

NΟΜΟΣ ΒΑΣΙΛΕΥΣ
La regalità del diritto
in Grecia antica

UNIVERSITÀ DI VERONA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
VERONA, 19-20 MAGGIO 2016

Atti

Proceedings

NΟΜΟΣ ΒΑΣΙΛΕΥΣ
The Kingship of Law
in Ancient Greece

UNIVERSITY OF VERONA
DEPARTMENT OF LAW
VERONA, 19-20 MAY 2016

Carlo Peloso

Nomos basileus e potere giudicante nell'Atene del IV secolo a.C.

1. Nomos basileus e sovranità del diritto.

Nomos, sostantivo (forse) sconosciuto in Omero, se presso gli orfici è addirittura un dio e se in testi tecnici si può rinvenire nel significato di «modo musicale», in Esiodo inizia a suggerire un ordine di natura divina il cui rispetto permette di distinguere l'uomo dalla bestia, sia nelle attività di indole laica, sia in quelle religiose¹. È proprio in questa linea di pensiero che ancora si colloca, in età classica, il celeberrimo frammento di Pindaro (169 Snell, Maehler) per cui, stando all'insuperabile approfondimento interpretativo di Marcello Gigante, il *nomos* quale *basileus* di mortali e di immortali è, conformemente a un universalismo contrapposto a intuizioni relativistiche di matrice sofistica, un «principio assoluto» che assurge a sovrano cosmico²: il che emergerebbe pure da quel commentatissimo passo erodoteo in cui, citando Pindaro, dopo aver contrapposto l'istituto ellenico della cremazione dei morti a quello della necrografia proprio degli indiani callati, lo storico non proclama la relatività sovrana dei costumi circa le tecniche di trattamento dei morti, ma sottende l'esistenza e l'operatività di un principio universale il quale, nella sua 'regalità panica', pur nelle plurime differenze attinenti alle concrete modalità di adempimento (variabili da ordinamento a ordinamento), vincola ogni popolo – dalle tribù greche a quelle indiane – a «compiere atti di pietà verso i genitori defunti»³.

Al netto di ornamenti poetici e di universalismi di stampo fisico-teologico, la cultura illuministica che ha non solo ispirato ma perfino plasmato i due ultimi secoli dell'occidente giuridico non si è discostata dalla lezione pindari-

¹ Cfr., *amplius*, PELOSO, 2016 a. Sul legame tra il termine *nomos* e il contesto musicale, non solo etimologico, ma anche tradizionale (in quanto connesso sia al diritto sia alla musica all'insegna di una pratica di memorizzazione e condivisione cui rimandano, ad esempio, le Leggi di Platone), vd. il contributo di Giovanni Panno (*infra*, p. 83-108).

² GIGANTE, 1956=1996, p. 72 ss., 94, 102, 112.

³ Herodot., 3.38. Si tratta, a mio giudizio, della stessa anima che innerva il rapporto dialogico tra *nomos* comune e *nomos* particolare, ovvero il «giusto» fisico (per natura) e quello nomico (per convenzione umana): intendendo, infatti, in Aristot., *Eth. Nic.* 1134 b 18-24 (cfr., inoltre, Aristot., *Pol.* 1287 b), il diritto «fisico» come quel diritto che, esprimendosi in termini universali, può risultare insufficiente e va pertanto specificato, tra «ciò che è scritto come proprio di una *polis*» e «ciò che non è scritto ed è comune» (ossia, entro il giusto politico, tra ciò che è «fisico» e ciò che è «nomico»), non si instaura un rapporto antagonista, ma solo di «sinergica

ca: il diritto, sino ad oggi, si crede costruibile e applicabile *more geometrico* come un sistema aristotelicamente ‘panico’, idoneo a fornire non solo una soluzione, ma altresì una soluzione logica e coerente. Il postulare l’equazione, celeberrima, tra diritto e legge (equazione che – non serve sottolinearlo – implica la sudditanza del giudice, quale soggetto istituzionalmente chiamato per eccellenza ad applicare e interpretare il diritto, unicamente alla legge) costituisce però un primo tassello di un mosaico ben più variopinto e ampio. La vera scientificità della giurisprudenza, intesa sia come dottrina delle corti sia come scienza giuridica, viene proclamata in ossequio a questo modello di diritto sovrano unicamente là ove essa interpreti attraverso i procedimenti logici e dimostrativi propri delle scienze esatte e rimanga rigidamente ‘a-valutativa’, ossia impermeabile a ogni valutazione assiologica, tanto alle opinioni, quanto a valori ed argomenti rinvenibili in topiche extra-legali. Il meccanismo della sussunzione opererebbe, in ossequio alla forma del ragionamento del sillogismo retorico, con la *lex*, nel suo *scriptum* e nella sua *voluntas*, quale unico e irrinunciabile *argumentum* entimematico, ossia con la legge quale unica premessa da cui dedurre assiomaticamente la soluzione per ogni caso di specie. Nella impossibilità di annichilire il contributo personale dell’operatore giuridico alla determinazione della premessa, le ineluttabili controversie interpretative, strette entro i confini di questo assetto ideale, insorgerebbero normalmente solo sul significato letterale di un dato disposto: l’agone processuale – e quindi tanto la schermaglia oratoria delle parti quanto il ruolo del giudice – sarebbe compreso in questo limitato *status causae* retorico e la grammatica, la sintassi e l’etimologia avrebbero risolto lo strumentario essenziale degli operatori giuridici. L’influenza di questo modello, per sua aspirazione pan-legalistico e cognitivo (o forse meglio scienziato), ha valicato i confini del XIX secolo per giungere quasi intatto, operativamente, sino all’ultimo trentennio, o comunque almeno sino alle prime avvisaglie di cedimento, non solo ideale, ma anche strutturale, dell’edificio giuspositivista.

dialettica», in aperta polemica con le argomentazioni relativistiche dei sofisti (in tali termini, persuasivamente, ZANETTI, 1994, p. 5 ss.): così, se l’esempio aristotelico della norma che impone di «sacrificare in onore di Brasida» può scomporsi in un *nomos koinos* (universale) che impone senz’altro il sacrificio, e in una puntualizzazione (particolare) di *nomos idios* che precisa il destinatario (o, in altri frangenti, può precisare diverse modalità del sacrificio), allo stesso modo il passo erodoteo attesta un rapporto simile tra vincolo generale di «pietà verso i genitori defunti» e disposizioni particolari che specificano il *quomodo* della pietà filiale. Una differente prospettiva emerge da Herodot., 7.101-105 (in cui il *nomos*, nella sua signoria asservente, è segno distintivo del mondo dei Greci e causa della loro relativa libertà, mondo opposto a quello persiano in cui la sudditanza a un sovrano umano rende gli uomini assolutamente schiavi): su tale approccio al *nomos*, trapiantato, ideologicamente, anche a Roma, vd. il contributo di Luca Fezzi (*infra*, p. 37-42).

Donde, non diviene affatto sorprendente, con riguardo alla miglior dottrina processual-civilistica italiana del primo cinquantennio del XX secolo, la visione strumentale del potere giudiziario rispetto a quello normativo, posto che il giudice abbia da esercitare la sua funzione a valle di un *prius* logico e storico operante come fondamento irrinunciabile, vale a dire la legge⁴. Di poi, il *modus procedendi* interpretativo marcatamente sillogistico – quale propaggine del *nomos basileus* di origine illuministica – affiora nell'art. 12 delle nostre preleggi (che impone anzitutto la sussunzione del caso sotto la lettera della legge); per di più la riduzione del diritto a legge sovrana, insieme alla 'avalutatività' della giurisprudenza, si impone quale autentico totem positivista consacrato non solo a livello costituzionale dall'art. 101, comma 2 (che sancisce espressamente la sudditanza del giudice alla legge), ma anche dall'art. 118 delle disp. att. cod. proc. civ., che, infatti, oltre a disporre la necessaria indicazione nella sentenza delle norme di legge (precedendo così l'art. 1321, n. 4, cod. civ.), precisa come debba essere omissa «ogni citazione di autori giuridici». Parimenti, è sempre in questo contesto di cultura giuridica che la *CDFEU* consacra nei primi due periodi del comma 1 dell'art. 49⁵ i celebri principii condensati nel brocardo di matrice feuerbachiana *nulla poena et nullum crimen sine praevia lege certa poenali scripta*⁶: capisaldi dell'ideologia liberale e garantista propria della moderna e contemporanea civiltà europea del diritto, *in primis*, essi vietano le condanne penali in assenza di una base legislativa incriminatrice, e, in secondo luogo, prescrivono chiarezza e precisione nella formulazione delle disposizioni normative così da consentire di prevedere esattamente quale condotta costituisca reato e quali conseguenze ne

⁴ A tale visione si ispirano sia la tesi della giurisdizione come «attuazione della concreta volontà della legge» (Chiovenda), sia quella della giurisdizione come «specificazione del comando generale» (Allorio), mentre da essa si allontana – ovviamente oltre la tesi del *Freirecht* (Ehrlich) – la tesi della natura polifonica del sistema normativo e della «pariteticità dei due poteri» (Consolo): cfr. CHIOVENDA, 1965, p. 297 ss., 301; ALLORIO, 1957, p. 31 ss.; CONSOLO, 2015, p. 9 s.

⁵ Alla rubrica *Principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties*, corrispondono le disposizioni seguenti: «no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time the criminal offence was committed» (GUCE 2000/C 364/01); vd., negli stessi termini, l'art. 7 della ECHR, entrata in vigore il 3 settembre 1953. Quanto al nostro sistema, tale principio si ritrova espressamente in materia penale là ove la Costituzione e il codice penale statuiscono che nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato da una legge che sia entrata in vigore prima della sua commissione (art. 25 Cost.; art. 1 cod. pen.). Parimenti – è qui da segnalare – coesistente al nostro diritto amministrativo è che la violazione di legge costituisca una delle cause tipiche dell'illegittimità dell'atto amministrativo.

⁶ FEUERBACH, 1801, § 20.

derivino (oltre a stabilire, infine, come le sanzioni inflitte non possano essere più gravi di quelle previste dalla legge vigente al momento della commissione del reato). Più in generale, il principio di legalità (formula solo più prosastica, ma finalisticamente non eterogenea, di quella pindarica) si atteggia a uno dei caratteri essenziali del contemporaneo stato di diritto (o – anche se con sfumature differenti che dipendono dal contesto ordinamentale – *Rechtsstaat*, oppure *rule of law*) che, in ossequio al costituzionalismo liberale occidentale, esprime l'idea irrinunciabile che ogni attività posta in essere dal pubblico potere, in ogni sua declinazione, si fondi su una legge, intesa quale atto generale e astratto parlamentare, ossia indirettamente ascrivibile – in nome del meccanismo, storicamente e ideologicamente non 'democratico', della rappresentanza – alla sovranità popolare.

