

Alberto Maffi

PROCESSO DI STATUS  
E RIVENDICAZIONE IN PROPRIETÀ  
NEL CODICE DI GORTINA:  
«DIADIKASIA» O AZIONE DELITTUALE?

1. Tra le fonti esaminate nel contributo da lui pubblicato negli Atti del XII Symposium (1999), dal titolo *Sachverfolgung und Diebstahl in den griechischen Poleis*, Gerhard Thür prende ampiamente in considerazione anche la prima colonna del Codice di Gortina, in cui, come è noto, sono disciplinati due tipi di processo: il processo relativo all'accertamento dello *status libertatis* e il processo relativo alla proprietà su uno schiavo. L'analisi condotta da Thür tende a ribadire la sua tesi, già formulata in *Symposion 1977*, secondo cui in Grecia la *diadikasia* non si applicava alle controversie relative alla proprietà privata: per quanto riguarda in particolare le procedure descritte nella I colonna del Codice, in esse sarebbe riconoscibile una struttura di tipo delittuale, anche se diversa da quella della *dike aphaireseos* attica su cui ci informa in particolare Lisia nella sua XXIII orazione, *contro Pancleone*. Riassumo qui brevemente le caratteristiche delle due azioni. La *diadikasia* è un'azione che mira ad ottenere dal giudice una sentenza che accerti la titolarità di un diritto controverso fra le parti: ciascuna delle due (o più) parti tenta quindi di addurre elementi di prova tali da indurre il giudice a riconoscerle la titolarità del diritto. La *dike aphaireseos*, che ad Atene si applica in particolare alle controversie di status o a quelle relative alla proprietà di uno schiavo, presuppone che il rivendicante tenti di impadronirsi stragiudizialmente della persona da lui rivendicata come proprio schiavo (*ago-*

ge), sia che si tratti di un libero, sia che si tratti di uno schiavo in possesso di altri. Se un *adsertor in libertatem* o, rispettivamente, l'attuale possessore dello schiavo, si oppongono, sottraendogli (appunto mediante *aphairesis*) la persona su cui egli tenta di esercitare l'*agoge*, egli dovrà agire in giudizio al fine di ottenere la condanna della controparte per aver commesso un illecito (*aphairesis*) nei suoi confronti: ma, dalla condanna al pagamento di una penalità per l'illecito commesso, indirettamente si desume in un caso se la persona contesa è libera o schiava e nell'altro se lo schiavo appartiene al rivendicante o all'attuale possessore.

Nel mio contributo al Symposium 1995, *Processo di libertà e rivendicazione in proprietà dello schiavo a Gortina e ad Atene*, ho sostenuto che le azioni previste e regolate nelle ll. 15-24 della I colonna del Codice assumono appunto la forma di una *diadikasia*. In *Sachverfolgung*, che la cortesia dell'autore mi ha permesso di leggere prima della pubblicazione, Thür prende le mosse proprio da una critica delle mie opinioni per ribadire il suo punto di vista. Dato l'interesse che la questione riveste per approfondire un punto dottrinario di fondamentale importanza, abbiamo deciso di comune accordo, il caro ed esimio collega Thür ed io, di rendere pubblica la discussione che si svolge da tempo fra noi sulla natura dei processi disciplinati nella I colonna del Codice di Gortina. Thür ha avuto quindi la cortesia di consentire la pubblicazione su questo numero di «Dike» di quella parte del suo contributo al Symposium 1999, che riguarda la I colonna del Codice, aggiungendovi un importante «Nachtrag» che dà conto succintamente, dal suo punto di vista, dei risultati delle nostre discussioni private. I lettori troveranno qui di seguito le mie considerazioni critiche sull'articolo di Thür pubblicato su questo stesso numero di «Dike», e potranno così confrontare le nostre posizioni.

Per rendere più facile la valutazione del dibattito riporto qui la I colonna del Codice nell'edizione di Willetts e nella mia traduzione:

IC IV 72 col. I. 2-35, 51-55

θιοί.

- (2) ὅς κ' ἐλευθέροι ἔ δόλοι μέλλει ἀνπιμολεῖν, πρὸ δίκας μὲ ἄγεν. αἰ δ' ἐ κ' ἄγει, καταδικασάτο τῷ ἐλευθέρο δέκα στατέρανς, τῷ δόλο πέντ-

- ε οτι ἄγει καὶ δικακσάτο λαγάσαι  
 ἐν ταῖς τρισὶ ἡμέραις. αἰ [δέ] κα  
 μὲ [λαγ]άσει, καταδικαδδέτο τῷ μὲν  
 ἐλευθέρῳ στατῆρα, τῷ δόλο [δα]ρκν-  
 ἄν τῆς ἡμέρας ἐκάστας, πρὶν κα λα-  
 γάσει· τῷ δὲ κρόνο τὸν δι[κ]αστ-  
 ἄν ὁμνύοντα κρίνεν. palmula αἰ δ' ἄννίοιτο  
 μὲ ἄγεν, τὸν δικαστᾶν ὁμνύντ-  
 α κρί[ι]νεν αἰ μὲ ἀποπονίοι μαίτυς.
- (15) αἰ δὲ κα μολῆι ὁ μὲν ἐλεύθερον  
 ὁ δ[ε] δ[ι]ῶλον, κάρτονας ἔμεν  
 [ῶτερο]ί κ' ἐλεύθερον ἀποπονίον-  
 τι. αἰ δὲ κ' ἄνπι δόλοι μολίοντι  
 πονίοντες ἐὸν ἐκάτερος ἔμ-  
 εν, αἰ μὲν κα μαίτυς ἀποπονῆι, κ-  
 ατὰ τὸν μαίτυρα δικάδδεν, αἰ  
 δὲ κ' ἔ ἄνποτέροις ἀποπονίοντι  
 ἔ μεδατέροι, τὸν δικαστᾶν ὁ-
- (24) μνύοντα κρίνεν. ε δὲ κα νικαθῆι ὁ  
 ἔκον, τὸμ μὲν ἐλεύθερον λαγ-  
 ἄσαι τᾶν πέ[ν]τ' ἡμερᾶν, τὸν δὲ δῶ-  
 λο[ν] ἐς κῆρανς ἀποδόμεν. αἰ δὲ  
 κα μὲ λαγάσει ἔ με ἀποδοῖ, δικακ-  
 σάτο νικῆν τῷ μὲν ἐλευθέρῳ  
 πεντέκοντα στατῆρανς καὶ σ-  
 τατῆρα τῆς ἡμέρας ἐκάστ-  
 ας, πρὶν κα λαγάσει, τῷ δὲ δόλο  
 δέκα στατῆρανς καὶ δαρκνᾶν  
 τῆς ἡμέρας ηεκάστας, πρὶν κ' ἄ-  
 ποδοῖ ἐς κῆρανς.
- 51 vac. αἰ δ-  
 ἔ κα κοσ[μ]ίον ἄγει ἔ κοσμίοντο-  
 ς ἄλλος, ε κ' ἀποστᾶι, μολέν, καὶ κ-  
 α νικαθῆι, κατιστάμεν ἀπ[ὸ] ἄ[ι]ς  
 [ἡμέρα]ς ἄγαγε τὰ ἐγραμένα.

Dei! Chi è tenuto ad agire in giudizio (per affermare il proprio diritto) riguardo a un libero o a uno schiavo, non deve impossessarsene prima del processo. Se lo fa, (il giudice) lo condanni a pagare dieci stateri se si tratta di un libero, cinque stateri se si tratta di uno schiavo, a seconda della persona di cui si è impossessato, e lo condanni a rilasciare la persona entro tre giorni. Se non la rilascia, il giudice lo condanni a pagare, per ogni giorno precedente il rilascio, uno statere per il libero e una dracma per lo schiavo. Il tempo lo stabilirà il giudice prestando giuramento. Se nega di essersi impossessato della persona in oggetto, il giudice decida giurando a meno che non vi sia un testimone.

