

CAPITOLO I

IL PROBLEMA E LA LETTERATURA

SOMMARIO: 1. Il problema e le fonti. – 2. La struttura del processo paragrafico. – 3. Παραγραφή e διαμαρτυρία. – 4. La «dogmatica» della παραγραφή.

1. *Il problema e le fonti.*

Nella prassi giudiziaria attica del IV sec. a.C. – dall'inizio di esso sino agli ultimi decenni – si coglie un particolare atteggiarsi delle forme processuali in relazione alle difese fatte valere dal convenuto (o dall'imputato, per chiamare così il *reus* – in senso processuale – nei giudizi pubblici): fenomeno che ha attirato l'attenzione degli storici, anche se a diversi livelli, sin dall'inizio degli studi sulle fonti dei diritti greci e sul diritto attico in particolare.¹

A seconda, infatti, che il convenuto (o l'imputato) scegliesse di difendersi adducendo contro la fondatezza dell'azione o dell'accusa certi fatti od altri, poteva variare o l'organo che decideva, più o meno discrezionalmente, sulla difesa così presentata o la forma mediante la quale, direttamente o indirettamente, la questione veniva rimessa al giudizio sovrano del popolo, che si sedeva nei tribunali elastici, nel δικαστήριον πάντων κύριον.

Per quanto concerne la sua manifestazione più appariscente, che riguarda i processi privati,² questa contrapposizione era tra la *paragrafe*, intesa come forma parti-

¹ A dir il vero, prima degli inizi del XIX sec., l'attenzione degli studiosi sui nostri problemi era stata soltanto assai sporadica: ciò giustifica, d'altra parte, la circostanza che, con l'iniziare, all'epoca già detta, di un approfondimento degli studi soprattutto sul processo attico, si nota una quasi completa irrilevanza, sul punto, della letteratura precedente. A parte qualche breve accenno, come può essere quello del van Meurs, più all'amnistia di Archino che alle particolarità della *paragrafe* (*Ioannis Meursii, Themis Attica sive de legibus Atticis libri II*, lib. II, cap. 23 [Trajecti ad Rhenum 1684, 119]), la trattazione più impegnata rimane quella del Petit, che non egredisce anch'essa una mera enumerazione di fonti relative alla *paragrafe* ed alla *diamartyria*, senza neppure accorgersi, praticamente, dei punti di contatto fra questi due istituti (*Samuelis Petitii leges Atticae et commentarius cum animadversionibus* Jac. Palmerii a Grentemesnil, A.M. Salvini, C.A. Dukerii, et P. Wesselingii, lib. IV, tit. IV, §§ 12-18, e tit. VII, § 13 [in *Jurisprudentia Romana et Attica continens varios Commentatores, qui jus Romanum et Atticum, item classicos aliosque auctores veteres emendarunt, explicarunt, illustrarunt, cum praefatione Petri Wesselingii*, III, Lugduni Batavorum 1741, 428 ss., 448 s.]). Non è questa però la sede per intrattenermi sui problemi dello studio dell'esperienza giuridica greca prima dell'inizio del sec. XIX, su cui conterei di poter tornare presto in altra sede.

² Dato che il problema dell'ammissibilità dell'azione nei processi pubblici trova assai minor documentazione nelle nostre fonti, riducendosi praticamente le allusioni più dirette, e quindi più discusse in dottrina, a quelle di Antifonte, *or.* 5. 8-19, e di Lisia, *or.* 13. 85-87, 88-90, che si pongono quindi ancora nel V sec. ed agli inizi del IV sec. a.C.

colare di giudizio,³ e la *euthydikia*.⁴ Con la prima si faceva valere, pressoché in ogni caso,⁵ che la δίκη proposta dall'attore non era εἰσαγωγήμιος, e che quindi non poteva essere introdotta dinanzi al tribunale elastico dal magistrato, il quale aveva la ἡγεμονία sul tribunale stesso; con la seconda si contestava, dice la comune dottrina,⁶ il merito della causa, e cioè – secondo quella che mi appare la corretta ricostruzione dell'istituto – si contestava l'esistenza dei fatti costitutivi posti dall'attore a sostegno della propria azione. Questa contrapposizione, naturalmente, trovava la sua origine nella bipartizione, propria del processo attico almeno nel V e nel IV sec. a.C., tra una fase che si svolgeva dinanzi al magistrato e che serviva a impostare l'ἄγων processuale e, eventualmente,⁷ all'istruttoria della causa, ed un'altra fase dinanzi al tribunale, presso cui il magistrato introduceva (εἰσήγε) la causa, o dopo l'istruttoria da esso compiuta od in seguito alla mancata accettazione ad opera delle parti della δίαττα pronunciata dall'arbitro pubblico.

Tale atteggiarsi – anche terminologico – della contrapposizione ha avuto una notevole importanza per l'impostazione corrente della problematica relativa a questo aspetto della prassi giudiziaria attica.⁸ Le terminologie εἰσάγειν e δίκη (οὐκ) εἰσαγωγήμιος (che indica la ragion fatta valere nelle forme processuali della *paragrafe*) hanno inevitabilmente portato – per l'istintiva assonanza semantica o per la portata dell'atto cui esse alludono⁹ – a caratterizzare la *paragrafe* come quel modo di difendersi del convenuto, mediante il quale costui fa valere una «inammissibilità» od una «improcedibilità» dell'azione e che si contrappone a quel *modus procedendi* che è rappresentato dall'*euthydikia* e che quindi, per giustapposizione vorrei dire necessaria a questo punto, è prospettato come quello in cui si fa valere una difesa sul «merito» della causa.

D'altro canto questa impostazione è stata senza dubbio favorita dall'uso del termine *paragrafe* per indicare la forma processuale con cui il convenuto faceva

³ Al di là, quindi, del suo significato originario di atto introduttivo del giudizio da parte del convenuto (e dei problemi che possono sorgere in relazione all'adibizione, nella legge di Archino, di questa particolare terminologia).

⁴ Terminologia questa, che non è originaria, a mio avviso, nel procedimento paragrafico.

⁵ Limite la mia affermazione, perché ritengo che la *paragrafe* archinea, e cioè la forma in cui il nostro istituto s'è per la prima volta presentato nella prassi giudiziaria attica, ed in cui esso serviva a dedurre in giudizio la violazione dell'amnistia, convenuta nel 403 dopo la caduta del governo terroristicco dei Trenta e la restaurazione democratica, non servisse a far valere un'improcedibilità dell'azione, in quanto l'amnistia non riusciva, per i mezzi con cui era stata attuata, a produrre una simile condizione dell'azione stessa.

⁶ Cfr. *infra*, in questo cap., p. 33 ss.

⁷ E cioè nei casi in cui non si desse luogo – nel IV sec. a.C. – all'esperimento obbligatorio dell'arbitrato pubblico.

⁸ Si tenga conto dell'uso delle terminologie accennate nel testo al di fuori dell'esperienza giuridica attica e della possibilità che anche qui ritornino fenomeni analoghi, nella struttura, a quelli riscontrati nell'Atene del IV sec. a.C.

⁹ E cioè l'introduzione della lite dinanzi al tribunale da parte del magistrato a ciò competente.

valere le ragioni d'inammissibilità o d'improcedibilità di cui si è detto. Ha qui giocato l'assonanza di un valore recenziore che il termine *paragrafe* ha assunto e che equivale o meglio serve a tradurre l'*exceptio* delle fonti giuridiche romane. In questo modo il circolo si chiude e la dottrina corrente, recente e meno recente, è portata senz'altro a qualificare la *παραγραφή* μὴ εἶναι εἰσαγωγίμιον τὴν δίκην come un'eccezione, in senso stretto,¹⁰ d'improcedibilità dell'azione, naturalmente a livelli diversi di consapevolezza delle implicazioni, per chiamarle così, dogmatiche che tale modo di esprimersi comportava.

Di fronte però alla relativa facilità con cui, già in base agli spunti terminologici indicati, alla figura della *paragrafe* e della *δίκη οὐκ εἰσαγωγίμιος* si riusciva a dare una collocazione in una determinata impostazione, indubbiamente modernizzante, delle strutture processuali attiche, si venivano, però, a poco a poco, ponendo taluni problemi, che non sono stati immediatamente avvertiti dalla dottrina, da quando questa, all'inizio del sec. XIX, ha cominciato a porre le basi dello studio attuale del diritto attico e del diritto greco in generale.¹¹ Da una parte quello della struttura del processo in relazione all'opposizione della *paragrafe*, dato che, come si vedrà,¹² le fonti non danno, a questo proposito, una risposta diretta e precisa: ma è problema che, nonostante qualche accenno, è rimasto nell'ombra sin verso il 1930, benché costituisca, a mio avviso, il punto di partenza necessario per l'approfondimento di tutta la problematica del processo paragrafico.

¹⁰ In quanto contrapposta alle semplici difese, che, per esser fatte valere, non necessitano di particolari forme e tempi di presentazione, nei limiti in cui una simile contrapposizione possa servire a caratterizzare l'atteggiarsi delle difese del convenuto nel sistema processuale attico. D'altra parte, una volta acclarato che le espressioni «eccezione», «improcedibilità», «inammissibilità», «merito della causa», in quanto riferite alle particolari strutture del processo paragrafico, non possono essere intese con tutte le implicazioni che esse hanno per la nostra sensibilità giuridica moderna, non vedo alcun particolare inconveniente nel continuare ad adoperarle – per comodità d'espressione – in riferimento alla nostra tematica, al modo stesso in cui le ha adoperate sin qui la letteratura. Il pericolo non sta, infatti, nell'usare di tali forme espressive, ma, come dicevo, nel trasferire il significato che esse possono avere per noi ai momenti della realtà giuridica greca che esse sono chiamate a designare.

¹¹ Ciò avviene, all'inizio del secolo, soprattutto con l'attività di A.W. Heffter, M.H.E. Meier, E. Platner, G.F. Schömann. Per quanto riguarda lo specifico campo delle indagini processuali, il fiorire intorno agli anni 20 dello stesso secolo di tre trattazioni d'insieme (A.W. Heffter, *Die athenäische Gerichtsverfassung. Ein Beytrag zur Geschichte des Rechts, insbesondere zur Entwicklung der Idee der Geschwornengerichte in alter Zeit*, Köln 1822; M.H.E. Meier – G.F. Schömann, *Der attische Prozess. Vier Bücher*, Halle 1824; E. Platner, *Der Prozess und die Klagen bei den Attikern, I. Prozess*, Darmstadt 1824; II. *Klagen*, Darmstadt, 1825) sul processo attico si ricollega ad un premio per una monografia sulla materia bandito nel 1817 dall'Accademia delle scienze prussiana (cfr. Platner 1824, V, e J.H. Lipsius, in M.H.E. Meier – G.F. Schömann, *Der attische Prozess. Vier Bücher*², neu bearb. von J.H. Lipsius, Berlin 1883-1887, VII).

¹² Cfr. infra, cap. II, p. 37 ss.

Diverso, invece, il punto di partenza di una seconda questione. Le figure della δίκη οὐκ εισαγώγιμος e della *paragrafe*, che, soprattutto nella seconda metà del IV sec. a.C., sembrano esser, nella nostra documentazione, in corrispondenza biunivoca, non lo possono essere state sempre, proprio per precisi spunti che troviamo nelle nostre fonti: da una parte la notizia che la *paragrafe* è stata introdotta soltanto negli ultimi due o tre anni del V sec. a.C., mentre la categoria della δίκη οὐκ εισαγώγιμος è tendenzialmente coeva all'introduzione della bipartizione del processo attico, sicuramente molto più risalente. Dall'altra, proprio al livello cronologico al quale deve esser posta l'apparizione della *paragrafe* nel sistema giudiziario attico, si riscontra, nelle fonti, l'emergere di un diverso mezzo ad incidenza processuale, la *diamartyria*, con la quale il convenuto faceva valere essere οὐκ εισαγώγιμος la δίκη. I termini per l'impostazione di un problema storico sui vari mezzi con cui la fattispecie della δίκη οὐκ εισαγώγιμος veniva fatta valere nelle diverse fasi dello sviluppo della procedura attica erano così posti.¹³

Rimane, poi, un profilo¹⁴ che può apparire legittimamente più interessante dal punto di vista della storia giuridica.¹⁵ Si è visto come la dottrina corrente tenda a qualificare sul piano dell'eccezione d'improcedibilità dell'azione la difesa del convenuto che si estrinseca nella παραγραφή μὴ εισαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην: di fronte a ciò sta una circostanza di cui la dottrina ha avuto sempre, in modo minore o maggiore, consapevolezza, anche senza trarne le debite conclusioni. I fatti per cui la δίκη diveniva οὐκ εισαγώγιμος erano di svariata natura, e se, per una serie di essi,¹⁶ le implicazioni sistematiche e dogmatiche che comporta, ai nostri occhi, la qualifica d'eccezione d'improcedibilità, non destano difficoltà, per altre – e sono le più numerose – il fatto dedotto nell'eccezione appare – almeno alla nostra moderna sensibilità – in termini di assoluto contrasto con la qualificazione dogmatica che viene data all'eccezione stessa.¹⁷

Questi sono, nelle grandi linee, i poli intorno a cui, dai primi tentativi ad oggi, si sono concentrati gli sforzi degli studiosi che si sono occupati della nostra problematica, e dai quali è necessario parta qualsiasi nuova riconsiderazione dei problemi. Di

¹³ Anche se essi furono approfonditi soltanto verso la fine della prima Guerra Mondiale da parte di G.M. Calhoun, *Διαμαρτυρία, παραγραφή and the Law of Archinus*, in *Class. Philol.* 13, 1918, 169 ss.; *Παραγραφή and Arbitration*, *ibid.* 14, 1919, 20 ss.; *Athenian Magistrates and Special Pleas*, *ibid.* 338 ss.

¹⁴ Preso in considerazione soprattutto nell'ultima monografia sull'argomento, quella di H.J. Wolff, *Die attische Paragraphe. Ein Beitrag zum Problem der Auflockerung archaischer Prozessformen*, Weimar 1966, 7 ss., 136 ss.

¹⁵ Anche a tener conto della circostanza che l'esperienza giuridica attica, e greca in generale, non ha mai espresso un'elaborazione sistematica o tecnica del fenomeno giuridico.

¹⁶ Che si risolvono, praticamente, a stare a quanto si può ricavare da un'attenta analisi delle fonti, nell'eccezione di incompetenza del magistrato adito.

¹⁷ Come, ad es., l'eccezione di transazione (l'ἄφεσις καὶ ἀπαλλαγὴ), quella di prescrizione, e, se si vuole, anche quella di regudicata, in quanto essa fa valere l'assenza dell'azione, in senso sostanziale, già consumata nel precedente giudizio.

fronte a questi ultimi sta una documentazione che, al parametro comune per la storia del diritto attico e del diritto greco in generale,¹⁸ può dirsi notevolmente ricca.¹⁹ Essa è rappresentata soprattutto, per le origini, dall'or. 18 di Isocrate e dall'or. 23 di Lisia, e, per la seconda metà circa del IV sec. a.C., dai sette λόγοι παραγραφικοί del *corpus Demosthenicum* (or. 32-38).²⁰ Si tratta qui, sempre di orazioni pronunciate in

¹⁸ A parte quel fenomeno particolare che è costituito dalle istituzioni giuridiche dell'Egitto ellenistico o greco-romano, che sono ampiamente illustrate dalla documentazione papirologica: per l'εἰσάγειν τὴν δίκην nel diritto tolemaico [cfr., per tutti, H.J. Wolff, *Das Justizwesen der Ptolemäer*, München 1970; E. Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, Glückstadt – Hamburg – New York 1962].

¹⁹ Come è stato rilevato recentemente anche da Wolff 1966, 8 s.

²⁰ A parte i discorsi che ci informano intorno all'applicazione della *diamartyria* nelle cause di aggiudicazione dei κλήροι (e precisamente Iseo, or. 3, 5 e 6, e Demostene, or. 44), i quali hanno, indubbiamente, una grossa rilevanza per ciò che concerne i problemi di struttura della διαμαρτυρία stessa in generale. D'altra parte – per i processi pubblici, per cui si è già notata (cfr. *supra*, nt. 2) la scarsità di riferimenti diretti – in vari di questi si possono trovare accenni che propongono problemi intorno alla questione se e come in essi si facesse valere un'eventuale improcedibilità dell'azione: ma su ciò si tornerà più avanti.

Per i discorsi paragrafici del *corpus Demosthenicum* reputo opportuno, una volta per tutte, dare qui appresso una breve notizia sulla paternità e sulla datazione di tali discorsi, senza voler entrare nel merito della discussione, ma additando la letteratura e le soluzioni, a mio avviso, più plausibili.