2. *Agonistic society e iura non novit curia nell'Atene del IV secolo a.C.*

A mente del precedente paragrafo, alle orecchie dello storico del diritto non può che stridere quella tesi sostenuta da una ben consolidata *opinio*, secondo cui niente di simile all'impianto teorico-pratico illuminista nonché alle ipotizzabili ricadute operative e sistematiche dell'ideologia pindarica in tema di *nomos* potrebbe essere rinvenuto proprio in quel mondo greco antico che avrebbe rappresentato la stessa patria culturale della *basileia* del *nomos*, slogan retorico piuttosto che principio giuridico⁷. Giudicandosi irrimediabilmente alieno rispetto a quello di oggi il sistema dell'Atene del IV secolo a.C., il rapporto tra diritto sostanziale e procedura è stato inquadrato in uno schema per cui, infatti, il *nomos* non funzionerebbe come imprescindibile fondamento del giudizio, ma solo come pretesto per faide sublimite dalla ritualità processuale. Anzi, proprio con specifico riguardo alla sfera del diritto, si è giunti a ritenere addirittura che gli antichi greci, attesa la totale eterogeneità del loro pensiero, non abbiano lasciato alcun legato di rilievo a quella stessa Europa che, per altri versi, proprio nell'Acropoli (oltre che nel Palatino e nel Golgota) trova le proprie basi ideologiche⁸.

Del resto, tra gli storici della civiltà ateniese classica è molto comune sostenere altresì l'omogeneità di natura e funzione delle azioni pubbliche e private: entrambi i tipi di processo sarebbero solo ritualizzazioni di *agones*, ossia

⁷ Aeschin., *In Timarch.* I.1-2, 7, 179; *In Ctesiph.* III.6-7, 23; Demosth., *De cor.* XVIII.278, 283-284, 290-293, 306-309; *In Mid.* XXI.30, 34, 76, 177; *Adv. Androt.* XXII.57, 23.1, 97, 190, *In Timocr.* XXIV.36, 215-216, *In Aristog.* I XXV.6; Dinarch., *In Philocl.* III.16; Hyperid., *Epitaph.* VI.25 Colin; Lycurg., *In Leocr.* I.4-6; Lys., *Epitaph.* II.19, *Περὶ τῆς Εὐάνδρ. δοκίμ.* XXVI.15, *In Philon.* XXXI.2; Thuc., 2.37.

⁸ TODD, 1993, p. 3, 25, 160 ss.; OSBORNE, 2000, p. 85 s.

competizioni, gare, duelli, tra i membri delle *élites*⁹. I *dikasteria* ateniesi non sarebbero chiamati a risolvere controversie secondo i principii e le regole del diritto, avendo a ufficio, più che il controllo della condotta umana, la concreta regolamentazione delle relazioni sociali tra *politai*. I giudici, cittadini non togati, non avrebbero applicato imparzialmente il diritto; piuttosto, il processo si sarebbe risolto in un meccanismo pubblico e non violento per determinare la posizione sociale delle parti all'interno della comunità, in un'arena ideale ove, nel definire le gerarchie sociali in atto, le parti in causa sarebbero state contendenti tra loro opposti per onore e prestigio. Di conseguenza, i *nomoi* invocati da una parte dinanzi una corte giudicante sarebbero stati un elemento in sostanza insignificante, un espediente procedurale, un artificio diretto a trasferire faide familiari o rivalità personali dal livello privato a quello della scena pubblica.

Questo punto di vista, che rappresenta la posizione più estrema tra gli approcci storici e sociologici al *law in action* sottovaluta il ruolo concretamente svolto dai *nomoi* nell'alveo processuale, sia per quanto riguarda la fase di introduzione del giudizio e di definizione dei suoi estremi, sia in seno alla fase dibattimentale e di giudizio.

Secondo una versione più moderata (e, invero, anche meno infondata) di tale orientamento, nel IV secolo a.C. i *nomoi* ateniesi – catalogati da Aristotele accanto ai decreti, ai documenti privati, alle testimonianze, ai giuramenti, alle torture di schiavi – sarebbero stati *pisteis* a-tecniche, ossia «forme di prova»¹⁰. In altre parole, una volta che una parte avesse allegato un *nomos* come fondamento della propria pretesa privata o della accusa pubblica, tale *nomos* particolare avrebbe solo limitato o guidato l'attività giudicante, dal momento che esso non sarebbe stato dotato di alcuna forza vincolante: il principio della libera valutazione della prova (e quindi il se considerare, nonché come e quanto, il *nomos* stesso) avrebbe prevalso sul dato del diritto oggettivo introdot-

⁹ COHEN, 1995, p. 82 s., 92: «the courts were a natural arena ... and the rhetoric of enmity, envy, and invective was the primary instrument with which they were waged»; «litigants portray envy as base», and «advance vengeance as a respectable motivation for litigation»; «parties to the dispute employ the legal process as a weapon by which to pursue their conflict»; consequently, «legal judgments are by no means binding, nor do they serve to terminate or resolve the conflict»; OSBORNE, 2000, 85 s., 70: «the concept of law being primarily the regulation of relations between citizens rather than the control of human conduct»; «the courts can be seen to be a publicly visible, non-violent, mechanism for determining the social position of the parties within the community» (vd. OSBORNE, 1985, p. 52). Cfr., inoltre, ALLEN, 2000, p. 175, 176, 191, 193: a cui credere il potere giudiziario «included not only the power to judge where there were no laws, but also the power and right to decide contrary to the laws» e «the Athenians typically subordinated law to judgment and aimed at making the just decision about anger and pity required by each particular context».

¹⁰ Aristot., *Rhet.* 1355 b 35-40, nonché 1375 a 22-27.

to nell'alveo del processo. Così i *dikasteria* avrebbero risolto le controversie soprattutto in forza della loro coscienza e del loro senso di equità, del *bonum* e dell'*aequum* (per impiegare terminologia pretoria); non avrebbero dovuto applicare la legge né di per sé, né in termini rigorosi, in quanto il basare la loro decisione sulla legge sarebbe stato solo una mera possibilità¹¹. Il principio *iura non novit curia* – eversivo se letto con le lenti del giurista contemporaneo – svincolava i giudici ateniesi dall'inquadrare di necessità il caso sottoposto alla loro attenzione entro un particolare *nomos*: da un lato, se i dicasti o gli efeti o gli areopagiti, così come i quaranta o i dieteti, avessero ignorato la norma relativa alla soluzione del caso controverso, questo sarebbe stato deciso a prescindere dalla sussunzione e secondo equità, e comunque validamente ed efficacemente, non essendo essi tenuti ad applicare alcun *nomos*; dall'altro, se lo avessero conosciuto grazie alle allegazioni di parte, non sarebbero stati vincolati, potendo lecitamente applicare anche una regola 'extranomica' già in precedenza applicata, oppure creare *ad hoc* la regola traendola *ex novo* dalla loro coscienza, ossia dall'ordine meta-positivo¹².

Come nella tesi dell'*agonistic society*, anche in quest'ottica (che – va premesso – pressoché ignora i contenuti del giuramento dicastico, che in parte verranno trattati in questa sede), il diritto positivo sarebbe un mero ed eventuale limite dell'attività giudicante. La mancanza di precise definizioni sostanziali degli illeciti, l'orientamento processuale delle norme, nonché l'uso della macchina giudiziaria contro nemici personali o pubblici anche a prescindere dalle disposizioni positive, dipingerebbe in toni foschi l'Atene dell'età degli oratori, trasformando il suo ordinamento nel regno dell'anti-lega-

¹¹ HARRISON, 1971, p. 48: «the juror is to vote according to his conscience; there would certainly have been many cases not completely or not at all covered by law or decree»; RUSCHENBUSCH, 1957, a cui avviso l'ampissimo potere discrezionale era dovuto a *Rechtslücken* and *Gesetzlücken*, anche se in verità l'autore tratta soprattutto del problema della chiarezza dei testi legislativi ateniesi. Cfr. VINOGRADOFF, 1922, p. 65-69, sp. 68, secondo cui «the range of considerations of justice was very large, and was not really restricted to cases where there were no laws». Vd., analogamente, HIRZEL, 1900, p. 51; JONES, 1956, p. 135; WOHL, 2010, p. 31; nonché TODD, 1993, p. 54 s., il quale ritiene che le parti processuali «call on their hearer to bring in a verdict on the basis of more general considerations of justice, in circumstances where (we may suspect) the letter of the law is against them».

¹² Vd., anzitutto, in questi termini, PAOLI, 1933, p. 59, 66; PRINGSHEIM, 1950, p. 2; MEYER-LAURIN, 1965, p. 39; TRIANTAPHYLLOPOULOS, 1968, p. 55; TRIANTAPHYLLOPOULOS, 1985, p. 4 s., 223, 249; WOLFF, 1968, p. 8; BISCARDI, 1982, p. 365=2017, p. 286-287; STOLFI, 2010, p. 63. Anche se implicitamente, cfr., in adesione a siffatta impostazione (oltre che in adesione al convincimento della funzione socio-riequilibrativa delle corti di giustizia), TODD, 1993, p. 160, 162, 59, secondo cui «politics and law were at Athens ultimately indistinguishable», la legge aveva solo «persuasive and not binding force on an Athenian court» e, soprattutto nei processi pubblici, «trials ... were disputes between opposing individuals» in cui «punishment was designed ... to reorder the relative position of the two litigants».

lismo e dell'anti-liberalismo. Piuttosto, attuando il principio *nonnullum crimen et nonnulla poena sine lege*, la *polis* madre della democrazia e della razionalità occidentali sembrerebbe abbracciare una politica legislativa e giudiziaria che, *mutatis mutandis*, risulterebbe simile, almeno nel suo esito, a quel deprecabile approccio nazional-socialista favorevole alla persecuzione secondo il *Täterstrafrecht* e, dunque, opposto alla declinazione feuerbachiana del *Tatstrafrecht*.