(15). Se una delle parti afferma che (la persona contesa) è libera e l'altra che è schiava, prevalgano coloro che testimoniano trattarsi di un libero. Se la lite riguarda l'appartenenza di uno schiavo e ciascuna delle parti afferma che è suo, se un testimone depone, il giudice decida in modo conforme alla testimonianza; se vi sono testimoni a favore di entrambe le parti o di nessuna delle due, il giudice decida giurando.

(24) Dal momento in cui il possessore soccombe in giudizio, egli deve rilasciare il libero o consegnare lo schiavo nelle mani (del vincitore) entro cinque giorni. Se (il possessore) non effettua il rilascio o la consegna, (il giudice) decida che (il vincitore) abbia diritto a cinquanta stateri per il libero e a uno statero per ogni giorno precedente il rilascio, e per lo schiavo a dieci stateri e a una dracma per ogni giorno precedente la consegna.

(col. I 51 - II 2). Se uno che ricopre la carica di *kosmos*, o un altro per lui, si impadronisce di una persona, sia consentito agire in giudizio dal giorno in cui esce di carica, e, se il convenuto soccombe, paghi ciò che è stabilito a partire dal giorno dell'impossessamento.

2. La disciplina delle controversie prese in considerazione nella I colonna del Codice si divide nettamente in due parti. Nella prima parte, corrispondente alle ll. 2-14, si vieta, a chi intenda rivendicare come proprio schiavo una persona libera o uno schiavo in possesso di altri (e io aggiungo anche il caso dello schiavo altrui rivendicato come libero, su cui tornerò più avanti), di impadronirsi (*agein*) della persona rivendicata. Sono vietati quindi gli atti di autotutela precedenti il processo. Thür osserva come il divieto di *agen pro dikas* («gewaltsames Wegführen vor dem Prozess», p. 99) rappresenti una differenza rilevante rispetto al diritto attico, dove invece, come abbiamo accennato sopra, i processi relativi a controversie analoghe vengono introdotti mediante un tentativo di *agoge* da parte di chi si pretende padrone, a cui si collega immediatamente l'*aphairesis* da parte di un *adsertor in libertatem* o da parte dell'attuale possessore dello schiavo: gli atti di autotutela precedenti il processo, quindi, lungi dall'essere vietati, divengono la premessa necessaria e ritualizzata del processo che indirettamente accerterà la titolarità del diritto controverso. A Gortina, invece, «Status und Eigentumsprozesse um Sklaven» si svolgono «ohne die in Athen nötigen vorprozessualen Akte des formalen “Wegführens” und formalen “Entreissens”» (p. 99).

Thür passa poi alle ll. 15-24, cioè alla seconda parte della normativa procedurale contenuta nella I colonna, in cui si regolano i processi sul merito della controversia, cioè lo status della persona della

cui libertà si discute o, rispettivamente, la proprietà sullo schiavo conteso. Nel mio contributo al Symposium 1995 scrivevo: «Che il processo disciplinato alle ll. 15-24 non abbia la struttura della *dike apbairesios* attica è dimostrato secondo me dal fatto che l'eventuale sanzione pecuniaria a carico di chi non rilascia il libero o non consegna lo schiavo (col. I 27 s.) colpisce non il comportamento anteriore alla pronuncia della sentenza (cioè la supposta *apbairesis*), ma il fatto di non aver ottemperato alle conseguenze che la legge fa discendere dalla sentenza di accertamento a lui sfavorevole» (p. 22). E ancora: «se la sentenza di accertamento ha stabilito che il titolare dello schiavo conteso è colui che non possiede lo schiavo, è la legge stessa a imporre la sua consegna entro 5 giorni» (*ibid.*). In ciò si manifesta una notevole discrepanza rispetto alla sentenza di condanna nei confronti di colui che ha compiuto un'*agoge* preprocessuale (ll. 4-7): qui il giudice non solo condannerà l'*agon* a pagare una penalità per il fatto di aver compiuto l'*agoge*, ma lo condannerà contestualmente anche a liberare la persona di cui si è impadronito. La ragione di questa discrepanza, lo segnalavo sempre nel 1995, sta nel fatto che «una sentenza di accertamento non può contenere un comando» (*ibid.*), e in ciò vedevo una conferma del fatto che l'azione di cui alle ll. 15-24 è appunto una *diadikasia*.

3. Dopo aver esposto il contenuto della legge, Thür inizia a costruire la sua interpretazione del testo allo scopo di dimostrare che i processi previsti alle ll. 15-24 hanno natura delittuale. Thür esamina separatamente il processo relativo allo *status libertatis* e il processo relativo alla proprietà su di uno schiavo.

Per quanto riguarda il processo di status, il punto di partenza è dato dalla previsione contenuta nelle ll. 24-26: «se il possessore della persona contesa soccombe in giudizio, e la persona contesa è un uomo libero, deve rilasciarlo (*lagasai*) entro cinque giorni». Se ne desume, osserva Thür, che una delle due parti contendenti ha acquistato in precedenza il possesso della persona del cui status si contende. Ora, l'uso del verbo *lagaio* e soprattutto le severe sanzioni contro il soccombente che non adempia all'obbligo di rilascio, inducono a escludere che il soccombente vada identificato con l'*adsertor in libertatem*. *O ekon* deve essere dunque la persona che nel processo ha affermato di essere il proprietario della persona rivendicata in libertà.

Thür si pone ora il quesito cruciale: «Wie ist die Partei, welche die Unfreiheit behauptet, in den Besitz der umstrittenen Person gelangt?» (p. 101). La risposta, che rappresenta per così dire la chiave di volta di tutta costruzione di Thür, è la seguente: poiché è vietato *agein* prima del processo, egli deve aver esercitato l'*agein* nel processo, sotto gli occhi del giudice («Nachdem ein Wegführen “vor dem Prozess” unerlaubt ist ..., muss es – unter den Augen des Dikastas – “im Prozess” zulässig gewesen sein», *ibid.*). Questa affermazione si basa, secondo me, su un'implicazione logica inaccettabile: cioè che a *pro dikas me agen* («vor dem Prozess *agein*») sia logicamente contrapponibile soltanto un *agein* durante il processo («im Prozess *agein*»). In questo modo si esclude un'altra alternativa possibile all'*agein* prima del processo, cioè l'*agein* dopo il processo. Ora, mentre di un *agein* dopo la sentenza troviamo una menzione esplicita proprio nella proposizione posta a chiusura della I colonna (I 56 - II 2), che nella costruzione del discorso legislativo appare come il contraltare del divieto di *agen pro dikas* posto all'inizio della colonna, di un *agein* durante il processo non vi è alcuna attestazione esplicita nella legge. Per giustificare questa assenza, del cui peso per le sorti della sua costruzione teorica egli si rende ben conto, Thür scrive: avendo il legislatore preso esplicitamente in considerazione nelle ll. 2-14 l'*agen pro dikas*, non aveva poi bisogno di menzionare «den rein formalen Akt des “*agein* im Prozess”» (p. 101). Mi sembra inutile sottolineare come questa spiegazione non possa risultare in alcun modo soddisfacente.

Se si tratta di spiegare come possa esistere un possessore (*o ekon*) che, in seguito alla condanna di cui alla l. 24, sia tenuto a rilasciare il libero di cui era in possesso, c'è da considerare una terza possibilità, che prescinde sia dall'*agoge* esercitata *pro dikas*, cioè a dispetto dell'intervento di un *assertor*, sia dall'*agein* im Prozess» postulato da Thür. Questa terza possibilità è semplicemente che *o ekon* sia entrato in possesso prima del processo della persona rivendicata come libera, in modo formalmente legittimo, ad esempio per averla acquistata.

