ad opera delle classi inferiori liberate dalla riforma soloniana, è stata per un nuovo gruppo sociale il segno del suo spirito: tra gli "antropomorfismi" attraverso i quali il pensiero metafisico si costituisce non v'è nozione etica che abbia avuto altrettanta importanza quanto quella del δίκαιον³⁹.

Uno degli aspetti del processo di rivoluzione è il mutamento subito dall'istituzione giudiziaria. Da un lato diviene cosa di tutti, dall'altro comincia ad applicarsi ad una pluralità di situazioni la cui estensione le conferisce, nell'ordinamento della πόλις, un carattere di universalità. Il principio che permette di 'appellar-

resto, credo che si sia scartata abbastanza disinvoltamente l'etimologia tradizionale, contro la quale è stato presentato un argomento linguistico strano (HIRZEL, *op. cit.*, pag. 60, n. 5); quanto alle ragioni di fondo portate da Ehrenberg danno un po' la sensazione di petizioni di principio.

³⁷ ESiodo, *Opere e giorni*, 219 e seg., 225 e seg., 270 e seg.

³⁸ Riassumiamo così in una parola l'interpretazione molto penetrante di EHRENBERG (*op. cit.*, in particolare pp. 65 e seg., 83 e seg.).

³⁹ A questo proposito troveremo ancora indicazioni le più pertinenti in EHRENBERG, *op. cit.*, pp. 88 e seg.

si⁴⁰ alla giustizia dei tribunali vale per tutti gli ambiti che erano stati quelli di un diritto essenzialmente coercitivo, il diritto penale pubblico⁴¹. Vale anche, all'estremità opposta del diritto, per le materie concernenti l'organizzazione e la moralità familiare dove smettono di funzionare, dopo Solone, i dispositivi di un'autonomia domestica o gentilizia.

III

La giustizia è tra le istituzioni quella più conservatrice: per quanto elastico sia il gioco dell'istituzione ateniese, essa, come altrove, serve a sancire l'ordine costituito una volta che la società ha ritrovato il suo equilibrio; per quanto libero fu, comparativamente, il giudizio dei tribunali ateniesi, non si può far credere, come certi antichi e certi moderni hanno cercato di fare, che capovolgesse a piacimento le situazioni acquisite. L'elasticità e la libertà ci sono, ma non si arriva

⁴⁰ Solone ha reso possibile rivolgersi ai tribunali popolari in quei casi in cui non si accetti la decisione del magistrato, giudice unico nel regime anteriore: è ciò che viene chiamata *ἔφεσις* (ARISTOTELE, *Cost. Aten.*, IX, 1), termine che si traduce correntemente, ma senza alcun dubbio in maniera inesatta (STEINWENTER, *op. cit.*, pp. 68 e seg.; H. HOMMEL, *Heliaia*, in "Supplementb.", XIX/2, 49) con 'appello'. Sull'evoluzione che ha trasformato il ruolo del magistrato in quello di un semplice intermediario si veda BONNER-SMITH, *op. cit.*, pp. 195 e seg.

⁴¹ Il fatto importante, qui, è che le procedure di denuncia o d'arresto sommario (*eisanghelia*, *endeixis*, *phasis*, *apagoghe*) hanno dato luogo, conservando ciascuna il proprio nome, a delle vere e proprie procedure introduttive per l'azione sottomessa alla tipologia e al ritualismo della *δική*.

a tali esiti. Piuttosto la questione che si pone è quella di sapere cosa sia diventata la nozione fondamentale di giudizio trasposta nel contesto della città classica. Si può riconoscere come, nonostante le trasformazioni del diritto, la nozione del giudizio resti ancora segnata, sotto certi aspetti, dalla concezione primitiva; si può riconoscere come, allo stesso modo, il nuovo contesto non abbia affatto favorito, nel funzionamento della giustizia, lo sviluppo di un'idea di diritto a noi familiare.

Il giudizio è il momento terminale e la ragion d'essere di una serie di riti giudiziari: la parola *δική* si applica al processo tutt'intero. Designa uno schema temporale la cui fine è espressamente marcata: *ἡ δίκη τελείσθω*, dice il trattato tra Pellana e Delfi⁴², una volta che i dibattimenti siano chiusi, e che non vi sia altro da fare che concludere con una sentenza la cui idea è anticipata da un intento eminentemente pratico. Questa formula si avvicina ad altre nelle quali la *δική* è qualificata *τέλος ἔχουσα*, o al contrario *ἀτελής*⁴³. *Τέλος* significa due cose qui inseparabili. Significa una fine, e un fine efficace. Un nodo dev'essere allora tagliato: il dibattito giudiziario, che è sempre

⁴² I A, l. 11-12; alla lettera, "che il processo sia concluso".

⁴³ MICHEL, *Recueil*, n° 698, l. 20 (regolamento del tempio di Anfaraio, a proposito delle liti che chiamano in gioco il sacerdote; I.G., XII, 7, n° 67, l. 48, 64, 72 (*dike telos echousa*, a proposito di un contratto esecutorio ad Arkesina); ARISTOTELE, *Cost. Aten.*, LIII, 2 (*echei telos e dike*, se la sentenza dell'arbitro è accettata; cfr. III, 5 e LIII, 1, *αὐτοτελείς*, applicato ai magistrati che esercitano funzioni di giudici). Cfr. B. HAUSSOULIER, *Traité entre Delphes et Pellana*, pag. 15; STEINWENTER, *op. cit.*, pag. 163; MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, pag. 408.

un *ἀγών* – infatti fino alla sentenza il giudice vi assiste passivamente – ha costitutivamente una conclusione che mette sempre fine ad un *νεῖκος*⁴⁴ dal quale la città resta immune. Il giudizio non coinvolge direttamente il potere dello Stato, che non si occupa della sua esecuzione⁴⁵: si limita a consacrare una facoltà individuale di esecuzione. La consacra rinforzandola: se lo sconfitto gli resiste sarà perseguito da una *δίκη ἐξούλης* che lo espone sia alla dovuta riparazione privata, sia al pagamento di una riparazione uguale che la città percepirà con i propri mezzi⁴⁶; tuttavia era necessario ancora che il vincitore avesse cominciato l'esecuzione. È in ciò che consiste la forza esecutoria del giudizio: l'aggettivo *κύριος*, che la designa, si applica in principio agli individui che dispongono di una forza legittima, ma personale. Da questo punto di vista la nozione di giudizio continua ad obbedire ad uno spirito antico. La realtà giuridica del processo stesso è celata dall'idea della lotta, dove l'amministrazione della prova dipende interamente da ciascuna delle parti⁴⁷, dove il tribu-

⁴⁴ È vero che il tribunale (e non, probabilmente, il solo magistrato: LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 581), con un atto denominato *epidikasie*, può essere chiamato a pronunciare un'attribuzione giudiziaria di una successione qualora non vi sia opposizione alla domanda (ISEO, III, 43); ma non si capisce come in quel caso possa conoscere il fondamento della questione, né tanto meno chi ne abbia i mezzi.

⁴⁵ Intendiamo che non vi sia neanche, tecnicamente, una *actio iudicati*; torneremo su questo punto.

⁴⁶ Creazione di Solone: scolio a *Iliade*, XXII, 282; nel Pap. de Genève, éd. Nicole, I, 202; Oxyrh. Pap., II, 70. Cfr. DARESTE, in "Rev. de Philol.", 1891, pag. 97.

⁴⁷ Al punto tale che alla parte avversaria non è consentito discutere

nale non dispone di mezzi propri di critica o d'investigazione⁴⁸, dove non v'è istruzione di procedimento che da parte degli avversari: infatti le leggi fanno parte delle prove, e il giudice ne prende conoscenza solo se vengono invocate (*iura non nouit curia*)⁴⁹.

Il giudizio, in senso primitivo, non riguarda il passato⁵⁰; e non riguarda l'avvenire se non nella misura in cui ad una sentenza d'arbitrato fa seguito una pace giurata⁵¹. Lo schema della *δίκη* suggerisce che il giudizio nell'epoca classica, a suo modo, è orientato

una testimonianza interrogando personalmente il testimone: sbagliano gli editori delle *Inscr. Jurid.*, (I, 175) quando hanno creduto di vedere nel giudizio di Cnida, l. 44 e seg., una procedura di *cross-examination*: cfr. E. LEISI, *Der Zeuge im att. Rechte*, pp. 86 e seg. Ancor meno, una tale procedura, è in questione nel diritto ateniese.

⁴⁸ I giudici (che, nel IV secolo, vengono designati al momento stesso in cui il processo sta per svolgersi) non conoscono nulla dell'affare in questione prima dei dibattimenti; e, nel corso di questi, il loro intervento, problematico nonostante le allusioni ad effetto oratorio di alcune arringhe, sarà stato con ogni probabilità minimo: non sembra affatto, ad esempio, che abbiano potuto procedere ad una critica delle testimonianze. Del resto la limitazione del tempo dei dibattimenti, da una parte, e, dall'altra, l'assenza di una vera fase istruttoria (LEISI, *op. cit.*, pag. 83; BONNER-SMITH, *op. cit.*, pp. 290 e seg.) i cui risultati sarebbero loro trasmessi, condannano comunque i giudici, prima della sentenza, ad un ruolo meramente passivo.

