

Giudice e mezzi di prova nel diritto di Gortina

1. Il Codice di Gortina contiene numerosi accenni al diritto processuale vigente nella città all'inizio del V secolo a.C. (data presunta delle iscrizioni di cui ci occuperemo). Questi dati non sono in realtà sufficienti per delineare un quadro esauriente dello svolgimento del processo; tuttavia si può dire che essi non siano mai stati analizzati sistematicamente in maniera approfondita, e nemmeno in questa sede sarà ovviamente possibile farlo. Il mio scopo è qui soltanto quello di fare il punto su alcuni problemi di fondo, a partire dalla norma che disciplina in termini generali l'attività giudicatrice del *dikastas* gortinio:

tōn dikastēn, ōti mēn kat' | ma...turav egrattai dikēden ὕψοτον, dikēden «i egrattai, tōn d' al -
l'ōn ἴμνῦντα κρ...nen port' t' | mol iōmena¹.

La norma è stata commentata praticamente da tutti gli studiosi che si sono occupati del Codice. Ciononostante raramente si è andati oltre una semplice parafrasi del suo contenuto letterale.

L'interpretazione di questa norma presenta due ordini di problemi. Da un lato si tratta di comprenderne il tenore letterale; dall'altro di comprendere in quale relazione logica si trovi con le numerose regole del Codice e delle iscrizioni coeve che prevedono un determinato regime probatorio in relazione a singole fattispecie, o che comunque fanno riferimento alle modalità con cui il giudice dovrà pronunciare la sentenza. In altre parole si tratta di capire se il criterio generale, dettato da c. XI 26-31, trovi rispondenza nelle prescrizioni di volta in volta dettate dalla legge al giudice.

Cerchiamo prima di tutto di comprendere il tenore letterale della norma. Il legislatore distingue due modalità di giudizio. La prima, definita '*dikazen*', fa dipendere la decisione del giudice da un mezzo di prova imposto dalla legge: testimoni o giuramento (apparentemente solo purgatorio). La sentenza del giudice appare quindi vincolata dal regime probatorio imposto dalla legge. Il giudice non può decidere in base a prove diverse da quelle previste dalla legge e le parti non possono presentare al giudice prove diverse da quelle previste dalla legge. Inoltre il giudice non può valutare liberamente l'esito della prova, ad esempio l'attendibilità dei testimoni richiesti dalla legge: si tratta quindi di prove che si definiscono formali.

In tutti gli altri casi, cioè quando la legge non impone al giudice di giudicare in base ai mezzi di prova dalla legge stessa stabiliti, il giudice deciderà liberamente, dopo aver prestato giuramento ('*omnunta krinen*'), in base alle dichiarazioni delle parti.

Apparentemente la norma stabilisce un principio chiaro e per di più, secondo Talamanca, autore di un fondamentale articolo in materia², rispecchia una fase evoluta del diritto processuale gor-

¹) «Le juge, pour ce qui est prescrit qu'il prononce d'après les témoins ou en tenant compte d'un serment, prononcera comme il est prescrit. Pour les autres (cas), il décidera sous serment d'après les dires des parties» («Inscriptiones Creticae» IV, [Roma, 1950], 72, c. XI, 26-31, che riporto nell'edizione e traduzione di H. VAN EFFENTERRE, F. RUZÉ, *Nomima*, Roma, 1995, II, p. 387-88).

²) M. TALAMANCA, *Dikazen e krinein nelle testimonianze greche più antiche*, in «Symposion 1974», Atene-Milano, 1978, p. 103-133.

tinio, perché limita l'efficacia delle prove formali ai casi espressamente previsti dalla legge, dando la prevalenza al principio del libero convincimento del giudice (che domina ad esempio ad Atene fra V e IV secolo). Per questo Talamanca considera la norma contenuta in c. XI 26-31 una norma recenziore, che segna un progresso rispetto a un regime probatorio, attestato sporadicamente nel Codice e nelle iscrizioni coeve, in cui la prova formale aveva un'importanza maggiore, e comunque il libero convincimento del giudice non era ancora stato riconosciuto come principio dominante.