Thür nega l'esistenza della cosiddetta *Freiheitsklage*, nega cioè che un *assertor* possa agire in giudizio nei confronti del padrone di uno schiavo per chiedere che il giudice dichiari che la persona apparentemente schiava è in realtà libera. Lo schiavo che avesse voluto farsi dichiarare libero avrebbe dovuto cercare rifugio presso un libero, che lo avrebbe difeso contro l'*agoge* del padrone («Ein versklavter

Freier wird faktisch Unterschluß bei einem Helfer gefunden haben, der gegen ein *agein* des vermeintlichen Herrn als *assertor* auftreten konnte», p. 98 n. 3). Io credo invece che il processo di status previsto alle ll. 15-24 includa anche la *Freiheitsklage*, e lo desumo proprio dal fatto che il possessore soccombente (*o ekon*) in base a col. I 24-27 sia tenuto a rilasciare un libero (oltre che a riconsegnare uno schiavo).

Thür sostiene che il possessore di uno schiavo rivendicato da altri come proprio non può che essere il rivendicante che ha ottenuto il possesso dello schiavo conteso grazie alla supposta *agoge* processuale. E questo perché è l'unica ipotesi che permette di spiegare che vi sia un possessore soccombente (l. 24: *o ekon*) tenuto a rilasciare un uomo libero nel processo di stato. Secondo me il procedimento logico va esattamente rovesciato: siccome la legge prevede che vi sia un possessore tenuto a riconsegnare uno schiavo a colui che la sentenza ha riconosciuto come legittimo proprietario, l'ipotesi più semplice e naturale (in assenza di ogni indicazione diversa nel testo della col. I) è che il soccombente possedesse lo schiavo già prima del processo, che sia stato convenuto in giudizio da chi ne rivendica la proprietà (o comunque avanza un titolo poziore) e che abbia conservato il possesso dello schiavo conteso durante il processo. Di conseguenza, anche nel caso in cui *o ekon* sia tenuto a rilasciare la persona riconosciuta come libera, non può che trattarsi di colui che possedeva quella persona già prima del processo come schiavo, a prescindere da qualsiasi *agoge*.

A confutare l'idea, come si è detto ovvia per chiunque legga il testo senza pregiudizi, che *o ekon*, tenuto a rilasciare il libero, sia appunto da identificare con il convenuto soccombente che possedeva lo schiavo conteso già prima del processo, Thür dedica comprensibilmente una certa attenzione (p. 103 ss.). Il suo argomento principale è che le sanzioni contro il soccombente che non restituisce la persona contesa, previste nella l. 24 ss., si spiegano con il fatto che c'è stato uno spossessamento ingiustificato del precedente possessore grazie all'«*agein* im Prozess». Nei confronti del possessore ordinario soccombente in giudizio sarebbe stato sufficiente autorizzare la semplice esecuzione della sentenza; Thür vuole invece istituire una connessione logica fra le sanzioni che colpiscono *o ekon* che non restituisce (l. 24 ss.) e le sanzioni che colpiscono *o agon* che non rilascia la persona sequestrata (ll. 7-11). Non solo, ma per rafforzare il parallelismo e per assimilare pienamente l'«*agein* vor dem Prozess»

(«Fall I», cioè quello che dà luogo al processo previsto alle ll. 2-14) e il supposto «*agein im Prozess*» («Fall II», corrispondente ai processi di cui alle ll. 15-24), sostiene che la sentenza che chiude il «Fall II», pur nel silenzio del testo, doveva necessariamente prevedere anche una sanzione pecuniaria equivalente a quella prevista in col. I 2-14 per l'*agoge* illegittima. Sarà dunque la penalità trasposta dal «Fall I» al «Fall II» la sanzione per l'*agoge* «im Prozess» formalmente corretta ma sostanzialmente infondata.

A ciò obietto che tutte le penalità previste dalla legge alla l. 26 ss. colpiscono l'inadempimento del soccombente, non il fatto che abbia compiuto un'*agoge* processuale infondata; quelle penalità sono semplicemente un mezzo per spingere il condannato, e ciò sia nel «Fall I» che nel «Fall II», ad eseguire l'obbligo di rilasciare o riconsegnare la persona illegittimamente detenuta; la sanzione che colpisce l'*agon*, come rivela il «Fall I», sta solo nella penalità imposta *oti agei* (col. I 6), che è diversa da quelle che lo colpiscono per il fatto che non rilascia la persona sequestrata (col. I 7-11). A ciò si aggiunge il fatto che la sentenza di l. 24 non solo non prevede alcuna penalità a carico del possessore condannato, ma nemmeno gli impone di rilasciare il libero o consegnare lo schiavo, cosa che ci si aspetterebbe se valesse il parallelo con la sentenza che chiude il «Fall I»: è infatti la legge a imporglielo, non la sentenza.

Non mi sembra quindi che Thür abbia fornito motivazioni sufficienti per identificare *o ekon* con il rivendicante beneficiario del supposto «*agein im Prozess*» invece che con il convenuto soccombente che possedeva la persona contesa già prima del processo. Secondo me, quindi, lo «*Statusstreit*» previsto alle ll. 15-25 può assumere due configurazioni distinte.

In una prima ipotesi avremo un soggetto che rivendica in proprietà una persona libera (che abbia o meno tentato di impossessarsene mediante *agoge* prima del processo). Sia che il rivendicante vinca, sia che perda la causa, non sarà identificabile un *ekon* tenuto a rilasciare o a consegnare la persona riconosciuta come schiava dell'attore vittorioso. Ritengo infatti, credo d'accordo con Thür, che l'*assertor* soccombente non possa essere qualificato come *ekon*. Ciò significa che se l'*assertor* perde la causa, e la persona del cui status si discute è dichiarata schiava dell'attore rivendicante, questi potrà attuare l'*agoge* senza opposizione da parte dell'*assertor* o di altri. In questo caso, anzi, più che di esecuzione della sentenza penserei a una

legittimazione dell'*agoge* come atto di autotutela consentito in quanto non ricade nel divieto di *agen pro dikas*.

In una seconda ipotesi avremo invece un *assertor* che rivendica in libertà uno schiavo altrui. Ed è solo in questo secondo caso che il convenuto soccombente si identificherà con *o ekon* di l. 24.

4. Postulata l'esistenza di un «*agein im Prozess*» con riferimento alla disciplina contenuta nelle ll. 15-24, Thür ne trae le conseguenze: «wie in Athen beginnt also auch in Gortyn ein Statusprozess mit einem *agein*, allerdings nicht aussergerichtlich, sondern vor Gericht» (p. 101). Con ciò presuppone che il processo di status previsto alla l. 15 ss. riguardi il caso in cui l'*adsertor in libertatem* agisca in giudizio per contrastare l'*agoge* di una persona, apparentemente libera, effettuata «im Prozess» da parte di chi se ne pretende proprietario. A ciò obietto che una simile ricostruzione delle posizioni processuali non tiene conto del disposto delle ll. 2-14. Quando una persona libera è minacciata di *agoge* da parte di chi pretende che si tratti di un proprio schiavo, sarà appunto l'intervento di un *adsertor* che impedirà il compimento dell'*agoge*, facendo in modo che il libero resti libero. È ovvio che a questo punto l'iniziativa processuale spetti al rivendicante a cui l'*adsertor* ha impedito di portare a termine l'*agoge*.

Thür afferma invece che i ruoli processuali sono invertiti. Poiché, come abbiamo visto, il possessore soccombente, a cui si riferisce il disposto della l. 24 ss., non può essere l'*adsertor in libertatem*, ne risulta una situazione paradossale, e cioè che chi voglia rivendicare come proprio schiavo una persona libera, si troverà nel relativo processo nella situazione di convenuto (benché alla penna stessa di Thür sfugga che egli lo considera come colui «der die Person als Sklaven beansprucht» [p. 101], e «beanspruchen» è termine che designa di regola le pretese dell'attore, così come nel «Nachtrag» parla di «verklagte Vindikant»), il che appare decisamente inspiegabile. Thür si limita ad osservare che nel processo di status l'*assertor* riveste «die Klägerrolle, so wie er auch wegen des unerlaubten Wegführens "vor dem Prozess" (Z. 2-14) als Kläger auftritt», e aggiunge che questa distribuzione di ruoli è confermata dal fatto che alle ll. 15-16 è menzionata per prima la parte che afferma essere libera la persona del cui status si discute.

