

MARIO TALAMANCA (ROMA)

INTERVENTO SULLA RELAZIONE DI DOUGLAS MACDOWELL

Non è, di certo, compito del “discussant” fare un’altra relazione: né ciò sarebbe possibile nel poco tempo di cui dispongo, soprattutto perché una certa – seppur ormai molto lontana – consuetudine, almeno con i passi della Πρὸς Πανταίετον¹, mi porterebbe ad allungare eccessivamente il mio discorso, tenendo conto delle mie abitudini e di quella tendenza all’analisi minuziosa che mi rende ormai difficile portare a termine qualsiasi lavoro.

Il “restatement” cui ha proceduto il collega MacDowell è molto preciso, anche perché, in modo puntuale, è stato sapientemente orientato su due punti. Sotto un primo profilo, esso tende a fornire – sul piano testuale, sul quale si è del resto attestata una dottrina non certo abbondante, ma che è discutibile possa venir ulteriormente incrementata, tenendo conto della documentazione di certo non

¹ Acquistata, come ho già detto e scritto in varie occasioni, in una ricerca, durata abbastanza nel tempo (direi dal 1968 al 1975). Essa partiva da uno dei corsi tenuto alla Scuola di perfezionamento in diritto romano e diritti dell’Oriente mediterraneo della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Roma, nella quale ho insegnato, per opera e per incitamento di Edoardo Volterra, Diritti greci dal 1965 al 1985, anno in cui la Scuola tacque a seguito delle riforme legislative, continuando ad insegnare fino al 1991 la stessa materia nel Corso di perfezionamento in diritto romano, che alla Scuola era succeduto, ed in cui, per mancanza d’interesse nei perfezionandi, con quell’anno tacque l’insegnamento dei diritti greci, durante il quale ho avuto spesso l’impressione di parlare soltanto per me stesso. Nel 1968, se non ricordo male, avevo preso lo spunto per le lezioni dalla monografia di H.J. Wolff, *Die attische Paragraphe. Ein Beitrag zum Problem der Auflockerung archaischer Prozessformen* (Weimar 1966), e da esse si era sviluppato il progetto di un articolo a proposito, che si è poi successivamente ampliato fino ad investire, si può dire, il processo attico nel suo insieme. Dello stato della ricerca ho dato rapido conto nella relazione al primo Symposium (cfr. M. Talamanca, *Giudizio paragrafico ed ammissibilità dell’azione nel sistema processuale attico*, in *Symposion 1971* [Köln/Wien 1975]), e di essa fra il 1971 ed il 1978 sono apparsi in vari luoghi dei *subseciva* o degli spezzoni (*L’oggetto dell’azione di Apollodoro contro Formione. Contributo allo studio di Demostene, “or.” 36 e 45*, in *Scritti A. Raselli 2* [Milano 1971] 1509ss.; *Qualche osservazione sull’ “or.” 17 di Lisia*, in *Xenion. Festschrift P.J. Zepos 1* [Athen/Freiburg i.Br./Köln 1973] 599ss.; *La legge di Dem., “or.” 21, 94 e l’appellabilità delle pronunce dell’arbitro privato in diritto attico*, in *BIDR. 78* [1975] 93ss.; *“Dikázein” e “krínein” nelle testimonianze greche più antiche*, in *Symposion 1974* [Athina 1978] 103ss.): di essi nessuno, però, verteva sulle δίκαι μεταλλικαί.

copiosa – una ricognizione del dato istituzionale, anche se, sempre per lo stato delle fonti, non è neppure possibile tentare, ed il relatore non l’ha in effetti tentato, la ricostruzione del dettato o dei dettati legislativi.

È vero che le fonti – mi riferisco a Dem. 37. 35 – ricordano, in materia di esperibilità delle δίκαι μεταλλικαί un νόμος μεταλλικός, sintagma del resto non troppo frequente nella nostra documentazione (direi ignoto al di là delle fonti retoriche): ma, a parte questi generici accenni, non v’è la possibilità neppure di intravedere anche parzialmente quale ne potesse essere la formulazione letterale, sulla base eventualmente di documenti inseriti “après coup” nei λόγοι δικανικοί, ma non per questo soltanto inattendibili².