Un'analisi critica di questa affermazione ci costringerebbe ad affrontare il problema più generale, che è stato posto anche sotto altri profili, della possibilità di riconoscere nel testo stesso del Codice le tracce di norme appartenenti a diversi periodi storici. Qui preferisco partire dal postulato che il Codice e le iscrizioni coeve ci facciano conoscere un sistema di norme coerente e non stratificato nel tempo. Solo un esame analitico dei rapporti fra il principio generale posto in c. XI 26-31 e i casi di specie potrebbe infatti confermare o smentire la recenziarietà di quel principio.

Anche così i problemi che l'interpretazione di c. XI 26-31 solleva non sono pochi. Ne segnalo alcuni.

a) Se è vero che l' *'omnunta krinen'* è la modalità ordinaria di giudizio, se ne dovrebbe desumere che il legislatore, nel regolare singole fattispecie di diritto sostanziale, dovrebbe occuparsi del regime probatorio e delle modalità di giudizio soltanto quando intenda vincolare la sentenza del giudice alla presentazione di prove formali (testimoni e giuramento purgatorio) e quindi prescriva un *'dikazen'*. Qualora non intenda imporre al giudice un *'dikazen'* (nel senso tecnico implicato da c. XI 26-29), non avrebbe bisogno di stabilire espressamente che il giudice deve *'omnunta krinen'*. Vediamo però, anche limitandoci al solo testo del Codice, che così non è. Ad esempio, in tutti i casi in cui è controverso il tempo, al cui trascorrere la legge ricollega determinate conseguenze, il legislatore impone al giudice di *'omnunta krinen'*.

b) Consideriamo due formulazioni apparentemente speculari, che incontriamo nel testo del Codice e di altre iscrizioni. In certi casi la legge prevede che il giudice si pronunci nella forma dell' *'omnunta krinen'* «a meno che non vi sia un testimone» (ad esempio: c. I 12-15). Ciò sembra implicare, alla luce di c. XI 26-31, che, se si presenta un testimone (non ci interessa per ora stabilire a favore di quale delle due parti), il giudice sarà tenuto a *'dikazen'*; cioè quella testimonianza sarà intesa automaticamente come prova formale e provocherà un *'dikazen'* vincolato da parte del giudice, nel senso che egli sarà tenuto ad assegnare la vittoria alla parte che ha presentato il testimone. E' ciò che desumiamo applicando appunto c. XI 26-31; se questo brano non si trovasse nel Codice, o comunque se noi non ne fossimo a conoscenza, non potremmo trarre questa conseguenza.

In altri casi, invece, la legge prevede che, se un testimone rende testimonianza, il giudice deve *'dikazen'* in conformità alla testimonianza (ad esempio: c. I 20-21). Questa seconda formulazione corrisponde, come è evidente, a quella contenuta in c. XI 26-29: abbiamo dunque un *'dikazen'* vincolato a un determinato mezzo di prova, cioè a una testimonianza. Ma che succede se la parte su cui grava l'onere di tale prova non è in grado di presentare un testimone? Ci sono due possibilità: o il giudice assegna automaticamente la vittoria alla controparte (e questa sarebbe la soluzione apparentemente più coerente con il principio sancito in c. XI 26-31), oppure passa dal *'dikazen'* all' *'omnunta krinen'* e valuta liberamente le dichiarazioni delle parti. La soluzione di questo dilemma la dobbiamo cercare nella logica del sistema, perché né la singola norma, in cui troviamo la formulazione in questione, né c. XI 26-31 ci forniscono una risposta esplicita. E uno spiraglio rivelatore sembra aprircelo il passo del Codice che esamineremo subito sotto.

c) C. I 20-24, che riguarda il processo relativo alla proprietà su uno schiavo, sembra offrire il quadro più dettagliato delle possibili situazioni probatorie basate sulla testimonianza: 1) una sola delle parti presenta (almeno) un testimone; 2) entrambe le parti presentano testimoni (non sappiamo in quale numero); 3) nessuna delle due parti presenta testimoni. Il caso in cui una sola delle parti (non importa quale) presenti un testimone dà luogo sicuramente a un *'dikazen'* vincolato da una prova formale: *'kata ton maityra dikadden'* (c. I 21) ricalca esattamente il tenore di c. XI 26-29. Ma

dalle altre due ipotesi previste in c. I 21-24 si può desumere che il valore di prova legale che viene riconosciuto alla presenza di un solo testimone non esclude altri scenari. Se la controparte è in grado di presentare anch'essa almeno un testimone³, il valore vincolante per il giudice dell'unico testimone, già presentato dall'altra parte, viene meno, e il giudice passerà dal '*dikazen*' all' '*omnunta krinen*'. Lo stesso passaggio si avrà se nessuna delle due parti presenta testimoni.