⁴⁹ Su questo punto essenziale vedi PAOLI, *Studi sul processo attico*, pp. 64 e seg.

⁵⁰ Vi sono motivi per pensare che, nelle antiche procedure, le affermazioni di diritto attraverso le quali si intraprende l'azione sono essenzialmente in rapporto ad uno stato presente: H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, pp. 96 e seg., e in particolare le pp. 107 e 109.

⁵¹ STEINWENTER, *op. cit.*, pag. 13.

esso pure solo verso il presente⁵²: non avendo riguardo che all'opposizione tra due avversari nell'ambito di un'ipotesi definita, sembra avere un valore tutto relativo, senza consacrare direttamente un diritto anteriore e sostanziale, col quale la parola *δικη* non ha rapporti⁵³. Conviene allora serrare la questione.

Ci sono due specie di *δικαι* nel diritto privato: la prima, la cui unitarietà richiede qualche precisazione, è quella delle *δικαι* in senso ristretto; l'altra è quella delle *διαδικασίαι*. Cominciamo da questa. Saremo brevi, infatti è stata oggetto di uno studio già vecchio, ma che si può ritenere, per ciò che v'è d'essenziale, definitivo⁵⁴.

La *diadikasia* è un dibattimento giudiziario⁵⁵ nel quale, secondo una formula corrente, "un diritto o un'obbligazione sono contestati tra due o più parti". Lo diremo, per non pregiudicare o sopravanzare i dati immediati, un dibattimento dove due o più parti pretendono ugualmente di ottenere una cosa o di

⁵² Non sappiamo come funzionava, nel V secolo, il principio della cosa passata in giudicato che, da certi indizi, sembra aver avuto portata ristretta. Nel IV secolo questo principio dà luogo ad un'eccezione a proposito della quale lo troviamo formulato nella legge — piuttosto tardi, e senza che abbia ancora funzionato in tutta la sua estensione (cfr. L. GERNET, "Rev. de philol.", 1931, pag. 316).

⁵³ Per l'opposizione, in quest'ottica, delle parole *δικη* e *ius*, cfr. HIRZEL, *op. cit.*, pp. 127 e seg.

⁵⁴ G.A. LEIST, *Der attische Eigentumsstreit im Syst. der Diadikasiaen*, 1886.

⁵⁵ Questo termine, allo stesso modo di *δικη*, si applica di per sé alla decisione giudiziaria, ma, come quello, si estende all'intero processo.

non essere sottomessi a un dovere. Nel diritto privato, questa forma di processo ci è nota soprattutto per ciò che si chiama la petizione d'eredità. Un erede diverso rispetto al *suus* (cioè al discendente in linea maschile o istituito tramite adozione tra vivi) non può impossessarsi di una successione di sua iniziativa, è tenuto a richiederne la "aggiudicazione" (*epidikasia*) al magistrato, che la fa pronunciare dal tribunale⁵⁶; se vi sono più pretendenti, si dà luogo ad una *diadikasia* tra di loro; allo stesso modo si procede nel caso vi sia una successione precedentemente assegnata che sia oggetto di una nuova pretesa.

Ciò che è proprio alla *diadikasia* è il fatto di non comportare né attore né convenuto. La parti sono disposte sullo stesso piano. Nessuno dei pretendenti è avvantaggiato *a priori*. Lo stesso possesso — che, in maniera generale, non viene trattato come un diritto a parte — non produce effetti sulla situazione degli avversari: non conferisce a chi ne beneficia il ruolo di convenuto. Lo si vede bene nel caso, tra l'altro frequente, che abbiamo già segnalato: quello nel quale la successione sia già stata assegnata. È vero che in questo caso la nuova rivendicazione dovrà essere prodotta nelle forme di una citazione indirizzata al detentore⁵⁷, ma quest'ultimo sarà trattato come il suo avversario, né più né meno. Ciò significa che il processo ha tutt'altra forma rispetto all'azione petitoria del diritto romano. Le due parti dovranno giustificare la loro richiesta l'una nei confronti

⁵⁶ Cfr. *supra* n. 44.

⁵⁷ DEMOSTENE, XLIII, 16.

dell'altra. I giudici non possono non pronunciarsi: dichiareranno che la richiesta di una delle parti è *preferibile* a quella dell'altra; è in ciò che consiste esattamente il giudizio di *diadikasia*⁵⁸.

In ragione di questa relatività gli interessati hanno la possibilità di rimettere in questione la cosa giudicata durante un lasso di tempo che può essere considerevole (infatti la prescrizione estintiva presenta qui una modalità molto particolare)⁵⁹. Si conoscono dei casi nei quali la stessa successione sia stata più volte discussa in giudizio. Non soltanto il giudizio non è in grado di produrre i suoi effetti nei confronti dei terzi, sicché un attore che non è stato parte di un precedente giudizio può rivendicare l'avvenuta aggiudicazione, ma la parte decaduta può presentare una nuova domanda eccependo nuovi titoli; e, ancor di più, se mediante una procedura che avremo modo di vedere, un preteso erede si oppone ad una domanda di attribuzione giudiziale, e, nel caso in cui questa opposizione venga scartata nel corso del processo, è ugualmente libero d'intentare l'azione diretta su nuove spese⁶⁰. Tutto

⁵⁸ LEIST, *op. cit.*, pp. 41 e seg.; MITTEIS, *op. cit.*, pp. 501 e seg.

⁵⁹ Il termine temporale è di cinque anni *dopo la morte dell'erede al quale la successione è stata assegnata*: ISEO, VIII, 58. Esempio di petizione di eredità di fronte ad un erede che ha posseduto durante un periodo di tempo di ventidue anni: ISEO, V, 7; 35.

⁶⁰ ISEÒ, VI, 52: il patrocinate rinfaccia ai suoi avversari di essere ricorsi alla procedura per poter, in caso di sconfitta, ricominciare il processo sul medesimo oggetto; cfr. LEIST, *op. cit.*, pag. 32. — In altro ambito, processo ricominciato, per lo stesso oggetto e sotto il medesimo titolo, dopo una *upomosia* respinta dai giudici: DEMOSTENE, XLVIII, 29 (cfr. RÜGER, *Proleg. de Demosthen. or. adversus Olymp.*,

ciò comunque non è contrario in maniera assoluta al principio *ne bis de eadem re*. Ma la facilità con la quale vi si ricorre nella pratica attesta che, per la comune coscienza giuridica, un giudizio non è in grado di attribuire un diritto stabile di proprietà. Si ammette certamente, in cambio, che il beneficiario abbia potuto godere di una successione durante un tempo più o meno lungo⁶¹, ma la questione attinente ai frutti, da questo punto di vista, non deve neanche essere posta, e non s'è avvertito nessun bisogno d'una teoria riguardante il possesso in buona fede.

Potrebbe essere che la *diadikasia* presenti delle particolarità in materia successoria. Ma lo schema generale dell'istituzione, conosciuta soprattutto attraverso queste specie, lascia trasparire sufficientemente la trama dell'indagine che siamo venuti proponendo. Ora è punto capitale che la messa in questione della proprietà non sia mai stata posta direttamente in giustizia se non nelle forme previste dalla *diadikasia*⁶²:

pp. 19 e seg.

⁶¹ DEMOSTENE, XLIII, 67; ISEO, V, 35.

⁶² Il principio formulato da ISEO, X, 24, secondo il quale il possessore è sempre tenuto a giustificare i suoi titoli, conserva tutta la sua portata a dispetto di un errore d'interpretazione che LIPSIUS (*op. cit.*, pag. 675, n. 4) ha potuto rimproverare a Leist e a Mitteis: cfr. BEAUCHET, *Hist. du dr. pr. de la républ. ath.*, III, pag. 487. — La questione della *dike ousia* — conosciuta solamente dai lessicografi — non è stata ancora chiarita; è tuttavia impossibile ammettere che con questo vocabolo si indichi un processo vertente sulla *proprietà*: mai troviamo rivendicazioni paragonabili a quelle del diritto romano, né indicate da questo vocabolo né da qualsiasi altro, e giammai *ousia*, che ha sempre un senso concreto come quello di patrimonio, ha potuto mai significare la proprietà (né quindi, tanto meno, come l'interpreta LIPSIUS,

non esiste una rivendicazione che comporti attore e convenuto, e che comporti altresì l'affermazione di un diritto assoluto di proprietà che il giudizio avrebbe la funzione di sancire⁶³. Non v'è, d'altronde, per designare questo diritto, una terminologia giuridica corrispondente⁶⁴: il *dominum* dei romani, e a maggior ragione il *dominum ex iure Quiritium*, non hanno equivalente in greco. E non si è mai scoperto alcun indizio che testimoni dell'istituzione di un diritto derivante da prescrizione acquisitiva⁶⁵. C'è senza dubbio una nozione che induce alla riflessione: quella del lungo tempo trascorso nel possesso di beni patrimoniali, le *πατρώα*⁶⁶; ma essa non ha una virtù giuridica propria, e se è a volte implicita in delle azioni giudiziarie che possiamo osservare, queste non sono mai azioni concernenti la proprietà stessa.