Sotto il secondo dei profili cui dianzi accennavo, all’approccio meramente istituzionale corrisponde il rigoroso attenersi del relatore ai “mining cases”, senza andare, come avrebbe fatto sicuramente il controrelatore, a divagare su ciascuno dei punti toccati: ed è proprio su questi punti, anzi soprattutto su di uno, quello della struttura del processo paragrafico, che ha qualche idea personale chi vi parla. Vi rassicuro, non ve la esporrò: le mie idee al proposito sono rimaste – soprattutto perché non vi ho continuato a lavorare – quelle di più di trent’anni fa, esposte sinteticamente in una relazione fatta a Rheda nel primo dei Symposia³.

Dato l’equilibrio mostrato, come sempre, dal collega MacDowell, sui dati istituzionali e sul modo in cui essi sono stati filologicamente ricostruiti si può – a mettersi dal punto di vista seguito dal relatore – facilmente concordare, soprattutto sui risultati, estremamente sintetici, cui egli perviene alla fine del suo “paper”. È indubbio che a conclusioni parzialmente differenti, si potrebbe giungere ad approfondire i vari aspetti, o ad assumere punti di partenza diversi.

V’è forse un solo punto – quello della valutazione di [Dem.] 42. 32 – su cui avrei dei dubbi abbastanza precisi, sul piano della valutazione filologica. Siamo nell’epilogo dell’orazione, anzi alla fine della stessa (il discorso si chiude proprio

² Come dimostra il caso di Dem. 21. 94, sul quale ho avuto occasione di intrattenermi (cfr. M. Talamanca, *La legge di Dem.*, “or.”, 21, 94), in maniera un po’ farraginoso che ne ha con tutta probabilità impedito la lettura.

³ Già ricordata *supra*, nt. 1. Il testo comparso negli atti è solo schema, riassuntivo, di quella relazione, di poi ampiamente sviluppato nell’esposizione orale, anch’essa estremamente riduttiva rispetto allo stato della ricerca che, nelle grandi linee, s’era ormai conclusa, ed assommava, già in una prima stesura, a qualche centinaio di cartelle (ma debbo confessare che alla fine si superavano le due migliaia), entrate poi in un coma profondo, dal quale, insieme al loro autore, attendono di passare alla morte. Nonostante che tale conciso “resumé” fosse stato redatto in stile abbastanza più comprensibile di quello a me abituale, esso è rimasto praticamente ignorato o, comunque, né capito né discusso dai giustrecisti che non provengono dalla giustromanistica e che, ormai, sono purtroppo in maggioranza: e, ad aggravare la situazione, si aggiunge l’isolazionismo – che non fa certamente cultura – che spinge non pochi studiosi di area anglosassone a non apprendere in modo da padroneggiarle le lingue, in cui sono scritte cose dalle quali avrebbero molto da imparare.

con questo paragrafo). Il relatore ha trovato “intriguing” la comparazione che l’oratore fa di sé come di un servo, e ne vuole trarre determinate conclusioni sulla posizione dell’ignoto “plaideur”: mi sembra che in ciò non si sia tenuto conto del contesto retorico e della circostanza che – se fosse vero che l’oratore si fosse trovato in una posizione di “manager” subordinato, mentre i grossi profitti andavano ad altri – non si comprenderebbe perché di un così forte argomento egli non avrebbe fatto uso nel corpo dell’orazione, limitandosi a questa allusione finale, del tutto vaga.