Per quanto concerne la paternità, nessun dubbio può sorgere per l'or. 36, uno dei più ammirati fra i discorsi giudiziari privati del nostro autore (cfr., per tutti, F. Blass, *Die attische Beredsamkeit*, III 1², *Demosthenes*, Leipzig 1893, 461; L. Gernet, *Démosthène, Plaidoyers civils. Discours XXVII, XXXVIII*, Paris 1954, 204). Ma anche la paternità demostenica di altri due è sufficientemente sicura: cfr., per Demostene, or. 37, A. Schaefer, *Demosthenes und seine Zeit*, III 2¹, Leipzig 1858, 205 ss.; A. Hoeck, *De Demosthenis adversus Pantaenetum oratione*, diss. Kiliensis, Berolini 1878, 1 ss., che respinge il dubbio di G. Krüger, *De oratione exceptoria quam ferunt contra Pantaenetum scripsisse Demosthenem*, diss. Halensis, Berolini 1876, 26 ss., il quale si basava su motivi piuttosto deboli: nessun motivo invece, in J. Sigg, *Der Verfasser neun angeblich von Demosthenes für Apollodor geschriebenen Reden*, in *Jahrbb. f. class. Philol.*, Suppl. VI, Leipzig 1873, 27 ss., come rileva anche Blass 1893, 480 s. e nt. 6, che è decisamente per l'autenticità dell'orazione, come del resto, da ultimo, Gernet 1954, 229. Per Demostene, or. 38, cfr. Schaefer 1858, 209 ss., Blass 1893, 484 s. e, pur con qualche incertezza, da ultimo Gernet 1954, 51. Il carattere spurio delle altre orazioni, nonostante qualche perplessità nella letteratura del secolo scorso, non lascia, a mio avviso, adito a dubbi: questi non sussistono per [Demostene] or. 35: cfr. Schaefer 1858, 291; H.F. Clinton, *De Demosthene*, in *Fasti hellenici* (trad. C.G. Krüger), II, Leipzig 1830, 257; I. Herrmann, *Einleitende Bemerkungen zu Demosthenes' paraphrasischen Reden*, Gymnas. Progr., Erfurt 1842, 14; Blass 1893, 566 ss.; Gernet 1954, 179. Più controversa la situazione della letteratura per [Demostene], or. 33: la genuinità ne è decisamente affermata da Herrmann 1842, 9, mentre è negata, e con tutta ragione, da Schaefer 1858, 300; G.E. Benseler, *De hiatu in scriptoribus graecis*, I. *De hiatu in oratoribus atticis et historicis graecis*, Freibergae 1841, 97; E.R. Schulze, *Prolegomenon in Demosthenis quae fertur orationem adversus Apaturium capitula duo*, diss. Lipsiensis 1878, 37 ss. (la maggior

parte dello scritto è dedicata appunto alla contestazione dell'autenticità di questa orazione); Blass 1893, 575 s., che, nonostante qualche dubbio, è in definitiva per il carattere spurio del discorso; Gernet 1954, 132. Per [Demostene], *or.* 34, è ancora Herrmann 1842, 13, il paladino, piuttosto conciso, della genuinità, mentre il problema non era neppure prospettato da A. Baumstark, *Prolegomenorum in oratione Demosthenis adversus Phormionem caput prius, sive de litigantium personis ac statu civili commentatio*, diss. Heidelbergensis 1826; Benseler 1841, 101; R. Dunker, *Inter privatarum causarum orationes Demosthenicas quae pro genuinis habendae sint quaeque pro falsis breviter exponitur*, Gymnas. Progr., Greiffenberg i. P. 1877, 16 s.; Blass 1893, 581 s., non senza qualche incertezza; E. Otto, *De Demosthenis quae fertur adversus Phormionem oratione*, diss. Heidelbergensis, Aequae Mattiae 1889, 22; E. Ziebarth, *Eine Handelsrede aus der Zeit des Demosthenes. Die Rede XXIV gegen Phormionem*, Heidelberg 1936, 13; ed infine Gernet 1954, 154, pur riconoscendo i meriti del discorso, che qualifica «vigoureux». Più discusso il caso di [Demostene] *or.* 32: qui, addirittura, v'è un'opinione estremista, quella di A. Hug, *Commentatio de pseudodemostenica oratione adversus Zenothemis*, Acad. Progr., Thurici 1871, 21 ss., per cui si tratterebbe di un esercizio retorico di un falsario, riproposta, in modo dubitativo, da R.J. Hopper in *Journ. Hell. Stud.* 87, 1967, 178 (rec. di H. Meyer-Laurin, *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess*, Weimar 1965). Tale opinione era già stata respinta nel secolo scorso dalla prevalente dottrina, che propendeva però per la non-demostenicità dell'orazione (che era già stata sostenuta prima di Hug da Herrmann 1842, 7 [con una formulazione che poteva, al limite, dare uno spunto all'ipotesi del falso]; da Schaefer 1858, 295 s., nonché da A. Philippi, *Das Fragment der demosthenischen Rede gegen Zenothemis*, in *Jahrb. f. class. Philol.* 13, 1867, 593, che respingeva, indipendentemente da Hug, l'opinione della composizione retorica): cfr. Th. Thalheim, *Der Prozess Demons gegen Zenothemis. (Demosthenes) XXXII*, in *Hermes* 23, 1888, 202; Blass 1893, 492 s., 496 s. In tempi più recenti si è addirittura sostenuta l'autenticità di quest'orazione, dopo una presa di posizione possibilista di P. Vinogradoff, *The Legal Background of Demosthenes' Speech in Zenothemis v. Demon*, in *TR*, 3, 1922, 164: cfr. A.C. Cosman, *Demosthenes' rede tegen Zenothemis (Oratie XXXII), met inleiding en commentaar*, diss. Amsterdam 1939, 57 (vi aderisce J.J. Gavigan, in *Class. Weekly* 34, 1940, 41, 56), ed E. Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, III 2, *Die Umformung des Rechtsgedankens durch Historik und Rhetorik*, Frankfurt a. M. 1956, 330, 343, ma senza citazioni di *auctores*. Propende, da ultimo, ed a mio avviso pienamente a ragione, per il carattere spurio del discorso Gernet 1954, 117.

Il problema della datazione di questi discorsi paragrafici non offre poi, in genere, delle gravi difficoltà, almeno ad una determinazione generica dell'epoca. L'unico discorso che sfugge anche a questa è Demostene, *or.* 38: Gernet 1954, 251, respinge a ragione l'opinione di Schaefer 1858, 210 s., fondata su motivi di affinità stilistica, e ripresa da Blass 1893, 482, per cui l'orazione andrebbe situata nelle vicinanze di Demostene, *or.* 37. Krüger 1876, 18 ss., dà come termine *ante quem* il 356 a.C., basandosi sulla molto discutibile identità dell'Aristocrate del § 27 della nostra orazione con quello di Demostene, *or.* 54, 39, e con un ragionamento non del tutto sicuro sulla priorità: sulla base di questa identità termine *ante quem* al 343 a.C. per Herrmann 1842, 23, ma senza troppe precisazioni. Severa critica a questa ipotesi in Hock 1878, 7. Ingenua, infine, l'affermazione di V. Cucheval, *Etude sur les tribunaux athéniens et les plaidoyers civils de Demosthène*, Paris 1863, 83, per cui la

processi paragrafici, o che, come nel caso dell'*or.* 23, se non s'identificano terminologicamente in un tale processo, si risolvono sostanzialmente in esso od in qualcosa del tutto analogo. Al di fuori di questo blocco, la situazione delle fonti è assai poco soddisfacente: praticamente inesistenti i riferimenti alla *paragrafe* ed alla *δίκη οὐκ*

nota coincidenza – nella lettera perfino dell'argomentazione – tra Demostene, *or.* 38, 21-22 e 37, 59-60, mostrerebbe che la nostra orazione è successiva alla *πρὸς Πανταίητον*. Non si può, d'altronde, sottacere che la *πρὸς Ναυσίμαχον καὶ Ξενοπείθην* può dare effettivamente l'impressione di una certa risalenza: ma più di ciò, che rimane del resto ad uno stato soggettivo, non si può ottenere. Le altre si susseguono, con maggiore o minore possibilità di determinazione, in questo ordine: Demostene, *or.* 36, risale sicuramente al 350-349 a.C., come ha definitivamente fissato Blass 1893, 462 e nt. 5, utilizzando i dati di Clinton 1830, 31, e soprattutto di F. Lortzing, *De orationibus quas Demosthenes pro Apollodoro scripsisse fertur*, diss. Berolinensis 1863, 14 ss., nonché di Sigg 1873, 406 s.; in tal senso cfr. anche G. Huettner, *Demosthenis oratio pro Phormione adnotatione critica instructa et commentario parata*, diss. Erlangensis 1885, 18 s. La diversa opinione di Schaefer 1858, 161 s., che la poneva al 352 a.C., così come Krüger 1876, 17, veniva esattamente respinta dagli autori citati, ma è ancora seguita da Gernet 1954, 204, e H.V. Beyer, *Über den Sachverhalt der demosthenischen Rede für Phormion*, diss. Freie Univ. Berlin 1968, 122 s., 124 s. [Demostene] *or.* 35 potrebbe essere del 351-349 a.C., secondo le deduzioni di Blass 1893, 563 s., che a me sembrano convincenti; più incerto, pur se su questa linea, Gernet 1954, 179 s., che pensa al 340 a.C. come termine *ante quem*; non troppo fondata l'opinione di Schaefer 1858, 290 s., che la poneva al 341 a.C., seguito praticamente da R. Dareste, *Les plaidoyers civils de Demosthène, traduits en français, avec arguments et notes*, I, Paris 1875, 316, che fissava, del resto senza nessun serio fondamento, la riforma dei tribunali commerciali sotto l'arcontato di Eubulo, mentre Herrmann 1842, 16, si limita a porre l'anno della morte di Isocrate, il 338 a.C., come *terminus ante quem*. [Demostene], *or.* 37, si lascia datare con tutta facilità nel 346-345 a.C.: cfr. Blass 1893, 478, e Gernet 1954, 229; *terminus ante quem* al 348 a.C. per Krüger 1876, 17 s., ed al 346 per Herrmann 1842, 21 e per Hoeck 1878, 3. Più incerta la datazione di [Demostene], *or.* 32: Gernet 1954, 117, tende a porre il 344 a.C. come *terminus post quem*, in base a notazioni di Schaefer 1858, 295 e Blass 1893, 492 e nt. 4, che non procedono ad una più precisa specificazione, e finisce, in base ad argomenti piuttosto soggettivi, ad indicare come possibile la data del 340 a.C.; dal canto suo, Herrmann 1842, 7, si limitava ad indicare come *terminus post quem* il 354-351 a.C. *Terminus post quem* sicuramente al 341 a.C. per [Demostene], *or.* 33, che è probabilmente posteriore al 336 a.C.: così, con varie sfumature circa la maggiore o minore probabilità, Schaefer 1858, 299 s., sostanzialmente ripreso da Gernet 1954, 132 s., mentre più possibilista era Blass 1893, 573 s., pur ammettendo la datazione a dopo l'inizio del regno di Alessandro Magno; diversamente Schulze 1878, 34 s., che, dopo una critica non del tutto convincente agli argomenti dello Schaefer, pone il discorso, senza un plausibile fondamento, intorno al gennaio del 339 a.C. Dal canto suo Herrmann 1842, 9, dichiarava ancora esser del tutto imprecisabile la data del discorso. Per [Demostene], *or.* 34, sembra abbastanza sicura la datazione del 327-326 a.C.: cfr., per tutti, Blass 1893, 578, e Gernet 1954, 150 s. (per Herrmann 1842, 13, *terminus post quem* è il 329 a.C.).

είσαγωγίμος che si possono trovare nelle altre orazioni del *corpus* degli oratori attici, mute le altre fonti coeve. Rimangono una serie di fonti lessicali o grammaticali, piuttosto tarde, e nell'uso delle quali va adibita la massima cautela, nonché il riaffiorare della terminologia *paragrafe* per esprimere un particolare atteggiarsi della *μετάληψις* nella teoria retorica delle *στάσεις*: ma le prime vanno, anzitutto, valutate in sé per saggiarne l'attendibilità e l'eventuale dipendenza da fonti contemporanee eventualmente conosciute, e le seconde vanno considerate nel quadro complessivo della teoria retorica dell'impostazione della lite, per poterne trarre elementi di conferma o meno di quanto si possa desumere dalle fonti contemporanee stesse.

2. La struttura del processo paragrafico.

Nonostante il fiorire di studi sul processo attico all'inizio del secolo scorso, di cui si è detto,²¹ la *paragrafe* è rimasta, per molto tempo, un po' nell'ombra, non essendo mai presa ad oggetto di trattazione monografiche – neppure a livello di un articolo di rivista – e venendo discussa in trattazioni di carattere generale sul processo o sul diritto attico, anche con ampiezza relativamente notevole,²² o trovando qualche cenno in opere enciclopediche e dissertazioni di carattere prevalentemente filologico, soprattutto relative ai vari *λόγοι παραγραφικοί*.²³

E' nel nostro secolo che i principali problemi dell'istituto in esame, già accennati nel paragrafo precedente, sono stati messi a fuoco. Per quanto riguarda la struttura del processo paragrafico, l'avvio è stato dato da un filologo che voleva essere anche giurista, e quindi particolarmente sensibile agli effetti costruttivi della storia degli istituti dal punto di vista tecnico giuridico: U.E. Paoli. Il contributo in cui egli fissava i termini essenziali della sua opinione in materia di *paragrafe* è apparso nel 1925.²⁴ Esso rimase, però, pressoché inosservato, perché il luogo di edizione di esso, una rivista di diritto italiano positivo, non ne facilitava certamente la conoscenza fra gli specialisti del diritto attico, o dei diritti greci in generale, i quali, in genere, sono

²¹ Cfr. *supra*, in questo capitolo, p. 3 nt. 10.

²² Cfr. soprattutto gli svolgimenti in Heffter 1822, 289 ss., 348 ss.; Platner 1824, 138 ss., 163 ss.; Schömann 1883-1887, 833 ss.; J.H. Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren mit Benutzung des Attischen Processes von M.H.E. Meier und G.F. Schömann dargestellt*, III, Leipzig, 1915, 844 ss.

²³ Fra le voci d'enciclopedia, notevole per la relativa ampiezza, G. Glotz, s.v. *Paragraphè*, in *DS IV I*, Paris, s.a., 323 ss. Deludente, nonostante l'apparenza del titolo, la dissertazione di Herrmann 1842 già citata. Parzialmente diversa la valutazione di Wolff 1966, 9 s., che, pur criticando i risultati della letteratura precedente, e fra questa anche di quella ottocentesca, tendeva a porre in rilievo «die Aufmerksamkeit der Gelehrten», sollecitata dalla situazione relativamente favorevole della documentazione testuale.

²⁴ U.E. Paoli, *Giudizi paragrafici nel diritto processuale attico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 2, 1925, II, 218 ss.

più filologi o storici generali, che storici del diritto in particolare non che studiosi di diritto positivo.²⁵

Quest'articolo, che considerava esclusivamente i problemi di struttura del processo paragrafico, veniva poi quasi letteralmente ricompreso in un più ampio studio, pubblicato in un volume miscelaneo nel 1933, ed in cui esso veniva inserito in una più completa prospettiva, che comprendeva, seppur sommariamente, la storia del nostro istituto, i suoi rapporti con la *diamartyria*, ed altri aspetti più o meno strettamente connessi.²⁶

Il punto, però, su cui ruotava tutta l'indagine è quello della struttura. Il Paoli cerca di accreditare una sua particolare teoria, quella dell'inscindibilità del processo attico, di cui egli vuol cogliere l'applicazione nei due istituti – per l'autore nettamente differenziati storicamente e funzionalmente – della *paragrafe* e della *diamartyria*. Inscindibilità significa che, per quanto concerne più propriamente la *paragrafe* stessa,²⁷ l'opposizione da parte del convenuto di questo mezzo processuale non porta ad

²⁵ Esso rimaneva, ad es., sconosciuto a L. Gernet, *La diamartyrie procédure archaïque du droit athénien*, in *RH*, IV⁶ S., 6, 1927, ora in Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*², Paris 1964, 83 ss. D'altro lato – e lo notava già nella sua recensione ad U.E. Paoli, *Studi sul processo attico*, Padova 1933, A. Steinwenter, in *ZSS* 54, 1934, 384 e nt. 1 – lo stesso Paoli ignorava o non prendeva in considerazione, nel 1933, i contributi sulla *paragrafe* e sulla *diamartyria* di G.M. Calhoun e di L. Gernet (cfr. invece la bibliografia della v. “*Diamartyria*”, in *NovDI* V, Torino 1960, 578).

²⁶ U.E. Paoli, *L'inscindibilità del processo nel diritto attico*, in Paoli 1933, 75-173. Taluni degli svolgimenti qui contenuti hanno sollevato l'impressione di avere una scarsa connessione con il tema centrale trattato: così Steinwenter 1934, 386 nt. 2, rilevava come la trattazione sul processo contro Agorato (Lisia, *or.* 13) avesse una labile connessione con il tema centrale dell'indagine, in quanto lo stesso autore ammetteva che l'imputato non avesse sollevato, nel caso, una *paragrafe* (anche perché quest'ultima non sarebbe stata usuale in Atene nei confronti di un'azione pubblica). Ciò può anche suonar vero nei confronti dell'impostazione della ricerca del Paoli, dove il capitolo anzidetto (già pubblicato come *Il processo di Agorato* in *Riv. filol. istr. class.* 60, 1932, 289 ss.) non riesce ad inserirsi in un valido contesto. Ma tale nozione, considerata in astratto, mostra un punto di vista che vorrei definire pericoloso sotto il profilo metodologico, e cioè il voler isolare la *paragrafe* dagli analoghi fenomeni che si potevano riscontrare nelle strutture processuali attiche, e che vertevano tutti sempre sulla maniera in cui si potessero far valere – anche al di fuori delle azioni private – difese che, in un certo qual modo, si potessero avvicinare a quella che le fonti designano con il nome di δίκη οὐκ εἰσαγωγίμος.