Se, dunque, fossero vere le ricostruzioni qui sintetizzate (ossia quella che descrive Atene come una *agonistic society*, una società in cui sovrano è l'agone riequilibrativo delle gerarchie sociali, e quella che concepisce il *nomos* come un limite all'arbitrio giudiziale, ossia come un aspetto solo eventuale e non vincolante del mondo processuale), il principio di legalità e la subordinazione del potere giudicante a quello nomopoietico – indubbiamente evocato non solo da poeti, ma anche da storici e soprattutto da logografi – risulterebbe una mera declamazione, un orpello retorico teso a velare il vero, e il processo ateniese non la sede di ristabilimento dell'ordine oggettivo violato, ma quello della definizione soggettiva di equilibri irrelati al diritto positivo: l'essere totalmente 'altro' del diritto ateniese, dunque, emergerebbe con prepotenza rispetto alle correnti istanze occidentali di un sistema totalmente centrato sulla legge parlamentare (o, nei sistemi angloamericani, sul *judge-made law* e sui *customs*). Tuttavia, la prima tesi, nell'assolutizzare l'aspetto agonico del processo, mostra una profonda inconsapevolezza della fondamentale differenza esistente tra diritto e procedura in sé e per sé considerati, da un lato, e i loro usi sicofantici o, comunque, temerari, dall'altro; inoltre, la seconda tesi, nel proclamare il principio *iura non novit curia*, applica la categoria retorica della *pistis* al mondo del diritto processuale e considera acriticamente Aristotele quale fonte fededegna per la ricostruzione della prassi giudiziaria ateniese¹³.

¹³ Ciò che l'interprete deve prima domandarsi è proprio se Aristotele sia, in generale e in particolare, un attendibile ricostruttore del diritto ateniese del suo tempo: cfr., per esempio, sulla inaffidabilità di Aristotele circa la descrizione delle dinamiche processuali attiche in punto di rapporto tra diritto positivo, ordine meta-positivo, e funzione giudicante, HARRIS, 2014, p. 105 ss.; vd., inoltre, MAFFI, 1976, p. 115. Da un lato, infatti, anche la distinzione etico-politica tra *synallagmata* volontari e involontari (*Eth. Nic.* 1130 b 30-1131 a 9) non corrisponde, né a livello di categorie sostanziali, né a livello di regime processuale, alla disciplina positiva ateniese (PELLOSO, 2016 c, p. 320, nt. 37). Dall'altro, il filosofo considera il diritto positivo in possibile dissidio con l'ordine meta-positivo (*Rhet.* 1368 b 1-1369 b 32, 1373 b 1-1374 b 23, 1375 a 21-1377 b 15), mentre le fonti logografiche considerano pacificamente il *nomos* non scritto o comune come presupposto (ora razionale-umano, ora di origine divina) del diritto positivo particolare (Demosth., *De cor.* XVIII.274-275, *In Aristocr.* XXIII.61; in tal senso vd. pure Lys., *In Andoc.* VI.10 e Demosth., *In Aristocr.* XXIII.70, purché qui il riferimento alle norme immemorabili e immutabili non scritte non presupponga regole sussidiarie di natura processuale in materia di persecuzione dell'empietà e dell'omicidio).

Del resto, non si è mancato di osservare come il principio dello ‘stato di diritto’, o meglio della *basileia* del *nomos* e, consequenzialmente, la primazia del diritto positivo, strumento sovrano – per Lisia – di definizione del giusto, fondamento imprescindibile – per Demostene – di ogni attività di giudizio pia verso gli déi (nel rispetto generale dell’*horkos dikastikos* o *heliastikos*), imparziale rispetto sia a *diokon* o *kategoros* sia a *pheugon* o *kategoroumenos* (in ossequio, in particolare, al principio del contraddittorio e delle armi pari), nonché esaustiva rispetto a domande ed eccezioni, accuse e difese (risultante, cioè, a valle dei *logoi dikanikoi* e delle *pisteis* atecniche, in una *diagnosis peri apanton*)¹⁴, versasse in una posizione inconfutabilmente primaria ad Atene, sul piano istituzionale, sia ideologico che pratico, e non fosse affatto in contrasto, più o meno apparente, con la sovranità del popolo¹⁵. I *nomoi* non rappresenterebbero solo un dispositivo apparente e retorico incorporato in un sistema caotico e capriccioso, oppure un confine mobile ed eventuale alla altrimenti assoluta discrezionalità dei giudici: il *nomos* vincola e non orienta, fonda e non limita¹⁶. Al contrario, a mente del già più volte menzionato giuramento giudiziale¹⁷, sia i *nomoi* sarebbero lo stesso imprescindibile supporto del potere dicastico del *demos* ateniese (e non, dunque, un mezzo di prova o di persuasione non vincolante), sia i giudici sarebbero tenuti a *dikazein* (o *psephizein*) *kata tous nomous*, ossia a giudicare in conformità del diritto vigente, esclusivamente su questioni di diritto e di fatto risultanti o nell’atto di accusa

¹⁴ Cfr., in particolare, Lys., *Epitaph*. II.17-19 (πολλὰ μὲν οὖν ὑπῆρχε τοῖς ἡμετέροις προγόνοις μιᾶ γνώμη χρωμένοις περὶ τοῦ δικαίου διαμάχεσθαι... ἀνθρώποις δὲ προσήκειν νόμῳ μὲν ὀρίσαι τὸ δίκαιον, λόγῳ δὲ πείσαι, ἔργῳ δὲ τοῦτοις ὑπηρετεῖν, ὑπὸ νόμου μὲν βασιλευομένους, ὑπὸ λόγου δὲ διδασκομένους); Demosth., *De cor.* XVIII.6-7 (περὶ τούτων δ’ ὄντος τουτουῦ τοῦ ἀγῶνος ἀξιῶ καὶ δέομαι πάντων ὁμοίως ὑμῶν ἀκοῦσαί μου περὶ τῶν κατηγορημένων ἀπολογουμένου δικαίως, ὥσπερ οἱ νόμοι κελεύουσιν, οὐς ὁ τιθεὶς ἐξ ἀρχῆς Σόλων, εὖνους ὦν ὑμῖν καὶ δημοτικός, οὐ μόνον τῷ γράψαι κυρίους ᾤετο δεῖν εἶναι, ἀλλὰ καὶ τῷ τοὺς δικάζοντας ὁμομοκένας, οὐκ ἀπιστῶν ὑμῖν, ὡς γ’ ἐμοὶ φαίνεται, ἀλλ’ ὁρῶν ὅτι τὰς αἰτίας καὶ τὰς διαβολάς, αἷς ἐκ τοῦ πρότερος λέγειν ὁ διώκων ἰσχύει, οὐκ ἔνι τῷ φεύγοντι παρελθεῖν, εἰ μὴ τῶν δικάζοντων ἕκαστος ὑμῶν τὴν πρὸς τοὺς θεοὺς εὐσέβειαν φυλάττων καὶ τὰ τοῦ λέγοντος ὑστέρου δίκαια εὐνοϊκῶς προσδέξεται, καὶ παρασχῶν αὐτὸν ἴσον καὶ κοινὸν ἀμφοτέροις ἀκροατὴν οὕτω τὴν διάγνωσιν ποιήσεται περὶ πάντων).

¹⁵ HARRIS, 2016. Sul punto, vd., inoltre, il contributo di Dino Piovan (*infra*, p. 139-152).

¹⁶ Mi permetto di rinviare a PELLOSO, 2016 a; PELLOSO, 2016 b; PELLOSO, 2017. Sul problema della obbligatorietà dei *nomoi* e della obbedienza ai *nomoi*, vd. il contributo di Stefano Fuselli (*infra*, p. 43-60).

¹⁷ Il documento inserito in Demosth., *In Timocr.* XXIV.149-151, non è *qua tale* affidabile: vd. CANEVARO, 2013, p. 173 ss.; cfr., inoltre, FRAENKEL, 1878; vd., GILBERT, 1877 p. 392; CRONIN, 1936, p. 18 (con approcci diversi da quello di Fraenkel, vd. SCAFURO, 1996, p. 50 s., e MIRHADY, 2007; cfr., altresì, HARRIS, 2014, p. 101-137); LIPSIUS, 1905-1915=1966, p. 152 s. – seguito da BONNER, SMITH, 1938, p. 154 s., e da BISCARDI, 1982, p. 363=2017, p. 284 s. – reputa che il documento in questione sia un *pastiche* inclusivo di sezioni giustapposte e risalenti a periodi differenti. Sulla

(*graphe*) o nella domanda giudiziale di una azione privata (*egklema*)¹⁸. L'atto costitutivo del processo ordinario non sarebbe stato ammissibile: infatti, senza il riferimento al *nomos gegrammenos* assuntamente violato dalla controparte processuale, come è lecito inferire, in via generale, da quel celebre e recente *nomos* citato, nel contesto del processo di empietà che lo vedeva accusato sotto l'arcontato di Lachete, da Andocide, *nomos* che, nel periodo immediatamente successivo alla restaurazione dell'ordine democratico dopo la tirannide dei Trenta, insieme ad altre disposizioni, contribuiva a meglio precisare gli estremi dell'accordo di riconciliazione tra oligarchi e demoti e del giuramento generale di amnistia; a ogni magistrato giudicante era fatto divieto di instaurare formalmente il processo introducendolo con trasmissione degli atti alla corte giudicante, ove la pretesa attorea o l'accusa del *boulomenos* depositati presso la cancelleria del suo foro e già notificati all'avversario risultassero fondati su un *nomos agraphos*, ossia su un *nomos* che non era stato trascritto dopo la *dokimasia* e, quindi, non più in vigore (anche se scritto e applicato nel V secolo a.C.), o un *nomos* non ancora pubblicato in ossequio alle nuove regole di *nomothesia*¹⁹.