Dobbiamo pensare che il legislatore abbia inteso dettare una disciplina speciale della prova testimoniale per le controversie relative alla proprietà di uno schiavo? Non se ne vede il motivo. Perciò siamo autorizzati a generalizzare il disposto di c. I 18-24 e a domandarci se, tutte le volte che ricorre la formulazione «se un testimone rende testimonianza, il giudice deve *dikazen*» (si veda *supra*, punto b), si debba ammettere: 1) la possibilità per la controparte di presentare anch'essa dei testimoni, con conseguente passaggio dal '*dikazen*' all' '*omnunta krinen*'; 2) la possibilità che nessuna delle due parti presenti testimoni, il che comporterà di nuovo, almeno in linea di principio, il passaggio all' '*omnunta krinen*'.

Se le varie configurazioni che la prova testimoniale può assumere nel caso del processo sulla proprietà di uno schiavo, e le relative conseguenze sulle modalità di giudizio, riflettono una situazione che può verificarsi ogni volta che la legge si limita a prevedere che, se c'è un testimone, il giudice deve '*dikazen*', allora possiamo arrivare alla conclusione che le due formulazioni, sopra ricordate sotto b), sono effettivamente speculari. Quindi il giudice sarà tenuto a '*dikazen*' in conformità alla testimonianza, se una sola parte presenta uno (o più testimoni); giudicherà invece in base al proprio libero convincimento, dopo aver giurato, se entrambe le parti presentano testimoni o se non ne presentano alcuno. E ciò indipendentemente dal modo in cui la legge fa riferimento alla modalità di giudizio nel caso specifico ('*omnunta krinen*' a meno che non ci sia un testimone; '*dikazen*' se un testimone rende testimonianza).

Naturalmente, per poter verificare se le regole sopra individuate in materia di prova testimoniale abbiano davvero una validità generale, occorrerebbe esaminare i singoli casi in cui i testi ci presentano le formulazioni che abbiamo esaminate o formulazioni analoghe (problemi creano in particolare c. II 16-20 e c. X 30-32, che Talamanca ascrive a uno stadio più antico di c. XI 26-31). Per esempio si potrebbe supporre che, se la legge impone la prova testimoniale a una sola delle parti, e questa non presenta testimoni, sarà condannata. Tuttavia un passo come c. IX 43 ss. dimostra che questa tesi è falsa. Ma non è questo il luogo per analizzare nei dettagli le singole fattispecie.

Le considerazioni fin qui svolte mi pare consentano di vedere il rapporto fra '*dikazen*' e '*krinen*' in c. XI 26-31 in una prospettiva diversa da quella comunemente accolta dalla dottrina. Abbiamo detto sopra che, in base al principio generale posto in questa norma, il giudice deve conformare la sua sentenza all'esito della prova legale tutte le volte che il legislatore gli impone di '*dikazen kata maituras e apomoton*'. Quindi, se la prova legale, prevista nel singolo caso dalla legge, non viene fornita, il giudice dovrebbe rendere una sentenza orientata dal fatto che la prova richiesta dalla legge non è stata fornita, cioè condannare la parte che non è stata in grado di fornirla. Tuttavia abbiamo visto che questo principio non trova applicazione per lo meno nel caso della prova testimoniale, nel senso che, anche se la legge impone al giudice di pronunciare una sentenza vincolata alla testimonianza (quindi di '*dikazen kata maitura*')⁴, se nessuna delle parti presenta testimoni egli pronuncerà la sua decisione nella forma dell' '*omnunta krinen*'. Se accettiamo questa tesi, il significato di '*ton d'allon*

³) Nei miei *Studi di epigrafia giuridica greca*, Milano, 1983, p.75-76, avevo sostenuto che in questo caso valeva una regola aritmetica, nel senso che per indurre l' '*omnunta krinen*' occorreva che il numero di testimoni contrapposti fosse uguale. Un solo testimone in più avrebbe conferito alla testimonianza di tutti i testimoni intervenuti a favore di quella parte il valore di prova legale. La mia opinione è stata criticata da M. GAGARIN, *The Function of Witnesses at Gortyn*, in «Symposion 1985», Köln-Wien, 1989, p. 29-54, in particolare p. 40.