²⁷ Paoli 1933b, 142 ss. (pubblicato anche come *Διαμαρτυρία e δίκη ψευδομαρτυρίων nel diritto successorio attico*, in *Studi F. Cammeo*, II, Padova 1933, 257 ss.), sostiene infatti che l'inscindibilità si riscontra anche relativamente all'azione di falsa testimonianza che impugna una *diamartyria* a carattere ereditario, con la quale si sia fermata una procedura di aggiudicazione di una successione, affermando l'esistenza di un figlio legittimo del *de cuius*, che aveva diritto al κληρος senza la necessità di vederselo attribuire mediante un'ἐπίδικασία. Nel corso del processo di falsa testimonianza, infatti, non soltanto si sarebbe proceduto a stabilire, se del caso, la falsità della διαμαρτυρία, ma in quest'eventualità si sarebbe contestualmente avuta l'aggiudicazione del compendio ereditario.

una divisione del processo nel senso che si dia, preliminarmente, un giudizio, quello paragrafico, sulla procedibilità dell'azione, e poi si svolga, eventualmente, il processo sulla fondatezza dell'azione stessa. Il processo si svolge, nonostante la *paragrafe*, in un'unica soluzione, in un'unica udienza, in cui vengono trattate sia la questione di procedibilità che quella che, con una terminologia che per noi è ovvia in contrapposto alla prima, si può chiamare la questione sostanziale, di merito. Alla fine dell'udienza si svolge, anzitutto, la votazione sulla questione pregiudiziale, sulla *paragrafe*, ed immediatamente dopo, ove la *paragrafe* sia stata respinta, si procede ad un'ulteriore votazione sul merito della causa.²⁸

²⁸ Un punto che rimane in ombra nel pensiero del Paoli è se il processo paragrafico portasse sempre alla definizione della controversia di merito fra le due parti. Il problema che qui sorge è quello delle eccezioni che la dottrina tradizionale chiama procedurali od interlocutorie, e cioè quelle che nel sistema di Paoli vengono raggruppate sotto il comune denominatore dell'illegittimità della forma, per difetto di competenza del magistrato adito o per uso illegittimo di un mezzo giudiziario (Paoli 1933b, 89 s.). Qui si tratta di eccezioni che dovrebbero avere valore soltanto procedurale, e conseguentemente, anche nell'ambito dell'opinione del Paoli, non sembrerebbe da escludere la riproposizione dell'azione dinanzi al magistrato competente od il far valere la pretesa mediante il mezzo giudiziario appropriato. Ma questo profilo non è preso in considerazione dallo studioso, il quale, trattando di tale sorta di eccezioni, si limita ad affermare che i giudici eliastici «decidevano al tempo stesso, ed in seguito ad un unico dibattito, anche la questione di merito» (Paoli 1933b, 90), il che presuppone, però, il rigetto della *paragrafe*. D'altro canto, nella trattazione successiva, il Paoli egualmente non viene a trattare degli effetti della sentenza di accoglimento di una *paragrafe* procedurale, come, del resto, non si pone questo problema in *Boll. filol. class.* 45, 1938-39, 271 (rec. a F. Lämmli, *Das attische Prozessverfahren in seiner Wirkung auf die Gerichtsreden*, Diss. Basel, Paderborn 1938), quando riafferma, come alternativa, quella tra «processo preliminare od unico», non prendendo ancora in considerazione il profilo del rigetto della *paragrafe* procedurale. Sembrerebbe, invece, propendere a valutare l'opinione del Paoli nel senso di una consunzione processuale della pretesa anche nel caso di eccezione procedurale W. Hellebrand in *Krit. Vierteljahr.* 63, 1934, 359 (rec. a Paoli 1933) ed in *Gnomon* 15, 1939, 260 (rec. a Lämmli 1938), dove parla di una «Paolis Lehre von der peremptorischen Wirkung schon der Einleitung der παραγραφή, die daher den ganzen Prozessfall erledigen musste». A. Biscardi, s.v. *Giudizi paragrafici*, in *NovDI* VII, Torino 1961, 880 (si tratta della riproduzione pressoché letterale dell'analogo voce pubblicata in *NDI* VI, Torino, 1938), parla, nell'ambito di una completa accettazione delle teorie del Paoli, di una sentenza che «aveva in ogni caso carattere definitivo», ma anch'egli senza dar a vedere di aver preso in considerazione, nel contesto, il caso dell'accoglimento di *paragrafai* meramente procedurali. D'altro canto anche chi può considerarsi (cfr. la nota successiva) il precursore di Paoli nell'affermazione dell'unità del processo paragrafico, J. Bake, *Scholica hypomnemata*, III, Lugduni Batavorum 1844, 259 ss., non fa distinzione tra eccezioni di carattere sostanziale e di carattere procedurale: v., del resto, anche Darestes 1875, I, xx. Né il problema è affrontato da Steinwenter 1934, 386 nt. 1, il quale si pone sì la questione di una «weitere Abstimmung» sull'*enklema* in seguito all'accoglimento, da parte del tribunale eliastico, della *paragrafe* del convenuto, ma pensa ad una votazione da parte del medesimo tribunale eliastico (la quale è naturalmente esclusa dall'accoglimento dell'eccezione, onde non si capisce perché questo studioso sottolinei al riguardo

Per poter valutare la portata di questa impostazione di U.E. Paoli bisogna tener conto dello stato della dottrina precedente: sin dagli inizi del 1800 questa, salvo rare e talora solo apparenti eccezioni, che del resto erano praticamente rimaste senza influenza,²⁹ restava saldamente ancorata ad una valutazione del processo paragrafico totalmente opposta a quella di Paoli. Essa configurava il giudizio, che si apriva in base all'opposizione della *paragrafe*, essenzialmente come un processo preliminare sulla procedibilità della *dike*, che poteva solo allora presentarsi come definitivo quando la natura stessa del fatto, dedotto nella *paragrafe* a sostanziare

l'assenza – ovvia direi – di fonti), non alla riproposizione della pretesa dell'attore dinanzi al magistrato competente o nella forma dovuta. Adesso, proprio per l'eccezione di incompetenza, il problema è toccato, dal suo punto di vista, da Wolff 1966, 145 s., il quale sottolinea come una «buchstäbliche Gesetzesauslegung», verso la quale, nel IV sec. a.C., si era ancora prevalentemente propensi, avrebbe potuto portare ad affermare, in casi del genere, la non ripetibilità dell'azione, ma conclude rilevando come le fonti non permettano nessuna soluzione sicura.

²⁹ Sia W. Hellebrand, s.v. Παράγραφη, in *RE* XVIII 3, Stuttgart 1949, 1178, che Wolff 1966, 12 nt. 20, hanno osservato come l'opinione di U.E. Paoli non costituisse un'assoluta novità, rinviando entrambi a Dareste 1875, I, xx, e Hellebrand anche a Bake 1844, 260: l'opinione di questi due autori era stata ricordata e respinta anche da Lipsius 1915, III, 856 nt. 35 (cfr. già in Meier – Schömann 1883-1887, 851 nt. 237, dove veniva ricordata soltanto l'opinione del Dareste). La presa di posizione di Dareste è molto concisa, anche se, indubbiamente, da quanto affermato possa trarsi la conclusione che, mediante l'opposizione della *παράγραφη*, si produceva, a giudizio dell'autore, un'inversione fra i ruoli delle parti, che permaneva per tutta la controversia, onde il *παράγραφόν* «parlait le premier sur la fin de non-recevoir d'abord, et ensuite sur le fond, car la question de fond n'était pas réservée, et il fallait toujours plaider à toutes fins». Ma al di là di queste brevi affermazioni non si andava. Più circostanziata la presa di posizione di Bake, il quale costruisce la sua opinione non solo sul fatto – anche per lui primario – che, nei λόγοι παράγραφικοί, «accurate ipsa quoque primaria quaestio tractatur», ma circostanzia le sue affermazioni in base all'analisi di Lisia, *or.* 23 (soprattutto del § 1), e di alcuni passi di orazioni pseudodemosteniche, nonché riferendosi al funzionamento dell'ἔπωβελία, cui del resto si ricollegava anche Dareste. Quanto alla presa di posizione di B. Keil, *Anonymus Argentinensis*, Strassburg 1902, 243, cui rimanda Lämml 1938, 162 s., come ad uno degli argomenti di cui il Paoli avrebbe potuto servirsi ma non si è servito (e l'osservazione di Lämml è ripresa da Hellebrand 1949, 1179), essa era propugnata in un contesto in cui lo studioso trattava del tempo messo a disposizione delle parti per la pronuncia delle loro arringhe: in siffatto quadro il Keil osservava che, in quanto «die παράγραφη ist nicht als Prozess über die rein formale Kompetenzfrage, sondern – wie praktisch, wenn auch nicht juristisch begreiflich – nur als eine besondere Form des Prozesses selbst behandelt worden», il tempo messo a disposizione dei contendenti nell'ἄγων παράγραφικός coincideva con quello di cui ci si sarebbe potuti servire nell'*euthydikia*. Ma quest'affermazione, non ulteriormente specificata, non è sufficiente per stabilire se il Keil pensasse effettivamente al processo paragrafico come a qualcosa di diverso da come esso era ricostruito dalla dottrina allora del tutto dominante. Io tenderei ad escludere questa possibilità, soprattutto in base all'inciso «wie praktisch, wenn auch nicht juristisch begreiflich», su cui ha esercitato la sua critica, e non a torto, Hellebrand 1949, 1179.

l'improcedibilità dell'azione, impedisse – nel caso di accoglimento dell'eccezione – la riproposizione della *dike*; si trattasse, cioè, per usare una terminologia allora corrente, di una eccezione perentoria, di sostanza e non meramente procedurale.³⁰

Di contro a questo modo di vedere il Paoli muoveva – come risulta chiaramente dallo svolgimento del suo pensiero – da una constatazione che, del resto, non era certo rimasta ignota alla precedente letteratura. Nei λόγοι παραγραφικοί, ed anche in

³⁰ In questo senso già la prima letteratura sul processo attico, a partire dagli inizi del sec. XIX (per cui cfr. Heffter 1822, 296 s., che distingue fra eccezioni meramente procedurali, dove non vi sarebbe dubbio, ed eccezioni sostanziali, dove il dubbio si può prospettare, ma va risolto nel senso dell'opinione tradizionale; Platner 1824, 170 s., e Schömann 1883-1887, 849, 851 s., che, molto più concisamente – soprattutto il secondo –, si esprimono nello stesso senso). Di poi questo modo di vedere, senza neppure di regola prendere in considerazione l'opposta opinione (e meno che mai i riferimenti alle concrete espressioni della stessa), si diffonde sempre di più: cfr. Herrmann 1842, 4; Cucheval 1863, 45, 173 ss, anche se senza una esplicita presa di posizione a riguardo; Philippi 1867, 591; Krüger 1876, 6, precisando che – respinta l'eccezione – non si poteva condannare nel merito, riservato alla «causa ipsa»; Huettner 1885, 35 s., il quale afferma che, se la sentenza «secundum reum dabatur, causa finita erat» (ma non ha certamente presente la possibilità di un'eccezione meramente procedurale, come quella sulla competenza); G. Gilbert, *Handbuch der griechischen Staatsalterthümer*, I. *Der Staat der Lakadaimonier und der Athener*², Leipzig 1893 (1^a ed. 1881), 458; K.F. Herrmann – V. Thumser, *Lehrbuch der griechischen Staatsalterthümer*, II⁶, Freiburg i. Br. 1892, 573 s., anche se non con estrema chiarezza; B. Matthiass, *Das griechische Schiedsgericht*, in *Juristische Festgaben für Rudolf von Jhering, zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum ihres früheren Mitgliedes gewidmet von der Rostocker Juristenfakultät am 6. August 1892*, Stuttgart 1892, 46, che ritiene anch'egli che, anzitutto, si debba decidere sull'eccezione fatta valere con la *paragrafe*, e che sino a questa decisione non possa proseguire il «Hauptprozess», ma pensa che l'ulteriore trattamento della causa avvenga «vor gleichem Gericht», senza precisarne ulteriormente i tempi; P. Gide – E. Caillemer, s.v. *Dikè*, in *DS* II 1, Paris 1892, 204, in cui si precisa che la *paragrafe* arrestava, addirittura, «l'instruction du principal» (degli stessi autori cfr. s.v. *Antigraphè*, *ibid.*, I 1, Paris 1873, 290); U. von Wilamowitz-Moellendorff, *Aristoteles und Athen*, II, Berlin, 1893, 369; E. Drerup, *Über die bei den attischen Rednern eingelegten Urkunden*, in *Jahrbb. f. class. Philol.*, Suppl. XXIV, 1898, 316 s.; G. De Sanctis, Ἄρθις. *Storia della repubblica ateniese dalle origini all'età di Pericle*², Torino 1912, 428 s., con preciso riferimento alla *paragrafe* archinea; Lipsius 1915, III, 854 ss.; P. Cloché, *La restauration démocratique à Athènes en 403 avant J.-C.*, Paris 1915, 276 s., anche se le espressioni usate siano, talora, piuttosto ambigue; Vinogradoff 1922a, 165; Glotz, in *DS* s.v. *Paragraphè* 325, dove l'accenno ad una definitività sostanziale della sentenza di accoglimento della *paragrafe* va forse corretto con quanto detto a p. 324; A. Steinwenter, *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Recht*, München 1925, 87, che però (cfr. *infra*, in questo §, nt. 34), successivamente all'indagine del Paoli, ha modificato la propria opinione parzialmente; H. Hommel, in *Berl. Philol. Wochenschr.* 47, 1927, 340 (rec. di Calhoun 1919b, 338 ss.); W. Wyse, *Law*, in L. Whibley, *A Companion to Greek Studies*⁴, Cambridge 1931, 485. Caratteristico il fatto – cfr. *supra*, in questo §, p. 9 nt. 25 – che questi due ultimi autori ignorino il contributo del Paoli del 1925, dove erano già compiutamente esposte le dottrine «rivoluzionarie» di questo autore sulla *paragrafe*.

quelli relativi a *diamartyriai*, i logografi non si limitavano a trattare soltanto dei fatti attinenti alla *paragrafe*, ma si dilungavano – talora, egli dice, quasi esclusivamente – sui fatti costitutivi ed estintivi dell'azione, che sarebbero stati riservati alla trattazione del c.d. merito della causa.³¹ Questa particolarità veniva spiegata, dalla dottrina meno recente, sotto il profilo del desiderio delle parti di mostrare ai giudici ateniesi – più portati ad una valutazione globale della causa e della personalità delle parti, che ad una precisa individuazione dei profili giuridici rilevanti ai fini della decisione della questione ad essi sottoposta – che non soltanto sulla questione pregiudiziale, della quale unicamente si trattava, *de iure*, nel giudizio paragrafico, ma anche sulla questione sostanziale l'oratore era dalla parte della ragione.³²

³¹ Ciò risulta chiaramente dal modo con cui Paoli 1933b, 109 ss., conduce il suo ragionamento. Del resto questo punto aveva la sua rilevanza anche nelle analoghe opinioni di Bake 1844, 261, e, seppur più larvamente, di Dareste 1875, I, xx.

³² Pur con varie sfumature il fondo della spiegazione tradizionale si deve trovare proprio qui: se Heffter 1822, 296 s., constata il fatto in relazione alla questione dell'unità o meno del processo paragrafico ma, respinta l'ipotesi dell'unità, non dà alcuna spiegazione della c.d. difesa sul merito, l'opinione tradizionale è ormai chiaramente precisata da Schömann 1883-1887, 855 s. Dal canto suo Lipsius 1915, III, 856 e nt. 35, riprendendo questa opinione (cfr. già in Meier – Schömann 1883-1887, 851 nt. 237), metteva in guardia contro le diverse interpretazioni del Bake e del Dareste. Questa opinione era del resto comunemente recepita in dottrina: cfr. Philippi 1867, 591; G. Perrot, *Le commerce de l'argent et le crédit à Athènes au quatrième siècle avant notre ère*, in *Mémoires d'archéologie, d'épigraphie et d'histoire*, Paris 1875, 417 s., e Schulze 1878, 30, i quali non prendono espressamente posizione sulla bipartizione del giudizio intorno alla questione pregiudiziale ed al merito della causa; Krüger 1876, 7; R. Volkmann, *Die Rhetorik der Griechen und Römer in systematischer Übersicht dargestellt*², Leipzig, rist. 1885 (1^a ed., Berlin, 1872), 86; Matthiass 1892, 46 (sulla cui particolare presa di posizione, cfr. *supra*, nt. 30); Cloché 1915, 358 s., pur senza centrare la problematica qui discussa. D'altro canto quest'opinione continuava a circolare nella dottrina successiva alla contraria presa di posizione di Paoli, che ne respinge l'impostazione o la ignora: cfr. R.J. Bonner – G. Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, Chicago [1938], 87 ss., soprattutto p. 90, che introducono un'ulteriore circostanza come elemento rilevante ai fini di questa prassi, e cioè che, a differenza che nel sistema anglosassone, non v'era in Atene una distinzione fra *juratores*, competenti per il fatto, e *iudices*, competenti per il diritto, circostanza questa – a mio avviso – assolutamente irrilevante, perché la discussione sulla c.d. *euthydikia*, che avveniva con maggiore o minore ampiezza nei λόγοι παραγραφικοί, investiva sia gli aspetti di fatto sia, nei limiti in cui ciò poteva accadere nell'esperienza giuridica ateniese, quelli di diritto relativi al merito della causa; Lämmler 1938, 162 s.; E. Schönbauer, *Παραγραφή, διαμαρτυρία, exceptio, praescriptio. Zur antiken Einrede der Unzulässigkeit des Streitverfahrens*, in *Anz. Österr. Akad. Wiss.* 10, 1964, 212; sull'opinione di H.J. Wolff cfr. *infra*, in questo §, nt. 39. Una posizione particolare, al riguardo, è assunta da P. Stoffels, *Billijkheid in het oud-griekse Recht*, diss. Amsterdam 1945, 49 s., il quale respinge l'opinione tradizionale, che egli impersona in Lipsius, sotto il profilo per cui non si trovano, nelle *paragrafai*, «mitdrukkelijke weerleggingen ... van een mogelijke beschuldiging van vertraging», e che una simile prassi si potrebbe avere soltanto ove la posizione delle parti, nella c.d. *euthydikia*, fosse forte, casi in cui non si comprenderebbe il ricorso alla *paragrafe*; d'altro canto, l'autore tende ad avvicinare que-

Il Paoli respinge questo modo di vedere: e, dopo aver sottolineato il carattere costante di questo uso, egli cerca di mostrare come sia, nella documentazione che possediamo, espressamente condizionato dalla votazione che i giudici eliastici, respinta l'eccezione, dovrebbero fare sul c.d. merito della causa. Tutto ciò viene poi inquadrato dal Paoli in una serie di altre circostanze che rafforzerebbero la validità dell'impostazione da lui stesso data alla questione della struttura del processo paragrafico. Egli perviene così alla conclusione che i logografi ateniesi trattano, con tutta ampiezza, del c.d. merito della causa, perché, immediatamente dopo la votazione sulla *paragrafe* ed in caso di rigetto di quest'ultima, i giudici eliastici dovevano procedere ad esprimere, con ulteriore votazione, il loro parere sulla questione di merito.³³

sta prassi all'altra caratteristica delle orazioni giudiziarie greche, per cui le questioni di diritto sono piuttosto trascurate, mentre prevalgono del tutto le discussioni sul fatto, caratteristica in ordine alla quale l'autore sminuisce la differenza che si può cogliere fra la prassi giudiziaria greca e quella moderna. Ma debbo rilevare che la critica al Lipsius non appare del tutto centrata: giustificazioni dell'uso della *paragrafe* sussistono, e taluna (Demostene, *or.* 36. 2) apparentemente centrata – e, ad ogni modo, così l'interpreta l'opinione tradizionale – sul punto di eliminare il sospetto di aver voluto *χρόνους ἐκποιεῖν* (su ciò cfr. *infra*, cap. II, p. 117 ss.). D'altra parte, proprio più fosse debole la posizione del *παραγραφώμενος* sul merito, più egli doveva cercare, con le buone o con le cattive arti, di convincere i giudici di avervi ragione. Il credere che una difesa sul merito fosse possibile, da parte dei logografi attici, soltanto in quanto si avesse, sul merito stesso, ragione, è un'ingenuità che disconosce la realtà della prassi retorica ateniese. In ogni caso le critiche dello Stoffels si rivelano inadeguate rispetto al punto che esse sono dirette a contestare – e cioè la giustificazione data dalla dottrina tradizionale – perché, d'altronde, si riferiscono alla difesa sul merito soltanto per quanto concerne i discorsi a favore di un'eccezione di improcedibilità, e non i λόγοι πρὸς τὴν παραγραφὴν, dove invece si riscontra lo stesso fenomeno, e che debbono essere valutati globalmente con le *παραγραφαί ὑπέρ τιος*.