prima clausola del giuramento in connessione a quella che introduce il giudizio del popolo per la *gnome dikaiotate*, cfr. MEYER-LAURIN, 1965, p. 29 s.; WOLFF, 1968 b, p. 119 s.; BISCARDI, 1982, p. 361 ss.=2017, p. 283 ss.; TALAMANCA, 1981; 1984, p. 337 s. e nt. 7; 2008, p. 24 ss.; O'NEIL, 2001; SOMMERSTEIN, 2013. Per la prima clausola, vd. Aeschin., *In Ctesiph.* III.6: Διόπερ καὶ ὁ νομοθέτης τοῦτο πρῶτον ἔταξεν ἐν τῷ τῶν δικαστῶν ὄρκῳ, «ψηφιοῦμαι κατὰ τοὺς νόμους», ἐκεῖνό γε εὖ εἰδῶς ὅτι ὅταν διατηρηθῶσιν οἱ νόμοι τῇ πόλει, σφύζεται καὶ ἡ δημοκρατία; Demosth., *Adv. Lept.* XX.118: χρῆ τοίνυν, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, κάκειν' ἐνθυμείσθαι καὶ ὄραν, ὅτι νῦν ὁμομότες κατὰ τοὺς νόμους δικάσειν ἤκετε. Vd., inoltre, Aeschin., *In Ctesiph.* III.31, 198; Andoc., *De myst.* I.2; *In Alc.* IV.9; Antiph., *De caede Her.* V.85; Demosth., *De Chers.* VIII.2; *De cor.* XVIII.121; *In Mid.* XXI.42, 211; *Adv. Androt.* XXII.7, 20, 43; *In Aristocr.* XXIII.2, 101; *In Timocr.* XXIV.188; *C. Phorm.* XXXIV.45, 52; *Pro Phorm.* XXXVI.26; *C. Boeot.* I XXXIX.41; *C. Macart.* XLIII.34; *In Steph.* 2 XLVI.27; *C. Call.* LII.33; *In Theocr.* LVIII.25, 36, 56; *In Neaer.* LIX.115; Dinarch., *In Demosth.* I.17, 84; Hyperid., *In Philipp.* IV, *fr.* 15 b.3 l. 10-20; *In Demosth.* I, *fr.* 1 col. 1 l. 13-17, *fr.* 9 col. 39 l. 1-9; Isae., *De Philoct.* VI.65; *De Hagn.* XI.6; Isocr., *Antid.* XV.173; *Aegin.* XIX.15, 44, 46; Lycurg., *In Leocr.* 143; Lys., *Pro mil.* IX.19; *In Theomn.* I X.32; *In Alc.* I XIV.22; *Pro Polyst.* XX.7. Per le altre clausole: Demosth., *In Steph.* I XLV.50: δικάσειν γὰρ ὁμομόκαθ' ὑμεῖς οὐ περὶ ὧν ἂν ὁ φεύγων ἀξιοῖ, ἀλλ' ὑπὲρ αὐτῶν ὧν ἂν ἡ δίωξις ἦ ταύτην δ' ἀνάγκη τῇ τοῦ δίκωντος λήξει δηλοῦσθαι; Aeschin., *In Timarch.* I.154: ὑμεῖς δὲ τί ὁμομόκατε; ὑπὲρ αὐτῶν ψηφιεῖσθαι ὧν ἂν ἡ δίωξις ἦ; 170: ὄλως δέ, ὦ Ἀθηναῖοι, τὰς ἔξωθεν τοῦ πράγματος ἀπολογία μὴ προσδέχεσθε, πρῶτον μὲν τῶν ὄρκων ἕνεκα (nonché vd. Aeschin., *In Timarch.* I.175-176, 179; Demosth., *De cor.* XVIII.56; *Adv. Androt.* XXII.43; *In Timocr.* XXIV.151; *C. Leoch.* XLIV.14; Hyperid., *Pro Euxen.* III, *fr.* Ar col. 40 l. 24-col. 41 l. 23; Lycurg., *In Leocr.* I.13; cfr., inoltre, Aristot., *Ath. pol.* 67.1, per il giuramento delle parti di una azione privata). Sul tema del principio di simmetria tra chiesto e pronunciato, RHODES, 2004; HARRIS, 2014, p. 114; PELLOSO, 2017, p. 360 e nt. 16, 384 e nt. 64.

¹⁸ Imprescindibile è la lettura di HARRIS, 2014, p. 114-136; vd., inoltre, BERTRAND, 2002; THÜR, 2008, p. 51 ss.

¹⁹ Quindi, a partire dall'anno 403 a.C., ogni magistrato dotato di potere giurisdizionale era autorizzato a *eisagein* azioni private e popolari solo se fondate sul sistema 'nomico' scritto:

3. *Il nomos tra sovranità e formaler Beweis.*

Nel paragrafo pregresso si è sostenuto che ad Atene il *kategoroumenos* di una *dike demosia* o il *pheugon* di una *dike idia* fossero condannabili solo per un *adikema* formalmente previsto da una disposizione ‘nomica’ scritta in vigore al momento della commissione del fatto: il *nomos* era sovrano nel processo e fuori il processo²⁰. Se ciò è vero (tanto da essere inconcepibile un processo radicato

il corpo dei *nomoi* risultante dalla *dokimasia* (esame) e dalla *anagraphe* (pubblicazione) rappresentava l’imprescindibile cornice di riferimento per qualsiasi azione giudiziaria. Un caso poteva essere sottoposto alla corte popolare (o ad altri tribunali) solo se uno dei *nomoi* del sesto o del quinto secolo a.C. *anagegrammenoi* a seguito della predetta *dokimasia* (oppure uno dei *nomoi* entrati in vigore dopo il 403 a.C. nel rispetto dei principii della nuova procedura nomotetica) era stato prodotto in quanto asseritamente violato: al dovere imposto ad accusa e attore di citazione del *nomos* scritto violato corrispondeva il divieto imposto alle *archai* di dichiarare la procedibilità di casi ‘a-nomici’. In seno a un processo ordinario, solo dopo il superamento della prova di ammissibilità condotta in *anakrasis*, l’argomentazione logografica dinanzi ai giudici avrebbe potuto essere corroborata da ulteriori e pertinenti *nomoi agraphoi*, disposizioni di principio comuni o regole di fonte non-umana non oggetto di formale inclusione nel *corpus* ‘nomico’ scritto. Cfr. Andoc., *De myst.* I.86: ἄρα γε ἔστιν ἐνταυθοῖ ὅ τι περιελείπετο περὶ οὗτου οἶδόν τε ἢ ἀρχὴν εἰσάγειν ἢ ὑμῶν πράξαι τινα, ἀλλ’ ἢ κατὰ τοὺς ἀναγεγραμμένους νόμους; ὅπου οὖν ἀγράφῳ νόμῳ οὐκ ἔξεστι χρῆσασθαι, ἢ που ἀγράφῳ γε χρῆσασθαι ψηφίσματι παντάπασιν οὐ δεῖ [γε χρῆσασθαι]; 89: ὅπου οὖν ἔδοξεν ὑμῖν δοκιμάσαι μὲν τοὺς νόμους, δοκιμάσαντας δὲ ἀναγράψαι, ἀγράφῳ δὲ νόμῳ τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἐνός. Per il significato di *nomos agraphos* in questo contesto, vd., per tutti, HIRZEL, 1900, p. 37 s. Se è vero che *nomos agraphos* si oppone formalmente a *nomos gegrammenos* e non ad *anagegrammenos* (come rilevano CLINTON, 1982, p. 34, e CANEVARO, 2016, p. 347 s., nonché CANEVARO, HARRIS, 2012, p. 116, nt. 98), tuttavia il riferimento a uno *psephisma agraphon* in Andoc., *De myst.* I.86, suggerisce di intendere, nel contesto, l’aggettivo *agraphos/on* (non scritto) come sinonimo di *ouk anagegrammenos/on* (non trascritto/non pubblicato), e non, all’evidenza, come sinonimo di *anagegrammenos/on* (trascritto/pubblicato), come, per una erronea caduta dal testo di *ouk*, scrivevo invece in PELLOSO, 2017, p. 378, nt. 52: erano procedibili solo quelle domande o accuse che si fondassero su un *nomos* – tra quelli scritti o non scritti antecedenti al 403 a.C. – trascritto o su un nuovo *nomos* pubblicato (dopo il 403 a.C.) in conformità all’*iter* nomotetico. Sulla amnistia vd., per tutti, JOYCE, 2008; JOYCE, 2014; vd., inoltre, sulla forma costituzione di Atene dopo il 403 a.C. e sulla procedura nomotetica il contributo di Edward Monroe Harris (*infra*, p. 61-82).

²⁰ Il principio di legalità era in vigore anche nel sistema giuridico ateniese, almeno inteso come principio che implica che solo il *nomos* definisce gli illeciti perseguibili in giudizio. Il legislatore definisce la portata dell’illecito e – di regola – la sanzione applicabile in termini chiari prima della commissione dell’atto. Alcune fonti potrebbero (erroneamente) essere lette in contraddizione a questa impostazione. In primo luogo, analizzando l’*idios nomos* (diviso in *nomoi* scritti e non scritti) in opposizione al *nomos koinos* (e *agraphos*), Aristotele si occupa dei doveri non scritti e delle condotte illecite non scritti (*agrapha adikemata*), cioè azioni ora giuste ora ingiuste che né nella scrittura di leggi particolari, né nelle leggi comuni non scritte sono previste (Aristot., *Rhet.* 1374 a 9-18, e con una prospettiva leggermente diversa, Aristot., *Rhet.* 1368 b 1-1369 b 32 e 1375 a 22-1377 b 11). Eppure, è chiaro che il filosofo – come Pericle in Thuc., 2.37.3 – descrive semplicemente azioni sociali o morali come totalmente estranee

senza la preliminare indicazione del *nomos* processuale ritenuto applicabile o del *nomos* sostanziale ritenuto violato), tuttavia, non convince *in toto* neppure quella corrente di pensiero che, pur enfatizzando l'importanza del ragionamento giuridico nel contenzioso ateniese, sostiene che comunque i giudici avrebbero rigorosamente applicato i *nomoi* – nel loro essere ben altro da prove sottoposte alla libera discrezionalità dei giudici – consentaneamente al loro tenore letterale²¹.

Questa dottrina, invero, tende erroneamente ad armonizzare in seno a una lettura sinottica dati tra loro eterogenei, leggendosi immotivatamente la già citata clausola sacramentale predicante per i giudici l'obbligo di *dikazein kata tous nomous* attraverso la categoria aristotelica della *pistis*²²: il *nomos* così rimarrebbe una prova, ma dotata di uno statuto eccezionale rispetto alle altre; funzionerebbe nel processo ateniese come «ein formaler Beweis» (e non, dunque, come un mezzo di prova o di persuasione lasciato al libero convincimento). Inoltre, tale tesi – che sostiene un approccio giudiziale rigorosamente formalistico e positivistico ai *nomoi* – pare prescindere dalle indiscutibili lacune