Tra le *δικαι* propriamente dette, abitualmente

op. cit., pag. 680, "die Substanz eines Vermögensteils").

⁶³ Un problema diverso, ma prossimo, è quello di sapere se il giudizio che chiude una *diadikasia* (o, ed è lo stesso, che pronuncia una *epidikasia* senza dibattimento, cfr. supra n. 44) sia 'costitutivo' o 'dichiarativo di un diritto' (nel primo senso LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 582; nel secondo BEAUCHET, *op. cit.*, III, pp. 616 e seg.). Ci sono ottime ragioni per pensare che non sia affatto costitutivo; ma altrettanto si può dubitare, stando alla struttura della *diadikasia*, che l'uno e l'altro concetto possano essere applicati convincentemente al diritto greco. Cfr. L. GERNET, in "Arch. d'hist. du dr. orient.", II, pp. 287 e seg.

⁶⁴ Cfr. BEAUCHET, *op. cit.*, III, pp. 52 e seg.; VINOGRADOFF, *op. cit.*, pp. 197 e seg.

⁶⁵ L'esposizione della questione è in BEAUCHET, *op. cit.*, III, pp. 145 e seg. L'opinione contraria di LIPSIUS, *op. cit.*, pp. 675 e seg., sembra ugualmente incerta.

⁶⁶ ISOCRATE, VI, 26.

vengono distinte le *δικαι κατά τινος*, azioni penali dove si tratta di ottenere una riparazione ad un delitto, e le *δικαι πρὸς τινά*, dove si tratta di far riconoscere un diritto personale o un diritto reale. Su quest'ultimo punto possono già essere avanzate delle riserve. Per il resto, risponde al vero che Aristotele ha definito i concetti di obbligazione contrattuale e di obbligazione da delitto. Tuttavia penso che in realtà tutte le *δικαι* sono del tipo delittuale: l'azione, per così dire penale, è la forma in cui si deducono i diritti in giustizia, come si dice nel linguaggio odierno, tutte le volte che il ruolo d'attore in giudizio può essere attribuito ad una delle parti.

La distinzione normalmente ammessa non è giustificata né in riferimento alla terminologia, né in riferimento alla pratica del diritto. Non si riesce a capire, infatti, come le proposizioni *πρὸς* e *κατά* abbiano potuto colorarsi del significato tecnico che gli si vuole attribuire⁶⁷. Un'azione che viene imperniata su di un contratto è di regola considerata un'azione *κατά τινος*; ma siamo obbligati ad ammettere che l'azione *βλάβης* (per "danno"), cioè un'azione che è in sé delittuale, è

⁶⁷ Mi accontento di indicare brevemente: 1° che la formula *κατά τινος* è garanzia mediante buone referenze per delle azioni derivanti da contratto (es. DEMOSTENE, XLVIII, LVI); 2° che il solo testo (ISEO, XI, 34) dal quale si sia potuta desumere una distinzione tecnica tra *δικαι πρὸς τινά* e *δικαι κατά τινος* (cfr. CAILLEMER-GIDE, l'articolo *Diké* in "Dict. des Ant.", pag. 202) esclude precisamente l'interpretazione che se n'è data, infatti non vi si può vedere altro che l'indicazione della *diadikasia*, con la prima dizione, e la azione per inesecuzione del contratto con la seconda.

attivata in casi di inadempimento contrattuale⁶⁸. E se si crede all'estensione comunemente attribuita al concetto di βλάβη⁶⁹, viene da pensare che si trattasse di una pratica usuale. Ecco allora la contropartita: non c'è un'azione generale che trova la sua ragion d'essere nel contratto come tale⁷⁰; non sono, altresì, di regola, indicate azioni particolari, in calce al contratto, che servano a sancirlo⁷¹. Nella pratica del diritto, ci trovia-

⁶⁸ BEAUCHET, *op. cit.*, IV, pp. 393 e seg.; LIPSIUS, *op. cit.*, pp. 657 e seg.

⁶⁹ Ippodamo secondo ARISTOTELE, *Pol.*, II, 1267, b, 37: *peri on gar ai dikai ghinontai, tria taut' einai ton arithmon, hybrin blaben thnaton*.

⁷⁰ Si parla correntemente (cfr. BEAUCHET, *op. cit.*, IV, pag. 415) di una «azione generale a disposizione del creditore» che prende il nome di δίκη συμβωλαίων o δίκη συνθηκών παραβάσεως. È Polluce che ci assicura della sua esistenza; ma è il solo ad assicurarcelo, e si sa che questo lessicografo non è nuovo all'invenzione di azioni giudiziarie: nessun testo dell'epoca classica fa un pur fuggitivo accenno a questo tipo d'azione (infatti né LISIA, XVII, 3, né ESCHINE, I, 160 e seg., ne fanno riferimento; ESCHINE, I, 161, dice anche δίκη λάβη, come per l'azione da delitto), al di fuori di PLATONE, *Leggi*, XI, 920 D, dove è prevista un'azione ἀτελοῦς ὁμολογίας; ma questa espressione, d'altronde differente e peraltro isolata, non soltanto non significa niente per il diritto positivo, ma si trova ad avere solo una portata ristretta all'interno di un diritto ideale che non riconosce neanche la legittimità del prestito in danaro.

⁷¹ In materia di prestito la δίκη χρέους non è attestata da nessuna parte; l'esistenza di una δίκη ἀφορμής è più che problematica; l'espressione δίκη ἀργυρίου appare solo raramente – con il valore che le si attribuisce, doveva essere frequente – e in delle situazioni molto particolari. Non ci è dato conoscere una δίκη παρακαταθήκης, con quella denominazione speciale di *actio depositi* (non potendosi considerare come probante Str. 709 B [secondo Megastene] *oute... upoteles oute*

mo ad aver a che fare con una sola categoria di δίκαι: a tutte è comune il medesimo schema d'azione; l'azione stessa poggia, ha per base, un ἔγκλημα, una "plainte", una querela che consta degli stessi elementi disposti nel medesimo modo e si conclude regolarmente con la *dictio* del τίμημα, ossia della riparazione esatta⁷². Non intendo soffermarmi sulla dibattuta questione riguardante il carattere esclusivamente pecuniario o meno dell'ammenda⁷³. Annoto solamente dei punti: lo schema, come ci si presenta, fa intendere che il τίμημα abbia la stessa natura in tutti i casi; in un significativo

parakatatekes einai dikas [presso gli indiani]); né δίκη μισθώσεως per la *locatio operis faciendi* o per la *locatio operarum*; né azione corrispondente, nelle testimonianze, alla *actio empti uenditi*. Le δίκαι ἐνοικίου e κειροῦ sono oscure, e, nei rari casi in cui vengono menzionate, appaiono come delle singolarità. Ciò che bisogna sottolineare è il fatto che non ci troviamo mai in presenza di una espressione tecnica che abbia un valore generale relativamente ad un contratto definito, con quasi una sola eccezione, che poi non è una: c'è una δίκη ἐγγύης (espressione mai attestata prima di Teofrasto) per sancire l'obbligazione del garante; ebbene questa δίκη ha un carattere delittuale, come vedremo, ed è stata istituita per rimpiazzare un'esecuzione extragiudiziaria.

⁷² Cfr. PARTSCH, *op. cit.*, pag. 201. Il τίμημα doveva mancare solo nei casi in cui la *poena* era stata fissata per legge: casi che non ci interessano in questa sede (vedi GERNET, *Droit e société dans la Grèce ancienne*, cit., p. 78 e seg.).

⁷³ Si ammette il più delle volte che "il creditore era provvisto di fondamento ad ottenere l'esecuzione stessa dell'obbligazione tutte le volte che era possibile procurargliela" (BEAUCHET, *op. cit.*, IV, pag. 414, il quale giustifica questa opinione con un argomento stravagante, cioè che il principio della condanna pecuniaria "riposa, in definitiva, su di una assai sottile nozione di obbligazione"); nello stesso senso LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 258; PARTSCH, *op. cit.*, ha espresso a proposito ben fondati dubbi.

caso attinente una cauzione, è stato stabilito, credo, che l'azione è rivolta solo alla riscossione di un'indennità⁷⁴; in ultimo, dando per acquisita la procedura d'esecuzione, qualsiasi sia la formula del giudizio, non potrà esservi, correttamente parlando, una condanna ad *ipsam rem*⁷⁵: ricade sullo stesso vincitore l'onere d'una personale appropriazione; solo quando ciò sarà impedito la giustizia potrà intervenire, in questo caso, allora, l'obbligazione gravante sulla parte condannata sarà comunque obbligazione a un'indennità derivante da delitto⁷⁶.

Conviene allora considerare l'insieme delle *δικαι* senza quelle distinzioni che introducono il pregiudizio romanista teso a separare diritti reali e personali, obbligazioni reali e contrattuali. Ciò non significa che non si possano riconoscere differenti categorie, o, per meglio dire, diversi momenti storici.