Queste motivazioni non mi convincono. L'analogia con la situazione dell'*adsertor* nel processo relativo all'*agen pro dikas* è ingan-

nevole: proprio perché è intervenuto l'*adsertor* per ottenere la liberazione della persona vittima dell'*agoge*, come abbiamo visto, l'iniziativa processuale non può ora che spettare a chi rivendica la proprietà sul libero che è stato costretto a rilasciare. Quanto al fatto che l'*adsertor in libertatem* sia menzionato per primo nel processo relativo all'accertamento dello status della persona contesa (ll. 15-16), sappiamo che nella struttura della *diadikasia* le parti si trovano su un piano di parità; è quindi indifferente chi parli per primo. D'altronde lo stesso Thür fa riferimento alle «konträre Rechtsbehauptungen» (p. 100), di cui si tratta di verificare l'esattezza in processo, ma che prescindono dal rapporto fra le «Bemächtigungshandlungen» (cioè *agoge* e *aphairesis*). Torniamo ancora una volta a considerare, dal mio punto di vista, il caso esaminato anche da Thür: abbiamo un libero di cui una persona, che pretende di esserne il padrone, cerca di impadronirsi (in forza di col. I 2-14); l'intervento di un *adsertor in libertatem* gli impedisce di attuare l'*agoge*. Al rivendicante non resta che agire contro l'*adsertor* in base alle regole stabilite in col. I 15-24. Se il rivendicante soccombe, il preteso schiavo rimarrà libero, e ovviamente non vi sarà alcuna ragione di applicare le disposizioni della l. 24 ss.: in questo caso, cioè, non abbiamo un *ekon* che sia tenuto a rilasciare la persona riconosciuta come libera o come schiava dell'attore. Non riesco a capire perché il legislatore dovrebbe attribuire il possesso al rivendicante («*agein im Prozess*») per poi sottrarglielo qualora l'*adsertor*, costretto ad agire, vinca la causa. Solo per rispettare il dogma del carattere delittuale dell'azione di status? Ma se Thür ammette, come mi pare che ammetta, che il rivendicante non può attuare l'*agoge* di un uomo libero, da lui rivendicato come schiavo, appunto e soltanto nel caso in cui all'*agoge* si opponga un *assertor*, non siamo in una situazione «delittuale» perfettamente analoga a quella che ad Atene sfocia nella *dike aphaireseos*? Perché invertire i ruoli processuali? Perché non supporre, se proprio si vuole tenere ferma la natura delittuale dell'azione, che l'azione di cui alle ll. 15-18 sia appunto un equivalente della *dike aphaireseos* attica? Oltre tutto – sottolineo ancora una volta – attribuire al rivendicante il possesso dell'uomo libero, che l'*assertor* ha salvato dall'*agoge*, sarebbe in patente contraddizione con il *favor libertatis* chiaramente dimostrato dal legislatore nella I colonna.

5. Esaurito l'esame delle controversie di stato, Thür passa a considerare la disciplina delle ll. 15-24 relativa all'«Eigentumsstreit» concernente uno schiavo. A p. 102 Thür scrive: «Nachdem das Verbot, jemanden "vor dem Prozess" abzuführen, in gleicher Weise in Freiheit wie in Sklaverei lebende Personen betrifft (Z. 2/3) und der "verurteilte Besitzer" im Statusprozess (Z. 25) derjenige ist, der, wie soeben gezeigt, den Freien zu Unrecht "im Prozess" abgeführt hat, kommt man zu dem auf den ersten Blick überraschenden Schluss, dass auch im Eigentumsstreit derjenige, der den Sklaven herausverlangt, der "Vindikant", sich durch formales *agein* "im Prozess" zunächst in den Besitz des umstrittenen Sklaven gesetzt hat».

Applicando coerentemente la nozione di «*agein* im Prozess» costruita con riferimento alle controversie di stato, qui Thür arriva alla conclusione, da lui stesso definita sorprendente, che colui che possedeva lo schiavo prima del processo si trova nel processo a ricoprire il ruolo di attore. Ad Atene chi si pretende proprietario di uno schiavo altrui tenta di impadronirsene mediante *agoge*, a cui risponderà l'*aphairesis* dell'attuale possessore che provoca la *dike aphairesios* da parte del rivendicante frustrato. A Gortina, invece, al rivendicante viene consentito di beneficiare dell'«*agein* im Prozess», ciò che lo pone automaticamente, in quanto possessore, nella posizione di convenuto. Thür si rende pienamente conto che questo rovesciamento di ruoli appare paradossale, soprattutto, egli scrive, sotto il profilo dell'onere della prova. Tuttavia replica che il sistema probatorio gortinio, rigidamente regolato dalla legge, non intende favorire nessuna delle parti in causa: infatti nel nostro caso vince chi è in grado di presentare un testimone a proprio favore; se poi ci sono testimoni da ambo le parti, il giudice riacquista la sua libertà di giudizio (p. 102).

Thür aggiunge (p. 102) che la gravità delle sanzioni imposte al possessore soccombente, che non riconsegna lo schiavo, è tale da scongiurare al rivendicante una lite temeraria. Tali sanzioni non si giustificerebbero, invece, se la sentenza fosse un semplice giudizio di accertamento. Se fossimo in presenza di una *diadikasia*, basterebbe imporre al possessore soccombente di tollerare l'esecuzione da parte del vincitore: il legislatore avrebbe usato il verbo *lagaio* (rilasciare) e non il verbo *apodidomi* (riconsegnare).

Questi argomenti, miranti a dimostrare l'esistenza di un «*agein* im Prozess» a favore di colui che rivendica la proprietà di uno schiavo

nel possesso di altri, non mi sembrano più convincenti di quelli già addotti da Thür con riferimento al processo di stato. L'apparente parità di trattamento sul piano probatorio non giustifica che l'attuale possessore si veda privato del possesso e sia costretto ad assumere il ruolo di attore (il che probabilmente comportava svantaggi concreti come l'obbligo di pagare le tasse processuali, di cui possiamo verosimilmente supporre l'esistenza anche a Gortina). Quanto all'alternativa fra riconsegnare e lasciare libero, l'argomento mi pare poco probante, perché nelle ll. 2-14 colui che ha compiuto un'*agoge* illegittima è appunto tenuto a rilasciare (*lagasai*, l. 6) la persona oggetto dell'*agoge*, e ciò anche quando si tratti presumibilmente di riconsegnare al possessore uno schiavo la cui proprietà resta contesa. Quanto alle conseguenze di un mero giudizio di accertamento, come ho già sottolineato nel 1995, è la legge che, alla l. 24 ss., dispone le severe sanzioni a carico del soccombente inottemperante, non la sentenza del giudice. Non si vede quindi perché il legislatore non possa prevedere sanzioni gravi anche a carico di chi già possedeva prima dell'inizio del processo e che non intende adeguarsi all'esito della sentenza (riconosco comunque che nel diritto gortinio le regole in materia di esecuzione della sentenza rimangono piuttosto oscure).

Ma il punto fondamentale consiste nel chiarire in quale momento logico e cronologico della procedura si collochi l'«*agein im Prozess*» postulato da Thür, in seguito al quale il rivendicante assume il ruolo di convenuto («*der verklagte Vindikant*» mi pare già di per sé un ossimoro ben difficile da giustificare, come ho osservato sopra).