⁴) Il punto di vista che qui sostengo è nettamente diverso da quello di Gehrard Thür, secondo il quale, invece, '*dikazen kata maitura*' significa condannare a presentare un testimone che, a sua volta, dovrà prestare un giuramento decisorio: cfr. G. THÜR, *Oath and Dispute Settlement in Ancient Greek Law*, in L. FOXHALL, A.D.E. LEWIS, *Greek Law in its Political Setting*, Oxford, 1996, p. 57-72, e l'articolo del medesimo autore in corso di stampa in «Dike», V, 2002.

omnunta krinen porti ta moliomena' (c. XI 29-31) va esteso a n c h e ai casi in cui la legge prescrive una prova testimoniale con valore di prova legale e questa non viene fornita. Anche in questi casi, dunque, il giudice potrà (e dovrà) decidere sulla base della propria libera valutazione riguardo alle ragioni fatte valere dalle parti⁵.

Nell'indagare il rapporto fra *'dikazen'* e *'omnunta krinen'* in c. XI 26-31 abbiamo fatto riferimento esclusivo alla prova testimoniale. Ma, nella previsione di questo passo, un *'dikazen'* vincolato si ha anche (e si potrebbe dire soprattutto) nel caso in cui la legge prescriva al giudice di giudicare in conformità a un giuramento (purgatorio). Che cosa succede allora nel caso in cui non venga prestato il giuramento che la legge impone al convenuto? Vien fatto di pensare che la parte che non giura sarà condannata e che non vi sarà quindi un *'omnunta krinen'*. Tuttavia per tentare di dare una risposta più argomentata su questo punto è opportuno chiedersi quale sia il ruolo dei mezzi di prova in tutti i casi in cui il giudice si pronuncia attraverso un *'omnunta krinen'*.

2. Quale regime probatorio si applica quando la legge prescrive semplicemente al giudice di giudicare nella forma qualificata come *'omnunta krinen'*?

Apparentemente questa regola sembra dimostrare che il Codice conosce già il principio della libera valutazione delle prove da parte del giudice. Questa opinione è largamente diffusa in dottrina. Tuttavia, per poterne verificare l'attendibilità, occorre capire quali siano i ruoli rispettivi delle parti e del giudice in relazione all'assunzione dei mezzi di prova e alla loro efficacia.

Alla luce della già citata c. I 18-24 sembra di capire che siano le parti ad assumere l'iniziativa in materia di prove. Come abbiamo visto, infatti, non solo se nessuna delle due parti presenta testimoni, ma anche se entrambe le parti presentano testimoni a proprio favore, il giudice deciderà nella forma dell' *'omnunta krinen'*. Dunque il giudice sembra svolgere quel ruolo passivo che Gernet considerava tipico del giudice nel processo greco⁶.

Tuttavia, finché si tratta di testimonianze, non sorgono particolari problemi: in assenza di prescrizioni di legge, saranno le parti a presentare di propria iniziativa i testimoni al giudice. Ma che succede se consideriamo l'altro mezzo di prova privilegiato a cui fa riferimento il Codice, cioè il giuramento?

Se siamo in una delle ipotesi in cui la legge prescrive a una delle parti (in genere il convenuto, coerentemente con la previsione del *'dikazen apomoton'* di c. XI 26) di giurare e la parte giura, il giudice sarà vincolato dal giuramento della parte e le assegnerà la vittoria. Se la parte non giura, abbiamo visto che in linea di principio sarà condannata. E' apparentemente ciò che accade nel caso della donna divorziata accusata di aver sottratto beni del marito dalla casa coniugale (c. III 5-9 e c. XI 46-55). In questo caso, anzi, la dottrina dominante è concorde nel vedere un caso di «Beweisurteil», cioè di sentenza che ordina ad una parte di fornire un mezzo di prova decisivo.