Il carattere essenzialmente privato⁷⁷ della procedura esecutoria è una reliquia necessaria del più antico diritto. Ed è sempre con lo sguardo rivolto a quell'esperienza giuridica [*le droit le plus ancien*] che

⁷⁴ PARTSCH, *op. cit.*, pp. 202 e seg., dove troveremo un'analisi molto penetrante dello stato di cose interno ai discorsi di Iseo *Sulla successione di Diceogene*, che rappresenta il nostro testo fondamentale sulla questione.

⁷⁵ Tra le *δικαι* propriamente dette non ve ne sono di attestate (abbiamo visto che per le *διαδικασίαι*, che hanno come oggetto un giudizio di preferenza, l'espressione sarebbe del tutto errata).

⁷⁶ Ritorniamo su questo essenziale carattere della *δικη εξούλης*.

⁷⁷ Vi abbiamo fatto allusione diverse volte: sulla questione in generale si rimanda a LIPSIVS, *op. cit.*, pag. 948; WEISS, *op. cit.*, pp. 456 e seg.

tutta una serie di *δικαι* diventa più intelligibile. I diritti si sono inizialmente realizzati mediante atti privati che consistettero in dichiarazioni solenni: la presa di possesso, la presa del pegno, il sequestro d'un garante, la cattura d'un debitore, il sequestro dell'oggetto rubato, ecc. sono tutte "procedure" la cui validità risulta dalle forme e dalla testimonianza "strumentale" che le accompagna⁷⁸. Ve ne sono certe che sopravvivono in epoca classica⁷⁹, e ci sono buoni motivi per pensare che, negli usi, le pratiche extragiuridiche abbiano un raggio di applicazione ben più ampio di quanto si è soliti immaginare⁸⁰. In regime cittadino, l'azione giudiziaria privata, che ha come fine immediato e essen-

⁷⁸ Sul valore della testimonianza nella *diamartiria*, procedura d'opposizione per cui la testimonianza è fondativa del suo valore giuridico si rimanda a L. GERNET, *La Diamartyrie procédure archaïque du droit athénien*, in *Droit e société dans la Grèce ancienne*, cit., pag. 83 e seg. D'altra parte, nella *quaestio* dell'oggetto rubato (cfr. GLOTZ, *Solidarité*, pp. 202 e seg.), la presenza dei testimoni è una condizione o piuttosto un elemento della procedura. Per la presa di possesso di un debitore o della cauzione, il principio della pubblicità è indicato da OMERO, *Odissea*, VIII, 352 (cfr. "Revue des études grecques", 1917, pag. 252, pag. 262).

⁷⁹ Cfr. WEISS, *op. cit.*, pp. 226 e seg. L'*ἐμβάτευσις* (presa di possesso dell'eredità legittima o del creditore ipotecario) è uno di questi atti privati, per se stessi efficaci.

⁸⁰ Mi sembra probabile che al di fuori degli atti di 'esecuzione' permessi - e sanciti - dal diritto, ve ne siano altri che dovevano continuare ad essere praticati secondo il costume: penso a fatti come la presa del pegno per interessi non riscuotibili (ARISTOFANE, *Nuvole*, 33 e seg.) o per affitti non pagati (a volte qualificati, in quest'ultimo caso, *πρό δικης*; da distinguere, credo, dalla clausola di 'via impedita' *καθ' ἅπερ ἐκ δικης*, nonostante MITTEIS, *op. cit.*, pag. 406; cfr. BEAUCHET, *op. cit.*, IV, pag. 190 e 440).

ziale la riparazione ad un delitto, si accompagna, in modo specifico, a tali casi di esecuzione: il suo unico compito quindi risulta essere quello di sancire la legittimità di una esecuzione, il caso inverso e complementare invece sarebbe quello di una "riscossione"⁸¹ punibile. Di qui l'importanza e il significato della *δικη ἐξούλης*: questa infatti è intentata, ed è questa la funzione sua propria, contro chi si oppone a quelle esecuzioni cui la città accorda un privilegio⁸². Per ciò che concerne i titoli così protetti si sa del passato in giudicato, dell'ipoteca, della successione ereditaria, della vendita di Stato. Lo stesso spirito ispira un'altra *δικη*, la *δικη ἐξαιρέσεως*: questa viene attivata in seguito a

⁸¹ Nel diritto medioevale, questa parola designa l'opposizione alla presa di possesso: cfr. P. COLLINET, *Études sur la saisie privée*, pp. 125 e seg.

⁸² Questa concezione propria alla *δικη ἐξούλης* è stata definita con forza da F. RABEL, *Δίκη ἐξούλης und Verwandtes*, in "Z. S. S.", R. A., 1915, pp. 340 e seg.; 1917, pp. 296 e seg., e giustificata rispetto a LIPSIVS (cit., 1916, pp. 1 e seg.): l'idea che questi se ne fa, di un'azione multiforme, che sarebbe, tra le altre cose, un'azione possessoria, non è in sé un'idea molto chiara, e non si poggia che su affermazioni di lessicografi, naturalmente da trattare con la dovuta cautela. Conviene insistere sul fatto che la *δικη ἐξούλης* è essenzialmente un'azione per delitto; su di un punto sembra però consentito l'andare oltre RABEL, *op. cit.*, 1915, pag. 358: egli crede che il vincitore deve scegliere tra il suo diritto al valore della cosa quale è stato fissato dal processo e il suo diritto sussistente di esecuzione. Nei fatti, il vincitore conserva il suo diritto anteriore, che era un diritto di esecuzione; e in più acquisisce un nuovo diritto — che è ancora ovviamente un diritto di esecuzione sul fondamento di un giudizio in cui la 'stima' (*hotou an axion he(i)*, dice la legge di Solone) per sua natura giuridica, è quella di una *poena*.

una *vindicatio in libertatem*, ma viene concepita dal punto di vista del padrone che abbia incontrato una qualche opposizione da parte di un *vindex* esercitante *manus iniectio* sulla schiavo il cui statuto è in questione⁸³. Che l'affermazione di certi diritti dia luogo ad una *δικη* nella quale la questione riguardante gli stessi diritti non si pone in maniera diretta, lo possiamo desumere da un ulteriore esempio, di natura diversa, nell'ordine delle azioni successive: la *diamartiria*, l'opposizione per mezzo di testimonianza intesa a proteggere la presa di possesso contro una domanda di attribuzione giudiziaria, può essere dibattuta in giudizio solo per mezzo d'una azione indiretta vertente, non già sul diritto dell'erede legittimo stesso, ma sulla validità della testimonianza prodotta in suo favore⁸⁴.

In tutte queste *δικαι*, i diritti che diremmo essere in causa — proprietà di un fondo protetta dalla *δικη ἐξούλης*, diritto reale del salariato, diritto personale del creditore — non sono oggetto diretto di affermazione giudiziaria. La questione concernente la proprietà, quando viene in rilievo tramite la *δικη ἐξούλης*, si pone solo nell'ambito del delitto, e nel senso tutto particolare che abbiamo rintracciato; allo stesso modo non si pone affatto quando a sostenere la legittimità della propria presa di possesso è un creditore ipotecario⁸⁵.

⁸³ RABEL, *op. cit.*, 1915, n. 379 e seg.

⁸⁴ È un'azione per falsa testimonianza: abbiamo visto come, qualora trionfi in giudizio, questo successo non impedisce all'erede la cui opposizione sia stata scartata di sostenere nuovamente le sue pretese attraverso un'azione diretta (*supra* n. 60).

⁸⁵ Ricordo solamente che, nell'ipoteca propriamente detta, il diritto del creditore consiste, esattamente, nella facoltà di operare una

A ben vedere, l'azione giudiziaria condotta in questo spirito è prima di tutto lo strumento di una polizia ben disciplinata: qualora il diritto accordi una *δική* al tal privilegiato che esplica la procedura di presa di possesso ai danni di chi a questa si oppone, allora questo strumento assicura l'ordine permettendo violenze conformi al costume e vietando quelle che turberebbero la pace sociale⁸⁶. Il giudizio, che interviene solo

presa di possesso (*ἐμβάτευσις*): niente di più e niente di meno rispetto alla giustizia. La questione così tanto dibattuta sulla natura di diritto reale conferito dall'ipoteca non ha alcuna ragione di esser posta in relazione alla *δική ἐξούλης* che sancisce il diritto alla presa di possesso. Non penso affatto, d'altronde, che questo 'diritto reale', in sé stesso, possa essere qualificato diritto di proprietà (si veda a questo proposito, come studio recente, PAOLI, *op. cit.*, pp. 156 e seg.)