Anche quando non si concordi, va sottolineato che si tratta sempre di questioni al limite opinabili e su cui, del resto, il relatore si schiera su altrui opinioni. È il caso delle δίκαι μεταλλικαί come δίκαι ἔμμηνοι, cui v’è stata un’indiretta allusione con un rinvio all’opinione di Edward Cohen che viene adottata. Sulla base dei due possibili significati di ἔμμηνος, la categoria delle δίκαι μεταλλικαί può intendersi sia come quella delle azioni che danno luogo a processi che debbono essere risolti in un mese, sia come quella di azioni che possono esser introdotte, presso i θεσμοθέται competenti a riceverle, in un solo giorno del mese.

A mio avviso, legittime (sulla base dell’interpretazione più o meno letterale delle fonti, sul punto invero non decisive) entrambe le opzioni, bisogna usare di quella ragionevolezza che è virtù tanto rara quanto indispensabile allo storico che non voglia fare sulle fonti mere esercitazioni di logica formale sul “wording” dei testi analizzati: cosa alla quale – lo riconosco – siamo tutti, più o meno, portati d’istinto, non foss’altro perché ci dilettiamo di studi che, in definitiva, trovano, o dovrebbero trovare?, in quella logica un referente non di scarsa portata.

Ora δίκαι μεταλλικαί e δίκαι ἐμπορικαί – come δίκαι ἔμμηνοι – sono azioni le quali tutelano affari di fondamentale importanza nell’economia ateniese e ricevono, sotto altri ed accertati profili, un trattamento nel senso dell’accelerazione dei processi (si pensi soltanto all’esonazione dalla δίαϊτα come arbitrato pubblico preventivo all’εἰσαγωγή della δίκη): perché mai dovrebbero ricevere un trattamento sfavorevole in ordine ai giorni in cui poteva avvenire il δίκην λαγχάνειν rispetto alle altre azioni per cui non consta – per quanto posso ricordare – che vi fosse al riguardo una disciplina così rigida? Si potrà discutere se o meglio a chi l’accelerazione dei processi sia vantaggiosa o svantaggiosa, perché spesso succede che quello che va bene all’uno vada male all’altro dei contendenti, ma si tratta tuttavia di un aspetto che mi fa propendere nettamente per l’opinione che le δίκαι ἔμμηνοι siano azioni che, come regola, andavano concluse entro un mese, anche se mi raffiguro senz’altro ampie possibilità di δισσὸς λόγος⁴.

Proprio perché m’è toccato di discutere di una relazione che si distingue per essere alla lettura particolarmente corretta nell’ambito di quella che chiamerei la metodologia dei “Realien” (dalla quale si può aver qualche dubbio che gli studi

⁴ Ad es., sulla base della necessità di limitare i giorni in cui commercianti ed esercenti delle miniere potessero esser distolti dalle loro occupazioni per attendere agli affari giudiziari.

giusgreco-cistici riescano facilmente ad uscire), m'interessa, però, molto più di fare qualche considerazione per l'appunto sul metodo.

Il problema sta nel fatto – troppo noto per dovervi insistere – che il mondo greco non ha elaborato la scienza del diritto positivo, la quale non può esser sostituita dalla filosofia del diritto, come qualche volta pensano anche i più grandi dei filologi: e, quasi quarant'anni fa nella discussione seguita ad una conferenza tenuta a Trieste (nella quale avevo ribadito questo punto), vi si rifaceva il carissimo e compianto amico Marcello Gigante per falsificare una mia affermazione sull'assenza in Grecia di una scienza del diritto. E, d'altro lato, tutti sappiamo che la Grecia è la patria del νόμος (più o meno esattamente traducibile con *lex*), mentre Roma è la culla del *ius* (termine, codesto, praticamente intraducibile in greco, ché certamente non può essere reso – soprattutto per il greco dell'epoca classica, quella su cui ho fatto qualche esperienza – con l'ambiguo δίκαιον).