Ma possiamo supporre che si possa ricorrere a un giuramento di parte in una situazione in cui la legge prevede semplicemente un *'omnunta krinen'*?

All'epoca di Aristotele è in vigore (forse a livello panellenico) un regime del giuramento in funzione probatoria che è rimesso al libero gioco della dialettica processuale: è quanto si desume da Aristot., *Rhet.* 1377 a-b. Una delle parti può deferire il giuramento alla controparte: questa o accetta la proposta e giura, oppure respinge la proposta e riferisce il giuramento, invitando a sua volta il proponente a giurare lui. In ogni caso, in un regime probatorio dominato dal libero convincimento

⁵) La precisazione di GAGARIN, *Function*, cit., p. 54, secondo cui *'porti ta moliomena'* «does not necessarily designate only the actual statements of the two litigants, but refers more broadly to their entire cases, probably including the testimony of witnesses (if any)», mi sembra convincente nella sostanza; credo però che *'ta moliomena'* non alluda tanto alle argomentazioni delle parti quanto ai termini giuridici della controversia. *'Molen'* significa agire in giudizio e, per estensione, resistere alla pretesa dell'attore. Si veda anche F. BUECHELER, E. ZITELMANN, *Das Recht von Gortyn*, Frankfurt a.M., 1885, p. 67 nt. 1 (*'molen'* = «klagen»).

⁶) L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, p. 61-82 (*Sur la notion de jugement en droit grec*). Un ruolo più attivo sembra attribuire al giudice ZITELMANN, *op. cit.*, p. 69-71, secondo cui il giudice poteva giudicare in base al suo «reines Arbitrium» e andare lui stesso alla ricerca della verità.

del giudice (come nell'Atene dell'età degli oratori), il giuramento rappresenta un istituto che nella prassi dei tribunali appare del tutto marginale o confinato al livello di espediente retorico⁷.

Ma, nella fase della storia del processo documentata dal Codice di Gortina e dalle iscrizioni coeve, il giuramento ha ancora piena efficacia decisoria⁸. Quindi, se partiamo dal presupposto che l'*'omnunta krinen'* si basi su una libera valutazione delle prove da parte del giudice, dovremmo escludere che il giuramento possa avere un ruolo (anche perché è difficile pensare a un giuramento di parte cumulabile con il giuramento del giudice). E tuttavia, sia nel Codice sia nelle iscrizioni coeve, incontriamo una strana clausola che, in relazione al processo, dichiara che uno dei contendenti sarà *'orkiotos'*. Questa clausola è stata oggetto recentemente di uno studio specifico di Remo Martini⁹, il quale è arrivato alla conclusione (sia pure con tutte le cautele imposte dallo stato delle fonti) che la clausola che dichiara una parte *'orkiotos'* equivale alle clausole che impongono il giuramento, in particolare purgatorio. Martini si colloca nel solco della dottrina maggioritaria, da lui sottoposta a un'accurata disamina, senza, mi pare, portare nuovi e decisivi argomenti a favore¹⁰. A me pare, però, che equiparando il significato di *'orkiotos'* a quello attribuito ad *'apomoton'*, non si tenga conto di un dato linguistico fondamentale, cioè che ci troviamo di fronte a un comparativo, quindi a un confronto fra due posizioni contrastanti. Ora, se fosse la legge a imporre il giuramento, come nel caso in cui il giudice è tenuto a *'dikazen apomoton'* in base a c. XI 26-29, non vi sarebbe ragione di alludere a posizioni contrapposte: quando la legge impone il giuramento non prevede alternative.

Io credo quindi che la clausola *'orkiotos'* si riferisca a casi in cui la legge non impone un giuramento come mezzo di prova vincolante.

A questo punto, per quanto riguarda il significato da attribuire a *'orkiotos'*, siamo di fronte a un'alternativa. O si tratta di decidere quale delle due parti abbia diritto di giurare, oppure, partendo dal presupposto che siano stati prestati due giuramenti contrapposti, si tratta di decidere quale di essi debba prevalere.