a qualsivoglia diritto positivo di fonte umana, divina o naturale. Cfr. TALAMANCA, 1981, p. 35 s.; TRIANTAPHYLLOPOULOS, 1985, p. 14 ss.; CAREY, 1999; DE ROMILLY, 1971=2005, p. 45; STOLFI 2012, p. 115 e nt. 47; HARRIS, 2014, p. 281 ss. L'esistenza di una clausola nel *nomos eisaggeltikos* che prevede *kaina kai agrapha adikemata* è totalmente priva di fondamento (Hyperid., *Pro Euxen.* III, fr. Ar col. 22 l. 13-col. 23 l. 23; *Lex. Rhet. Cant.*, sv. εισαγγελία; Poll., 8.52): vd. HANSEN, 1980, p. 91 ss., che nega la esperibilità dell'*eisaggelia* per nuovi reati sconosciuti e non scritti solo sulla base di una diatriba tra sofisti, cioè su un dato troppo debole per qualsiasi affermazione (*contra*, recentemente, vd. ENGELS, 2008, p. 118). Inoltre, se è vero che le parti in causa erano responsabili di trovare, citare (all'atto di instaurazione del giudizio e nell'arringa), nonché allegare (nell'*echinos*) qualsiasi *nomos* a sostegno della causa, ciò non implica che non vi fosse alcun obbligo in tal senso e un procedimento giudiziario potesse essere considerato fondato anche in assenza di una disposizione qualificante in termini di *adikema* una data condotta (ALLEN, 2000, p. 176). Il dato – inoppugnabile – che alcuni, pur ridottissimi in numero, discorsi giudiziari non citino alcun *nomos gegrammenos* non è affatto decisivo: anche se le parti in certi discorsi non hanno invitato il funzionario predisposto a leggere *nomoi*, ciò non significa irrilevanza del *nomos* ai fini della sentenza. Come ricaviamo dai dati emergenti in tema di *egklema*, nonché dal divieto per i magistrati di *eisagein* in assenza di un *nomos gegrammenos*, un *diokon* o un *kategoros*, infatti, non poteva agire senza citare un *nomos* specifico e, di conseguenza, formulare la pretesa o l'accusa nei termini 'nomici' pertinenti. Lys., *In Philon.* XXXI.27, infine, non attesta la possibilità di dedurre in giudizio un reato atipico, poiché nulla esclude che l'azione sia infondata. Si può supporre che il *nomos* rilevante: 1) o non definisca il crimine in termini chiari e precisi; 2) o dia vita a una lista di comportamenti illeciti. Il *kategoroumenos* sosterrebbe l'interpretazione letterale della legge; il *kategoros*, al fine di ottenere che il *pragma* sia sussunto nella legge, interpreta o il provvedimento come suscettibile di ampia estensione, o l'elenco come paradigmatico. Inoltre, atteso che Lys., *In Philon.* XXXI, è un discorso di *dokimasia*, non è certo che l'accusa abbia o meno da introdurre una doglianza. Cfr., inoltre, Demosth., *In Everg. et Mnes.* XLVII.82, *In Olympiod.* XLVIII.58 e *In Dionysod.* LVI.4, insieme a MACDOWELL, 1978, p. 60.

²¹ MEYER-LAURIN, 1965, p. 29 s.

²² Aristot., *Rhet.* 1355 b 35-40 e 1375 a 23-27.

che interessano endemicamente il sistema ateniese, come per esempio dimostra la mancanza sistematica di definizioni a fronte del più frequente impiego di etichette generali (ad esempio *blabe*, *klope*, *hybris*, *moicheia*, *asebeia*)²³ o di cataloghi di azioni (come quelli delle condotte ingiuriose o delle *species* di tradimento), nonché dalle carenze di regole specifiche per affrontare un caso particolare così assorbito in una disposizione che, interpretata nel suo tenore letterale, risulterebbe eccessivamente generale (come, ad esempio, quella famosa in materia di *homologia kyria*)²⁴. Per di più, essa sottovaluta l'ambi-

²³ Aristot., *Rhet.* 1374 a 6-9: διὰ ταῦτα δέοι ἂν καὶ περὶ τούτων διορίσθαι, τί κλοπή, τί ὕβρις, τί μοιχεία, ὅπως ἔάν τε ὑπάρχειν ἔάν τε μὴ ὑπάρχειν βουλώμεθα δεικνύναι ἔχωμεν ἐμφανίζεῖν τὸ δίκαιον. Cosa è *blabe*, per esempio, a valle di una lacuna definitoria 'nomica'? A mente del caso che vede opposti Mantiteo e Beoto (Demosth., *C. Boeot.* I XXXIX) ci si può chiedere, operativamente, se sia esperibile la *dike blabes* in caso del patimento di un passato danno bagatellare non patrimoniale (come in ipotesi di una usurpazione di nome). Vd., *amplius*, HARRIS, 2014, p. 93 ss., 223 ss.

²⁴ Aristot., *Rhet.* 1374 a 28-1374 b 1: συμβαίνει δὲ τοῦτο τὰ μὲν ἐκόντων τὰ δὲ ἀκόντων τῶν νομοθετῶν, ἀκόντων μὲν ὅταν λάθῃ, ἐκόντων δ' ὅταν μὴ δύνωνται διορίσαι, ἀλλ' ἀναγκαῖον μὲν ἢ καθόλου εἰπεῖν, μὴ ἢ δέ, ἀλλ' ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ, καὶ ὅσα μὴ ῥάδιον διορίσαι δι' ἀπειρίαν, οἷον τὸ τρῶσαι σιδήρω πηλίκῳ καὶ ποίῳ τινί· ὑπολείπει γὰρ ἂν ὁ αἰὼν διαριθμοῦντα. ἂν οὖν ἢ ἀόριστον, δέη δὲ νομοθετῆσαι, ἀνάγκη ἀπλῶς εἰπεῖν, ὥστε κἂν δακτύλιον ἔχων ἐπάρηται τὴν χεῖρα ἢ πατάξῃ, κατὰ μὲν τὸν γεγραμμένον νόμον ἔνοχός ἐστι καὶ ἀδικεῖ, κατὰ δὲ τὸ ἀληθὲς οὐκ ἀδικεῖ, καὶ τὸ ἐπιεικὲς τοῦτό ἐστιν. In Hyperid., *In Athenog.* V, col. 6 l. 6-7, per esempio, è riprodotta la regola per cui ὁ νόμος λέγει, ὅσα ἂν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι (cfr. Demosth., *In Everg. et Mnes.* XLVII.77; Isocr., *In Call.* XVIII.24). È opinione comune che nel testo in questione non vi siano ulteriori requisiti o ulteriori precisazioni (laddove è Epicrate a sostenere che l'accordo fosse vincolante solo se *dikaion*). Di conseguenza, una lettura semplicistica della disposizione in questione, insensibile allo spirito della legge e al sistema, comporterebbe la seguente conseguenza: se le parti avessero concluso un accordo qualsivoglia (anche quello in cui una parte fosse stata raggirata o il contenuto fosse stato illecito), questo avrebbe potuto prevalere sulla legge stessa (indipendentemente dal fatto che si trattasse di *ius dispositivum* o meno). E proprio ciò sosteneva Atenogene contro Epicrate. Il primo aveva venduto un *ergasterion* (per la produzione e il commercio di profumi: beni mobili, beni immobili, schiavi, crediti, debiti) al secondo (in verità più interessato più ad uno schiavo che al resto) per per 40 mine: l'ammontare totale dei debiti (non precisato in contratto che presentava indicazione analitica di soli taluni debiti e solo in via paradigmatica) risultava, infine, pari a 300 mine. Epicrate (Hyperid., *In Athenog.* V, col. 6 l. 2-15), agendo per danni, ricorda ai giudici l'esistenza di: 1) un *nomos* che vieta di mentire nell'agorà (implicando che, se applicabile al caso, tale disposizione avrebbe reso non *kyria* la convenzione con Atenogene; che, se pur non applicabile direttamente, talune vendite e quindi taluni accordi non sono comunque *homologiai kyriai*); 1 bis) un *nomos* che prevede per la vendita di schiavi viziati rimedi anche a prescindere dalla conoscenza del venditore (e ciò implicando che l'oggetto di taluni accordi esclude la conformità a *dikaion* e quindi l'essere *kyria* di una *prasis-one*); 2) un *nomos* che, pur non concernendo vendite, prevede la inutilità della promessa di matrimonio se il padre della nubenda mente sulla cittadinanza di questa (ciò implicando che la volontà di un promittente non deve essere viziata); 3) un *nomos* per cui il testamento non è *kyrios* se il testatore è insano di mente o se sotto l'influenza di una donna (ancora una volta implicando che la volontà deve essere espressa in modo consapevole e libero); 4) la regola per

guità e la vaghezza linguistica di diversi *nomoi* ateniesi²⁵ e, di conseguenza, è portata a ridurre il ruolo svolto da un'interpretazione autenticamente creativa. Infine, essa mostra un'insanabile incoerenza interna, sostenendo come i *nomoi* fossero forme di prova e come, al contempo, il sistema ateniese fosse imperniato su un rigoroso legalismo che elevava i *nomoi* a quadro fondamentale e base per qualsiasi attività giudiziaria: il diritto positivo sarebbe stato sì *basileus*, ma in quanto anche *pistis* (cosa tutta da dimostrare al livello di diritto processuale) solo nel regno del giudizio contenzioso.

4. *Qualche primo cenno alla basileia del nomos.*

Le tre tesi sopravviste, pur approdando a risultati diversissimi (il *nomos* è pretesto dell'*agon*; il *nomos* è prova con forza solo persuasiva; il *nomos* è prova legale), si fondano, più o meno esplicitamente, su tre comuni postulati. Aristotele concorre a precisare in termini di *pistis* la natura del *nomos* (anche se ciò, invero, non implica di necessità che l'equazione, rilevante sul piano della retorica, sia pregnante a livello giuridico-processuale, ché anzi la bipartizione tra *pisteis* tecniche e atecniche pare essere solo una lettura retorica della dinamica del processo che prevede, dinanzi al *dikasterion*, la bipartizione tra la

cui, nella vendita di uno schiavo, per i debiti riferibili allo schiavo il compratore non risponde, ma colui che era *despotes* al momento della contrazione del debito (regola che se imperativa sarebbe dirimente, se dispositiva comunque presupporrebbe, nella linea di Epicrate, una volontà dell'acquirente libera e formata senza vizi). Sul punto cfr., da un lato, PHILLIPS, 2009; THÜR, 2013 (l'argomentazione di Epicrate non è condivisibile, atteso che la norma generale sui contratti non contiene la clausola di legalità; essa prevale sulle norme in materia di vendita che sono dispositive e, comunque, ispirate al *caveat emptor*; le norme citate da Epicrate non sono mai direttamente applicabili al caso di specie). Dall'altro, vd. AVILÉS, 2011; HARRIS, 2014, p. 198 ss.; GAGLIARDI, 2015; PELLOSO, 2016 c (l'argomentazione di Epicrate è condivisibile: la citazione di leggi, anche se non applicabili direttamente, è volta a fare emergere la *mens* del legislatore con specifico riguardo al *nomos* sulla *homologia* e l'ultima disposizione, peraltro, potrebbe essere applicabile come *lex specialis*).

²⁵ Plut., *Sol.* 18; Aristot., *Ath. pol.* 9.1-2. Per esempio, da Lys., *In Theomn.* I X.6-9 emerge il problema di intendere come *numerus clausus* o meno gli *aporrheta* e, quindi, l'illecito di *kakegoria* stesso come aperto o meno. Altro esempio viene dal *nomos eisangeltikos*, testo che, tentando di delineare il reato di *prodosia*, elencava diversi tipi di condotta senza fornire una generale definizione chiara, precisa e tassativa. In Lycurg., *In Leocr.* 1, l'ampiezza del crimine era in discussione e sorgeva un problema: il legislatore intendeva i casi specifici menzionati (consegna della città, della flotta, dell'esercito al nemico) come un catalogo esaustivo (secondo il principio di tipicità) oppure come semplici esempi (di modo che anche condotte negative, purché ispirate da volontà traditrice, potessero essere perseguite mediante *eisaggelia*)? Solo nel secondo caso, il giudice avrebbe potuto condannare per tradimento, come voleva Licurgo, Leocrate, anche se i suoi comportamenti (ossia l'omessa protezione della patria mediante abbandono dell'Attica nonostante una chiamata generale alle armi) non avessero soddisfatto i requisiti richiesti.

recitazione dei *logoi dikanikoi* da parte dei contendenti e la lettura da parte del *grammateus* della documentazione inclusa nell'*echinos*). La logografia attesta sia il principio della pronunciabilità di sentenze anche in assenza di *nomoi* (i quali, quindi, non sono presupposti indefettibili del *dikazein*), sia quello per cui l'opinione giudiziale è formante normativo (paritetico rispetto al *nomos*, se non addirittura poziore).