⁸⁶ Di qui l'intervento dello Stato che stabilisce con editti una pena a suo profitto. Questo fatto si è prodotto anche al di fuori d'Atene, in condizioni analoghe: tra le applicazioni della *θέμις* gortiniana ("ammenda aggiunta alla composizione", sul tema abbiamo un eccellente studio di GLOTZ, *Solidarité*, cit., pp. 387 e seg.), ve ne sono almeno due che possono essere qui segnalate. L'adultero preso in flagranza di delitto e trattenuto al fine di una composizione (*Legge di Gortina*, II, 20 e seg.) riguarda in punta di principio solo la giustizia privata: unicamente quando pretende "di essere stato attirato in una trappola", e dunque fa opposizione, a cose fatte, al diritto di presa di possesso su di lui, ha luogo un processo nel quale si espone ad una ammenda il cui ammontare è precisamente quello della normale composizione (GLOTZ, *op. cit.*, pag. 390). L'altro caso (*Inscr. Jur. Gr.*, n° XIX, E, 1, 7) è molto differente, ma molto istruttivo: si tratta, al contrario, dei garanti dell'affrancato che non si disfano dei danni-interessi di cui sono debitori nei confronti di colui che non hanno protetto contro una presa di possesso del suo corpo: essi sono colpiti da un'ammenda pari a quei danni-interessi. Essi dovranno riprendere l'affrancato col la forza così da confermare con la potenza sociale la posizione di un

occasionalmente, e solo in caso di riscossione, non è consacrazione diretta del diritto grazie al quale la presa di possesso si autorizza; possiamo dire che questo diritto giace nel sottosuolo di quella coscienza giuridica che si esprime nei modi del giudizio.

Ma altre *δικαί* hanno funzioni diverse.

Non bisogna dimenticarsi che all'origine della democrazia ateniese vi fu una rivoluzione sociale. La legge soloniana, che impediva l'esecuzione sulla persona, deve aver avuto un'immensa portata per il fatto stesso che le possibilità di esecuzione individuali venivano limitate dal diritto; il riconoscimento più o meno diretto dell'obbligo contrattuale diveniva ora possibile, e s'è trasposto poi finalmente – ma in modalità particolari – nel sistema delle *δικαί*. Questa storia, d'altro canto, non risulta essere per nulla semplice.

La riforma soloniana ha rappresentato un attacco alle fondamenta di quel pensiero che padroneggiava il diritto antico, quello dell'*engagement*. Il contratto primitivo è essenzialmente, nel vero senso della parola, un coinvolgimento: esso avvolge "nei suoi legami" non soltanto le cose, ma soprattutto le persone che sono esposte o sottomesse al potere di un creditore le quali cessano di appartenere a se stesse. In virtù della legge, il coinvolgimento personale del debitore viene a cadere; quello derivante da cauzione pure. Di colpo il contratto di tipo antico, identificabile da caratteristiche estrinseche alla convenzione – formalismo e concessione di un potere attuale ad un creditore

esecutore legittimo, il giudizio interviene per sancire la carenza di un esecutore obbligato.

– non poté fare il suo ingresso trionfale nel diritto della città ateniese com'ebbe a fare nel diritto della città romana.

In Grecia, d'altronde, appare come una particolarità, che ad Atene si presenta con una certa precocità, il fatto che la legge limiti i procedimenti d'esecuzione⁸⁷. Di regola viene riconosciuto al creditore il diritto di procedere a delle prese di possesso in casi ben definiti di coinvolgimento, cioè nei casi in cui dispone dell'azione giudiziaria nei confronti di un delitto che si esplica nei modi di una resistenza. Ma, nel caso in cui non vi sia un coinvolgimento reale, il diritto, in principio, non ha nulla da accordare, donde le procedure atte a porre il debitore, al fine di poter agire contro di lui per via giudiziale, in una situazione corrispondente a quella della qualifica giuridica di delinquente⁸⁸.

Un primo progresso, certamente antico, è consistito nel riconoscere il contratto reale – deposito o

⁸⁷ Si può pensare che si sia continuato in questa direzione anche dopo Solone: tra lo stadio primitivo in cui la cauzione si dà con la propria persona e quello dell'epoca classica dove essa invece deve essere perseguita in giudizio in vista di una esecuzione limitata ai beni, ci deve essere stato uno stadio intermedio in cui, responsabili solamente dei propri beni, la cauzione poteva essere sottomessa ad una procedura esecutoria extragiudiziaria; al momento conosciamo solamente, come disposizione soloniana, la soppressione del coinvolgimento della persona.

⁸⁸ Secondo un costume di Cnosso riportato in PLUTARCO, *Quaest. gr.*, 53, colui che aveva fatto prestito portava via con la violenza il danaro dato in prestito, per essere sottomesso, all'occasione, ad una azione delittuale (cfr. GLOTZ, *op. cit.*, pag. 265; PARTSCH, *op. cit.*, pag. 84).

comodato si ritrovano in una legge di Gortina – ma nel secondo codice, allo stesso tempo, la sanzione assimila ancora il debitore recalcitrante a colui che fa opposizione ad una legittima presa di possesso⁸⁹. Si può arrivare a pensare che nel contratto reale vi sia un elemento riconducibile all'ordine dei delitti⁹⁰. Ad ogni modo, la *cosa*, che per definizione è esteriore alla convenzione vera e propria, fa la sua apparizione come fondamento di un'obbligazione tipica: ancora nel IV secolo si osservano degli attori in giudizio insistere compiacentemente sulla natura reale del contratto che impugnano e che, in effetti, rileva di una concezione giuridica altra⁹¹.

⁸⁹ *Inscr. Jur. Gr.*, n° XVIII, III, l. 7 e seg. Si tratta di un caso in cui l'ammenda si aggiunge alla riparazione (cfr. *supra* n. 86): è quindi possibile che ciò che viene qualificato *infittatio* del debitore sia stata agli inizi la sua opposizione alla ripresa dell'oggetto. La legge sembra davvero innovativa su di un altro punto, stabilendo che in caso di smarrimento della cosa, anche involontario, il valore dovesse essere corrisposto: è probabile che, anteriormente, l'incidente imprevisto liberasse il debitore (cosa che vediamo succedere in certi casi di obbligazione anche giudiziaria presenti nel primo Codice). Il principio del resto ha una portata ristretta (prestito di animali).

⁹⁰ È soprattutto il deposito quello maggiormente interessato: il depositario infedele è un ladro qualificato, oggetto di una repulsione particolarmente sentita; secondo le antiche consuetudini, può ricorrere al giuramento liberatorio (ERODOTO, VI, 86) attraverso il quale si rende colpevole nei confronti degli Dei: la città laicizza il delitto. In un senso generale, è come se l'elemento delittuale ("impossessarsi di una cosa altrui"), concetto spesso espresso in epoca classica, sia stato inizialmente riposto dal diritto greco in questa categoria di contratti (a differenza forse del diritto romano che piuttosto conserva la nozione 'magica' del legame creato dalla *res*).

⁹¹ In particolare nei discorsi demosteniani relativi a prestiti al-

Il diritto poteva rimaner fermo a quel punto⁹². Vi è rimasto in molte città e negli ideali dei filosofi. Un sistema simile è definito dalla formula adottata da Aristotele: niente azione per le obbligazioni puramente contrattuali – vale a dire per quelle obbligazioni in cui il creditore si rimette alla ‘fede’ del suo debitore – cioè per quelle obbligazioni che non comportano né pegno, né cauzione, né alcun elemento reale⁹³. Non vi

l'ingrosso; cfr. l'espressione di DEMOSTENE, XXI, 44: *an men ekon par'ekontos tis labe talanton... kai tout'aposterese* (che generalmente viene messa in rapporto con il deposito, ma che non vi si limita.)

⁹² Per essere esaurienti bisognerebbe tenere conto delle forme speciali del contratto che hanno potuto essere, alquanto in fretta, riconosciute dal diritto della città. La questione è poco chiara: sui contratti menzionati dalla legge di Gortina e sulla maniera nella quale venivano eseguiti non sappiamo ancora dire nulla, al di fuori del cauzionamento (*Inscr. Jur. Gr.*, I, 478). In Atene sappiamo che il contratto di società era ammesso dalla legislazione soloniana; tuttavia ignoriamo in che modo le obbligazioni derivanti fossero sancite. Nell'espressione *o ti an diathontai kupion einai* citata da Gaio, si tratta in ultima istanza di una protezione accordata ad un diritto statutario (la legge fornisce una enumerazione di tipi di società che sono per parte loro necessarie, come i gruppi territoriali o familiari).

⁹³ Legge di Caronda citata da TEOFRASTO, ap. STROB., *Ecl.*, IV, 20: *eav de tis pisteuse(i), me einai diken*. Formulato in occasione del contratto di vendita, questo principio comporta un'applicazione generale: Aristotele ci garantisce che in alcune città la legge non accordava la possibilità di agire al creditore che si fosse ‘affidato’ al suo debitore (*Et. Nic.*, I, 1164 b 13: *eniachou t'eisin nomoi ton ekousion xumbolaion dikas me einai...*). Platone, nella città ideale, ammette solo la vendita in contante come Caronda (*Leggi*, V, 742 C; XI, 915, D-E; cfr. VIII, 849 D-E). Lo stesso Platone, a proposito del prestito con interesse da lui esecrato (e anche da Aristotele ritenuto illegittimo), preferisce che la maggior parte delle ‘transazioni volontarie’ (*ton ekousion xumbo-*

sono elementi reali nel prestito di danaro: i soldi, oggetto di speciali rappresentazioni, non sono una *res*, danno luogo esclusivamente a rapporti basati sulla ‘fedeltà’. Né il prestito in danaro spogliato dalle proprie ‘misure di sicurezza’, né l'accordo in sé, hanno potuto essere inizialmente muniti di azione corrispondente. Non dobbiamo cercare adesso di stabilire come questo stadio sia stato poi superato, sarà sufficiente indicare qui la direttrice principale dello sviluppo: sono stati i principi elaborati negli usi e nelle pratiche commerciali a penetrare negli ingranaggi del diritto civile⁹⁴. Ci interessa vedere come quest'innesto abbia influito sulla concezione della *δικη*.