³³ L'autore, per suffragare il proprio punto di vista sulla doppia votazione nei giudizi paragrafici, si richiama al fenomeno parallelo che si ha negli *ἀγῶνες τιμητοί*, dove pure si svolge una duplice votazione che verte, per esprimersi in termini moderni, prima sull'*an* e poi sul *quantum* della responsabilità del convenuto, civile o penale che essa sia (Paoli 1933b, 114 s.). Il compianto atticista si avvedeva della differenza, importantissima dal punto di vista qui discusso, tra giudizi paragrafici e *ἀγῶνες τιμητοί*, e cioè che in questi ultimi le parti, dopo la prima votazione sull'*an*, erano ammesse, anche se piuttosto brevemente (Aristotele, *Const. Ath.*, 69, 2), a pronunciare un nuovo discorso per esporre le proprie ragioni sul *quantum*. A questo proposito il Paoli prospetta, come possibile, «che anche il dibattito paragrafico [...] potesse svolgersi secondo questo rito – e cioè quello proprio degli *ἀγῶνες τιμητοί* – e viceversa che, anche in sede di *ἀγῶν τιμητός*, se l'accusato avesse trattato complessivamente del reato e della pena, l'accusatore [...] fosse tenuto a svolgere insieme i due argomenti, e quindi i giudici a pronunciare la loro duplice sentenza in due momenti immediatamente successivi» (dove vi è una palese inversione, a mio avviso, fra accusato ed accusatore, che però si riscontra già in Paoli 1925, 223): e concludeva tuttavia dicendo di aver «ricordato la procedura degli *ἀγῶνες τιμητοί* solo per concludere che non è contraria all'ordinamento processuale attico l'ipotesi di

La ricerca del Paoli segna una netta cesura nel corso dei nostri studi. La dottrina successiva, anche se talora ne abbia ignorato l'esistenza,³⁴ ne è rimasta profondamente influenzata, perché senza dubbio il compianto atticista di Firenze era riuscito a centrare, cosa non prima fatta, uno dei punti essenziali della problematica del no-

una doppia pronuncia del giudice in una stessa seduta». Il pensiero del Paoli rimaneva, quindi, al riguardo, piuttosto incerto, perché è di tutta evidenza che, nel caso si ammettesse la possibilità di due diverse orazioni, l'una sulla *paragrafe* e l'altra sul c.d. merito della causa, il punto di partenza ed uno dei fulcri sostanziali della ricostruzione del Paoli stesso – e cioè la trattazione di fatti attinenti al mero ambito del *λόγος παραγραφικός* – verrebbe a perdere il suo significato decisivo. Si comprende quindi come chi ha più recisamente abbracciato l'ipotesi di Paoli, e cioè Biscardi 1961a, 880, preoccupato evidentemente di salvare la coerenza interna della dottrina da lui accettata, respinga decisamente quest'opinione, in base però ad un'argomentazione che si sofferma più che altro su alcuni aspetti piuttosto esteriori delle differenze fra giudizi paragrafici ed *ἀγῶνες τιμητοί*, e su considerazioni alquanto astratte. Di modo che l'unico vero argomento che traspaia dalla presa di posizione del Biscardi è che, ammettendo per i giudizi paragrafici una struttura come quella degli *ἀγῶνες τιμητοί*, non si riuscirebbe a spiegare la caratteristica fondamentale dei *λόγοι παραγραφικοί*, e cioè la trattazione del merito della causa in essi contenuta, perché, egli osserva, questa trattazione si sarebbe necessariamente riservata al secondo dei due discorsi che fossero pronunciati nel processo paragrafico. Sul problema, piuttosto incerto Hellebrand 1949, 1179.

³⁴ Cfr. ad es. Bonner – Smith 1938, 91, che seguono nettamente l'opinione tradizionale, come pure A.P. Dorjahn, *Political Forgiveness in Old Athens*, Evanston, 1946, 36 s. J. Miles, *Some Observations on Demosthenes' Speech Against Pantaenetos*, in *Hermathena* 78, 1951, 60, 64 s., polemizza addirittura con l'opinione tradizionale, che egli identifica con Lipsius, osservando come «it seems absurd that the whole case should be retried after the parties had already argued fully on the elements and facts of cause, as well as on the plea. Surely the hearing of the plea would be regarded as a trial of the action», soggiungendo che, nel caso l'eccezione fosse stata accolta, a Panteneto non sarebbe rimasta altra scelta «either to give up his claim altogether, or to start an entirely new action in a different court». Questa ultima affermazione non tiene conto che la *paragrafe* di Nicobulo, su cui poggia particolarmente l'occhio di Miles, ha per fondamento un fatto estintivo sostanziale della pretesa dell'attore, come l'*ἄφεσις καὶ ἀπαλλαγὴ*, la quale, anche secondo l'opinione tradizionale, estingueva, per quanto possiamo sapere, il diritto fatto valere, nel caso di accoglimento dell'eccezione. D'altro canto in opere di più vasto respiro o d'informazione complessiva come C. Hignett, *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B.C.*, Oxford 1952, 295, e J.W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956, 133 nt. 1, o si segue – nel primo caso – l'opinione tradizionale, rinviando soltanto a Cloché ed a Calhoun (di cui, fra l'altro, è ricordato solo Calhoun 1918, 169 ss.); o – nel secondo – senza alcun riferimento al contenuto sostanziale del problema, ci si limita a rinviare a Calhoun 1919a, 20 ss. Una completa ignoranza dei termini del problema mostra, poi, E. Wolf 1956, 260, affermando che «begründet die "Gegen Kallimachos" (XVIII) eine Restitutionsklage wegen beschlagnahmter Vermögensteile auf Grund des Einspruchs (παραγραφή) gegen jenes summarische Verfahren, wonach jemand ohne weiteres verurteilt werden konnte, der gegen einen politischen Widersacher aus der Dreissigerzeit eine Klage einbrachte»: affermazioni queste di cui non si riesca ad immaginare donde l'autore possa aver preso lo spunto.

stro istituto.³⁵ Essa ha, soprattutto, posto in primo piano la questione della struttura del processo in seguito all'opposizione della *paragrafe*: se anche, fra gli specialisti, non molti l'abbiano totalmente condivisa, essa ha trovato parziali adesioni in talune ipotesi mediatrici da parte di illustri studiosi dell'esperienza giuridica greca.³⁶

³⁵ Non è che alla ricerca del Paoli non potessero muoversi – e ciò si farà varie volte appresso – talune critiche di fondo. Anche in essa si riscontra il difetto – comune con le precedenti trattazioni, le quali però non erano mai assurte al livello di monografie (e gli stessi contributi del Calhoun, citati *supra* in questo capitolo, p. 4 nt. 13, erano soltanto degli articoli di non vasta mole) – di prender a partito una troppo esigua base testuale, lasciando fuori dalla discussione non soltanto una serie di testi che, fondatamente, potevano apparire degni di un approfondimento perché apparentemente, ed effettivamente, contrari, ma anche un certo numero di testimonianze favorevoli. D'altra parte, di fronte all'esigenza metodologica esattamente ribadita da Wolff 1966, 24 s., di una valutazione globale delle testimonianze offerte dalle singole orazioni del *corpus* degli oratori attici, si indulge talora in essa ad una valutazione piuttosto atomistica delle singole affermazioni che si possono trovare nelle nostre fonti. Né si può infine, in questa rapida valutazione critica, tacere un altro lato negativo delle ricerche del Paoli, e cioè una ben precisa tendenza a voler «giuridicizzare» il dato storico, nel senso di vestirlo, piuttosto automaticamente, di categorie dogmatiche moderne, il cui adattamento alla realtà concreta da esprimere è troppo spesso più che dubbio: per uno dei tanti esempi, che ne verranno discussi, cfr. *infra*, in questo cap., p. 31. Del resto, come ricorda A. Biscardi, *In memoriam Ugo Enrico Paoli (1884-1963)*, in *Iura* 15, 1964, 190, l'insigne atticista, filologo anzitutto, si era laureato anche in giurisprudenza, onde si possono spiegare questi suoi atteggiamenti – forse dovuti appunto all'impulso più o meno cosciente di superare i limiti originari della propria formazione culturale – verso una schematizzazione dell'esperienza giuridica attica, attuata però spesso, come dicevo, mediante una trasposizione piuttosto meccanica del nostro strumentario concettuale a rappresentare la realtà concreta di quella. E va ricordata, a questo proposito, la qualifica dell'attitudine scientifica del Paoli che – nell'ignoranza, credo io, delle sue altre attività – vien ritenuta da E.E. Cohen, *Ancient Athenian Maritime Courts*, Princeton 1973, 195 s., quella di «distinguished Italian jurist».

³⁶ A parte l'adesione totale di Biscardi 1961a, 878 ss. (cfr. anche in A. Biscardi in *Riv. filol. istr. class.* 68, 1940, 132 ss., nonché, assai sommariamente, in sintonia del resto con il tono di tutta l'opera, *Profilo di diritto greco antico. Lezioni raccolte da L. Lepri*, Siena 1961, 189, 197) essa è stata del tutto condivisa soltanto da studiosi estranei agli studi di diritto greco antico, come, ad es., nell'introduzione di P. Calamandrei, in Paoli 1933, IX ss., e nelle presentazioni e recensioni di M. d'Amelio, in *Rend. Lincei, Cl. sc. mor.* VI S., 9, 1933, 338 s.; F. Carnelutti, in *Riv. dir. proc. civ.* 10, 1933, I, 343 s.; A. Levi, in *Riv. int. Filos. Dir.* 13, 1933, 775 ss. Da parte, invece, di coloro che, cultori del diritto antico, hanno affrontato questa problematica, le posizioni assunte sono sempre più sfumate e più dubbiose. Steinwenter 1934, 385 s., perveniva, in ultima analisi, ad una mediazione: egli riteneva che alcuni dei luoghi addotti dal Paoli provassero effettivamente che si risolvesse definitivamente, con due votazioni nella stessa udienza, tutta la controversia in relazione alla quale era stata sollevata la *paragrafe*, ma era dell'opinione che questo non fosse il solo *modus agendi* con il quale potevano sbrigarsi i processi paragrafici, e che fosse nel potere dell'*ἄρχων* e «Verhandlungsleiter» di decidere se esaurire il processo in una sola udienza, con due successive votazioni sulla *paragrafe* e sul merito della causa, od in due udienze separate, l'una dedicata alla *paragrafe* e l'altra, eventualmente, al merito;

D'altra parte essa ha visibilmente condizionato l'ultima ricerca, quella di H. J. Wolff, che si distingue nettamente dalle precedenti – ed anche da quella del Paoli – per completezza nella valutazione delle fonti, per il metodo rigoroso in essa adottato, per un sostanziale allargamento della tematica trattata. Con essa si ha, per la prima volta, un meditato ritorno all'opinione che era tradizionale prima delle ricerche del Paoli:³⁷ ma la necessità di superare i dubbi posti da questo ultimo, in una con

mentre negava decisamente l'inscindibilità per la *diamartyria* e la δίκη ψευδομαρτυρίων.

Questa opinione di Steinwenter era praticamente condivisa da Stoffels 1945, 49 e nt. 5 (p. 105): questi autori vengono entrambi qualificati come «skeptisch» nei confronti dell'opinione del Paoli da Wolff 1966, 12 nt. 19, non mi sembra del tutto a ragione, stante la parziale adesione alle idee dallo stesso espresse: analoga imprecisione, per quanto riguarda lo Steinwenter, anche in Cohen 1973, 196 nt. 100, che, come sembra risultare evidente dalla citazione di U.E. Paoli, *Sull'inscindibilità del processo nel diritto attico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 12, 1935, 253 ss., che costituisce la replica allo Steinwenter stesso per quanto riguarda l'inscindibilità del processo nell'impugnazione di una *diamartyria* ereditaria, equivoca fra la posizione mediatrice assunta dallo studioso austriaco per quanto concerne la *paragrafe* e quella, invece, decisamente critica rispetto alla *diamartyria*. Non del tutto piena l'adesione alle opinioni di U.E. Paoli anche da parte di Hellebrand 1949, 1178 s., che le ritiene, in un primo tempo, «erheblich wahrscheinlich», ma che poi, a proposito della «Gliederung der Verhandlung», non sembra più esser sicuro di tale ipotesi. Meyer-Laurin 1965, 12, si limita, dal canto suo, a riferire l'opinione di Paoli, qualificandola come una «plausible Erklärung» del fenomeno della difesa sul merito, ma senza prender posizione sulla circostanza se effettivamente all'autore sia riuscito di dare la dimostrazione del suo assunto. Una posizione mediatrice è anche quella di L. Gernet, *L'institution des arbitres publics à Athènes*, in *Rev. étud. Grecques* 52, 1939, ora in Gernet 1964, 118 nt. 4, ed ancora in Gernet 1954, 118 nt. 1, 206 nt. 1, per cui «l'inscindibilità» del processo, nonostante l'opposizione della *paragrafe*, può esser difesa per quanto concerne le δίκαι ἐμπορικάί, dato il carattere di essere queste delle δίκαι ἔμμηνοι, mentre l'opinione tradizionale sarebbe nel giusto per ciò che concerne le azioni ordinarie, sottoposte, fra l'altro, all'arbitrato pubblico. Incerta la posizione assunta da K. Gerst, *Die allgemeine Anklagebefugnis in der attischen Demokratie*, Diss. Erlangen 1963, 81 s., il quale, trattando dell'esser dovuta o meno la «Sukkumbenzbusse» nel caso di rigetto dell'azione per inammissibilità della stessa, fa il paragone con l'*epobelia*, dovuta nel caso di soccombenza dell'attore di fronte alla *paragrafe*. La fattispecie che l'autore ha presente è quella della *paragrafe* contro Callimaco, cui si riferisce Isocrate, *or.* 18, e per la quale è esatta l'affermazione che giustamente l'attore soccombente sull'ammissibilità dell'azione è colpito dall'*epobelia*, «da die Niederlage bei der παραγραφή ja zugleich die Abweisung der Hauptsachenklage mit sich bringt» (Gerst 1963, 82), dato il carattere perentorio dell'eccezione svolta dal παραγραφώμενος contro Callimaco. Non si può però stabilire se, secondo l'autore, questo sia un effetto costante della soccombenza sulla *paragrafe* ed in quale connessione un'ipotesi del genere possa stare con la nota opinione del Paoli, dalla quale il Gerst sembrerebbe discostarsi, ritenendo addirittura la παραγραφή una «selbständige Klage» esercitata dal παραγραφώμενος contro l'attore (dissentendo su questa qualificazione Wolff 1966, 7 nt. 2).