E, d'altro canto, la nostra documentazione non offre neppure per Atene – il contesto al quale più o meno tutti ci riferiamo come a quello meglio conosciuto, se si lascia da parte la prassi documentale dell'Egitto greco-romano e, sotto questo profilo o quello legislativo, qualche altro fortunato contesto epigrafico, che sempre io sento un po' come tante ipostasi, nel nostro campo, dell'isola del dottor Moreau – un panorama così completo da permettere una storia della legislazione, che potrebbe avere un notevole interesse sul piano della storia politica, anche se, per valutarla appieno, bisognerebbe poi vedere come funzionavano legislazione ed istituzioni⁵.

È questo il *punctum dolens* di qualsiasi ricostruzione di un aspetto della realtà istituzionale nel mondo greco, il che, con qualche ampiezza, può in definitiva avvenire per Atene e per la prassi documentale greco-egizia, oltre che, in misura molto minore, per Gortina, dove abbiamo, fra l'altro, il privilegio di poter disporre dei più ampi squarci autenticamente conservati di una legislazione cittadina⁶, che non permettono però molto di più che un'analisi strutturale della legge in sé considerata, e qualche raffronto diacronico, quando possibile. Ma una legge letta da un moderno, dal collega Maffi o da me (per fare i nomi di due persone che valutano in modo diverso specifiche disposizioni di quel νόμος) quale garanzia dà – nell'astrattezza di una simile lettura – di essere quello che vi leggevano allora gli abitanti di Gortina?

⁵ Per qualche considerazione sul modo in cui, a tale riguardo, io vedo le cose, cfr. M. Talamanca, *Il diritto in Grecia*, in M. Bretone/M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma* (Bari 1981) 5ss.; *Politica, equità e diritto nella pratica giudiziaria antica*, in "Mneme G.A. Petropoulou" 2 (Athina 1984) 333ss.

⁶ Diverso è il discorso sull'"Αθηναίων πολιτεία di Aristotele, in cui si descrive l'ordinamento attico e se ne narra la storia, mentre dei Νόμοι di Teofrasto (una sorta di trattato di legislazione comparata) troppo poco è stato conservato per desumerne con certezza in che modo si sarebbe orientata l'importanza dell'opera, se essa ci fosse pervenuta nella misura dell'"Αθηναίων πολιτεία d'anzì ricordata: l'impressione per Teofrasto è che si trattasse non di una riproduzione letterale del testo dei νόμοι, anche se forse più vicina alle proposizioni normative di quanto non fosse l'opera di Aristotele.

Il diritto, le istituzioni sono quelli che vivono nella rappresentazione dei contemporanei: nel pensiero dei giuristi e nella prassi degli operatori del diritto, insieme o contrapposti (ovvero nell'uno o nell'altra, a seconda dei contesti storici), che sono attivi nell'epoca considerata: don Álvaro d'Ors diceva sempre, ed aveva perfettamente ragione anche in un paese di diritto codificato com'è la Spagna, che “derecho es lo que aprueban los jueces”, e nella nostra civiltà moderna, in effetti, il ruolo del giurista teorico tende a divenire secondario rispetto a quello attualmente svolto dalle corti di giustizia, che non sono del resto paragonabili ai grandi tribunali dell'“Ancien Régime”, i quali non erano di certo composti da giudici ignoranti: effetto, senz'altro, della cultura – se la si può chiamar così – di massa. Pur rispetto ad un codice (ed il discorso diverrebbe molto più complesso nei confronti di un diritto giurisprudenziale o giudiziale), il diritto vive soltanto nel modo in cui lo vede chi lo pensa, ché, a fronte dell'interprete (nel senso alto degli *interpretes iuris* romani), l'unico dato oggettivo sono le proposizioni normative, una lettera morta che si vivifica soltanto attraverso l'intelligenza, se c'è, dell'interprete stesso. E non si dimentichi, d'altronde, che il diritto ed il processo vengono in ballo solo quando il rapporto è ormai turbato sul piano socio-economico, pur costituendo ovviamente l'astratta disciplina giuridica, quando di facile accertamento, un aspetto che viene valutato nelle decisioni prese su tale piano. Con ciò il discorso s'allargherebbe a dismisura: e, in definitiva, almeno per l'esperienza attica, qui immediatamente considerata in ordine ai “*mining cases*”, rileva essenzialmente il momento del giudizio, della “crisi” in senso moderno ed in senso antico.