Alla luce delle osservazioni critiche già contenute nei precedenti tre paragrafi, quanto segue mira a comporre una visione del sistema ateniese del IV secolo a.C. atta a descrivere con maggior fedeltà alle fonti greche il rapporto esistente tra *nomoi* e *dikazein*.

In primo luogo, è degno di nota che le azioni pubbliche, esperibili da *ho boulomenos*, sono espressamente previste come strumenti volti a punire coloro che hanno infranto una legge a protezione o di un interesse super-individuale o di un interesse individuale non agilmente tutelabile dalla persona offesa²⁶: i giudici sono (e devono essere) guardiani della legge e il loro ufficio formalizza la disapprovazione di un disvalore punendo gli atti offensivi su cui sono chiamati, a valle del violato *nomos*, a pronunciarsi²⁷. Il loro giudizio deve conformarsi ai *nomoi* ed essere imparziale, senza *eleein* (avere pietà), senza mostrare *charis* (favore) o *eunoia* (benevolenza) od opposti sentimenti come quello di *echthra* (inimicizia)²⁸. Inoltre, è ferma convinzione nell'Atene del IV secolo a.C. che gli antenati avessero istituito i *dikasteria* non in vista di faide personali, ma per accertare la commissione di atti contro la *polis* e, di conseguenza, per sanzionarli in ossequio alle leggi vigenti²⁹.

In secondo luogo, il dovere del cittadino giusto, nella qualità di *ho boulomenos*, non risulta nei testi quello di portare a processo coloro che non hanno causato alcuna lesione (anzitutto) alla *polis*; la pubblica accusa deve considerare coloro che hanno violato la legge come nemici personali, ma perseguendo l'interesse pubblico, non il proprio esclusivo. Il principio di origine solonica che – nel contesto di plurime riforme tese a superare le crisi attanaglianti Atene nel primo decennio del VI secolo a.C. all'insegna della compressione del potere magistratuale e dell'espansione del potere del popolo e della omologazione politica insensibile al censo³⁰ – permette a chiunque tra gli Ateniesi

²⁶ PELLOSO, 2014-2015, p. 9 ss.

²⁷ Demosth., *In Mid.* XXI.30, 34, 76, 177; *Adv. Androt.* XXII.57; *In Timocr.* XXIV.36; *In Aristog.* I XXV.6; Dinarch., *In Philocl.* III.16; Aeschin., *In Timarch.* I.7; *In Ctesiph.* III.7.

²⁸ Lys., *In Alc.* 2 XV.9; Demosth., *In Aristocr.* XXIII.96-97, LVII.63.

²⁹ Aeschin., *In Timarch.* I.1-2; Demosth., *De cor.* XVIII.123; *In Aristocr.* XXIII.1; Lys., *Περὶ τῆς Εὐάνδρου δοκιμ.* XXVI.15; *In Phil.* XXXI.2.

³⁰ Per un approfondimento in tema di *eunomia* solonica, vd. il contributo di Roberto Scevola (*infra*, p. 153-178); a superamento della *stasis* anche in Lesbo, analogamente ad Atene, vd. il contributo di Athina A. Dimopoulou (*infra*, p. 19-36).

di esperire *dikai demosiai* per salvaguardare la comunità viene, dunque, percepito come pietra miliare del sistema sia arcaico sia classico: i *nomoi* (il cui obiettivo è indicare generalmente e astrattamente ciò che può essere fatto e ciò che non deve essere fatto) sono connessi ai *dikastai* (il cui ufficio è punire coloro che hanno commesso i più gravi degli *adikemata*) per il medio dell'istituto della pubblica accusa volontaria³¹.

Il sostenere che un'azione – tanto privata quanto, *a fortiori*, popolare – potesse essere esperita ad Atene senza concreta violazione di un *nomos* preesistente al processo (in quanto il giudice, discrezionalmente, avrebbe potuto decidere – previa deliberazione magistratuale – sulla meritevolezza o meno della tutela richiesta in concreto, divenendo così legislatore *ex post*) presuppone un profondo e pericoloso malinteso concernente le categorie giuridiche ateniesi, tanto grave in verità da risultare quasi incomprensibile: le fonti, del resto, forniscono prova di un assetto inconciliabile con quello delineato dall'approccio sociologico al diritto ateniese o da quello che, negando la sovranità del *nomos*, riduce quest'ultimo a *pistis*.

Diversi sono i concreti esempi di atto d'accusa (*graphe*) che militano nel senso della rigorosa operatività del principio di legalità: un ateniese, come *boulomenos* (così come attore di *dike idia*), promuove il processo ordinario citando la controparte intimandole di comparire in udienza, a data fissa davanti al competente *archon* in vista della introduzione del processo e della fase di *anakrasis*³². Tuttavia, come già si metteva in luce sopra, questi dichiara *eisagogimos* (procedibile) il caso sottopostogli solo a condizione che, a fronte di un suo primo scrutinio, l'azione superi la prova di ammissibilità, ossia risulti – anzitutto – inquadrabile entro un *nomos gegrammenos* emergente dall'atto introduttivo³³: la mancata citazione del *nomos* o la citazione di un *nomos* non vigente (o non più vigente) è causa di improcedibilità.

³¹ Aristot., *Ath. pol.* 9.1; Plut. *Sol.*, 18.5; cfr., inoltre, Demosth., *De cor.* XVIII.281, 283-4, 290-293, 306-309; Lycurg., *In Leocr.* 3-4, 6.

³² Andoc., *De myst.* I.86; Demosth., *In Timocr.* XXIV.32, 34-38; C. Zenoth. XXXII.1; C. Apat. XXXIII.2-3; C. Lacr. XXXV.3; C. Macart. XLIII.7, 15-16; *In Neaer.* LIX.66.

³³ Elementi costitutivi sono: il nome del *kategoros-boulomenos* o del *diokon*; il nome del *kategoroumenos* o del *pheugon*; l'indicazione (diretta o indiretta) di uno degli illeciti tipici previsti in un *nomos*; la succinta descrizione dei fatti. Non è necessario invece indicare la condanna richiesta, né nel caso di *agones atimetoi* (poiché essa è prescritta a monte e non è modificabile), né in caso di *agones timetoi* (dal momento che essa, in assenza di una esplicita previsione legislativa, va fissata durante la seconda fase del dibattimento). Cfr. Aeschin., *De falsa leg.* II.14; *In Ctesiph.* III.200; Dinarc., *In Aristogit.* II.12; Demosth., *De cor.* XVIII.56; *De falsa leg.* XIX.8; *Adv. Androt.* XXII.34; *In Aristocr.* XXIII.215-218; *In Aristogit.* I XXV.83; C. Pantaen. XXXVII.22, 25, 26, 28, 29; *In Steph.* I XLV.4; *In Theocr.* LVIII.43; *In Neaer.* LIX.17, 126; Hyperid., *Pro Euxen.* III, *fr. ar col.* 22 l. 13-col. 39 l. 25; Lys., *In Agor.* XIII.85-87; vd., inoltre, Aristoph., *Vesp.* 894-897; Aristot., *Ath. pol.* 48.4; Diog. Laert., 2.40; Dion. Hal., 3.15; Plato, *Apol.* 24 b 6-c 3; Plut., *Alc.* 22; *SEG* XXXIII.679, ll. 27-32.

5. *La funzione della gnome dikaiotate.*

La ricostruzione appena abbozzata nel pregresso paragrafo non è scalfita né dal controverso istituto della *gnome dikaiotate*, né dalla scarsa quantità di menzioni di *nomoi agraphoi* rinvenibile nel *corpus* degli oratori attici.

Quanto al primo aspetto, va precisato che una clausola inserita nell'*horkos dikastikos* statuisce, nella sua più plausibile formulazione, che si accede ad un giudizio esitante in una sentenza per la *gnome dikaiotate* (ossia a favore della «opinione più giusta») «intorno a ciò per cui non ci siano *nomoi*»³⁴. Nel considerare il sistema ateniese come chiuso, legalistico e a fonti formali espresse, la *gnome dikaiotate* avrebbe funzione solo suppletiva a monte (ossia sarebbe tesa a colmare lacune proprie del sistema e non difetti di citazione a livello processuale)³⁵; nel considerare il sistema ateniese come aperto e anche – se non soprattutto – a creazione giudiziale, essa avrebbe funzione – oltre che suppletiva, tanto a monte che a valle – correttiva di rigidità formali e risolutiva di contrasti ‘nomici’³⁶. Insomma, per entrambe queste correnti, azioni e sentenze

³⁴ Demosth., *Adv. Lept.* XX.118 (καὶ περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ᾤσι, γνώμη τῇ δικαιοτάτῃ κρινεῖν. καλῶς. τὸ τοῖνυν τῆς γνώμης πρὸς ἅπαντ' ἀνελέγκατε τὸν νόμον); *In Aristocr.* XXIII.96-97 (γνώμη τῇ δικαιοτάτῃ δικάσειν ὁμωμόκασιν, ἡ δὲ τῆς γνώμης δόξα ἀφ' ὧν ἂν ἀκούσωσι παρίσταται· ὅτε τοῖνυν κατὰ ταύτην ἔθεντο τὴν ψήφον, εὐσεβοῦσιν. πᾶς γὰρ ὁ μήτε δι' ἔχθραν μήτε δι' εὐνοίαν μήτε δι' ἄλλην ἄδικον πρόφασιν μηδεμίαν παρ' ἃ γινώσκει θέμενος τὴν ψήφον εὐσεβεῖ). Vd., inoltre, Poll., 8.122; Demosth., *C. Boeot.* I XXXIX.40-41, nonché Aristot., *Pol.* 1287 a 26, per la prima formulazione, e Demosth., *C. Eubul.* LVII.63 (con Plato, *Apol.* 35 c 4) per la seconda. A favore della prima, cfr. LIPSIUS, 1905-1915=1966, p. 152 s.; WOLFF, 1968 b, p. 18 s.; MEYER-LAURIN, 1965, p. 29 s.; MEINECKE, 1971, p. 359 s.; BONNER, SMITH, 1938, 154 s.; TALAMANCA, 1981, p. 45, nt. 9; 2008, p. 24; TRIANTAPHYLLOPOULOS, 1978, p. 49 ss. Diversamente, vd. RUSCHENBUSCH, 1957, p. 266, a cui credere la prima formulazione finì per concernere concretamente *Gesetzlücken* e non *Rechtslücken*. Per HARRIS, 2014, p. 105, entrambe le versioni sarebbero state presenti (così come per BISCARDI 1982, p. 363 s.=2017, p. 284 s.; vd. anche GILBERT, 1877, p. 392; FRAENKEL, 1878, p. 452 ss.; CRONIN, 1936, p. 18). Da ultimo, vd. MIRHADY, 2007, p. 48 ss. secondo cui il giuramento, nella clausola in questione, avrebbe menzionato solo la *gnome dikaiotate* senz'altro (seguito in parte da SOMMERSTEIN, 2013, p. 79).