Alla seconda soluzione si oppongono obiezioni a mio parere decisive. In tutta la documentazione gortina non si incontrano mai giuramenti contrapposti, e, per di più, se anche fossero concepibili, sarebbe assurdo che la legge determinasse a priori quale debba prevalere. La prima interpretazione appare quindi più plausibile: si tratta di decidere quale delle due parti in causa abbia diritto di giurare; decisione cruciale perché, se la parte a cui viene assegnata la preferenza, giura, vincerà automaticamente la causa.

Se *'orkiotos'* implica che si debba scegliere quale delle due parti abbia diritto di prestare un giuramento decisivo, si tratta di capire chi sceglie e come sceglie. Anche in questo caso sono astrattamente possibili due soluzioni: o decide il giudice quale delle due parti invitare a giurare; oppure si applica già il meccanismo che abbiamo visto in vigore nella teoria e nella prassi ateniese di IV secolo: sarà una delle parti a deferire il giuramento alla controparte e questa potrà o accettare di giurare o riferire il giuramento.

Ora, a me pare che la clausola *'orkiotos'* non sia conciliabile con l'iniziativa di parte che mette in moto la dialettica «deferimento/riferimento». Infatti, come potrebbe la legge definire a priori la parte che ha un diritto prioritario di giurare se tutto è rimesso alla volontà delle parti? Se la legge definisse *'orkiotos'* colui che ha intenzione di deferire il giuramento, sarebbe assurdo che questi lo deferisse alla controparte. Se fosse definito *'orkiotos'* colui che intende riferirlo, ci troveremmo di nuovo in una situazione senza via d'uscita.

⁷) Si veda D. MIRHADY, *The Oath-Challenge in Athens*, in «CQ.», XLI, 1991, p. 78-83.

⁸) Non mi convince quindi la tesi riduttiva esposta da M. GAGARIN, *Oaths and Oath-Challenges in Greek Law*, in «Symposion 1995», Köln-Weimar-Wien, 1997, p. 125-134, dove peraltro si riconosce il ruolo centrale che il giuramento ha ancora a Gortina.

⁹) R. MARTINI, *Considerazioni comparatistiche in tema di sacramentum*, in «Mélanges F. Sturm», Liège, 1999, I, p. 383-394.

¹⁰) Già ZITELMANN, *op. cit.*, p. 72, aveva osservato che la legge può o ordinare direttamente a una delle parti di prestare giuramento oppure dichiararla *'orkiotos'*, e aggiungeva che questo aggettivo va inteso nel senso che la parte così indicata è non solo «eidfähiger» ma anche «eidpflichtiger».

Non resta dunque che supporre che di norma la scelta spetti al giudice, e quindi che, con la clausola *'orkioteran'*, la legge imponga al giudice il criterio in base a cui scegliere la parte cui attribuire il diritto di giurare. Ma il fatto che sia il legislatore a decidere quale delle due parti debba essere preferita presuppone che l'iniziativa sia partita o dalle parti o dal giudice.

Si prospettano quindi due possibilità, che implicano entrambe una dialettica fra il giudice e le parti.

La prima possibilità, una volta escluso il meccanismo «deferimento/riferimento», è che ciascuna delle parti offra di giurare e che, di conseguenza, il giudice decida quale delle due parti abbia diritto di giurare (magari nella forma del «Beweisurteil»). Se la parte designata giura, fornisce una prova vincolante per il giudice e vincerà la causa. Se non giura, possiamo presumere che perda la causa, come abbiamo supposto che avvenga quando è la legge stessa a imporre il giuramento come prova legale a una delle parti.

La seconda possibilità è che sia invece il giudice a prendere l'iniziativa, deferendo il giuramento a una delle parti (che risulterà così *'orkioteran'*).