L'avanzamento in questione può essere evocato ripetendo la formula: *kuria einai os'an etero etero omologhese*⁹⁵, “*toute convention fait loi entre les parties*”, sarebbe a dire, adottando *κύριος* in senso moderno, che la pattuizione comporta il conferimento alle parti, nei casi d'inadempimento, del diritto di agire in giudizio. Molte cose però restano da chiarire: la datazione della legge, la portata primitiva della regola, la sua effettiva estensione nei vari periodi, e finanche la sua corret-

laion) si compissero a rischio del creditore (*Rep.*, VIII, 556 A); va sottolineata l'omogeneità d'espressione tra Platone che formula un ideale e Aristotele che fa allusione ad un diritto positivo, questa similitudine permette di situare la ‘utopia’.

⁹⁴ Snellimento e mobilitazione delle garanzie nel diritto marittimo, principio del contratto scritto, valore del coinvolgimento attestato in appositi registri di banca, acquisizione per il dante prestito di un diritto reale sulla cosa comprata con gli ultimi prestiti, ecc.

⁹⁵ Più volte citata (cfr. R. MASCHKE, *Die Willenslehre im griech. Recht*, pag. 165) con varianti sulle quali torneremo.

ta interpretazione testuale⁹⁶. Va constatato invece, come un cambiamento epocale, certamente posteriore a Solone⁹⁷, la realizzazione di quel principio legislativo che troviamo chiaro nel IV secolo. Oramai il creditore, in quanto creditore⁹⁸, è munito di una facoltà di esecuzione a mezzo di δίκη: pur continuando ad essere, nella forma e spesso nella denominazione, un'azione per delitto, l'emanazione di un *τιμημα*, susseguente il ricorso immediato alla giustizia, assicura al ricorrente una soddisfazione diretta, o per meglio dire, un titolo privilegiato a procedere all'esecuzione, sul fondamento di un credito direttamente riconosciuto.

Ma non bisogna dimenticare che l'azione, qui, ha la medesima struttura che altrove: ci chiediamo se possa dirsi, senza tema d'errore, che è proprio il *diritto del creditore*, come diritto preesistente e solidale alla persona – un "diritto personale" se c'è consentito un gioco di parole – a manifestarsi nel funzionamento

⁹⁶ Cfr. MASCHKE, *op. cit.*, pp. 162 e seg.

⁹⁷ Al di fuori delle considerazioni generali che renderebbero legittima questa opinione, ci sono sufficienti motivi di ritenerla valida: il termine stesso *ὁμολογεῖν* (*ὁμολογια*) si applica solo molto tardi al concetto di convenzione; la legge non viene mai attribuita a Solone, quando invece gli oratori sono soliti accordargli con larghezza, e assai liberamente, la paternità delle leggi antiche; d'altronde Solone stesso ha previsto una specie di contratto, ma soltanto a carattere statutario e col nome di *διαθήκη* (istituzione di eredità sotto forma di adozione; legge di società).

⁹⁸ MASCHKE, *op. cit.*, pag. 164, definisce con chiarezza il principio della 'homologie' come creatore di "una obbligazione puramente personale relativa al futuro, distinta sia dal contante ... sia dal coinvolgimento ingenerato nella garanzia reale".

del meccanismo giudiziario. A questo proposito vanno fatte alcune osservazioni.

La prima concerne la funzione del *τιμημα*. Sappiamo che questo va definito come stima di una *poena*. E abbiamo detto che figura nello schema dell'azione come un elemento essenziale. Secondo l'uso più ristretto del termine, la stima di cui si tratta è in prima battuta quella dell'attore, a questa si oppone correlativamente la "contro-stima" del convenuto⁹⁹. Questo gioco dell'opposizione, indotto dalla concezione generale del processo, caratterizza in particolare gli *ἀγῶνες τιμητοί* o "azioni estimatorie", cioè quelle azioni in cui la legge non fissa in anticipo l'ammontare d'una ammenda o la cifra d'un'indennità¹⁰⁰. Quindi, seguendo questa definizione, la sola autorizzata e l'unica coerente, non si capisce come un processo verterente su un'obbligazione contrattuale possa non rientrare nella categoria degli *ἀγῶνες τιμητοί*; non si capisce neanche come un processo nel quale alla parte lesa

⁹⁹ Sulla pratica e sulla terminologia cfr. LIPSIUS, *op. cit.*, pp. 248 e seg. Ricordo brevemente l'uso dei termini tecnici: *τιμᾶσθαι* con riferimento al ricorrente; *ἀντιτιμᾶσθαι*, al convenuto (i sostantivi corrispondenti a *τιμᾶσθαι* sono *τιμησις*, il fatto di presentare una stima, e *τιμημα*, la stima stessa); in riferimento al giudice, si usa il verbo attivo *τιμᾶν* (il sostantivo corrispondente continuando ad essere *τιμημα*).

¹⁰⁰ ARPOCREAZIONE, *cit.*, *atimetos agon kai timetos*. L'uso degli oratori (cfr. LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 248, n. 22) è conforme a questa definizione (DEMOSTENE, XXXVII, 40, offre solamente l'esempio di una estensione naturale di *δίκη ἀτιμητος* ad un caso di arbitraggio nel quale l'indennità è previamente fissata di comune accordo). Rilevo che l'azione di tutela è espressamente qualificata *τιμητος* (DEMOSTENE, XXVII, 67); non si capisce come le domande fondate su di un contratto potrebbero essere trattate altrimenti.

si richieda di presentare la propria "stima" non possa essere ricondotto all'interno dei processi "estimatori"¹⁰¹. Non è improbabile che, nella pratica, la "contro-stima" non si producesse in quei casi dov'era esclusa dallo stato di causa; ma ci sono buoni motivi per ritenere che, in molte circostanze nelle quali un'obbligazione contrattuale veniva contestata, il convenuto, contro cui i giudici s'erano pronunciati, opponesse la propria *τιμησις* a quella del suo avversario¹⁰². C'è una regola che presiede agli *ἀγῶνες τιμητοί*: il giudice può solamente decidere tra le due stime. In tutti i casi, decide in favore di una stima che è emanazione di una delle parti¹⁰³. Quest'attività è ciò in cui il suo compito

¹⁰¹ La dottrina corrente (LIPSIUS, *op. cit.*, pag. 258) considera come ἀτιμητος un'azione nella quale i giudici debbano pronunciarsi "über die Berechtigung einer Schuldforderung", disconoscendo in questa maniera il solo valore giuridico che si sarebbe potuto attribuire a ἀτιμητος ἀγών (processo in cui non si dà luogo a *τίμημα* da parte del ricorrente) e confondendo, d'altra parte, in un regime non formalista dove non v'è questione di irricevibilità a causa di *plus petitio*, la questione attinente alla legittimità della domanda in sé e quella dell'estensione che bisogna riconoscergli. Il *τίμημα* figura rispetto alla domanda come parte necessaria nel giudizio di Cnidia, *Insq: Jur. Grec.*, n° X, B, l. 29 (la nota degli editori, pag. 167, 3 è inconsistente).

¹⁰² Non comprenderemmo altrimenti perché pur avendone la facoltà non se ne avvalessa (cfr. *supra* nota 100); ma ancora un'indicazione esplicita nel *Contro Dionisodoro* (DEMOSTENE, LVI, 43) prova che il giudizio di condanna non comporta affatto *ipso facto* l'accoglimento della domanda in tutta la sua estensione, la condanna ridotta che i convenuti in questo caso scontano è dunque quella che essi avevano proposto.

¹⁰³ Sulle caratteristiche della necessità che si impone così alla coscienza giuridica dell'uomo greco cfr. ARISTOTELE, *Politica*, II, 1268 b 11 e la mia "Introduzione" a PLATONE, *Leggi* (Éd. Budé).

consiste per come viene designato dal verbo all'attivo *τιμᾶν*, *estimer*, fare una stima; e questo compito gli appartiene per definizione in tutti quegli affari, specialmente, lo si è detto¹⁰⁴, di diritto privato, dove la legge non si incarica di supplire: in tutti quei casi, in definitiva, che abbiamo finora considerato. Dunque, anche questa volta, il giudizio dichiara semplicemente la vittoria di una delle parti, accorda o non accorda la *poena* sollecitata senza che il giudice abbia a stabilire, a sua discrezione, l'estensione di un diritto.