³⁵ Cfr., per tutti, MEYER-LAURIN, 1965, p. 29 s. Tale funzione, come emergerà meglio nel testo, non è supportata dal riferimento nel giuramento alla assenza di *nomoi*: tale clausola, infatti, non può essere intesa nel senso di una instaurazione di giudizio senza allegazione di un *nomos* violato, e quindi può far riferimento a *leges imperfectae*, ossia alla assenza nell'atto normativo generale (prodotto in giudizio) o di specifiche e tassative disposizioni normative idonee a coprire espressamente il caso concreto sottoposto ai giudici o di norme secondarie punitive.

³⁶ PAOLI, 1933, p. 33 ss., 57 ss., oltre a HIRZEL, 1900, p. 51; VINOGRADOFF, 1922, p. 68; RUSCHENBUSCH, 1957, p. 268. Invero, non sono attestati casi di conflitti tra ordine positivo e ordine meta-positivo risolti dalla *gnome dikaiotate*; eventuali conflitti tra disposizioni ‘nomiche’, definitivamente a partire dall'anno 403-402 a.C., sono sterilizzati a monte a seguito della *dokimasia* e della *anagraphe*, mentre possibili antinomie con fonti nuove vengono risolte, oltre che dall'annuale controllo tesmotetico, dagli strumenti attuativi del principio (sostanziale) vi-

nell'Atene del IV secolo a.C. potrebbero anche prescindere dal *nomos*, ossia i giudici potrebbero statuire *contra* o *praeter legem*. Tuttavia, poiché, come già si è sottolineato, più di un indizio suggerisce che, per diritto ateniese, un caso controverso poteva essere presentato solo con contestuale produzione in giudizio del *nomos* asseritamente violato, è da ritenere che – a prescindere dai casi in cui il *nomos* non stabiliva alcuna pena, dovendosi così provvedere mediante *timesis* giudiziale a colmare la lacuna interna³⁷ – l'unico (o prevalente) significato da attribuire plausibilmente alla *gnome dikaiotate* sia quello che segue.

In primo luogo, va precisato come non sia da escludere che accusa o attore inquadri erroneamente o falsamente il caso in un dato *nomos* (nel senso generale di testo di legge scritta possibilmente composto da una pluralità di disposizioni tra loro correlate). Chi promuove il processo cita, cioè, una legge irrilevante, assolvendo solo formalmente al principio per cui una azione non può essere esperita senza la citazione del *nomos* asseritamente violato: in altre parole, si porta dinanzi al tribunale, previa deliberazione positiva del magistrato

gente ad Atene per cui *lex anterior derogat legi posteriori*. Nel V secolo a.C. esso era attuato dalla *graphe paranomon*, con espressa funzione abrogante della regola di diritto più recente in contrasto con la regola di diritto più risalente; nel IV secolo a.C. esso si fonde nei seguenti (formali) principii concernenti la rinnovata e aggravata procedura di *nomothesia*: il divieto di abrogare un *nomos* vigente, ritenuto non *kalos* (inutile, mal formulato, emanato a spregio delle procedure) senza proporre la introduzione di una disciplina sostitutiva, allorché la *lysis* perseguita determini un buco di disciplina, laddove, se il *nomos* avversato è stato introdotto sì senza rispettare le regole della *nomothesia* ma la sua caducazione non lascia alcun vuoto, la precedente disciplina riemerge come la sola vigente senza necessità di alcuna sostituzione (divieto della 'abrogazione pura': cfr. Demosth., *Adv. Lept.* XX.89 e *In Timocr.* XXIV.33, con l'eccezione prevista in Demosth., *Olynth.* 3 III.10-11); il divieto di proporre *de eadem re* nuove e più opportune disposizioni, senza abrogare le vigenti in contrasto con quelle ferende, sia quello di legiferare *de alia re* con vulneramento di principii generali o regole risultanti dalla revisione e dalla trascrizione dei *nomoi* (divieto di 'abrogazione tacita': cfr. Demosth., *In Timocr.* XXIV.34, nonché Demosth., *Adv. Lept.* XX.96). In questo contesto la *graphe nomon me epitedeion theinai* – se la *graphe paranomon* diviene rimedio per attuare il principio gerarchico tra fonti che postula la superiorità del *nomos* rispetto allo *psephisma* – è azione tesa alla risoluzione di conflitti tra *nomoi* contrastanti a favore di quello più antico; alla abrogazione di disposizioni 'nomiche' emanate senza il rispetto dell'*iter* formale nomotetico; alla abrogazione di nuove disposizioni contenutisticamente non conformi al principio dell'utilità e del bello, se non addirittura di disposizioni nocive al popolo, in una con la contestuale emanazione, secondo la procedura nomotetica, di regole sostitutive; alla abrogazione di regole vigenti in conflitto con quelle che un proponente intende *eispherein*. Cfr. PELLOSO, 2016 a, p. 49 s. e nt. 103. Quanto alla funzione correttiva della *gnome dikaiotate*, essa pare esclusa dalle costanti rappresentazioni logografiche del *nomos* vigente come espressione del *dikaion*: Aeschin., *In Ctesiph.* III. 199; Antiph., *De caede Her.* V.7, 87; Demosth., *C. Phaenipp.* XLII.52; *C. Macart.* XLIII.34, 60, 84; *In Steph.* 2 XLVI.28; Isae., *De Men.* II.47; *De Nicostr.* IV.31; *De Philoct.* VI.65; *De Cir.* VIII.46; *De Astyph.* IX.35; *De Hagn.* XI.18, 35; Lys., *Pro mil.* IX.19; *In Alc.* 1 XIV.22, 42, 46; sul punto, cfr. PELLOSO, 2012, p. 50, nt. 43; PELLOSO, 2016 a, p. 42 s. e nt. 89.

³⁷ PELLOSO, 2017, p. 382 ss.

competente, una fattispecie non espressamente prevista da nessuno dei singoli *nomoi*, nel senso particolare di «articoli di legge»³⁸, inclusi nel *nomos* quale testo di legge, citato nell'atto introduttivo di parte ed allegato nell'*echinos* per la lettura da parte del *grammateus*³⁹. Così, ciascun *dikastes*, di fronte a un caso non tassativamente coperto dai *grammata* 'nomici', anche se un *nomos* è stato formalmente invocato (ché, come più volte rimarcato, diversamente non potrebbe essere per diritto ateniese, a pena di improcedibilità), deve *dikaizein* «per la *gnome dikaiotate*» («per» e non «secondo», come si ricava dall'uso del dativo in opposizione alla formula *kata tous nomous dikazein*), vale a dire sposando la tesi logografica, tra quelle due contrapposte, che a fronte dei *grammata* meglio dispieghi la *dianoia* (spirito) del legislatore. In altre parole, qui votare per la *gnome dikaiotate* significa votare a favore di quel *logos dikanikos* che contenga il miglior ragionamento giuridico a valle del *nomos* e in ragione del *nomos*. Supponiamo, per esempio (a mente della *eisaggelia* esperita da Licurgo contro Leocrate), che lo spirito del legislatore sia quello di dar vita in un dato *nomos* a un elenco tassativo e non paradigmatico di atti illeciti (di tipo commissivo), tra cui solo a fronte di analogia (ossia incrementandosi *ex post* il sistema 'nomico' con una disposizione nuova *ad hoc*) o di interpretazione estensiva (ossia dilatandosi il senso emergente dalla lettera della legge) la condotta (omissiva) ritenuta illecita dal *kategoros* potrebbe essere annoverata, il *kategoroumenos* va assolto in adesione alla linea difensiva adottata⁴⁰. La *gnome dikaiotate* è l'interpretazione «più giusta in assoluto» fornita ai giudici dall'accusato che, in quanto più rispondente allo spirito della legge (se il legislatore avesse inteso dar vita a un catalogo solo paradigmatico non si spiegherebbe perché nel medesimo testo normativo in tema di *dorodokia* e di *kakosis* non compaiono cataloghi di contegni illeciti come nelle disposizioni in materia di *prodosia*), è conforme in massimo grado a ciò che è *dikaion*, ossia alla vera essenza del *nomos*.

In secondo luogo, un dato caso può essere sottoposto al giudice – previa delibazione magistratuale positiva in sede di *anakrasis* – con produzione di un *nomos* che non definisce esattamente il comportamento presuntivamente illecito ascritto (limitandosi, per esempio, una norma secondaria a punire una fattispecie espressa solo mediante un *nomen iuris* generale, sia senza descrizione chiara e puntuale della condotta, sia senza elenchi esemplificativi o esaustivi)⁴¹. Parimenti l'accusato o la parte convenuta possono fondare la propria difesa su

³⁸ Demosth., *In Aristocr.* XXIII.60; *In Timocr.* XXIV.33; *In Aristog. I* XXV.37.

³⁹ Su tali problemi, nonché circa la riproduzione del testo di legge entro il *logos dikanikos*, vd. il contributo di Pietro Cobetto Ghiggia (*infra*, p. 1-18).

⁴⁰ Aeschin., *In Ctesiph.* III.252; Lycurg., *In Leocr.* 68-74.