Partiamo da questa seconda possibile interpretazione. Il principale argomento contro di essa è dato secondo me dalla constatazione che nelle iscrizioni gortinie non c'è nessun elemento che faccia pensare alla possibilità per il giudice di assumere iniziative tendenti ad orientare la decisione in base a un determinato mezzo di prova da lui scelto. E' vero che nella documentazione non cretese sembrano esserci dei precedenti che vanno in questa direzione e che sono stati assunti da Gerhard Thür come base per costruire la sua tesi, secondo la quale *'dikazein'* significa in età arcaica imporre un giuramento decisorio a una delle parti¹¹. Non è questo il luogo per approfondire il punto di vista dell'esimio studioso austriaco; mi limito qui ad accennare che le principali fonti su cui si basa – Omero per la controversia tra Menelao e Antiloco (*Il.* 23.573-585), Platone, *leg.* 948 b-e, per Radamanto giudice, e un passo dello stesso Codice di Gortina (il giuramento imposto alla moglie accusata di aver sottratto beni del marito in occasione del divorzio), a cui si può aggiungere il principio attribuito a Solone¹² – non consentono di estendere la sua tesi al processo gortinio nel suo insieme. Le stesse formule di legge sopra esaminate – *'dikazen se c'è un testimone; 'omnunta krinen'* a meno che non ci sia un testimone – mostrano che il giudice non ha la possibilità di imporre un mezzo di prova.

Io credo quindi che ci si debba orientare piuttosto verso la prima interpretazione. Nel caso in cui le parti offrano di giurare – e questa intenzione è spesso espressa nelle fonti: cfr. *Hymn. Hermes*, 274 e 383; *Isaeus*, 9 *de Astiph. Her.* 24; *Aeschl., Eum.* 429 – sarà il giudice a stabilire quale delle due parti ha diritto di giurare.

Naturalmente la scelta da parte del giudice sarà necessaria solo se entrambe le parti intendono ricorrere al giuramento. Se una delle due offre di giurare e la controparte non intende a sua volta giurare, il giudice ammetterà al giuramento quella delle due che si è offerta.

Quindi, nel caso in cui sia la legge a indicare la parte a cui assegnare la priorità, occorre presupporre che le parti si siano offerte entrambe di giurare.

E' quanto accade probabilmente nel caso della donna che presenta alla casa dell'ex-marito il figlio nato dopo il divorzio. Qui c. III 49-52 prevede che siano *'orkioterai'* i parenti (*'kadestai'*) e i tre testimoni che hanno presentato il bambino. Ora, il fatto che vi siano dei testimoni fa pensare che il giuramento sia qualcosa in più, che non è richiesto dalla legge, ma può rendersi necessario se l'ex-marito, a sua volta, offre di giurare che nessuno si è presentato alla sua porta. Un'offerta di giuramento non può essere contrastata efficacemente da una prova testimoniale. Per questo occorre che anche parenti e testimoni della donna offrano di giurare. E a questo punto è la legge che privilegia la loro offerta. Se quanto abbiamo detto è attendibile, ne risultano importanti conseguenze per la nostra conoscenza dell'attività del giudice gortinio. Intanto vediamo che il giudice non ha un ruolo interamente passivo, come sarà invece nel processo attico del IV secolo. Nello stesso tempo, però, il giu-

¹¹) Si veda da ultimo G. THÜR, *Oath*, cit.

¹²) Documentato dalla glossa *'doxastai'* del «Lexicon Seguerianum», V, su cui cfr. già K. LATTE, *Heiliges Recht*, Tübingen, 1920, p. 24-25, e ora M. GAGARIN, *Oaths*, cit., p. 127 ss.

dice non assume iniziative proprie allo scopo di accertare la verità processuale. Quindi possiamo concludere che l' *'omnunta krinen'* non esclude che le parti presentino delle prove. Nel caso in cui intendano giurare e il giudice ammetta il giuramento, l' *'omnunta krinen'* si trasformerà in un *'dikazen'*. Se tutto ciò è vero, ne potremmo ricavare un'ulteriore importante conseguenza. E cioè che, tutte le volte che la legge prevede semplicemente un' *'omnunta krinen'* (ad esempio «IC.» IV 72 c. IX 21), in realtà è possibile suffragare le proprie affermazioni con delle prove testimoniali (ed eventualmente anche proporre un giuramento). In particolare se una sola delle parti presenterà un testimone, l' *'omnunta krinen'* si trasformerà in *'dikazen'* vincolato. Ciò significa che le formulazioni *'omnunta krinen'* a meno che non vi sia un testimone e la semplice *'omnunta krinen'* consentono entrambe il ricorso alla testimonianza con analoghi effetti sulla modalità di giudizio.