Se anche ricostruissimo – fino all'ultima lettera – il νόμος μεταλλικός, avremmo un punto della dialettica giudiziale, con il quale gli antichi, e noi sulla loro scorta, avrebbero potuto costruire una serie di massime di decisione: il che sarebbe, però, vero, se non fossimo ad Atene, dove, come in tutto il mondo greco, la prassi non era assistita da una qualsiasi scienza del diritto. Ma il *modus procedendi* dei tribunali attici non poteva, com'è noto, generare se non la retorica giudiziaria, perché è questa soltanto che può convincere delle giurie laiche, soprattutto in un complessivo contesto sociale nel quale, a differenza ad es. che in Roma, anche le persone colte non potevano sapere di una scienza del diritto per il semplice fatto che questa non esisteva, e dove una democrazia – più o meno bene interpretata – impediva il funzionamento di quell'*auctoritas* su cui si fondava la *scientia iuris* dei *prudentes* romani⁷.

⁷ Per marcare, al proposito, una differenza fra la patria del diritto e quella della retorica, ho sempre ritenuto altamente significativo l'episodio narrato in [Dem.] 47. 68-72: l'attore nell'attuale processo ed avversario di Teofemo, che persegue Evergo e Mnesibulo per una falsa testimonianza prestata in una delle tante vicende giudiziarie che si erano avute nel caso, descrive i passi cui ha proceduto dopo la morte di una sua vecchia nutrice e liberta che era seguita al parapiglia sorto durante gli atti d'esecuzione privata messi in essere dallo stesso Teofemo contro l'attuale attore. Quest'ultimo vorrebbe agire per la morte della nutrice stessa, e si rivolge agli ἐξηγηταί, un collegio sacerdotale che

Da questo punto di vista, bisognerebbe aver sempre presente l'ammonimento che Hans Julius Wolff aveva fatto ad interpretare i discorsi degli oratori attici, la fonte più "tecnica", se vogliamo usare di questa *amplificatio* (in sé infondata), che ci è pervenuta dalla Grecia pre-ellenistica, tenendo conto delle necessità della difesa retorica, anche se ciò non sia spesso facilmente praticabile sulla base di un'astratta razionalità. Ammonimento, ahimé, raramente seguito se non da Gerhard Thür, che penso poter definire come allievo del grande maestro.

A questo avevo pensato leggendo in precedenza – ed ora ascoltando – il "paper" del collega MacDowell sull'*or.* 37 di Demostene. Non credo, per fare un esempio concreto, che vi sia molto da meravigliarsi sul fatto che – secondo quanto risulta dai §§ 33-34 – Panteneto abbia cumulato nella δίκη μεταλλική esercitata contro Nicobulo una serie di pretese che sembrerebbero fuoriuscire, anzi sicuramente fuoriescono, dalle previsioni del νόμος μεταλλικός, onde – oltre all'ἄφεσις καὶ ἀπαλλαγὴ – il convenuto ebbe a dedurre nella παραγραφή anche l'incompetenza dei θεσμοθέται, come risulta dal § 34 (καὶ οὐκ ὄντων εἰσαγωγέων τῶν θεσμοθετῶν ὑπὲρ ὧν λαγχάνει Πανταίνετος): ed il problema è, per l'appunto, offerto dalla contestuale notizia fornita dal convenuto che questa parte della παραγραφή era stata eliminata dai θεσμοθέται stessi.