In *Sachverfolgung* (il cui contenuto è ripreso nel testo pubblicato in questo numero di «Dike») Thür non chiarisce mai esattamente in quale momento logico e cronologico della procedura dovrebbe collocarsi questa immissione nel possesso da parte di colui che assume così il ruolo di convenuto. Scrive che avviene «*unter den Augen des Dikastas*», «*vor Gericht*», e subito dopo la definisce un «*prozessbegründender Akt*» (p. 101). Ma, se ci raffiguriamo concretamente le circostanze in cui l'azione viene intentata, l'«*agein im Prozess*» non può che aver luogo dopo che il processo è formalmente iniziato; altrimenti ricadremmo nel divieto di *agen pro dikas*. Nel «*Nachtrag*» (vd. *supra*, p. 107), tuttavia, Thür precisa: «*Das Wegführen geschah vermutlich ... in der Einleitungsphase des Prozesses, unmittelbar vor Erhebung der Deliktsklage*». Nel processo di status il rivendicante

cita in giudizio il libero, il quale compare con un *assertor* e dei testimoni davanti al giudice. A questo punto il rivendicante attua l'*agoge* processuale, e l'*assertor* agisce contro di lui sostenendo che la persona contesa è libera. Inizia così il processo, fino alla fine del quale il possesso resta al «rivendicante convenuto». Se l'*assertor* e i suoi testimoni prestano il giuramento decisorio attraverso cui si giunge alla sentenza, il rivendicante dovrà pagare una penalità (diventa «buspflichtig») e dovrà rilasciare la persona dichiarata libera. Se però l'*assertor* non ha testimoni, ma li ha il rivendicante, e questi ultimi prestano giuramento, il possesso provvisorio verrà confermato.

Questa ricostruzione del processo di status suscita due ordini di dubbi. Il primo riguarda il rapporto fra azione giudiziaria e «Wegführen im Prozess». A me continua a sembrare che, se il rivendicante assume l'iniziativa processuale, è lui l'attore e non può trasformarsi in convenuto a processo già iniziato. Perché costringere l'*assertor* o il possessore dello schiavo, che, in forza del disposto delle ll. 2-14, possono respingere vittoriosamente i tentativi di *agoge* del rivendicante, a dare inizio ad una causa per accertare la situazione di diritto? Non si riesce a capire – e lo abbiamo già sottolineato – come possa iniziare un processo se non per iniziativa di colui che rivendica il proprio diritto e quindi riveste necessariamente il ruolo di attore. Nel nostro caso l'attore non può essere altri che colui che rivendica un uomo libero come proprio schiavo o uno schiavo altrui come proprio. E se l'azione deve essere di natura delittuale, occorre che il «delitto» preceda l'inizio del processo, come effettivamente è se partiamo dalla constatazione che il disposto delle ll. 2-14 presuppone il compimento di atti di autotutela analoghi a quelli che conosciamo ad Atene. Perché «ricreare» un delitto in sede processuale e per di più a ruoli invertiti?

Qui gioca secondo me l'equivoco che consiste nel pensare che Gortina sia diversa da Atene, nel senso che a Gortina è vietata l'*agoge* che è invece consentita ad Atene. In realtà questa differenziazione deriva da un errore di prospettiva. Se a Gortina è vietata l'*agoge pro dikas* da parte di chi rivendica un libero come proprio schiavo, significa che è riconosciuta la legittimità dell'*aphairesis eis eleutherian*. Da questo punto di vista, cioè dal punto di vista degli atti pre-processuali, non c'è dunque differenza fra Gortina e Atene (e mi pare che Thür accetti questa tesi: vd. *infra*). Ma allora, se gli atti di autotutela anteriori al processo sono valutati come ad Atene, perché

mai occorre che ci sia una *agoge* nel processo da parte del rivendicante, con conseguente inspiegabile rovesciamento dei ruoli processuali? Perché garantire la libertà della persona il cui status è in discussione prima del processo, riconoscendo implicitamente validità all'*aphairesis eis eleutherian*, e calpestarla nel processo? Se valesse anche per Gortina il modello delittuale che Thür ritiene panellenico, anche nella I colonna del Codice basterebbe impostare sul modello della *dike aphaireseos* ateniese l'azione di colui che rivendica il libero o lo schiavo altrui come proprio. Ma così non è. La differenza fra Gortina ed Atene, secondo me, sta nel fatto che a questi atti di autotutela il Codice non riconosce l'efficacia di mettere in moto l'accertamento giudiziario dello *status libertatis* o della proprietà su uno schiavo.

Il secondo ordine di dubbi riguarda l'andamento del processo. Secondo me la ricostruzione di Thür non corrisponde al testo della legge. Le ll. 15 ss. dicono che avranno la prevalenza (*kartonans emen*) i testimoni a favore del libero. Thür interpreta la locuzione *kartonans emen* come un equivalente di *orkioteron emen* (es. col. II 15-16), cioè in pratica attribuisce il diritto prioritario di giurare all'*assertor* e ai suoi testimoni. Ora, prima di tutto di un giuramento dei testimoni qui non si parla affatto (mentre sappiamo che la legge, dove lo vuole, prevede esplicitamente il giuramento dei testimoni: col. IX 38-40). In secondo luogo *kartonans emen* non può che significare, secondo me, che, nel confronto fra testimonianze contrapposte, prevarranno quelle a favore del libero; e che ci possano essere testimoni contrapposti mi pare confermato dal procedimento probatorio previsto in caso di controversia sulla proprietà di uno schiavo (ll. 18-24). Ciò conferma che non si tratta di un giuramento, che è sempre unilaterale nel Codice (come nelle disposizioni di col. II 36 ss. relative all'adultero che afferma di essere stato attirato in una trappola).

Ribadisco poi ancora una volta un punto che ho già sollevato: non è vero che, in forza di una sentenza favorevole all'*assertor*, il soccombente (secondo Thür possessore in forza del «Wegführen im Prozess») sia «busspflichtig»: lo diventa solo se non rilascia la persona dichiarata libera entro cinque giorni: quindi non si tratta di una penalità che colpisce l'*agoge* infondata in quanto tale. Come vedremo meglio più avanti, questo è uno degli argomenti più forti contro l'idea che esista il «Wegführen im Prozess», e che su di esso si fondi la natura delittuale dell'azione.

Passiamo ora alla rivendicazione in proprietà di uno schiavo altrui. Il rivendicante cita in giudizio il possessore, indi «vor dem Dikastas vollzieht der Vindikant das "Wegführen im Prozess" mit Eigentumsbehauptung (Z. 19/20), worauf ihm der Gegner, der den Besitz soeben verloren hat, ebenfalls mit Eigentumsbehauptung (Z. 19/20) wegen des unberechtigten Wegführens verklagt» (vd. *supra*, p. 108). A questo punto mi chiedo: che bisogno c'è di attuare un «Wegführen im Prozess» quando ciascuna delle due parti non fa altro che affermare il suo diritto di proprietà sullo schiavo conteso? Perché occorre che la procedura assuma una struttura delittuale? Il riferimento alla *legis actio sacramento*, con cui Thür conclude il suo «Nachtrag», a parte la difficoltà di istituire una simile comparazione, non mi pare congruente proprio perché in quella ci sono due «Bemächtigungshandlungen», quindi non si possono identificare l'autore e la vittima di un atto di violenza. Non solo, ma questi atti contrapposti di affermazione del proprio diritto sulla cosa contesa non hanno alcuna conseguenza a livello di decisione giudiziaria, perché questa si pronuncia sul *sacramentum* e non sull'atto di impossessamento. Inoltre dire che il «Wegführen im Prozess» consente di risparmiare la «Erteilung des Zwischenbesitzes» non capisco a quale vantaggio alluda. Perché deve essere favorito chi rivendica un libero come schiavo? Oltre tutto, nelle fonti greche relative al processo la assegnazione provvisoria del possesso da parte del magistrato giudicante non è sconosciuta. Nello stesso Codice di Gortina (col. V 28-34) la legge stabilisce che, nel caso in cui alcuni coeredi non intendano dividere i beni ereditari, il giudice possa attribuire il possesso temporaneo dell'intero patrimonio ereditario a coloro che vogliono procedere alla divisione. Possiamo supporre che tale provvedimento del giudice sia emesso senza contraddittorio, su semplice istanza dei coeredi interessati. Si tratta infatti di un provvedimento provvisorio, destinato a perdere automaticamente di efficacia qualora i coeredi decidano di procedere di comune accordo alla divisione (è difficile comunque prendere posizione sulla natura di questo provvedimento del giudice perché la legge usa il verbo *dikazein*: sembra che esso vada inteso qui come verbo che designa l'emissione di una qualsiasi pronuncia formale da parte del giudice, quali che siano la sua forma e la sua efficacia). Anche nei processi disciplinati nella I colonna si potrebbe quindi supporre che il giudice, se lo ritenga opportuno, possa assegnare provvisoriamente il possesso, in particolare dello schiavo la cui pro-

prietà è contesa, all'attore, togliendolo al convenuto. Di una simile facoltà del giudice non vi è traccia nel testo della I colonna; ma mi pare più facile ritenere sottinteso che l'attribuzione del possesso della cosa contesa rientrasse nei poteri del giudice, piuttosto che supporre l'esistenza di una *agoge* processuale che non solo inverte incomprendibilmente i ruoli di attore e convenuto, ma contraddice anche il principio del divieto di *agein* così chiaramente affermato nelle ll. 2-14.