³⁷ L'opinione del Paoli era già sottoposta a critica da Lämmler 1938, 146 ss.: di questa trattazione, però, il peso maggiore cadeva sulla *diamartyria*, mentre la *paragrafe* era trattata

l'esatto criterio metodologico,³⁸ che pone l'accento sulla necessità di una valutazione del contesto globale delle singole arringhe giudiziarie, hanno fatto sì che quasi la metà della monografia sia dedicata ad un'analisi dei discorsi paragrafici volta a mostrare come la discussione sul merito della causa, che in essa si riscontri, debba giustificarsi in modo diverso da quello ispirato alla teoria dell'inscindibilità del processo nel diritto attico.³⁹

piuttosto cursoriamente nelle ultime due pagine. Cfr. poi anche Cohen 1973, 145, 194 ss., con qualche notazione esatta, ma anche con vari fraintendimenti, su cui avrò l'occasione di ritornare, e Beyer 1968, 20 e nt. 1, 28 s. Di questo autore sono caratteristici taluni grossolani fraintendimenti dell'opinione del Paoli: il «giudizio ordinario» di cui è parola in Paoli 1933b, 104, diventa «ein gewöhnliches Gericht», e cioè un tribunale ordinario, onde, l'alternativa ivi posta dal Paoli, che è senza dubbio criticabile sotto un diverso profilo, viene erroneamente giudicata «wenig adäquat», perché verrebbe proposta fra tale tribunale ordinario ed un «ausschliesslich für Einredeklagen zuständiges Gericht» (questo problema era invece posto, ad es., da Platner 1824, 159 s., da von Wilamowitz-Moellendorff 1893, 368, e Lipsius 1915, III, 854, anche se sotto un diverso profilo: letteratura questa, però, che il Beyer ignora). D'altra parte sorge il dubbio se il nostro autore sia riuscito a capire effettivamente ciò che il Paoli diceva quando costruisce un'argomentazione volta a stabilire delle «Unstimmigkeiten», che si riscontrerebbero nel pensiero del Paoli, partendo dal presupposto che questi desse per scontato, nell'ambito della propria ipotesi, che attore e convenuto riprendessero la parola nel caso di rigetto dell'eccezione e, conseguentemente, la necessità di passare a trattare il c.d. merito della causa. Né questo modo di trattare la ricostruzione proposta dall'illustre atticista di Firenze è giustificato dalla circostanza che lo stesso abbia, ad un certo punto, proposto la possibilità di discutere se l'ἄγων παραγραφικός, per quest'aspetto della sua struttura, potesse configurarsi allo stesso modo di un ἄγων τιμητός (sul punto cfr. *supra*, in questo §, nt. 33).

³⁸ Che, però, non può rimanere il solo criterio in base al quale ricavare – dalla nostra documentazione – le notizie necessarie per una ricostruzione della prassi giuridica attica: esso è, soltanto, il criterio applicando il quale queste notizie, comunque desunte, debbono essere valutate, ed evitare i pericoli di errore insiti in una valutazione atomistica delle nostre fonti.

³⁹ Il più lungo capitolo del libro di Wolff – il II. *Paragraphprozess* – è dedicato esclusivamente a questo (Wolff 1966, 17-86): e ciò, si può dire, ha forse creato uno squilibrio pericoloso, in quanto ha distratto l'attenzione dell'insigne studioso da altri aspetti della nostra documentazione, che meritavano di essere presi in considerazione. E non a caso il punto della struttura del processo paragrafico è quello che ha sollevato maggiori dubbi nei recensori del libro del Wolff, se si eccettuano quelle recensioni che, nonostante forse qualche diversa apparenza, sono sostanzialmente espositive (cfr. R. Cavenaile, in *Rev. belg. philol. hist.* 46, 1968, 983; G. Sautel, in *TR* 36, 1968, 179 ss.). A prescindere dalla scontata difesa dell'opinione del Paoli da parte di A. Biscardi in *Iura* 19, 1968, 126 ss., dove però, al di là della ripetizione degli argomenti già adottati, non si trova né una reale discussione della diversa tematica del Wolff né un tentativo di approfondimento della questione, cfr. J.M. Kelly, in *ZSS* 84, 1967, 400 ss., il quale, pur ammettendo «eine begriffliche Trennung» già sulla base della diversa terminologia, non esclude che «die Paragraphen irgendwie in den Prozess selbst eingebaut wurde», e che, nella prassi, «Paragraphen und Hauptstreit verschmolzen wurden» (p. 404), senza però indicare il modo in cui

ciò avvenisse, ché non può tenersi per valido l'accenno alla prassi seguita, nell'appello in materia penale, dal Court of Criminal Appeal irlandese. Egualmente J.A.C. Thomas, in *Journ. Hell. Stud.* 88, 1968, 223 s., osserva che il Wolff è riuscito a criticare l'apparato probatorio del Paoli, ma ciò non importa la prova, in senso positivo, dell'ipotesi sostenuta (p. 224), concludendo – a quanto mi sembra – nel senso che, almeno di fatto, il giudizio sulla *paragrafe* «was treated by all concerned as setting down the main dispute», nonostante fosse «formally a preliminary proceeding»: ciò che, indubbiamente, non riesce a spiegare – e forse l'amico Thomas non v'ha pensato – il modo con cui questo funzionamento di fatto potesse attuarsi nel caso di rigetto della *paragrafe* (ed anche qui il ricorso al «not proven» scozzese non offre molti spunti). La presa di posizione del Wolff, contraria alla teoria dell'inscindibilità del processo, aveva già cominciato a manifestarsi qualche anno prima, mentre in un primo momento – H.J. Wolff, *Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägyptens*, Weimar 1961 (originariamente *The Origins of Judicial Litigation among the Greeks*, in *Traditio* 4, 1946), 64 nt. 157 – aveva mostrato una cauta propensione per tale ipotesi: cfr. H.J. Wolff, *Verjährung von Ansprüchen nach attischem Recht*, in *Eranion G. S. Maridakis*, I, Athens 1963, 102 nt. 38, dove, in relazione alla circostanza della difesa sulla c.d. *euthydikia* nel corso dei λόγοι παραγραφικοί si esprime l'opinione che ad essa «wird keine besondere juristische Bedeutung zukommen», e che la stessa può aver avuto lo scopo di convincere i giudici «dass die παραγραφή die δίκη wirklich traf», ed aver corrisposto al desiderio di dar maggior peso all'eccezione con il dimostrare la δίκη infondata. Quest'atteggiamento, piuttosto di ripulsa, veniva più brevemente ripetuto, prima della pubblicazione della monografia, in *Rechtsexperten in der griechischen Antike*, in *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Festschrift zum 45. Deutschen Juristentag*, Karlsruhe 1964, 16, e s.v. *Recht*, I. *Griechisches Recht*, in *Lexikon der alten Welt*, Zürich – Stuttgart 1965, 2520.

Si trova qui già, in *nuce*, l'insegnamento del Wolff, contenuto nell'opera maggiore. Ma per quanto riguarda la difesa sul merito, la posizione che l'autore assume non è, particolarmente nell'ultima, priva di qualche perplessità, in ciò che ne concerne la portata. Egli infatti comincia con l'affermare di prescindere dalle spiegazioni correnti nella letteratura, poiché esse «gehen alle von der Voraussetzung aus, dass die Redner zusätzlich zu ihren Ausführungen über die Paragraphe auch zur Hauptsache plädierten», ciò che sarebbe «das Ergebnis einer optischen Täuschung» (Wolff 1966, 17 nt. 1). Tale presa di posizione viene successivamente precisata. Le «breite Ausführungen zum Meritum des Prozesses [...] verfolgen nirgends das Ziel, das Urteil zur Hauptsache vorzubereiten», ma, nonostante si riferiscano alla «materielle Seite des anhängigen Streites», servono sempre e soltanto all'«unmittelbarer Zweck der Durchsetzung bzw. Abwehr der Paragraphe»; e l'autore conclude che, nonostante che i logografi non sempre si rendessero perfettamente conto della portata giuridica della trattazione sull'*euthydikia*, che sembra aver fatto parte di un «regelmässiges Schema der Paragrapherede», è pur certo «dass sie im Paragrapheverfahren niemals bewusst auf das sachliche Endurteil abstellten» (Wolff 1966, 22 s.). Ma tutto questo non giustifica l'atteggiamento di ripulsa nei confronti dell'opinione tradizionale, nella quale, invece, la teoria del Wolff più o meno interamente rientra. Che la trattazione del merito della causa non riguardasse una sentenza su di questo, da prendersi contemporaneamente alla sentenza (di rigetto) della *paragrafe*, ma soltanto la sentenza sull'ammissibilità dell'azione, era pacifico nell'opinione tradizionale, e non importa certo che la trattazione stessa debba essere intesa nel senso che afferisca al fondamento tecnico – giuridico della *paragrafe*. Ciò sarebbe troppo facilmente confutabile sulla base

3. Παραγραφή e διαμαρτυρία.

Ho già accennato⁴⁰ come, nelle fonti relative ai problemi della procedibilità dell'azione, una cesura sia posta dalla notizia, data da Isocrate, *or.* 18, 1-3,⁴¹ secon-

delle fonti, ed è poi lo stesso Wolff che sottolinea come la discussione sul merito possa, alle volte, avere soltanto valore psicologico, nel senso di predisporre i giudici all'accoglimento od al rigetto della *paragrafe* (cfr. Wolff 1966, 21, 48, 57). Con il che si ricade, però, in pieno nell'ordine di idee che stava alla base dell'opinione tradizionale.

D'altro canto la presa di posizione del Wolff contro la struttura del processo paragrafico fondata sull'inscindibilità dello stesso sostenuta dal Paoli, che appare in un primo tempo del tutto recisa, viene sotto un certo aspetto ridimensionata dall'ammissione (Wolff 1966, 85), per cui sarebbe stato possibile che la «Hauptsache» fosse trattata alla stessa udienza in cui era stata trattata e respinta la *paragrafe*, quando, dopo la «Beendigung des Vorprozesses», rimanesse ancora abbastanza tempo per ciò. Opinione questa che, d'altra parte, si fonda sulla particolare ipotesi, avanzata dallo stesso Wolff (1966, 84 ss.), per cui la teoria sull'inscindibilità si potrebbe accogliere nella più limitata portata che l'opposizione della *paragrafe* non estingueva l'originario *δίκην λαγχάνειν*, il quale conseguentemente reggeva, come due fasi distinte, si può dire, dello stesso processo, sia quella che accertava la procedibilità o meno dell'azione, sia quella che invece portava ad una decisione sul merito della causa. Indubbiamente – ed è il punto su cui si basa, senza dubbio, il Wolff nell'affermare che si tratta di un particolare che non ha rilevanza ai fini della questione dell'«inscindibilità» – si tratta di una struttura tecnicamente diversa da quella implicata dalla teoria dell'inscindibilità stessa. Ma, se tale possibilità fosse concretamente esistita, essa avrebbe avuto sul piano pratico un'importanza forse maggiore di quanto non sembri prospettarsi il Wolff. Si tenga conto, ad es., di quell'aspetto particolarissimo che è costituito dall'attività giudiziaria dei logografi. Le parti che andavano al processo non potevano essere lasciate nell'incertezza se, a quell'udienza, si sarebbe trattato soltanto della *paragrafe* od anche del c.d. merito della causa. Questa difficoltà poteva essere risolta o nel senso che, fissando la trattazione della causa, il magistrato decidesse, contemporaneamente, i tempi del successivo svolgersi della stessa (se cioè l'eventuale trattazione del merito dovesse avvenire alla stessa udienza o meno): ma allora, dal punto di vista pratico, che è poi quello che vale nella visuale ateniese, non vi sarebbe una grande differenza tra l'opinione sostenuta da Wolff e quella patrocinata da A. Steinwenter (cfr. *supra*, nt. 36), a parte l'unicità e la duplicità di discorsi. Oppure nel senso che si fosse formata una prassi in virtù della quale le due cause andassero trattate unitariamente (onde le parti sapevano di doversi preparare sia sull'eccezione che sul merito della causa), ed allora l'opinione del Wolff, sempre dal punto di vista pratico, e sempre a parte l'unicità o duplicità di discorsi (su cui però cfr. *supra*, in questo §, nt. 33), si viene accostando più di quanto non sembri all'opinione del Paoli. A meno, addirittura, di non voler prospettare la possibilità che la trattazione sul merito venisse approntata, e già inserita nel *λόγος παραγραφικός*, proprio in relazione a questa possibilità – preventiva dalle parti, ma rispetto alla quale esse non avevano alcuna sicurezza – che al «Vorprozess» sulla *paragrafe* non seguisse immediatamente il dibattito sulla «Hauptsache», onde il logografo preparava un'unica difesa, alla quale la parte bastava che si rifacesse nel secondo eventuale dibattito. Ciò che, però, verrebbe sostanzialmente a smentire la presa di posizione del Wolff per quanto concerne la portata che bisogna riconoscere agli svolgimenti sul merito della causa contenuti nei discorsi paragrafici.

⁴⁰ Cfr. *supra*, in questo cap., p. 5.

do cui la forma processuale della *paragrafe* è stata introdotta nel sistema processuale attico da una legge fatta votare da Archino, un esponente moderato del partito del Pireo, intorno al 401 a.C., e per la quale detto mezzo processuale poteva essere fatto valere contro le azioni che violassero l'amnistia, convenuta al momento della restaurazione democratica del 403 a.C. Sorge, allora, spontaneo il problema – e già lo notavo – di stabilire come, in un periodo precedente, si potesse far valere la difesa fondata sull'esser οὐκ εἰσαγωγίμος la δίκη, problema che, d'altra parte, si è venuto prevalentemente risolvendo nella letteratura in quello dei rapporti fra *diamartyria* e *paragrafe*, dato che, proprio per il periodo cui si faceva cenno, Isocrate, *or.* 18. 11-12, e Lisia, *or.* 23. 13-14, mostrano l'uso – in relazione a fattispecie di δίκη οὐκ εἰσαγωγίμος – di un mezzo tecnico, la *diamartyria*, che nel corso del IV sec. a.C., a parte taluni casi dai contorni non ben precisabili, rimane definitivamente ancorata alla procedura di aggiudicazione dei κλήροι (e delle ἐπικληροί), che essa contribuisce a fermare, attestando l'esistenza di un figlio legittimo.⁴²

D'altra parte – e per questo periodo e per il IV sec. a.C. – si hanno altre attestazioni che mostrano l'intervento del magistrato, presidente del tribunale, in questioni che, sotto un profilo o l'altro, possono farsi rientrare fra quelle relative all'ammissibilità del mezzo giudiziario adoperato.⁴³ A questo punto è evidente che s'imponeva, anzitutto, il problema di delimitare il campo d'applicazione della *paragrafe* e della *diamartyria* come modi per far valere l'improcedibilità dell'azione, da una parte, e dall'altra quello dei rapporti fra questi mezzi ed i poteri che le fonti sembrano attribuire al magistrato al proposito. Su quest'ultimo punto la letteratura più antica non sembra aver particolarmente sentito la connessione fra le due tematiche;⁴⁴ mentre d'altro canto, anche la storicizzazione dei rapporti fra *diamartyria* e

⁴¹ Per l'accenno ad una discordia di opinioni, che si può cogliere in dottrina, su di essa, cfr. anche *infra*, in questo §, nt. 50.

⁴² In quanto costui ha il diritto di entrare nel possesso dell'eredità paterna mediante l'ἐμβάτευσις, indipendentemente da qualsiasi aggiudicazione ad opera dell'arconte: e, per quel che riguarda le ἐπικληροί, la presenza di un figlio legittimo del *de cuius* – e fratello della donna – esclude la qualità di ἐπικληρος della stessa, e quindi la possibilità di procedere alla sua aggiudicazione.

⁴³ Cfr. ad es. Antifonte, *or.* 6. 41-43 e, per quanto possa valere, 5. 8-19; Lisia, *or.* 13, 85-87 e 17. 5; Iseo, *or.* 10. 2; e, per il rigetto di una *paragrafe* ritenuta inammissibile dal magistrato, Demostene, *or.* 37. 33-34.

⁴⁴ Cfr. ad es. Heffter 1822, 287 s.; Platner 1824, 125, che, ponendosi da un punto di vista meramente sistematico, ritiene l'intervento *ex officio* del magistrato piuttosto raro, in quanto egli avrebbe atteso la presentazione delle «dagegen zulässige Einreden», mentre anche Schömann 1883-1887, 795 s., parla del problema dei poteri del magistrato precedentemente alla trattazione sulle eccezioni, richiamando il già detto all'inizio di tale trattazione (p. 833), in cui viene poi inserito un breve cenno sui poteri dell'ἄρχων in relazione all'avvenuta opposizione della *paragrafe* (p. 850 e nt. 234) (cfr. sempre di G.F. Schömann, *Antiquitates iuris publici graecorum*, Gryphiswaldiae 1838, 277, dove egli si limitava a riconoscere che il magistrato poteva, sulla base dell'opposizione della *paragrafe*, «statim reicere actionem»). Particolare appare la presa di posizione di Herrmann –

paragrafe era assai poco sentita dalla dottrina meno recente, perché questa – a parte i casi in cui il primo istituto veniva adoperato dall'attore⁴⁵ – tendeva in una ricostruzione del sistema processuale attico ispirata più che altro ad una visuale sistematizzante, a considerarle entrambe come forme – ad un certo limite equivalenti – di proposizione dell'eccezione.⁴⁶

Thumser 1892, 574, i quali sottolineano come le controversie di questo tipo «unterlagen jederzeit der richterlichen Entscheidung», in quanto, anche se il magistrato poteva, nel corso dell'istruttoria, esser vincolato da una *diamartyria*, attraverso l'ἐπίσκεψις e la δίκη ψευδομαρτυριῶν, la controversia ritornava sempre ai giudici eliaistici (ma manca in questa presa di posizione la prospettiva storica): ciò che non comprendo è come Hellebrand 1949, 1178, annoveri questi autori puramente e semplicemente tra coloro che prendono in considerazione «eine selbstherrliche Beurteilung der π. durch den ἡγεμόν». Sorprendente invece il pensiero che sembra delinarsi in P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, II. *The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford 1922, 146, per cui la *paragrafe* risulterebbe un mezzo per impugnare le decisioni del magistrato sulla procedibilità dell'azione: «the παραγραφή or exception of Demon – in Demostene, or. 32 – is directed really against the procedural course adopted by the investigating magistrate (the θεσμοθέται). The affair was being tried on line of commercial jurisdiction, and Demon contested this by raising the παραγραφή [...]. In other words the question could not be considered as finally decided by the presiding magistrate».

⁴⁵ Che trova riscontro in Lisia, or. 23. 13-14, e più tardi, nella tradizione lessicografica (cfr. soprattutto Arpocrazione, *lex. dec. orat.*, s.v. διαμαρτυρία [Dindorf, p. 94, l. 1-p. 95, l. 9]).