Possiamo allora spingerci ancora oltre e confrontare il trattamento della prova testimoniale e del giuramento. Se vi è un testimone a favore di una sola delle parti, il giudice sarà tenuto a *'dikazen'* in conformità alla testimonianza. Se vi sono testimoni a favore di entrambe le parti, il giudice giudicherà nella forma dell' *'omnunta krinen'*. Se, in assenza di testimoni, una sola delle parti offre di giurare, il giudice giudicherà (*'dikazen'*) in conformità al giuramento prestato. Se entrambe le parti offrono di giurare, il giudice deciderà quale delle due parti ammettere al giuramento e deciderà in conformità al giuramento (*'dikazen'*). Non sembra invece che possa rifiutare entrambi i giuramenti e decidere con un *'omnunta krinen'*. Sotto quest'ultimo profilo sembra esserci dunque una differenza importante fra testimonianze contrapposte e offerte contrapposte di giuramento.

A questo ventaglio di ipotesi andrebbe aggiunta quella prevista da un passo del Codice (IX 51-54) in cui il giuramento purgatorio del convenuto sembra dipendere da una richiesta dell'attore. Martini, che analizza in maniera approfondita il passo¹³, si chiede prima di tutto se la scelta spetti all'attore o al convenuto. Qualora spettasse all'attore, l'alternativa sarebbe fra esigere dal convenuto il giuramento purgatorio oppure chiedere al giudice di pronunciarsi nella forma dell' *'omnunta krinen'*. Qualora la scelta spettasse invece al convenuto (ipotesi per la quale Martini dichiara di propendere), l'alternativa sarebbe stata fra giurare o pagare, cioè adempiere. Nessuna delle due soluzioni mi convince. Per quanto riguarda la scelta da parte dell'attore, non mi pare plausibile che l'attore scelga fra un mezzo di prova e una modalità di giudizio. Per quanto riguarda la scelta da parte del convenuto, è ovvio che l'adempimento (o meglio il pagamento della somma oggetto della condanna) sarà l'alternativa alla mancata prestazione del giuramento purgatorio, se questo viene ordinato dal giudice. Ma per esprimere un simile risultato il legislatore non si sarebbe espresso così. Avrebbe usato la proposizione condizionale: «se non giura ... sarà condannato a pagare ...» (come in «IC.» IV 41.5.1-3, citata dallo stesso Martini)¹⁴. A me sembra chiaro che qui ci troviamo di fronte a un'alternativa, formulata dall'attore, che tende a definire i possibili comportamenti processuali del convenuto. Purtroppo non è facile capire quale potesse essere l'alternativa al giuramento purgatorio: forse si può pensare all'intervento a favore del convenuto di testimoni qualificati. Ai fini che qui mi interessano, comunque, mi pare si possa dire che ci troviamo di fronte al giuramento di una parte dipendente da un'iniziativa della controparte, e questo è già un elemento importante da integrare nel quadro del regime probatorio previsto dal Codice. Sembra infatti di capire che siamo agli inizi del regime, che caratterizzerà poi l'Atene di IV secolo, della dialettica «deferimento/riferimento». Qui è ancora la legge che orienta l'uso delle prove, per cui, ad esempio, sembra da escludere che il convenuto possa riferire il giuramento: la legge gli lascia solo l'alternativa fra il giuramento purgatorio e un altro mezzo di prova che la lacuna del testo ci impedisce di determinare. Resta da capire, naturalmente, se e quando a Gortina si sia passati a una disciplina del giuramento analoga a quella prevista nel processo attico di età classica, cioè basata sul deferimento e riferimento in base alla volontà esclusiva delle parti.

La conclusione principale a cui intendevo giungere con queste brevi annotazioni è avanzare l'ipotesi che non sia soltanto la legge a determinare la scelta del giudice fra giudizio vincolato ad una

¹³) *Op. cit.*, p. 390-393.

¹⁴) *Op. cit.*, p. 393.

prova legale e giudizio basato sul libero convincimento. Anche le parti, con la loro strategia in tema di prove, possono orientare le modalità di giudizio. E ciò in due sensi speculari. Un *'dikazen'* vincolato per legge a una prova legale può diventare un *'omnunta krinen'* se la prova non viene fornita. E viceversa un *'omnunta krinen'* può diventare un *'dikazen'* vincolato se una parte è in grado di presentare una prova decisiva e il giudice la ammette.