È veramente in questione il *possesso* di un diritto? Ciò che precede non lo fa affatto presumere. Ma la questione dev'essere attentamente vagliata. Essa ci pone di fronte al problema di sapere se il giudizio sia o meno legato a delle condizioni oggettive che determinano a priori la validità sociale di una determinata pretesa. Solo la legge può imporre un principio. La legge dice che la pattuizione ha una forza obbligatoria; aggiunge forse, ma non è sicuro, la pattuizione volontariamente stipulata¹⁰⁵; aggiunge a volte, ma non sem-

¹⁰⁴ ISOCRATE, XX, 16, opponendo l'azione per 'oltraggio' alle altre: *peri men ton allon symbolaion tasouto timan boson prosekei to diokonti komisastai...* La parola *συμβόλαια* si estende – probabilmente anche in questo caso – a tutti i rapporti di diritto privato (cfr. E.F. BRUCK, *Die Schenkung auf den Todesfall*, pp. 115 e seg.; MASCHKE, *op. cit.*, pag. 160); ma si applica preferibilmente ai rapporti contrattuali, come abbiamo visto e come avremo ancora modo di vedere.

¹⁰⁵ Si dà la formula *ἐκόντα ὁμολογεῖν* in DEMOSTENE, LVI, 2, dove appare come parte integrante di una legge; appare anche, ma senza citazione della fonte, in DEMOSTENE, XLVIII, 54, e in PLATONE, *Simposio*, 196 C., altrove incontriamo *ὁμολογεῖν* da solo (DEMOSTENE, XLVII, 77; IPERIDE, *Contro Atenogene*, 7, 13 e seg., in cui l'aggiunta

pre, la pattuizione non contraria alle leggi o alle consuetudini¹⁰⁶. Aggiungo accidentalmente: certamente la legge è lungi dal definire, nel senso proprio del termine, le condizioni necessarie e sufficienti del diritto del creditore. In particolare è impossibile rintracciare una teoria giuridica dei vizi del consenso¹⁰⁷. Quindi risulta con una certa evidenza che il giudizio non accorda affatto una domanda fondata sul contratto in forza di un dettato normativo, in quanto le premesse psicologiche della responsabilità erano altrove oggetto di analisi talmente spinte da non consentire ai giudici, nella circostanza in cui la volontà stessa fosse ammessa come fonte di diritto, di usare di quel potere discrezionale loro largamente accordato in princi-

potrebbe essere stata utilizzata in maniera speciale). Troviamo anche, del resto, in una pretesa citazione da una legge (DEMOSTENE, XLII, 12), la menzione di testimoni la cui presenza non era certamente posta come condizione necessaria (cfr. BEAUCHET, *op. cit.*, IV, pp. 22 e seg.). cfr. anche il mio *Le droit de la vente et la notion du contrat en Grèce*, in GERNET, *Droit e société dans la Grèce ancienne*, cit., pag. 219.

¹⁰⁶ ARISTOTELE, *Ret.*, I, 1375 b 9, fa allusione alle leggi che "a volte" proibiscono le stipulazioni *παρά τὸν νόμον*. Ad Atene non si conoscono disposizioni espresse in questo senso (la formula corrente dei contratti esecutori cita che nessuna legge può prevalere contro le disposizioni contenutevi, cfr. PAOLI, *op. cit.*, 72 e seg.). Per ciò che concerne le convenzioni contrarie alle consuetudini è certo che un'azione giudiziaria contraria fosse teoricamente possibile (LISIA, III, 22 e seg.; ESCHINE, I, 72, 163 e seg.)

¹⁰⁷ Cfr. MASCHKE, *ivi.*, — la legge soloniana sul testamento comporta alcune disposizioni speciali (cfr. BRUCK, *op. cit.*, 55, 2); IPERIDE, *Contro Atenogene*, 17 e DEMOSTENE, XLVI, 14 (E. WEISS, *Gr. Pr. R.*, 236, pag. 49).

pio¹⁰⁸. Non ci sarebbe bisogno di dire che questo potere, nel quadro del principio legislativo, è scontato. Il principio è che la pattuizione non abbisogna né di forme speciali, né di coinvolgimento della *res*, per essere obbligatoria: resta da stabilire, caso per caso, se vi sia effettivamente pattuizione obbligatoria¹⁰⁹.

Dunque nessuna posizione assoluta. Nei rapporti privati che danno luogo ad una *δίκη*, si tratta generalmente, come dice Platone di "fare delle ripartizioni

¹⁰⁸ È certo, per esempio, che il dolo non fosse causa legale di nullità (BEAUCHET, *op. cit.*, IV, pp. 35 e seg.); da ciò si trae autorizzazione per sostenere che il diritto ateniese sia rimasto allo stesso stadio del diritto romano prima dell'innovazione pretoriana. Non v'è alcuna ragione di pensarlo, e di ammettere in particolare che, nel *Contro Atenogene*, la difesa dell'avvocato fosse necessariamente una cattiva difesa. La frode era correntemente riconosciuta come motivo di esclusione della validità del contratto (ARISTOTELE, *Ret.*, I, 1376 b, 21; cfr. PLATONE, *Critone*, 52 D-E) — come succede alla violenza che allo stesso modo non viene specificata, nella legge, come vizio di fondo. TEOFRASTO, *cit.*, crede di essere obbligato a formulare delle restrizioni al principio della forza obbligatoria del contratto; ma risulta chiaro che queste restrizioni, che il giudice doveva osservare, non erano oggetto di testi formali ed espliciti.

¹⁰⁹ La *συγγραφή*, contratto scritto di diritto commerciale, da quando, in epoca classica, comincia a presentare delle modalità specifiche non ha avuto bisogno di alcuna sanzione legislativa per essere riconosciuto davanti ai tribunali: resta un affare di giurisprudenza. D'altra parte, gli avvocati che insistono a questo proposito sulla 'legge del contratto', non hanno alcuna assicurazione che questa legge debba essere sancita dai giudici; nel *Contro Dionisodoro* (vedi *supra* n. 102) la questione è quella di sapere se si riconoscerà come obbligatoria la causa penale della *συγγραφή*: ancora una volta una questione giurisdizionale.

tra opposti torti"¹¹⁰. Questi rapporti (συμβόλαια), siano essi definiti delittuali o contrattuali, sono trattati nel medesimo modo. Nella teoria di Aristotele (*Et. Nic.*, V, 1131 b, 25 seg.), nel regolamento giudiziario delle relazioni contrattuali emerge la "giustizia correttiva" (δικαίον διορθωτικόν), allo stesso modo di come accade per la composizione nel caso di reati propriamente detti.

Il giudice appare qui come "un mediatore" nel senso che egli ha per funzione quella di compensare una "parte" attraverso la controparte; si tratta di ristabilire la "eguaglianza aritmetica", l'equilibrio: un attore si dice abbia ottenuto "giustizia" o abbia ricevuto "quanto gli spetta" quando si giudica ristabilito l'equilibrio¹¹¹. L'idea motrice è quella dal "danno": la nozione passiva dell'obbligazione domina e assorbe quella attiva.

Il diritto ateniese, il più evoluto tra i sistemi giuridici [*droits*] greci antichi, non ci offre quindi il concetto di un giudizio la cui funzione essenziale sia il riconoscimento e la sanzione dei diritti soggettivi. Sotto questo aspetto resta ancorato alla concezione primitiva della sentenza come cesura di una "querelle". Tutta la δίκη, per definizione, accorda solamente una preferenza. La preferenza non implica affatto che il diritto del vincente preesista, in un mondo fatto d'idee, alla dichiarazione del giudice.

Questa concezione si accorda ad una struttura giuridica. La nozione di diritto soggettivo non

¹¹⁰ PLATONE, *Politico*, 305 B: *tallelon egklemata diairein*.

¹¹¹ ARISTOTELE, *Et. Nic.*, V, 7, in particolare 1132 a 23, 28.

ha modo di manifestarsi direttamente nel corso del procedimento giudiziario, e non vi sono d'altronde vocaboli per tradurla¹¹². L'idea di soggetto di diritto, poi, non ha mai dato luogo a quei problemi sollevati altrove da un tipo di pensiero avido di sostanza: si dà rappresentanza in un caso come quello della tutela dove i romani non avrebbero potuto concepirla; la fondazione ha potuto ben funzionare senza che si sentisse il bisogno di un concetto come quello di persona morale.