6. Giunto a questo punto delle sue considerazioni, Thür affronta il principale ostacolo ad accettare l'esistenza dell'«*agein im Prozess*» da lui postulato, cioè l'assenza di qualsiasi riferimento testuale ad esso nelle ll. 15-24. Egli ritiene che, a ben guardare, un'allusione all'*agoge* processuale si possa trovare nella norma relativa all'*agoge* a favore o ai danni di un *kosmos*, che si trova più sotto nella stessa colonna I (ll. 51-55). La legge stabilisce infatti che, se un *kosmos*, cioè uno dei magistrati supremi della città, compie o subisce un'*agoge* – e la simmetria fra compiere e subire, secondo Thür, restringe il campo alle controversie sulla proprietà di uno schiavo – il processo potrà iniziare solo dopo che il *kosmos* è uscito di carica; tuttavia le penalità saranno calcolate a partire dal giorno in cui l'*agoge* è stata compiuta.

Thür riconosce che questa regola sembra a prima vista applicarsi all'*agen pro dikas* di cui alle ll. 2-14. Oggetto del processo, che si instaurerà dopo l'uscita di carica del *kosmos*, sarebbe quindi quello di stabilire se vi è stata o meno l'*agoge*, se è stata o meno esercitata violenza. A questo punto, però, Thür, pur riconoscendo che è logico pensare che i magistrati fossero chiamati a rispondere di eventuali atti di violenza da essi stessi compiuti solo in sede di rendiconto, ritiene improbabile che gli stessi magistrati non potessero immediatamente tutelarsi da atti di violenza perpetrati contro di loro mentre erano in carica. Ma se questo è vero, e se dobbiamo quindi supporre che anche i *kosmoi* potessero agire immediatamente in giudizio per tutelare la loro persona e i loro interessi, come spiegare che alle ll. 51-54 sia invece previsto il rinvio di ogni tipo di processo per *agoge*, sia a favore che contro un *kosmos*, ad un momento successivo alla sua uscita di carica? Ecco allora pronta la spiegazione: in realtà l'*agein* a cui alludono le ll. 51-54 si riferisce al «prozessbegründenden Akt des Eigentumsstreits um einen Sklaven» (p. 104); cioè l'«*agein im Prozess*» è consentito immediatamente, ma il processo si svolgerà solo dopo che il *kosmos* è uscito di carica.

Vediamo quali considerazioni critiche si possono fare su questa interpretazione di col. I 51-54.

Prima di tutto non è affatto certo che il testo preveda una simmetria fra *agoge* compiuta e *agoge* subita dal *kosmos*: un'autorevole parte della dottrina intende infatti le parole *kosmiontos allos* nel senso che «qualcun altro attua l'*agoge* a favore del *kosmos*» (evidentemente nel tentativo, sventato però dal legislatore, di non esporlo direttamente a responsabilità) (vd. il mio articolo in *Symposion 1999*, Köln - Weimar - Wien 2003, pp. 37-56). Ma anche accettando l'interpretazione che scorge una simmetria nella norma (*agoge* a favore e contro il *kosmos*) e anche ritenendo plausibile l'opinione che il *kosmos* potesse godere di una tutela giudiziaria immediata (è quanto sostengo d'altronde io stesso nel mio contributo al *Symposion 1999*), mi sembra impossibile spezzare ogni collegamento fra l'*agein* delle ll. 51-54 e l'*agoge* repressa alle ll. 2-14. Se ci basiamo sulla lettera del testo – e non sembra corretto ignorarla – la I colonna va interpretata come un insieme normativo unitario. Se questo è vero, l'uso fortemente ellittico del verbo *ago* alle ll. 51-54 non può che rimandare a un contesto precedente in cui il significato dell'*agoge* sia stato chiarito. Dato che nella I colonna non ci sono altri riferimenti all'*agein*, è inevitabile collegare almeno l'*agein*, che abbia per soggetto attivo (e su questo nemmeno Thür esprime dubbi) il *kosmos*, all'*agoge* repressa nelle ll. 2-14. Ma se questo è vero, il passo relativo al *kosmos* perde ogni valore probante per quanto riguarda il preteso «*agein im Prozess*».

Ci sono poi altri elementi che si oppongono all'uso delle ll. 51-54 per dimostrare l'esistenza di una pretesa *agoge* processuale. Intanto il verbo *molen* significa di regola nel Codice «agire in giudizio» e non «riassumere un processo» (concetto espresso caso mai dal verbo *epimolen*, se si accetta l'interpretazione di col. IX 24 ss. da me data nel II capitolo dei miei *Studi di epigrafia giuridica greca*, Milano 1983); viceversa, nell'interpretazione di Thür il processo inizierebbe immediatamente ma sarebbe sospeso dopo l'immissione nel possesso del convenuto, e andrebbe quindi riassunto dopo l'uscita di carica del *kosmos*.

Ancora più decisivo mi sembra però un argomento che fa leva sui risultati pratici dell'interpretazione di col. I 51-54 proposta da Thür. Del resto, il fatto che col. I 51-54 si applichi esclusivamente alla supposta *agoge* processuale non esclude naturalmente che tanto il *kosmos* quanto il privato cittadino esercitino un *agen pro dikas*. Si

tratta dunque di mettere a confronto le due ipotesi per vedere se dal punto di vista della politica legislativa esse siano compatibili. Consideriamo separatamente le due ipotesi.

Cominciamo dall'esempio di un privato cittadino che voglia rivendicare la proprietà di uno schiavo di cui è in possesso il *kosmos*. Stando alla tesi di Thür, il cittadino otterrebbe immediatamente il possesso dello schiavo grazie all'«*agein im Prozess*», ma il processo resterebbe sospeso fino a che il *kosmos* non sia uscito di carica, e fino alla ripresa del processo il cittadino resterebbe nel possesso indisturbato dello schiavo. Ma in questo modo avremmo un risultato identico a quello in cui il cittadino abbia esercitato l'*agoge* vietata di cui alle ll. 2-14. Cioè il *kosmos* si vedrebbe privato dello schiavo, e non credo che la prospettiva di un eventuale lucro derivante dall'accrescimento della penalità varrebbe a compensare la mancata disponibilità dello schiavo. Inoltre, in tal modo *kosmos* e cittadino godrebbero esattamente della stessa tutela, contrariamente al principio sostenuto da Thür, secondo cui il *kosmos* dovrebbe godere di una tutela immediata dei suoi interessi, mentre il privato cittadino dovrebbe essere costretto ad attendere che il *kosmos* sia uscito di carica.