⁴⁶ Mentre Heffter 1822, 289 ss., 348 ss., pur riconoscendo che *diamartyria* e *paragrafe* potevano avere lo stesso contenuto (cfr. soprattutto p. 353 s.), non si pone problemi sui loro reciproci rapporti, già Platner 1824, 163, sulla base, è vero, già dei lessicografi antichi (cfr. soprattutto Arpocrazione, *lex. dec. orat.*, s.v. διαμαρτυρία [Dindorf, p. 94]), affermava essere la *diamartyria* «eine Art Paragraphe nur von weiterem Umfange, als diese, indem jene, als eine Intervention, auch von einem Dritten, und nach Harpokration selbst vom Kläger angewendet werden kann», anche senza precisare poi, più specificamente, il suo pensiero al riguardo, sebbene sia significativo il fatto che egli tratta, in seguito, congiuntamente di taluni effetti di questi due mezzi tecnici, soprattutto dell'unità o della duplicità dei processi (Platner 1824, 172 s.). Per Meier – Schömann 1883-1887, 841 s., trattasi di due forme di «Einrede», che si differenziano, oltre che nel modo con cui vengono proposte, sul punto che «bei Einreden gegen die Zulässigkeit eines Erbschaftstreites ausschliesslich die διαμαρτυρία vorkommt»; e, successivamente, lo stesso autore (Schömann) sostiene non esservi differenza, negli effetti, tra *diamartyria* e *paragrafe* (Schömann 1883-1887, 849), ponendosi, dal punto di vista storico, soltanto la questione se, prima del *nomos* di Archino, «der Name παραγραφή überhaupt üblich gewesen sei» (Schömann 1883-1887, 852).

La posizione che il Lipsius assume a questo riguardo non è delle più coerenti: dopo aver ammesso (Lipsius 1915, III, 845 ss.) che il magistrato potesse – sembra anche *ex officio* – respingere l'azione quando questa fosse manifestamente inammissibile (ma, a p. 854, egli, a quanto pare, configura la possibilità di un'impugnazione di questo provvedimento da parte dell'attore) egli parte dalla considerazione che, nella *diamartyria* e nella *paragrafe*, si tratta di «zwei Wege» per far valere «die Einrede gegen die Zulässigkeit einer Klage», e rinuncia praticamente a risolvere il problema del «höheres Alter der einen oder

anderen Form der Einrede» (p. 847). E', d'altra parte, assai rilevante che, nella trattazione che segue, a parte il solito rilievo dato alle differenze formali fra i due istituti, le varie «cause» d'eccezione vengano discusse, senza un particolare riferimento alla forma in cui potessero esser fatte valere, e che il problema dei poteri del magistrato, di cui si è detto, venga posto al di fuori di qualsiasi prospettiva storica, anziché col riferimento a normative proprie del IV sec. a.C. D'altra parte, in un luogo precedente (p. 835), si viene a toccare la questione dei rapporti fra l'ἀντιγραφή, che è la terminologia corrente, in dottrina, per indicare l'atto introduttivo del giudizio nell'euthydikia, e la *paragrafe*. Qui egli afferma che l'ἀντιγραφή assumeva «eine besondere Bedeutung», quando il convenuto contestasse con essa non «den Inhalt der Klage, sondern ihre Zulässigkeit», nel qual caso, egli prosegue, nel IV sec. a.C. si adopera il nome di *paragrafe*: ed ancora, nello stesso contesto (in cui si può notare una presa di posizione del tutto insicura sui rapporti fra ἀνωμοσία, ἀντιγραφή e *paragrafe*) parlava della *diamartyria* come di una «eigentümliche Form der Einrede», onde si conferma come, anche nel pensiero del massimo trattatista del processo attico, quello che contava non fossero tanto le formalità procedurali con cui essa veniva fatta valere, quanto l'«Einrede», considerata come un fenomeno unitario e tendenzialmente identificato nella difesa, nella causa di improcedibilità fatta valere.

Altri autori prendono posizione più di sfuggita: Herrmann 1842, 3, vede i due istituti come una «zwiefache Form» delle eccezioni, e si limita a sottolineare, oltre alle particolarità formali, come, nella *paragrafe*, non vi fosse per l'attore la possibilità, «sie durch ein Zeugnis oder einen sonstigen Einwand zu hindern». Anche Krüger 1876, 5, parla, incidentalmente, di due forme di «intercessio», con cui si poteva influire sulla discrezionalità del magistrato nel decidere «num ad suum forum posse deferri», sottolineando poi la differenza nella forma esterna e la possibilità che la *diamartyria* fosse usata anche dall'attore. L. Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, III, Paris 1897, 596 nt. 2, si limitava a rilevare come in materia successoria si desse luogo ad una *diamartyria* e mai ad una *paragrafe*. Del tutto sprovvista di qualsiasi sostegno testuale era l'opinione di Gide – Caillemer 1892, 204, per cui l'«exception, ou fin de non recevoir, tantôt était jugée sommairement par l'archonte lui-meme, après enquête (Διαμάρτυρία) – ! –, tantôt donnait lieu à une instance séparée, avec constitution d'un jury *ad hoc* (Ἀντιγραφή *stricto sensu*, ou, mieux encore, Παραγραφή)». Più circostanziata, ma anch'essa viziata da talune arbitrarie ricostruttive, la posizione assunta da Glotz, s.v. *Paragraphè* 324 s., il quale, dopo aver praticamente identificato *diamartyria* e *paragrafe* in una più ampia categoria di ἀντιγραφαί – ! –, ricorda come il magistrato potesse sempre respingere di sua iniziativa un'azione – perché improcedibile, naturalmente – e *a fortiori* dovesse fare ciò, quando ne fosse richiesto dal convenuto, sottolineando come di questi poteri il magistrato usasse soprattutto in relazione a questioni di diritto. Poi egli afferma che *paragrafe* e *diamartyria* «identiques par leur object [...] sont traitées identiquement sur bien des points», sottolineando come le differenze siano soltanto formali, rilevando come la *diamartyria*, da mettersi in relazione con la più antica «cojuration», sia più risalente della *paragrafe*, che fa la sua apparizione nel 403 a.C. «pour sauvegarder l'amnistie», e che «est sortie de la διαμάρτυρία par demembrement» – !? –. E, per concludere, va ricordato come anche questo autore, di cui le opinioni non sembrano essere state sempre sufficientemente riscontrate sulle fonti, non ponga in alcuna prospettiva storica tutto questo insieme di poteri magistratali e di mezzi lasciati all'iniziativa della parte che egli delinea. Cfr. dello stesso *La cité grecque*, nouv. éd. par P. Cloché, Paris 1953, 284 s., dove è assunta una posizione più semplificata nel senso che la *diamartyria* si fonda «sur des témoignages» e la *paragrafe* «sur d'autres objections».

Una posizione che, da quest'ultimo punto di vista, si avvicina a quella della dottrina tradizionale è sostenuta dal primo autore che si ebbe ad occupare monograficamente, anche se a livello d'articoli,⁴⁷ del nostro istituto, e cioè G.M. Calhoun.⁴⁸ Nella sua visuale, infatti, *paragrafe* e *diamartyria*, a cui sembra aggiungersi l'*ἀντιγραφή*, si proiettano storicamente al di là della legge di Archino e coesistono già tutte nel V sec. a.C. A parte, poi, l'ultima, egli tende a porre, storicamente, sullo stesso piano *paragrafe* e *diamartyria*, in quanto assegna all'una od all'altra dei diversi campi d'azione, a seconda dello scopo concretamente perseguito dalla parte, mentre sottolinea come non vi sia disposizione di legge che, invece, imponga l'uso della *paragrafe* o della *diamartyria* come formalmente necessario in determinati casi.⁴⁹ Il merito del Calhoun sta, però, nell'aver più strettamente collegato questa problematica con quella dei poteri del magistrato ateniese rispetto ad azioni od eccezioni manifestamente infondate, anche se, però, il suo pensiero non giunga, su questo punto, ad una chiarificazione completa.⁵⁰

D'altro canto anche Gilbert 1893, 458, poneva praticamente sullo stesso piano *diamartyria* e *paragrafe*, sottolineando, nel primo caso, l'«Aufstellung von Zeugen», e nel secondo, il ricorso «auf andere Beweismittel». Una particolare posizione assunse T. Thalheim s.v. *Διαμαρτυρία*, in *RE* V, 1, Stuttgart 1903, 324, che, prendendo spunto dalla possibilità, di cui si è detto nella nota precedente, che della *diamartyria* facessero uso attore e convenuto, pensa che, se quest'ultimo contestasse, nella sua *ἀντιγραφή*, la «Zulässigkeit der Klage», il primo potesse produrre una *diamartyria* con i soliti effetti; mentre, se l'attore, che aveva il diritto di usare per primo questo mezzo, non l'avesse fatto (e l'esistenza di questo diritto è ricavata dal testo di Arpocrazione, ricordato alla nota che precede), era il convenuto che poteva «seinerseits durch einen Zeugen seinen Grund gegen die Zulässigkeit – contenuto nell'*ἀντιγραφή* – bekräftigen», sempre con l'effetto che le sorti ulteriori del processo dipendevano, in definitiva, dall'impugnazione della *diamartyria* mediante l'azione di falsa testimonianza. Dal canto loro Herrmann – Thumser 1892, 573 ss., pongono accanto i due istituti, senza neppure prospettarsi i problemi che possono derivare dal loro reciproco atteggiarsi sul piano storico e della disciplina positiva nel corso del IV sec. a.C.; ed E. Leisi, *Der Zeuge im attischen Recht*, Diss. Zürich, Frauenfeld 1907, 29 s. riaffermata, anch'egli, l'esclusività della *diamartyria* in materia ereditaria, sembra sostenere la contemporaneità dei due istituti, ponendo come *terminus post quem* della *diamartyria* l'arcontato di Euclide (403-402 a.c.), soprattutto in base al rilievo che essa è sconosciuta sia ad Aristofane e Platone, che ad Antifonte ed Andocide.

⁴⁷ Vedili citati *supra*, in questo cap., p. 4 nt. 13.

⁴⁸ Di essi si riferiscono più direttamente alla problematica qui trattata Calhoun 1918, 169 ss. e Calhoun 1919b, 338 ss.

⁴⁹ A parte naturalmente il caso particolare della *paragrafe* che fa valere l'amnistia, e che è introdotta dalla legge di Archino.

⁵⁰ Per quanto riguarda, particolarmente, l'atteggiarsi dei rapporti fra *paragrafe* e *diamartyria* cfr. soprattutto Calhoun 1918, 169 ss (con la generica approvazione – od almeno il non dissenso – espressa nella recensione di H. Hommel, in *Wochenschr.* 24, 1924, 541 ss.). Il pensiero dell'autore riguardo all'uso dell'*ἀντιγραφή*, come mezzo per far valere l'improcedibilità dell'azione, rimane piuttosto nel vago (Calhoun 1918, 170, 172), e sembra trovare il suo spunto in Lisia, *or.* 23, 10. I suoi rapporti con la *paragrafe* appaiono del tutto imprecisati – cfr. il semplice accostamento di p. 172 – soprattutto quando si

tenga conto che, per il Calhoun, la *paragrafe* pre-archinea non importava l'inversione di ruolo delle parti, e la possibilità di servirsi dell'*ἀντιγραφὴ* era venuta praticamente a cessare piuttosto presto in periodo postarchineo. Se, d'altra parte, la differenza si dovesse cogliere nel senso che nell'*ἀντιγραφὴ* l'eccezione di improcedibilità si dovesse far valere insieme con le difese sul merito, mentre nella *paragrafe* essa dava luogo ad un processo separato, unicamente sulla procedibilità dell'azione, sarebbe piuttosto difficile immaginare la ragione della scomparsa dell'*ἀντιγραφὴ*, come modo di opporre l'inammissibilità dell'azione, nel IV sec. a.C. D'altra parte le questioni relative ai poteri del magistrato in ordine all'ammissibilità dell'azione sono esaminati nell'altro articolo qui rilevante (Calhoun 1919b): egli delinea qui i poteri del magistrato concernenti la procedibilità dell'azione in relazione alla possibilità che il convenuto opponga o meno, in una delle forme già viste, un'eccezione d'inammissibilità dell'azione ed in relazione altresì alla possibilità che i poteri del magistrato vengano delimitati da una *diamartyria* dell'attore. Non mi sembra quindi del tutto precisa, a questo proposito, l'affermazione di Wolff 1966, 107 e nt. 1, per cui il Calhoun avrebbe appartenuto a quella corrente di pensiero in base alla quale, in periodo pre-archineo, si sarebbe rimessa alla discrezionalità del magistrato la decisione se sottomettere o meno al *δικαστήριον*, insieme con la questione principale, anche quella pregiudiziale.

Le opinioni del Calhoun hanno trovato, più o meno parzialmente, eco ed adesioni nella dottrina successiva. La risalenza della *paragrafe* al periodo pre-archineo è ammessa, ad es., da Dorjahn 1946, 35 s., per cui, anzi, questa ipotesi viene confermata da Antifonte, or. 5, sulla base della possibilità prospettata da Eussiteo, di poter esser di nuovo giudicato dinanzi all'Areopago: «the fact that the defendant», dice questo autore, «does not attempt to interpose a finale bar of action is entirely in harmony with the nature of the *παραγραφὴ* in its later development» (opinione questa completamente infondata, anche se già gli interpreti più antichi inclinavano a ciò, vedendo nell'orazione un τὸ ... τῆς κακουργίας ἔγκλημα ἀπολύειν παραγραφικῶς, come dice l'anonimo *argumentum* al discorso antifonte in questione – ma ciò va inquadrato nella valutazione, ai fini del nostro discorso, della *μετάληψις* e della *παραγραφὴ* come *status* retorici). Più schematicamente si attenevano ai risultati di Calhoun Bonner – Smith 1938, 76 ss., dove, d'altra parte, il confluire in un'unica categoria della *paragrafe* e della *diamartyria* è di nuovo particolarmente pronunciato (cfr. la critica di Wolff 1966, 10 nt. 14); e sembrava aderire all'impostazione del Calhoun, pur prospettando i termini della questione con una più precisa coscienza del problema storico, ma in definitiva senza prendere una posizione molto netta, Lämmler 1938, 146 s. Una posizione che dipende, in parte, da quella del Calhoun, ma si articola anche in modo piuttosto indipendente – soprattutto per un tentativo di maggiore storicizzazione del problema – è quella di Hellebrand 1949, 1176 ss. Il principale punto di contatto va trovato nell'affermazione della risalenza pre-archinea della *paragrafe*: anzi Hellebrand riporta la *paragrafe*, od una «Vorform der *παραγραφὴ*», addirittura al periodo pre-clistenico, quando, almeno in prima istanza, non si poteva avere un *εἰσάγειν εἰς τὸ δικαστήριον*, dati i poteri decisionali del magistrato, i quali del resto potevano estrinsecarsi anche d'ufficio. Era quest'ultimo, dunque, che decideva sugli «Ausschlussgründe» della *dike*, e, soprattutto, in relazione a fatti che riguardavano la «Gerichtsverfassung» o fossero di «prozessformale Art», egli poteva intervenire «von amtswegen». Per le difese «gegen die Klage», tratte invece dal diritto privato (io intendo sostanziale), si richiedeva praticamente l'iniziativa del convenuto, e cioè la *paragrafe*, o la sua «Vorform», ma anche il semplice ἀπολογεῖσθαι. La parte che si ritenesse colpita dalle decisioni del magistrato poteva reagire o facendone valere la responsabilità, in sede

L'opinione del Paoli su questo punto si distingue, da un lato, per l'esclusione della *diamartyria* dall'ambito della discussione dei mezzi procedurali con cui far valere l'improcedibilità dell'azione, con una posizione che è rimasta piuttosto isolata in dottrina,⁵¹ dall'altro il suo pensiero relativo ai rapporti fra i poteri del magistrato giudicante e i mezzi formali con cui il convenuto potesse far valere l'improcedibilità dell'azione non appare certamente chiaro. Egli parte dall'esatta constatazione che, rispetto alle eccezioni meramente formali, il magistrato «potesse d'ufficio respingere l'istanza»⁵²: ma ciò poteva avvenire anche in relazione a un'eccezione, la cui fondatezza dipendeva dall'accertamento di un fatto,⁵³ anche se «in pratica i magistrati preferissero lasciare ai tribunali la soluzione della controversia»⁵⁴. D'altra parte l'attore, a cui il magistrato avesse respinta come improcedibile un'azione, poteva renderlo responsabile di ciò nel procedimento di εὔθυναί,⁵⁵ mentre il convenuto, contro cui un'azione fosse stata ritenuta ricevibile, «nel periodo anteriore alla riforma processuale attuata mediante il decreto di Archino non aveva

di εὔθυναί, o prendendo a partito i testimoni della *diamartyria* (dove si nota un avvicinamento – tra la *paragrafe* e quest'ultimo istituto – che si è visto nella dottrina meno recente, e che qui è ripreso in limiti non del tutto precisati, anche perché il discorso viene successivamente sviluppato partendo dalla *diamartyria* dell'attore, come modo di influire sulle decisioni del magistrato): o addirittura – riprendendo una vecchia opinione di M.H. Hudtwalcker, *Ueber die öffentlichen und Privat-Schiedsrichter (Diaeteten) in Athen, und den Prozess vor denselben*, Jena 1812, 121 s. – ammette come probabile, in un periodo di tempo risalente, una ἔφεσις «im solonischen Sinne an die Heliasten», ad opera della parte soccombente dinanzi al magistrato, ed infine riconosce al convenuto, respinto nella sua *paragrafe*, la possibilità (ma non sempre) di farne valere il contenuto «durch eine Widerklage (ἀντιγραφὴ)», di cui la portata rimane però piuttosto oscura. Ma già all'epoca di Pericle, in seguito alla democratizzazione della vita pubblica e dei tribunali ateniesi, si venne sentendo sempre più come un obbligo per il magistrato di portare la *paragrafe* dinanzi ai giudici elastici, onde Hellebrand perviene, praticamente, ad affermare che il νόμος di Archino avrebbe importato «kaum bedeutsame prozessrechtliche Neuerungen». Un ultimo seguace delle ipotesi del Calhoun, almeno nelle loro grandi linee, è Cohen 1973, 137 ss., il quale appare, però, più cauto nell'ammettere una *paragrafe* pre-archinea (p. 141), mentre tende più del Calhoun ad unificare *paragrafe* e *diamartyria* rifacendosi a Polluce, *onom.*, 8, 57.