E la struttura giuridica si accorda a sua volta al pensiero sociale che traduce la forma aristotelica *protron te physei e polis e oikia kai ekastos emon*, e alla natura storica delle città greche che non manifestano un rispetto spiccatamente religioso per i "diritti acquisiti". La rappresentazione dell'ordine giuridico, così come emerge dalla pratica giudiziaria, non corrisponde a quella di una sintesi più o meno armoniosa fra diritti precostituiti. La nozione di diritto corrisponde essenzialmente a quella di diritto oggettivo, quella di una norma cioè fregiata d'elasticità che i tribunali, in virtù della loro costituzione, amministrano con esplicita libertà. L'elemento che domina la coscienza giu-

¹¹² HIRZEL, *op. cit.*, pag. 129, che vuole a tutti i costi trovare un termine corrispondente, lo indica in *ἐξουσία*; ma *ἐξουσία* non ha alcun impiego giuridico; gli esempi che si possono citare sono alquanto rari (non ve n'è che uno da ricordare: ISEO, II, 45). Ad ogni modo, in epoca ellenistica, si trova, nel testamento di Epitteta, per il divieto di alienazione: *μη ἐχέτω [δὲ ἐξου]σίαν...*: è tuttavia notevole che il concetto sia quello del "permesso" (*exesti* e. g. ISEO, X, 10), e non del *potere*. — Nella stessa epoca il senso della parola si avvicina molto spesso a quello della *potestas* di diritto pubblico.

ridica non è l'idea delle legittime autonomie e delle pretese che s'impongono, ma l'idea della giustizia, in relazione alla quale la città s'incarica di definire le posizioni all'interno dell'ordine sociale. È rilevante che in Grecia non si sia neanche avuto, a rigor di termini, una filosofia del diritto, piuttosto, continuativamente, una filosofia della giustizia; rilevante anche che, nella teoria di Aristotele, la parte più sostanziale della giustizia, al di sotto del "diritto correttivo" che risulta dai giudizi dei tribunali, sia quella "distributiva" dove le parti non vengono riconosciute, ma costituite.

INDICE DEI NOMI

- ACHILLE, 59, 60, 72
 AGAMENNONE, 59, 60
 ANDRINI S., 25, 50
 ANTILOCO, 61
 ARENDT H., 31
 ARISTOFANE, 64, 83, 99
 ARISTOTELE, 19, 32, 64, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 95, 96, 106, 107,
 110, 112, 113, 114, 116
 ARPOCREAZIONE, 109
- BEAUCHET L., 93, 94, 96, 97, 99, 112, 113
 BELTRAMETTI A., 64
 BENJAMIN W., 13, 62
 BICKERMAN E., 51
 BIXIO A., 20
 BOBBIO N., 20
 BONNER R.J., 69, 80, 86, 89
 BRETONE M., 9, 49
 BRUCK E.F., 111, 112
 BURCKHARDT J., 30, 33, 62
 BURKERT W., 46
- CALLEMER R., 95
 CALABRÒ G., 21, 23
 CALHOUN G.M., 69
 CANFORA L., 9
 CANTARELLA E., 9, 39, 49
 CANTONI R., 42
 CAPOGRASSI G., 48
 CASSIRER E., 21
 COLLINET P., 100

* Le pagine in corsivo fanno riferimento al testo di Gernet.

DARESTE R., 88
 DEMOSTENE, 82, 83, 84, 91, 92, 93, 95, 105, 109, 110, 111, 112
 DÉTIENNE M., 33, 61
 DI DONATO R., 9, 10, 14, 38
 DURKHEIM É., 10, 25, 26, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 48, 64

 EHRENBERG V., 70, 71, 72, 75, 77, 84, 85
 ERODOTO, 82, 105
 ESCHILO, 32
 ESCHINE, 84, 96, 112
 ESiodo, 74, 76, 85
 ETTORE, 60

 FOUCAULT M., 19, 34, 35, 63
 FUSTEL DE COULANGES D.N., 35, 36, 37

 GAIO, 106
 GIDE P., 95
 GIRARD R., 45, 46
 GLOTZ G., 35, 37, 38, 39, 71, 74, 76, 99, 102, 104
 GRANET M., 35
 GROSSI P., 18, 36
 GURVITCH G., 19

 HARRISON J.E., 71
 HARTOG F., 36
 HAUSSOULIER B., 87
 HAVELock E.A., 33
 HEADLAM J.W., 74
 HEGEL G.W.F., 18
 HERTZ R., 35
 HESTIA, 45
 HIRZEL R., 70, 71, 72, 84, 85, 90, 115
 HOBBS TH., 18
 HOMMEL H., 86
 HUIZINGA J., 56
 HUVELIN P., 39

IPERIDE, 111, 112
 ISEO, 88, 92, 93, 95, 98, 115
 ISOCRATE, 84, 94, 111

 KELSEN H., 21, 24, 49

 LATTE K., 51, 74, 75, 76, 78, 81
 LEISI E., 89, 92
 LEIST G.A., 90, 92, 93
 LÉVY-BRUHL H., 89
 LICURGO, 84
 LIPARI N., 44
 LIPSIUS J.H., 69, 77, 78, 81, 88, 93, 94, 96, 97, 98, 100, 109, 110
 LISLA, 96, 112
 LORAUX N., 31
 LUHMANN N., 22, 29, 46, 47, 48

 MAFFI A., 40
 MASCHKE R., 107, 108, 111, 112
 MATTEUCCI N., 20
 MAUSS M., 10, 11, 14, 26, 27, 35, 39, 46
 MEIER CH., 30
 MEILLET A., 84
 MEISTER R.M.E., 74
 MENELAO, 56, 61
 MEYERSON I., 14
 MITTEIS L., 87, 92, 93, 99
 MOMIGLIANO A., 14, 35, 37, 51, 62
 MONTANARI E., 31
 MONTESQUIEU C.-L., 18
 MUSTI D., 9

 NIETZSCHE F., 33

 Omero, 33, 56, 59, 62, 74, 99
 ORESTANO R., 48
 OST F., 59

PAOLI U.E., 69, 80, 84, 89, 102, 112

PARTSCH J., 69, 97, 98, 104

PATROCLO, 56, 58, 60

PELEO, 60

PLATONE, 64, 65, 66, 67, 68, 77, 96, 106, 107, 110, 111, 113, 114

PLUTARCO, 104

POLLUCE, 96

PRIAMO, 60

RABEL F., 100, 101

RIBOT T., 40

RICCOBONO F., 17

RÜGER A., 92

SCHLAVONE A., 15

SCHMITT C., 32

SEIGNOBOS C., 38

SERVIO, 84

SIMMEL G., 21

SMITH G., 69, 80, 86, 89

SOCRATE, 34, 64, 65

SOLMENS FR., 81

SOLONE, 32, 83, 86, 88, 100, 104, 108

STAROBINSKI J., 19

STEINWENTER A., 70, 77, 80, 83, 86, 87, 89

TADDEI A., 10

TEOFRASTO, 97, 106, 113

TRASIMACO, 65

TREVES R., 19

UNTERSTEINER M., 32

VAN DE KERCHOVE M., 59

VEGETI M., 57, 59, 60, 64, 65

VERNANT J.-P., 9, 57, 61

VICO G.B., 19

VIDAL-NAQUET P., 9

VINOGRADOFF P., 83, 94

WEBER M., 22, 23, 24, 25, 28, 31, 50, 53, 64

WEISS E., 69, 71, 98, 99, 112

WOLFF H.-J., 72, 73

WUNDT W.M., 40

WYSE W., 82

ZIEBARTH E., 76, 79

Che cos'è una δίκη?

Nel saggio del 1937 qui presentato e tradotto, Louis Gernet fornisce una ricostruzione filologica della nozione di giudizio nell'esperienza giuridica greca. Δίκη come sentenza dunque, disintegrata però dai riferimenti concettuali e istituzionali che rendono familiare questa nozione alla nostra sensibilità giuridica; manca, infatti, in Grecia antica, la figura professionale del giudice, la concezione normativa di un ordinamento, una tecnica specializzata di disciplinamento sociale assimilabile al *ius* dei romani. La sentenza va quindi integrata piuttosto a un contesto antropologico definito da diversi elementi regolatori (giuramento, duello, faida, rituali di appropriazione) che, ordinati nel loro insieme, costituiscono il materiale procedurale di un agire sociale inedito che si installa nel cuore della polis. Questo è il 'prediritto': dispositivo concettuale che spiega un orizzonte di senso al cui interno è praticabile una genealogia degli istituti giuridici intesa a fuggire ricostruzioni privilegianti, unilateralmente, ora il dato fattuale ora quello normativo.

Louis Gernet (Parigi, 1882-1962) è stato Professore di Filologia classica all'Università di Algeri e poi di Sociologia giuridica all'École Pratique des Hautes Études di Parigi, nella sezione 'Antiquité'; dal '50 Direttore dell'Année Sociologique. Tra i suoi scritti: *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce* (1917), *Le génie grec dans la religion* (1932), *Droit et société dans la Grèce ancienne* (1955), *Antropologia della Grecia antica* (1968).

Davide De Sanctis, dal 2004 dottore di ricerca in 'Istituzioni giuridiche ed evoluzione economico sociale' con una tesi dal titolo *Louis Gernet: dal diritto al prediritto*, è ricercatore in Sociologia giuridica presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università "Federico II" di Napoli. Fa parte del Gruppo SPE (Sociologia per la persona) nelle cui pubblicazioni ha scritto, nel 2005, *La persona nella sociologia francese degli inizi del XX secolo* (in AA.VV. *Sociologia per la persona*, Milano) e *Labyrinths of Childhood* (in AA.VV. *Childhood and Society*, New York).

Euro 14,00

ISBN/EAN



9 788834 875278