Consideriamo adesso l'ipotesi reciproca, in cui sia il *kosmos* a voler rivendicare come proprio uno schiavo in possesso di un privato cittadino. Se sceglie la strada dell'*agoge* repressa dal disposto delle ll. 2-14 e si impadronisce dello schiavo, il privato cittadino non potrà agire contro di lui fino a che non esce di carica; ma, se il disposto delle ll. 51-54 non si applica all'*agoge* prevista dalle ll. 2-14 (come sostiene Thür), il *kosmos* condannato non dovrà pagare la somma equivalente a tutti i giorni in cui ha trattenuto lo schiavo senza che il cittadino potesse agire contro di lui in forza del disposto delle ll. 2-14 (cioè una dracma al giorno nel caso di uno schiavo: I 9-10). Se invece il *kosmos* decidesse di seguire la via processuale, potrebbe ottenere il possesso dello schiavo grazie all'«*agein im Prozess*», con la conseguenza, però, che, qualora risultasse soccombente una volta riassunto il processo al termine della sua carica, dovrebbe pagare le penalità di legge dal giorno in cui si è immesso nel possesso. Non si capisce perché il *kosmos* dovrebbe scegliere la seconda strada e soprattutto non si capisce perché il legislatore dovrebbe lasciar coesistere le due strade.

A me pare evidente che, comunque si voglia interpretare l'apparente simmetria di fattispecie che caratterizza il disposto di col. I 51-

54, il rasoio di Ockham ci impone di eliminare una delle due entità in concorrenza, e questa non può che essere la fantomatica *agoge* processuale.

Un corollario del fatto che col. I 51-54 si applica sicuramente almeno all'*agen pro dikas* compiuto dal *kosmos*, è che a Gortina il cittadino gode apparentemente di una tutela rafforzata nei confronti di atti compiuti dal *kosmos*, il che mi sembra abbastanza eccezionale. Mi pare infatti probabile che di regola le azioni intentate dai cittadini contro i magistrati in sede di rendiconto non dovessero comportare a carico del magistrato, eventualmente condannato al pagamento di una somma di denaro a titolo di penalità o di risarcimento, un accrescimento proporzionale al tempo trascorso fra il compimento dell'atto ritenuto illecito e l'uscita di carica. Mi chiedo se la ragione dell'eccezione sancita in col. I 51-54 non vada ricercata nel *favor libertatis*, che sta evidentemente a cuore al legislatore, come dimostra la prevalenza assicurata alle prove *pro libertate* in col. I 16-17. Intendo dire che, imponendo al *kosmos* di pagare le penalità conseguenti all'*agoge* dal giorno in cui è stata compiuta, si vogliono tutelare gli uomini liberi dal rischio di essere fatti oggetto di *agoge* da parte di un *kosmos* e di dover aspettare che questo esca di carica perché si possa avere l'intervento di un *assertor*.

7. È tempo di tirare le mie conclusioni.

Prima di tutto mi sia consentito riesporre brevemente il mio punto di vista, così come si è venuto elaborando nel corso degli anni. Nei miei *Studi* del 1983 avevo sottolineato come la supposta differenza fra la disciplina attica e la disciplina gortinia dello «Statusprozess» e dell'«Eigentumsprozess» fosse molto meno sensibile di quanto la dottrina dominante non ritenesse. Secondo quest'ultima, infatti, ad Atene l'*agoge* era consentita e a Gortina vietata. Secondo me, invece, l'*agoge* era vietata anche ad Atene. Infatti, se prendiamo l'ipotesi di un libero rivendicato come schiavo, l'*agoge* del rivendicante deve arrestarsi di fronte all'*aphairesis* legittimamente esercitata da un *assertor*. E se l'*agon* non si arresta e porta a termine l'*agoge*, sarà passibile di *dike biaion*. Lo stesso meccanismo opera a Gortina in base al disposto delle ll. 2-14 (e mi rallegro che Thür, p. 98, aderisca sostanzialmente a questa mia ricostruzione, anche se non capisco perché a n. 3 sostenga che a Gortina non esiste *aphairesis*). Soltanto che il Codice considera come un presupposto implicito il ricorso ad atti di

autotutela (in particolare il tentativo di *agoge* e la corrispondente *aphairesis* che lo blocca) e si limita a disciplinare l'ipotesi in cui il rivendicante non si sia arrestato di fronte all'intervento di un *assertor* e abbia portato a termine l'*agoge*. Sempre nel 1983 avevo sostenuto, senza approfondire il punto, che i processi disciplinati alle ll. 15-24 avevano la stessa funzione che ad Atene ha la *dike apbairseos*. Nel 1995, però, ho ritenuto di poter affermare che le ll. 15-24 non prevedono un'azione delittuale che porti a un accertamento indiretto della questione di diritto, bensì una *diadikasia*. I principali argomenti su cui mi basavo erano due: 1) la sentenza che chiude i processi di cui alle ll. 15-24 non prevede alcuna penalità a carico del soccombente; 2) non è la sentenza bensì la legge a imporre il rilascio del libero o la restituzione dello schiavo: infatti una sentenza di accertamento, come quella che chiude un processo in forma di *diadikasia*, non può contenere un comando.

Ora Thür rivolge la sua critica soltanto contro il secondo dei due argomenti (sostenendo che si tratta di un punto di vista troppo dogmatico, p. 100); trascura invece il primo argomento, che a me pare altrettanto, se non più, importante per chiarire la natura delle azioni di cui alle ll. 15-24. Infatti, se si trattasse di azioni delittuali, la sentenza dovrebbe porre a carico del soccombente una penalità, proprio come accade in col. I 2-14 (e ad Atene per chi è condannato in una *dike apbairseos*). Per questo è essenziale per Thür dimostrare che una penalità, e precisamente la stessa prevista per l'*agen pro dikas*, deve essere implicitamente contenuta nella sentenza di l. 24. Altrimenti la tesi che anche a Gortina vige la concezione «delittuale» della «Sachverfolgung» perde il suo principale sostegno. Scrive Thür: «für Gortyn ist festzuhalten, dass der Eigentumsstreit um Sklaven ... sowie in Athen einen Akt formaler Gewaltausübung voraussetzt; dieser setzt einen Prozess um eine Geldbusse in Gang, worin inzident auch die Eigentumsfrage entschieden wird» (p. 105). Perciò, secondo lui, l'azione di cui in col. I 15-24 mira in primo luogo ad ottenere la condanna del soccombente al pagamento di una somma di denaro a titolo di penalità per l'*agoge* processuale risultata ingiustificata in forza della sentenza («Klage auf Geldbusse», p. 106). Infatti, anche nel processo di cui alle ll. 15-24 (che Thür definisce il «secondo caso», «Fall II») si tratta pur sempre di accertare la legittimità di un *agein* (cioè dell'*agoge* processuale): quindi, qualora l'«*agein* im Prozess», formalmente corretto, sia riconosciuto sostanzialmente illegittimo, al

soccombente si applicheranno le stesse sanzioni previste alle ll. 2-14 per l'*agen pro dikas* (che Thür definisce il «Fall I»), cioè 10 stateri se il processo verteva sull'accertamento dello *status libertatis*, 5 stateri se verteva sulla proprietà di uno schiavo. La «formale Gewalt» del «Fall II» è assimilata alla «reale Gewalt» del «Fall I». Thür ritiene quindi necessario integrare logicamente («ergänzen», p. 107) il contenuto della «vittoria» di cui alla l. 24 con un riferimento implicito alle penalità previste nel «Fall I».

Thür non sembra essersi accorto che il passo di col. I 51-55, che secondo lui fornisce la prova dell'esistenza dell'*«agein im Prozess»*, nella stessa ottica potrebbe fornire anche la prova testuale dell'esistenza di una penalità pecuniaria a carico del soccombente. Ma, una volta chiarito che col. I 51-55 non consente di dimostrare l'esistenza dell'*agoge* processuale e si riferisce invece all'*agen pro dikas*, rimane il fatto che alla l. 24 ss. la legge tace sul fatto che il soccombente sia condannato dal giudice a pagare una somma di denaro per aver esercitato una *agoge* processuale infondata nel merito. Ancora una volta non si riesce a capire perché un testo di legge così preciso e dettagliato avrebbe tralasciato di menzionare non solo l'*«agein im Prozess»* ma anche le conseguenze pecuniarie della soccombenza della parte immessasi nel possesso in sede giudiziaria.