⁵¹ Cfr. soprattutto Paoli 1933b, 143 ss. (e sinteticamente Paoli 1960, 578 s.): la sua opinione è in tutto ripresa soltanto da Biscardi 1940, 133 ss.

⁵² Paoli 1933b, 97.

⁵³ La contrapposizione che fa, in questo modo, l'autore, esprime una configurazione dei fatti, nella sostanza, astrattamente plausibile, e che, verisimilmente, entro certi limiti, s'è anche avverata nell'esperienza giuridica attica, ma essa viene presentata in una forma del tutto inadeguata, perché non è che le eccezioni formali (ed esse non si possono intendere se non come procedurali) non possano dar luogo ad una controversia di fatto, né, d'altra parte, che l'eccezione sia sostanziale esclude che essa sia liquida dinanzi al magistrato. Il *discrimen*, che in sostanza il Paoli perseguiva con la sua terminologia inadeguata, è quello fra eccezioni che abbisognano e quelle che non abbisognano di prova.

⁵⁴ Paoli 1933b, 98.

⁵⁵ Paoli 1933b, 98.

altra via che elevare nell'ἀντιγραφή, oltre alle eventuali eccezioni⁵⁶ di merito, anche le eccezioni circa l'ammissibilità dell'istanza»⁵⁷.

La portata dell'innovazione costituita dall'introduzione della procedura paragrafica si sarebbe risolta nel fatto che «prima del decreto il magistrato poteva, di fronte ad un'eccezione di inammissibilità, o non dar corso all'istanza dell'attore, o rimettere la decisione su tutta la controversia, merito ed eccezione di inammissibilità, al Tribunale. In seguito alla riforma è tolta al magistrato quella facoltà di scelta»⁵⁸. Non è facile comprendere come, nel pensiero dell'autore, si concilii la «facoltà di scelta» del magistrato con la possibilità che, respinta l'eccezione proposta dal convenuto,⁵⁹ quest'ultimo deducesse nell'ἀντιγραφή «eccezioni di merito» ed eccezioni di procedibilità.⁶⁰ D'altra parte, a prescindere dalla particolarità introdotta dalla legge di Archino per cui era il convenuto παραγραψάμενος a prender per primo la parola, sarebbe difficile vedere una qualche differenza sostanziale fra il processo paragrafico ed il sistema pre-archineo.⁶¹

⁵⁶ Intese in senso ampio, e cioè come difese.

⁵⁷ Paoli 1933b, 98 s.

⁵⁸ Paoli 1933b, 99.

⁵⁹ Della qual alternativa non è più qui parola.

⁶⁰ Si potrebbe cercare di interpretare il pensiero del Paoli nel senso che è attraverso il rigetto dell'eccezione che il magistrato, costringendo il convenuto a dedurre la sua eccezione nell'ἀντιγραφή, ne provocava la discussione dinanzi al tribunale: ma essa non si accorda di certo con le espressioni usate dal nostro studioso.

⁶¹ E ciò non può che portare all'ovvia constatazione che il procedimento paragrafico archineo non sarebbe stato introdotto soltanto a questo limitato scopo. L'opinione del Paoli in ordine ai rapporti fra mezzi con cui si faceva valere l'improcedibilità dell'azione in periodo pre-archineo ed il procedimento paragrafico, è seguita, in pieno, da Biscardi 1961a, 879. In altro luogo questo autore sembrava però ammettere che la terminologia *paragrafe* preesistesse alla legge di Archino, senza che questo importi qualche modificazione nella ricostruzione di tale aspetto della storia del processo attico presentata dal Paoli (cfr., per ciò, Biscardi 1940, 134). Più recentemente Schönbauer 1964, 208 s., ripropone una differenziazione tra *paragrafe* e *diamartyria*, nettissima nell'enunciazione, ma che, in definitiva, sembra poi limitarsi agli aspetti formali, perché riconosce che entrambi gli istituti potevano aver lo stesso effetto, giacché «das unbestrittene Gegenzeugnis wirkte also als prozesshindernde Einrede»: e soggiunge però immediatamente, ma non motivando, «doch war das Wesen der Diamartyrie ebenso wie ihre Form von der Paragraphe verschieden». Quest'affermazione è giustificata dal fatto che l'autore – e lo si dirà più avanti in questa nota – diversifica il fondamento dell'uno e dell'altro mezzo di difesa. Tale esposizione è tutta imperniata, nel respingere l'opinione di Glotz per cui la *paragrafe* si sarebbe sviluppata dalla *diamartyria* (cfr. *supra*, in questo §, nt. 46), su una struttura della *diamartyria* – per cui in essa si sarebbero contrapposti due «Zeugnisse», sembra dell'attore e del convenuto – di cui nelle fonti non si ha la minima traccia, a meno di non voler trovare qui una prova, seppur indiretta, della possibilità che la *diamartyria* sia opposta sia dall'attore che dal convenuto. D'altro canto è da sottolineare come, in questo gioco dei due «Zeugnisse», soltanto il «Gegenzeugnis», e cioè quello del convenuto, avrebbe avuto effettivo valore, in quanto l'azione non si sarebbe potuta proseguire finché la sua efficacia non fosse stata eliminata attraverso la δίκη ψευδοματυριῶν. Successi-

Di fronte a questo stato della letteratura si pone come un netto progresso la presa di posizione del Wolff.⁶² Secondo questo autore, prima dell'introduzione della *paragrafe* per il caso dell'amnistia e della sua successiva estensione a qualsiasi caso in cui si discutesse della procedibilità dell'azione, ogni decisione su controversie di

vamente egli, mentre riconosce che «der Befreiungs-Eid, die Zeugenschelte, der Vorwurf falschen Zeugnisses, auch der Kampf der Zeugnisse durch den Kampf der Gegner» sono fenomeni risalenti, ritiene che la *diamartyria* quale noi la conosciamo si sia fissata, nella forma, intorno alla fine del V secolo a.C., e che, d'altra parte, la *paragrafe* non sia più antica del νόμος di Archino (Wolff 1966, 226). Ciò lascia, naturalmente, insoluto, il problema storico, e d'altra parte propone il problema della differenziazione «dogmatica» dei due istituti, che viene infatti affrontato e risolto nel senso che la *paragrafe* non costituisce una «reine Prozessabwehr», in quanto «Abwehr des Klagenverfahrens durch Hinweis auf ein gesetzliches Hindernis», mentre la *diamartyria* appare come «Abwehr eines Anspruchs durch Gegenzeugnis, das den eigenen Vorrang auf Grund besseren Rechts erweisen soll» (Wolff 1966, 223: dove poi non mi sembra così chiaramente delineata la differenza tra la διαδικασία e la *diamartyria*). Di fronte a questa presa di posizione nei confronti della *paragrafe*, e della sua datazione a dopo il νόμος di Archino, appare del tutto sorprendente l'affermazione (Wolff 1966, 209) per cui sulla fondatezza dell'eccezione deciderebbe la «Gerichtsbehörde ohne Richterbank» (in relazione a cui Wolff 1966, 120 nt. 27, osserva come non si veda dove si fondi tale asserzione) affermazione che, d'altra parte, l'autore non cerca nemmeno di mettere, in qualche modo, d'accordo con l'esistenza di processi paragrafici dinanzi ai giudici eliaistici, i discorsi relativi ai quali egli discute (Wolff 1966, 221 ss.), sembrando riconoscere che la *paragrafe* venga introdotta dinanzi al tribunale (Wolff 1966, 214). Ma tutto l'articolo del compianto romanista – uno degli ultimi scritti dell'infaticabile vegliardo – sembra mancare di un'accurata revisione: cfr., ad es., il fatto, rilevato dal Wolff 1966, 63 nt. 83, dello scambio tra il Formione, contro cui è diretta l'orazione pseudodemostenica πρὸς τὴν τοῦ Φορμίωνος παραγραφήν (or. 34), ed il banchiere Formione per cui Demostene ha scritto la παραγραφή ὑπὲρ Φορμίωνος (or. 36), e ancora l'equivoco tra l'affare per cui Antifonte ha scritto la περὶ τοῦ Ἡρόδου φόνου (or. 5) ed il processo per alto tradimento in cui lo stesso Antifonte venne implicato e che si è concluso con la sua condanna a morte (Schönbauer 1964, 214 nt. 25).

⁶² Ciò che lo stesso autore, del resto, pone in rilievo (Wolff 1966, 125). Egli sottolinea la circostanza per cui un punto di vista vicino al proprio fosse già stato esposto da Gernet 1964, 86 (Wolff 1966, 125 nt. 43). Il compianto atticista francese si era invero più preoccupato di delineare la configurazione originaria della *diamartyria* – prospettata nell'Atene del IV sec. a.C., come un rudere del passato – che di cogliere i rapporti storici intercorrenti fra i due istituti nell'epoca alla quale si riferisce la nostra documentazione ed in quella immediatamente precedente. E tende più che altro a porre in luce quello che divide la *paragrafe* e la *diamartyria* come forme per far valere l'improcedibilità dell'azione, dopo averne assai brevemente posto in luce il punto di contatto nella circostanza che «pour écarter une action, il est fait usage tantôt de la παραγραφή tantôt de la διαμαρτυρία» (Gernet 1964, 85). Egli non spende però, si può dire, una parola sui loro rapporti precedentemente e posteriormente al νόμος di Archino, nel periodo a cavaliere fra il V ed il IV sec. a.C., nonché sul modo in cui la *diamartyria*, da «interdit privé, extrajudiciaire, et qui consiste dans une protestation collective où les “temoins” assistent l'intéressé et consacrent une situation juridique» (Gernet 1964, 98), sia potuta divenire un mezzo volto a far valere, in termini generali, l'improcedibilità della *dike*.

tal genere era rimessa al magistrato, la cui libertà di giudizio e di convincimento poteva, però, venir limitata da una *diamartyria* del convenuto o dell'attore.⁶³ Questa applicazione della *diamartyria* ha in comune con quella più comunemente attestata dalle fonti per il IV sec. a.C., in materia ereditaria,⁶⁴ la circostanza, «dass der magistratische Akt, der hier wie dort durch die Einlegung einer Diamartyrie durchkreuzt wurde, seiner eigentlichen Konzeption nach die Gestaltung (bzw. – im Falle der Lysiasrede – das Verbot) eines Selbsthilfzugriffs zum Inhalt hatte»: ciò che era passato un po' in secondo piano quando lo «Zugriff, der genaugenommen das Wesen der δίκη war» si era ridotto ad una semplice «Ladung» dinanzi al «Gerichtsmagistrat», al quale, d'altra parte, era stato tolto il potere dello «Zu- oder Absprechen des Rechts zu der begehrten Vollstreckung», che era stato, invece, affidato ad un δικαστήριον.⁶⁵ In ciò si deve cogliere il «Bindeglied» fra *diamartyria* e *paragrafe*: anche quest'ultima, seppur attraverso l'«Umweg über eine Vorentscheidung des Dikasterions» impediva la «magistratische Autorisierung eines Zugriffsakts»⁶⁶. L'introduzione della *paragrafe*, dovuta, per il caso dell'amnistia, al νόμος di Archino ed estesa attraverso una prassi giudiziaria agli altri casi di δίκη οὐκ εἰσαγωγίμος,⁶⁷ fu causata da motivi di ordine politico,⁶⁸ ma ha costituito un deciso progresso, dal lato tecnico-giuridico, sulla *diamartyria*.⁶⁹ D'altro canto la *diamar-*

⁶³ Wolff 1966, 121 ss. D'altra parte, anche se l'autore non lo sottolinea, va ricordato che, in questo ordine di idee, la *diamartyria* serviva, indirettamente, a portare la controversia sull'ammissibilità dell'azione dinanzi al tribunale eliastico, mediante la δίκη ψευδομαρτυριῶν.

⁶⁴ E che tendeva ad eliminare l'ἐπιδικασία (o la διαδικασία) κλήρου, affermando il diritto poziore del discendente: μὴ ἐπιδίκων εἶναι τὸν κληρὸν, ὡς ὄντος υἱοῦ γνησίου.

⁶⁵ Wolff 1966, 127 s.

⁶⁶ Wolff 1966, 132.

⁶⁷ Wolff 1966, 104 s.: tra i precedenti che lo stesso cita (p. 104 nt. 43) non mi sembra calzante quello di Schömann 1883-1887, 852, dato che quest'ultimo parla alternativamente di un'estensione «durch Gewohnheit oder durch ausdrückliche Verordnungen».

⁶⁸ E cioè di evitare che, facendosi valere l'amnistia in via di *diamartyria*, si instaurassero una serie di processi di falsa testimonianza, in cui, sotto un'altra forma, si sarebbe pur lo stesso dovuto disputare dell'«ursprünglicher Anspruch»; d'altra parte, non potendosi, nel clima della rinnovata democrazia, rimettere la decisione al magistrato, una procedura di nuovo tipo, come la *paragrafe*, si presentava quale «willkommener Ausweg»: Wolff 1966, 133.

⁶⁹ Che viene identificato nella circostanza della «Ersetzung eines mit formaler, nur auf Umwegen anfechtbarer Beweiskraft ausgestatteten, mechanisch wirkenden aussergerichtlichen Rechtsbehelfs durch ein Verfahren vor dem Gericht». Onde il convenuto non era più costretto nei limiti del giuramento o delle testimonianze per quanto concerne i mezzi di prova, ma poteva sostanziare la sua eccezione mediante altri mezzi, fra cui la «Berufung auf das Gesetz» (Dem., or. 37. 33); in secondo luogo, la *paragrafe* sembra aver permesso la «Häufung mehrerer Gründe» (di eccezione), ed avere scaricato l'attore dall'onere della prova che altrimenti sarebbe su di lui gravato (Wolff 1966, 132). Mentre rinvio a quanto dirò più avanti per motivare il mio dissenso da questa presa di posizione, vorrei qui far notare come, ancora nel Wolff, si ripercuota (forse inconsciamente) quella

tyria si mantenne di fronte al progressivo espandersi della *paragrafe*, soltanto nel caso dell'ἔπιδικασία κλήρου, in quanto il mezzo più moderno era qui inapplicabile, perché l'ἔπιδικασία era «ein aussergerichtlicher Vorgang» in cui non poteva trovar posto la *paragrafe*, tipico mezzo giudiziario.⁷⁰

4. La 'dogmatica' della παραγραφή.

Già nel declinare la storia della *diamartyria* e della *paragrafe*, le teorie del Wolff, come sono state espresse nel precedente paragrafo, vengono in contatto con la particolare presa di posizione di questo studioso nei riguardi della *dike*.

Ma più profondo è il contributo che tale struttura, come la ricostruisce l'autore, dà alla soluzione del problema dell'inquadramento dogmatico⁷¹ della *paragrafe*. Come lo stesso Wolff ha esattamente sottolineato,⁷² la dottrina precedente aveva piuttosto negletto questo punto di vista: ed invero si può dire che il massimo dello sforzo a cui essa era arrivata consistesse nel procedere ad una enumerazione condotta talora sulla base di criteri classificatori di ordine meramente formale. Al massimo si perveniva ad una divisione delle eccezioni in quelle che, se anche accolte, non escludevano la riproponibilità della *dike* (eccezioni dilatorie, interlocutorie), e quelle che, invece, una volta accolte, escludevano tale riproponibilità (eccezioni perentorie).⁷³

presa di posizione propria di una parte della dottrina precedente, che voleva trovare una differenza di carattere più che altro formale, tra *paragrafe* e *diamartyria* nella diversità dei mezzi di prova propri dell'una e dell'altra, differenza che, se guardiamo alla struttura degli istituti nell'epoca per la quale direttamente li conosciamo, e cioè il V ed il IV sec. a. C., appare fermarsi alla superficie degli stessi.

⁷⁰ Wolff 1966, 134.

⁷¹ Caratteristico, al proposito, il titolo del «V. Abschnitt»: *Dogmatik der Paragraphe*.

⁷² Wolff 1966, 11 s.