Che le disposizioni dei νόμοι sulle δίκαι μεταλλικαί e su quelle ἐμπορικαί non venissero applicate dai θεσμοθέται alla lettera – per usare un "understatement" – risulta con chiarezza dai λόγοι ἐμπορικοί, se vogliamo chiamarli così, del *corpus Demosthenicum* (di cui, com'è noto, nessuno è genuino): ed a ciò corrisponde il fatto che, nella maggior parte dei casi, il convenuto eccepisce, per l'appunto, quella che noi chiameremmo l'incompetenza dei tesmoteti, i quali, però, se, a differenza che in Dem. 37, accettano l'eccezione, non ricorrono ai loro poteri d'ufficio per denegare – si direbbe con terminologia romanistica – l'azione.

Già in ciò si potrebbe vedere qualcosa di contraddittorio, ma non è questa la sede per parlarne. Per chiudere il discorso sulla Πρὸς Πανταίνετον ed il νόμος μεταλλικός vorrei solo osservare come, in effetti, si assista – nei fatti descritti nel § 34 – a qualcosa che non è facile spiegare⁸: se, come ha detto esattamente il relatore e come risulterebbe a tutta evidenza da quanto dice Nicobulo (ma il problema, qui ed

potrebbe esser più o meno alla lontana paragonato ai *pontifices* romani, i quali – in via di consiglio (perché non possono dare pareri vincolanti al di fuori dei νόμιμα riguardanti l'aspetto religioso del caso) – gli fanno presente che, non essendo la donna né una parente né una schiava dell'attore stesso, egli non può esercitare la δίκη φόνου. Ricevuto tale – insoddisfacente – parere, quest'ultimo non si acquieta ad esso, ma va a leggere τοὺς νόμους ... τοὺς τοῦ Δράκοντος ἐκ τῆς στήλης e si consulta sul da farsi con gli amici. La differenza con quello che sarebbe successo in Roma con un *responsum* dei *pontifices* è palmare.

⁸ Anche perché bisognerebbe risolvere una serie di questioni preliminari, ad es., se fosse possibile dedurre più motivi in ordine al fatto che la δίκη non fosse εἰσαγωγίμος, il che del resto deve raccordarsi all'analogia questione in relazione all'ἔγκλημα dell'attore, tenendo anche conto della – da molti ipotizzata – tipicità delle δίκαι attiche.

altrove, è che noi veniamo a sapere dei fatti di causa da una fonte viziata dall'ottica di parte), l'azione era, in ordine a molte delle *causae petendi*, irricevibile⁹, per quale mai ragione i tesmoteti non l'hanno rilevato d'ufficio, ed hanno invece stralciato il relativo capo dell'eccezione proposta dal convenuto?

Situazioni di questo genere sono frequenti nell'utilizzazione dei logografi attici per una storia del diritto attico che non si limiti ad una raccolta di "Realien" (per cui il *corpus oratorum Atticorum* non offre – come dianzi dicevo – che materiale pregiudicato dall'ottica di parte): e sono molti i dubbi che ne sorgono sulla praticabilità di un metodo che si presenterebbe, in astratto, come idoneo a fornire dei risultati di qualche rilievo. Ma è un discorso che si dovrebbe riprendere nel corso della discussione sulla relazione sullo stato dell'unione che sarà presentata da Eva Cantarella¹⁰.

⁹ Per raffigurarsi la complessità dei dati in questione, si tenga però presente quanto fosse lontano il fondamento della δίκη ἐμπορική nella pseudodemostenica παραγραφή πρὸς Ἀπατούριον ([Dem.] 33), dove tuttavia i tesmoteti accettano sia la δίκη che la παραγραφή fondata sull'assenza del συμβόλαιον Ἀθήνηθεν ἢ Ἀθήναζε richiesto dal νόμος ἐμπορικός.

¹⁰ Ma che non è stato, sostanzialmente, ripreso per varie ragioni: un po', perché tale relazione non ha puntualmente affrontato i punti di vista qui esposti; un po', perché chi interveniva era di tutt'altre faccende preoccupato; un po', per mia colpa, dato che non ho preso la parola, in quanto ero in condizioni fisiche, e quindi psicologiche, non buone, ma, forse, anche perché in base a quello che avevo sentito ero un po' sfiduciato sulla possibilità di aprire una reale discussione.