Ma, se ciò non bastasse, forti dubbi suscita l'assimilazione dell'*agoge* del «Fall I» (ll. 2-14) alla fantomatica *agoge* processuale del «Fall II» (ll. 15-24). Nel «Fall I» ciò che è in discussione è se l'*agoge* ci sia stata o non ci sia stata (come chiariscono appunto le ll. 12-14: il convenuto può difendersi affermando che non vi è stata *agoge*). In questo senso si può dire che si tratta (anche) del processo «um eine Geldbusse»: se il convenuto dimostra che *agoge* non vi è stata, non sarà tenuto a pagare. Ma nella ricostruzione del processo delle ll. 15-24 proposta da Thür l'*agoge* «im Prozess» non può non esserci stata: quindi la supposta «Geldbusse» non può dipendere dal fatto che vi sia stata o meno l'*agoge*, ma dalla sua fondatezza. È fuorviante scrivere come fa Thür (p. 106): «Wenn sich im Prozess gemäss dem für diesen Fall genau geregelten Beweisverfahren herausstellt, dass das *agein* nicht gerechtfertigt war ..., dann ist die bereits im Fall I festgesetzte Busse fällig». Non si possono assimilare, da un punto di vista logico-giuridico, la *agoge* delle ll. 2-14, formalmente illecita ma che può essere sostanzialmente non infondata (se dal processo di accertamento risulterà che l'*agon* tentava di attuare un diritto che gli viene

poi riconosciuto dal giudice), a una *agoge* formalmente necessaria perché si instauri il rapporto processuale fra le due parti, ma che può risultare poi sostanzialmente infondata. In sintesi: l'*agoge* di cui alle ll. 2-14 è vietata; l'*agoge* processuale, postulata da Thür, è necessaria (perché il processo sul merito abbia luogo).

Da questo punto di vista nemmeno il parallelo con Atene funziona, perché anche ammesso, e non concesso, che l'*agoge* «processuale» gortinia avesse la stessa funzione degli atti di autotutela da cui scaturisce ad Atene la *dike aphaireseos*, l'impostazione «delittuale» porterebbe a risultati opposti nei due ordinamenti.

Thür scrive che ad Atene «führen zwei formale Zugriffsakte den Vindikanten in die Kläger- und den Besitzer in die Beklagtenrolle», mentre a Gortina «ist nur ein einziges formales *agein* "im Prozess" vorgesehen, wodurch der Vindikant sich vorläufig in Besitz des Sklaven setzt und folglich zu verklagen ist» (p. 103). In realtà non si tratta di una mera variante «numerica» all'interno di una logica «delittuale» unitaria, come Thür vorrebbe farla apparire, perché il sistema ateniese risponde chiaramente all'intento di tutelare lo *status quo*. Se all'*aphairesis* non fosse riconosciuta l'efficacia di ristabilire lo *status quo* messo in pericolo dall'*agoge*, cioè da un atto di violenza, avremmo un pesante squilibrio proprio a carico di chi appare titolare del diritto (e credo che anche nel diritto greco sia riconoscibile una funzione universale del diritto, che è quella di tutelare il *fumus boni iuris*, proprio perché fine del diritto è tutelare la pace sociale). Invece, se il Codice legittimasse l'*agoge* in sede giudiziale – e per di più dopo averla immediatamente prima vietata in sede stragiudiziale –, renderebbe incerte tutte le situazioni giuridiche consolidate, dato che i loro titolari potrebbero essere costretti in ogni momento ad agire in giudizio per rivendicare i loro diritti. Mi sembrerebbe un atteggiamento molto strano da parte del legislatore.

In realtà il Codice ammette che atti di autotutela possano aver luogo in caso di «Status-» o «Eigentumsprozess», ma si preoccupa solo di reprimere l'*agein*. E poiché l'*agoge* viene punita solo in quanto abbia illegittimamente superato la resistenza di un *aphairoumenos*, significa che il legislatore gortinio non considera l'*aphairesis* come un atto su cui edificare artificiosamente – come accade ad Atene – un processo il cui esito non dipende dall'accertamento della quantità e della qualità dell'offesa subita dall'*agon* frustrato, come sarebbe logico aspettarsi per un processo di impronta «delittuale», bensì dalla

legittimazione dell'*aphairoumenos* ad opporsi all'*agon* in base al titolo da quegli vantato sulla persona oggetto del contendere. Direi che il Codice considera la resistenza dell'*adsertor in libertatem* o del possessore dello schiavo come una sorta di legittima difesa; non considera né *agoge* né *aphairesis* come atti preparatori necessari perché possa instaurarsi il processo tendente ad accertare il diritto sulla persona contesa. A quest'ultimo scopo prevede invece un processo ordinario di accertamento (che io continuo a pensare si svolga in forma di *diadikasia*). Tanto è vero che, secondo me, è possibile rivendicare in giudizio – nell'ambito dell'«Eigentumsstreit» di col. I 15-24 – uno schiavo altrui come proprio, senza che in precedenza vi siano stati un tentativo di *agoge* e la corrispondente *aphairesis*, cioè senza alcun atto di autotutela necessario per mettere in moto il processo (non solo, ma, come ho detto sopra, sempre in base alla stessa normativa è possibile anche rivendicare come libero uno schiavo altrui).

Riassumo i principali argomenti che mi inducono a respingere l'esistenza dell'*agein im Prozess* postulato da Thür.

1) *pro dikas me agen* non si contrappone a un *agein im Prozess*, di cui non v'è traccia nel testo della legge, ma ad un *agein* posteriore alla sentenza di condanna, come attesta la proposizione finale della I colonna, che consente di *agein* il *nenikamenos* (ossia il soccombente).

2) La sentenza che chiude il processo di accertamento del diritto («Status-» o «Eigentumsprozess») non prevede alcuna sanzione pecuniaria per l'*agoge* processuale risultata infondata in seguito alla sentenza che condanna il possessore (*o ekon*, ll. 24-25); dunque manca l'unica prova decisiva che l'azione di rivendica della libertà o della proprietà sia un'azione delittuale tendente ad accertare se l'*agein im Prozess* fosse fondato.

3) L'inversione dei ruoli processuali (che lo stesso Thür definisce «überraschend»), per cui il rivendicante assume nel processo, basato su un'azione delittuale, il ruolo del convenuto, non trova una spiegazione plausibile, perché nella ricostruzione di Thür il delitto è posteriore al momento in cui l'attore dà inizio al processo.

4) Costruire il processo di accertamento del diritto su un'*agoge* così chiaramente vietata nelle ll. 2-14 (e in particolare contraria al *favor libertatis* attestato in materia di regime probatorio) appare contraddittorio e inspiegabile.

5) L'unico passo in cui Thür crede di vedere una traccia dell'esistenza di un'*agoge* processuale, cioè la norma relativa all'*agoge* compiuta da un *kosmos* (col. I 51-55), si rivela inutilizzabile, perché l'interpretazione che egli ne propone condurrebbe al risultato paradossale che l'*agen pro dikas*, vietato nelle ll. 2-14, avrebbe conseguenze molto meno gravi dell'*agoge* processuale, lecita e anzi necessaria per poter far valere il proprio diritto di proprietà.

L'impossibilità di dimostrare che il processo disciplinato alle ll. 15-24 si chiude con la condanna del soccombente al pagamento di una penalità dimostra che, nella I colonna del Codice, processo di stato e rivendicazione in proprietà di uno schiavo non sono condotte in forme processuali ispirate al modello «delittuale». Non so se il diritto gortinio sia un'eccezione rispetto a un principio panellenico che privilegia l'impostazione delittuale di questo tipo di azioni. Ritengo però che non si possa forzare il contenuto del Codice nella completa assenza di appigli testuali che permettano di riconoscerne la presenza di quel modello. Contrariamente a quel che scrive Thür nel «Nachtrag», mi pare quindi che l'onere di provare che nella I colonna del Codice lo «Status-» e l'«Eigentumsprozess» si svolgono attraverso azioni delittuali continui a spettare a chi lo afferma.