⁷³ Tali tentativi di classificazione non possono che avvenire, naturalmente, in trattazioni monografiche o manualistiche, destinate *ex professo* al nostro istituto, ciò che ne spiega la relativa scarsità. Heffter 1822, 289 ss., dà un'enumerazione di vari casi di *paragrafe*, dopo aver sottolineato la differenza tra procedimento paragrafico ed *euthydikia* nel senso che nell'una si tratta di «eine direkte Einlassung auf die Klage», nell'altra di una «indirekte Litiskontestation», e solo successivamente (Heffter 1822, 296) accenna alla differenza fra eccezioni dilatorie e perentorie, più che altro in relazione alla definitività o meno del processo paragrafico. Una sistemazione più strutturata si ha in Platner 1824, 140 ss. L'enumerazione viene condotta in base al criterio, che non sembra toccare l'essenza delle varie eccezioni, per cui «die Paragraphen greifen entweder die Klagen an sich an, oder gründen sich auf besondere Thatsachen, welche dem Beklagten zu statten kommen, und mittelbar die Klage ausser Wirksamkeit setzen» (Platner 1824, 140 s.). A questa classificazione si sovrappone successivamente (Platner 1824, 143 s.) quella fra *exceptio fori declinatoria* e «zerstörliche Einrede», ma essa non viene, neppure, strutturata completamente. Una mera enumerazione delle fattispecie in cui si può dare eccezione contro la «Zulässigkeit» della *dike* è quella di Schömann in Meier – Schömann 1883-1887, 833 ss., mentre Lipsius 1915, III, 847 ss., fa precedere alla sua lunga casistica delle eccezioni di improcedibilità, una distinzione tra eccezioni che negano la «Zulässigkeit» della *dike*,

Una decisa presa di posizione contro la possibilità di pervenire ad una ricostruzione sistematica dei casi di *paragrafe* assumeva, poi, il Paoli, per cui lo stabilire quando fosse da opporre l'eccezione e quando si trattasse di difesa sul merito dipendeva, in pratica, soltanto dall'arbitrio del legislatore, dal diritto positivo.⁷⁴ E, in funzione di questa presa di posizione, anche il Paoli ricorreva soltanto ad una enumerazione delle varie cause d'improcedibilità dell'azione, in cui a dir il vero si può egualmente cogliere un tentativo di sistemare il materiale fornito dalle fonti mediante la sovrapposizione, piuttosto meccanica, di schemi concettuali evidentemente tolti dalla nostra attuale dogmatica giuridica, e non senza talune gravi incongruenze interne.⁷⁵

perché «ein Klagrecht ganz ausgeschlossen sei», e quelle che la negano perché, almeno, «dem vom Kläger betretenen Rechtsweg ein gesetzliches Hindernis im Wege stehe, ohne dass das Bestehen eines Klagrechts überhaupt in Abrede gestellt wird» (Lipsius 1915, III, 847 s.). Con tutta chiarezza impostava l'enumerazione dei casi di *paragrafe* (e di *diamartyria*) riferendosi alla distinzione romanistica tra *exceptiones peremptoriae* ed *exceptiones dilatoriae*, Glotz, s.v. *Paragraphè* 323. Non nega, in definitiva, tale distinzione fra le eccezioni neppure Cohen 1973, 154 ss., il quale, però, sottolinea come, soprattutto nel caso delle azioni commerciali, vi potevano essere convenzioni destinate ad essere protette nella giurisdizione commerciale, e che però non adempivano in tutto ai requisiti richiesti dal νόμος ἐμπορικός perché si potesse esperire un'azione commerciale: per esse, conseguentemente, se l'azione veniva respinta sulla base dell'eccezione tipica di questo genere di *dikai* (e cioè quella che faceva valere la mancanza di un συμβόλαιον Ἀθήνηθεν ἢ Ἀθήναζε), poteva darsi che fosse precluso il ricorso a qualsiasi altra giurisdizione; un'eccezione, quando accettata dai tribunali commerciali, «was [...] always final and never interlocutory»). Il pensiero di questo autore si avvicina qui all'ordine di idee, affacciato sovente da Wolff 1966, ad es. 43 nt. 54, 145 nt. 12, per cui il convenuto che aveva sollevato l'eccezione d'incompetenza dei tesmoteti rispetto ad un'azione commerciale, poteva sperare così di definire una volta per tutte la lite, in quanto l'attore – per non essere cittadino o meteco – potesse instare soltanto presso quel foro. Ma, nel modo in cui il Cohen l'afferma, all'asserzione della definitività dell'eccezione opposta contro la δίκη ἐμπορική manca qualsiasi giustificazione, perché è ovvio che i cittadini od i meteci, quando la pretesa non integrasse i requisiti richiesti dalla legge commerciale, potevano farla valere dinanzi al tribunale ordinario.

⁷⁴ Paoli 1933b, 83: «stabilire i limiti della *παράγραφή* secondo criteri sostantivi è in diritto attico una questione di diritto positivo e si esaurisce nell'enumerazione dei casi nei quali la *παράγραφή* è ammessa; nel determinarli il legislatore ha seguito non già un indirizzo sistematico, ma solo un pratico criterio di equità» (contro cui, naturalmente, si appunta la critica di Wolff 1966, 13 s.).

⁷⁵ Paoli 1933b, 85 ss., propone un'enumerazione dei casi di *paragrafe* che si fonda su una tripartizione di essi: e cioè *paragrafai* in cui si opponeva che l'istanza dell'attore era sfornita di azione (p. 85); *paragrafai* per illegittimità di forma (p. 89); *paragrafai* per inesistenza di lite (p. 91). Questa classificazione è ripresa pressoché alla lettera da Biscardi 1961a, 879 e, praticamente, anche da Hellebrand 1949, 1173 ss., il quale enuclea le *paragrafai* «die der Verklagte dem Kläger mangels Fundierung der Klage in den Gesetzen entgegengesetzte»; quelle che venivano opposte «weil die Klage bei einer unzuständigen Behörde eingebracht worden war oder der Kläger in der Wahl der Klage (Verfahrensart)

Ma, ciò nonostante, neppure il Paoli resiste alla tentazione di dare, della *paragrafe*, una caratterizzazione più impegnativa dal punto di vista dogmatico o sistematico che dir si voglia.⁷⁶ Vale la pena soffermarsi qualche po' su tale caratterizzazione, perché essa, dal punto di vista metodologico, rappresenta uno dei più tipici esempi delle conseguenze aberranti a cui si giunge, volendo trasportare, a qualificare la prassi giuridica ateniese, categorie dogmatiche moderne, senza che di ciò vi sia bisogno o senza che sullo strumentario concettuale così adoperato venga esercitato un attento controllo, dal punto di vista storico o da quello tecnico-giuridico, per vedere se esso sia effettivamente adatto ad esprimere la realtà che è chiamato a rappresentare.

Per il Paoli la *paragrafe* è un'eccezione di diritto, anche se non tutte le circostanze che possono essere poste a base di una *paragrafe* sarebbero, secondo le nostre vedute moderne, «motivi di diritto», tali da giustificare un ricorso in Cassazione: onde, non è mai esclusa, in sede di giudizio paragrafico, «la produzione degli ordinari mezzi di prova». Ciò dipenderebbe dal fatto che gli ateniesi distinguevano fra diritto che promana dalla legge e diritto che, in mancanza di legge, è definito di volta in volta dai tribunali, onde si arriva ad una sovrapposizione del potere giurisdizionale a quello legislativo. Questo fatto impedirebbe una rigorosa distinzione fra questione di diritto e questione di merito, che è alla base del sistema della nostra

sich geirrt hatte», e quelle che facevano valere «dass die Streitsache, die Gegenstand der Klage war, einmal "rechtskräftig", wie wir modern sagen, erledigt worden war». A ciò, dal punto di vista sistematico, era premessa soltanto l'osservazione come la *paragrafe* non possa qualificarsi puramente e semplicemente come «Einrede», nel senso del diritto civile o processuale civile tedesco e dell'*exceptio* romana.

Praticamente la classificazione del Paoli si risolve anch'essa, come dicevo nel testo, in una sistemazione del materiale fornito dalle fonti mediante schemi concettuali più che altro moderni e sovrapposti piuttosto meccanicamente alle fonti stesse. Essa pecca, d'altra parte, di alcuni difetti, anche dal punto di vista interno. Non si può, in realtà, non scorgere l'influsso di una tendenza a voler classificare e sistemare al di là di quanto permettano le fonti, quando, tra le *paragrafai* del primo gruppo, viene ricompresa, con formulazione generale («quando, essendo stata deliberata un'amnistia, l'azione per qualsiasi fatto coperto dall'amnistia veniva a cadere»: Paoli 1933b, 91), l'amnistia, allorché, per quanto sappiamo dalle fonti, un'amnistia soltanto aveva dato luogo ed origine alla *paragrafe*, e cioè quella del 403 a.C. Ma ancora più grave, dal punto di vista della coerenza interna della sistemazione proposta dal Paoli, è l'inquadramento, fra i casi di inesistenza di lite, dell'adempimento dell'obbligazione, dell'avveramento della condizione risolutiva, della prescrizione (punto sul quale è ancora seguito dal Biscardi 1961a, mentre appare più prudente la presa di posizione di Hellebrand 1949, 1175, che adotta, è vero, tendenzialmente la sistemazione del Paoli, ma non dice espressamente che adempimento, avveramento della condizione risolutiva e prescrizione siano casi di «rechtskräftige Erledigung» della «Streitsache», che corrisponde, nella terminologia dell'autore tedesco, all'inesistenza di lite del Paoli). Tale inquadramento, infatti, appare *ictu oculi* manifestamente contrario a qualsiasi significato, purché non arbitrario, che voglia darsi alla categoria moderna di inesistenza della lite.

⁷⁶ Paoli 1933b, 96 a.

Cassazione, il quale, a sua volta, è ispirato all'esigenza che rimangano ben definiti i limiti fra il potere giudiziario e il legislativo.

Se non vado errato, il ragionamento del Paoli porta, praticamente, a dire che, nell'ordinamento attico non si può distinguere questione di fatto e questione di diritto,⁷⁷ ma che è proprio in base a questo che la *paragrafe* va qualificata come eccezione di diritto, e, se alle parole usate dall'autore debba riconoscersi un qualche valore, che essa dà luogo ad una questione di diritto. Ciò basta a mostrare – senza entrare in altri dettagli, ché ciò, dato il valore dell'argomentazione, potrebbe apparire ozioso – come, dal punto di vista della rappresentazione della prassi giuridica ateniese, la qualificazione della *paragrafe* come «eccezione di diritto» non sia certo felice, e come, da quello di un suo valore euristico, tutt'altro che feconda.

Anche qui l'indagine del Wolff porta a un deciso miglioramento. Per questo autore le caratteristiche di quella particolare situazione che si indica come δίκη οὐκ εἰσαγώγιμος, e che costituisce il fondamento sia della *diamartyria* che della *paragrafe*, condizionandone la struttura, derivano dalla natura stessa della *dike*. D'altra parte quest'ultima spiega, nel contempo, la ripartizione, che a prima vista potrebbe

⁷⁷ D'altra parte lo stesso Paoli, *Legge e giurisdizione in diritto attico*, in Paoli 1933, 58 ss., afferma che il giudice «applica le norme legislative, quando e sinché questa norma dispone; altrimenti decide *secundum bonum et aequum*» (p. 59). È lo stesso autore quindi che ammette come vi sia un preciso *discrimen* fra il diritto che, per così dire, proviene dalla legislazione, e quello che proviene dalla giurisdizione: la conseguenza che tutti possono trarre è che la «sovrapposizione» fra i due poteri, giurisdizionale e legislativo, non aveva, almeno in astratto, grande probabilità di avverarsi se quel *discrimen* fosse stato – ed il Paoli non sembra porlo in dubbio – osservato. Veramente, altrove, l'opinione dell'autore – e ciò non serve certamente ad aumentare la chiarezza – sembra variare alquanto, come ad es. quando afferma che «abbiamo anteriormente rilevato che l'eccezione paragrafica non sempre riguarda la questione di diritto, ma può anche riferirsi al merito» (Paoli 1933b, 110 s.). Del resto, sotto il profilo della messa a punto dello strumentario concettuale adoperato, si può osservare che, anche in regime di completa «freie Rechtsfindung» da parte del giudice, sarebbe astrattamente possibile distinguere un giudizio che verta sull'esistenza dei fatti addotti dall'attore o dal convenuto ed un giudizio che verta sulla qualificazione giuridica di questi fatti, anche quando tale qualificazione dipenda dalla libera valutazione che di volta in volta avvenga ad opera del giudice, onde sarebbe ammissibile un controllo sull'esercizio da parte del giudice del potere di qualificazione giuridica, naturalmente non come raffronto con una norma preesistente, ma come valutazione, in base alla «freie Rechtsfindung», dell'idoneità della qualificazione giuridica adottata dal giudice. Ma si può dire che il Paoli, adoperando la categoria concettuale «eccezione di diritto», che rimane del tutto imprecisata nel suo contenuto per le considerazioni già fatte, voglia alludere a questo? E cioè che la *paragrafe* si riferisce sempre ad una questione di qualificazione giuridica? No, di certo, perché altrimenti l'accento all'assunzione dei mezzi di prova rimarrebbe incomprensibile. Ed allora si riconferma, anche da questo punto di vista, come tale tentativo di sistemazione dogmatica della *paragrafe* resti, praticamente, privo di qualsiasi concreto significato, che si possa cogliere al di là dello schermo verbale delle espressioni usate.

apparire arbitraria,⁷⁸ tra fatti che portano all'improcedibilità della *dike* (e debbono quindi farsi valere con la *diamartyria* o con la *παραγραφή μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην*) e fatti che danno invece luogo ad una contestazione nel merito dell'azione, e di cui la discussione avviene nelle forme dell'*euthydikia*. La *dike* è un «haftungsverwirklichender Zugriff», un atto che affonda le sue radici nell'autotutela:⁷⁹ per essa la «Rechtspflege» altro non è che il controllo, da parte del magistrato con la cooperazione dei *δικαστήρια*, di questo «Zugriff», ciò che può portare alla concessione od al diniego dell'autorizzazione all'attuazione (od al proseguimento dell'attuazione) dell'autotutela.⁸⁰

Da questa struttura della *dike* discende che la distinzione fra «prozesshindernde» e «materielle Einwendungen» corra lungo un confine diverso da quello che, nelle grandi linee, vale per noi, che partiamo «von der Idee des subjektiven Rechts» ed attribuiamo, anzitutto, al processo «die Rolle [...], eine Maschinerie für die Erwirkung erzwingbarer richterlicher Leistungsbefehle bereitzustellen, und so zum Mittel direkter Verwirklichung bestehender Rechte zu werden»⁸¹.

Secondo la visuale attica, per cui il concreto esercizio della giurisdizione porta soltanto alla «Billigung oder Missbilligung erfolgter oder beabsichtiger Selbsthilfeakte», è «prozesshindernd» ogni circostanza «dessentwegen ein (ursprünglich ja vorprozessualer) Zugriff gar nicht erst hätte stattfinden dürfen». Il che, nel sistema attico del V e IV sec. a.C.,⁸² significa che la *δίκη* non è *εἰσαγώγιμος* (e quindi non può essere posta a fondamento di una «Gerichtsverhandlung»), quando essa è «rechtswidrig, weil das Gesetz die beabsichtigte *δίκη* als erledigt oder schutzunwürdig betrachtete und demgemäß ihre Einbringung verbot, weil es eine *δίκη* dieses Typs von vornherein nicht vorsah oder weil eine Rechtsbeziehung, für welche das Gesetz eine besondere Prozessart spezifisch zur Verfügung stellte, niemals auch nur zur Entstehung gelangt war»⁸³.

Su questa distinzione tra difese sulla procedibilità e difese sul merito viene ad innestarsi un'altra caratteristica del processo attico. Sulla circostanza se le azioni «aus irgendeinem Grunde gar nicht erst hätten begonnen und darum auch dem Gericht nicht hätten vorgelegt werden dürfen» può decidere solo il magistrato, anche quando la sua autorizzazione all'attuazione dell'autotutela, che si esprime nella *dike*, è ormai condizionata, in senso positivo o in senso negativo, dalla decisione del tribunale elastico, ed anche se l'attività del magistrato, come si è detto, possa venir, a

⁷⁸ Cfr. quanto dice lo stesso Wolff 1966, 13.

⁷⁹ Anche se ormai la *dike* è diventata, da questo punto di vista, soltanto una «Ladung» dinanzi al magistrato: cfr. Wolff 1966, 127 s.

⁸⁰ Wolff 1966, 137 s. Le idee dell'autore sulla natura della *dike* sono esposte, principalmente, in Wolff 1961, 74 ss.

⁸¹ Wolff 1966, 140.

⁸² In quanto la *dike*, da «Zugriff», è diventata una semplice «Ladung»: cfr. *supra*, in questo §, nt. 79.

⁸³ Wolff 1966, 140.

sua volta, condizionata – nella sua discrezionalità – dalla *diamartyria* dell'attore o del convenuto: «der Grund für die Verteilung der Kompetenzen war das Prinzip, das die Kontrolle der selbsthilfweisen Vollstreckungsmassnahmen den für den inneren Frieden verantwortlichen Amtsträgern zuwies»⁸⁴.

Si perviene così ad una struttura del processo, ove, dinanzi al tribunale elastico, si può discutere soltanto delle «klagebegründende bzw. klagezerstörende Tatsachen»: questo è un «direktes Streiten», l'*euthydikia*. Questo spiega perché, quando con il νόμος di Archino la «Anstellbarkeit der δίκη» viene portata dinanzi ai δικαστήρια, ciò avviene nella forma, sostenuta dal Wolff, della «Vorverhandlung», del κατηγορεῖν τοῦ διώκοντος, ché l'introdurla direttamente, come difesa aggiunta, nel «Verfahren über die δίκη» avrebbe costituito una contraddizione troppo evidente della configurazione del processo fino ad allora recepita nell'esperienza giuridica attica.⁸⁵

Si tratta indubbiamente – in una con le ipotesi avanzate dal Wolff sulla struttura e sulla storia del nostro istituto – della costruzione più logica e più coerente finora presentata del processo paragrafico. Le ragioni per cui, nei punti essenziali, ritengo di non poterla condividere, sono riservate alle pagine che seguono, dove verranno naturalmente posti in chiaro anche i motivi di dissenso di fronte alle altre precedenti opinioni, indubbiamente meno elaborate, ma che, in taluni punti, possono conservare, soprattutto quella di U.E. Paoli, una qualche validità. Qui appresso, dunque, cercherò, nei limiti in cui lo permette lo stato attuale della documentazione, di porre in luce quelle che sono le caratteristiche del processo paragrafico ateniese del IV sec. a.C., e come esse si riaggancino, da una parte, all'evoluzione che, in quell'esperienza giuridica, ha avuto il problema dell'accertamento dell'improcedibilità dell'azione, e, dall'altra, alla struttura del processo attico generale, nel loro divenire storico.

⁸⁴ Wolff 1966, 138.

⁸⁵ Wolff 1966, 139.