⁴¹ Demosth., *C. Boeot. I* XXXIX.15-19, 22; *C. Call.* LV.12, 20.

cause di esclusione della condanna non emergenti direttamente dal *nomos* – dallo spettro letteralmente troppo ampio – introdotto da controparte nell'alveo processuale⁴². Aderire, da giuramento, alla *gnome dikaiotate* ancora una volta significa per il giudice valorizzare l'intenzione del legislatore partendo dai *grammata* del *nomos* applicabile e riempiendo le clausole generali 'nomiche' con il significato più adeguato ed esatto: e ciò anche grazie a un'interpretazione sistematica di più disposizioni relate o a un precedente. In altre parole, il giudice, in rispondenza alla *gnome dikaiotate* (interpretazione logografica più aderente al giusto voluto dal legislatore) è chiamato a qualificare il comportamento ascritto in termini di *adikema* (o, al contrario, di *dikaion* se del caso), ove la fattispecie concreta non venga tassativamente prevista nel *nomos* generale citato dal *kategoros* o dal *diokon*: la 'nomicamente' indefinita *blabe*, come pare emergere dall'orazione demostenica relativa al processo che vede contrapposti Mantiteo e Beoto, non è qualsivoglia danno (come una interpretazione letterale potrebbe anche suggerire), ma – come si ricava da precedenti e considerazioni sulla ampiezza semantica di termini tecnici – solo il nocumento patrimoniale sofferto; la *homologia* delle parti non è sempre *kyria* – nonostante il tenore eccessivamente generale del *nomos* relativo citato nell'orazione contro Atenogene stabilisca ciò –, ma solo se non viola il *dikaion* imposto da norme imperative (come, ad esempio, si ricava direttamente dal divieto di dolo nell'agorà in vista di una compravendita oppure, indirettamente, dalle norme sulla volontà testamentaria indotta o viziata o sulla promessa matrimoniale del *deceptus* circa lo *status civitatis* della nubenda). Parimenti, quanto rilevato in giudizio dal debitore per ottenere una sentenza a lui favorevole deve essere ritenuto *dikaion*, anche se la concreta causa di esclusione della responsabilità non risulta esplicitata nel *nomos* citato dall'attore, a condizione che, pur apparendo il caso particolare ricompreso entro il vasto spettro di operatività di detto *nomos*, una tale interpretazione, rispettosa della lettera, sia contraria allo spirito. La *gnome dikaiotate* qui non è interpretazione letterale del solo testo normativo, ma è disvelamento della *dianoia* legislativa attraverso la precisazione del significato dei *grammata* del *nomos* introdotto in giudizio vuoi alla luce del senso comunemente attribuito al testo, vuoi alla luce di altri *nomoi*.

Il primo o l'unico voto della corte popolare sulla colpevolezza del convenuto deve essere (come statuisce altra versione, forse solo frutto di retorica, della clausola della *gnome dikaiotate*) neutro e imparziale: il disvelare la *dianoia* 'nomica' (e non, invece, il dar seguito a *charis* o *echthra* nei confronti dell'una o dell'altra parte processuale) è il fine dell'attività dicastica. La *gnome dikaiotate*, quindi, non è uno standard di giudizio capriccioso, imprevedi-

⁴² Demosth., *De cor.* XVIII.74, 194-195; *In Mid.* XXI.43; *C. Callipp.* LII.2; *In Dionysod.* LVI.13-20, 42; Hyperid., *In Athenog.* V, col. 6 l. 2-col. 10 l. 24; *Lex. Seg., Gloss. rhet., sv. ναυτική συγγραφή.*

bile ed extra-giuridico che rimane completamente nelle mani di giudici onnipotenti, non è la coscienza che si oppone o si sostituisce al diritto, l'equità che si oppone al rigore, l'ordine meta-positivo che prevale su quello positivo; così come essa non è criterio creativo per colmare lacune 'nomiche' a monte (cioè per inesistenza del *nomos*) o a valle (cioè per mancata citazione del *nomos*). Poiché i *nomoi* sono sovente equiparati al *dikaion*, assumere che un *quid* sia *dikaiotaton* altro non significa che esso corrisponde completamente allo spirito autentico dei *nomoi*. Poiché né la formulazione del giuramento giudiziale nella parte relativa alla *gnome dikaiotate* comporta alcun punto di vista soggettivo da parte del giudice, né la clausola – a differenza della prima – prevede un giudizio in conformità (*kata*) di un dato referente oggettivo, bensì una statuizione a favore di una posizione soggettiva esterna, la *gnome* non assurge affatto a mera opinione personale dei *dikastai* (seppur condivisa e maggioritaria), o a una scelta interpretativa flessibile e aperta. La clausola del giuramento si riferisce, infatti, non a un'interpretazione giudiziale *contra legem* (dato che la *gnome dikaiotate* implica sempre la applicazione del *nomos* citato e non ordini con esso confliggenti) o *praeter legem* (poiché la *gnome dikaiotate* implica sempre come un giudizio iscritto nella cornice del *nomos*): si tratta di una interpretazione obbligata del testo della legge stessa⁴³.

In definitiva, la clausola che predica, relativamente a quelle ipotesi per cui non vi siano *nomoi*, il *dikazein* da parte dei giudici popolari per la *gnome dikaiotate* va riferita non a processi radicati *sine praevia lege scripta*, ma al giudizio – consistente, in concreto, nella scelta mediante votazione tra due opposti progetti di sentenza – a favore della più giusta comprensione 'nomica', ossia premiante quel più giusto ragionamento 'nomico' la cui paternità va ascritta, più che all'organo giudicante, al logografo. Le due prime clausole del giuramento dicastico, dunque, vanno lette come complementari e non come alternative: il giudizio del popolo ateniese ha come imprescindibile fondamento i *nomoi* scritti vigenti in Atene e in conformità al diritto positivo la sentenza va emanata; il giudice, ai fini dell'applicazione del *nomos* e della risoluzione della controversia, si pronuncia per il *logos dikanikos* che esplicita la *gnome* più rispondente a *grammata* e *dianoia* del *nomos*, là ove il *nomos* da applicare non preveda esplicitamente e chiaramente in un suo articolo particolare la fattispecie concreta *sub iudice*. Come ben scrive Demostene, i giudici giurano di emettere la sentenza solo in forza dei *nomoi gegrammenoi* ateniesi in vigore (ossia, né le regole ancestrali che, scrutinate, non sono risultate ri-

⁴³ Tale posizione media tra la ricostruzione della *gnome* come criterio di tipo suppletivo e interpretativo (BISCARDI, 1982, p. 361 ss.=2017, p. 283 ss.; O'NEIL, 2000, p. 20 ss.; LANNI, 2006, p. 72 s.) e quella che la intende come attinente alle *quaestiones facti* (MIRHADY, 2007, p. 48 ss.; SOMMERSTEIN, 2013, p. 69 s.).

pubblicate dal 403 a.C., né tantomeno il diritto positivo di altre *poleis*); inoltre, quello della *gnome dikaiotate*, continua l'oratore, è un principio applicabile non solo – *supplendi causa* – in caso di lacuna espressa di *nomoi* (nel senso sopravvisto), ma anche – complementariamente – *pros apanta ton nomon*, ossia con riguardo a quelle disposizioni 'nomiche' vigenti di cui va precisata, ai fini del retto e pio giudizio, la *mens legis* (come emerge dalle contese giudiziarie espresse in antitesi polari: elenco tassativo/elenco paradigmatico; interpretazione letterale/interpretazione sistematica-teleologica; interpretazione restrittiva/interpretazione estensiva)⁴⁴.

6. Agraphoi nomoi.

Per quanto riguarda l'impiego dei *nomoi agraphoi* (o *agrapta nomima*) nell'oratoria giudiziaria, esso risulta molto raro e unicamente a sostegno del *nomos gegrammenos* prodotto o citato. Anzitutto, tali *nomoi agraphoi* sono concepiti come un insieme universale di principii e regole che il sistema ateniese ricomprende attraverso una positivizzazione che ne riproduce o ne specifica i contenuti. Per esempio, Demostene invoca il principio di colpevolezza e quello della pietà filiale nei confronti dei genitori: ma giammai i riferimenti al diritto non scritto sono, per l'oratore, *contra legem positam*. In secondo luogo, sia Demostene, sia Lisia richiamano un insieme inalterabile di norme secondarie e sussidiarie emanate da legislatori divini o eroici (come quelle patrie relative alla procedura per la persecuzione dell'omicidio e della empietà), che, facendo parte del sistema positivo ateniese ancorché non versate in un testo scritto, mirano a precisare o integrare le disposizioni normative scritte primarie o secondarie la violazione delle quali sole può giustificare la promozione del processo⁴⁵.

⁴⁴ Demosth., *Adv. Lept.* XX.118: χρῆ τοίνυν, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, κάκειν' ἐνθυμείσθαι καὶ ὄραν, ὅτι νῦν ὁμοιοκότες κατὰ τοὺς νόμους δικάσειν ἤκετε, οὐχὶ τοὺς Λακεδαιμονίων οὐδὲ Θηβαίων, οὐδ' οἷς ποτ' ἐχρήσανθ' οἱ πρότεροι τῶν προγόνων, ἀλλὰ καθ' οὓς ἔλαβον τὰς ἀτελείας οὓς ἀφαιρεῖται νῦν οὗτος τῷ νόμῳ, καὶ περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ᾧσι, γνώμη τῆ δικαιοσύνη κρινεῖν. καλῶς. τὸ τοίνυν τῆς γνώμης πρὸς ἅπαντ' ἀνενέγκατε τὸν νόμον.

⁴⁵ Demosth., *De cor.* XVIII.275 (dove si tripartisce ogni *adikema* in volontario, non volontario, e fortuito: φανήσεται ταῦτα πάνθ' οὕτως οὐ μόνον ἐν τοῖς νόμοις, ἀλλὰ καὶ ἡ φύσις αὐτῆ τοῖς ἀγράφοις νομίμοις καὶ τοῖς ἀνθρώπινος ἤθεσιν διώρικεν); Demosth., *In Aristocr.* XXIII.70 (dove, richiamate le regole in tema di persecuzione dell'omicidio, si precisa: ἐν γὰρ οὐδ' ὅτι οὖν ἐνὶ τούτων ἐν τῷ ψηφίσματι τῷ τούτου. καὶ πρώτων μὲν παρ' ἐνὸς τούτου δικαστηρίου καὶ [παρὰ] τοὺς γεγραμμένους νόμους καὶ τάγραφα νόμιμα τὸ ψήφισμ' εἴρηται); cfr., inoltre, in tema di pietà filiale, Demosth., *In Aristog.* XXV.65-6. Sulla persecuzione della empietà nel V secolo a.C. secondo immodificabili *nomoi agraphoi* di fonte divina e lasciati all'esegesi degli Eumolpidi, cfr. Lys., *In Andoc.* VI.10 (καίτοι Περικλέα ποτέ φασι παραίνεσαι ὑμῖν περὶ τῶν ἀσεβοῦντων, μὴ μόνον χρῆσθαι τοῖς γεγραμμένοις νό-

Di conseguenza, la rappresentazione aristotelica del processo inclusa nel primo libro della *Rhetorica* si atteggia, anche con riguardo a tale aspetto e non solo per quanto concerne le *pisteis*, a fonte di cognizione altamente inattendibile per la ricostruzione del funzionamento del sistema giudiziario ateniese: oltre ad adottare per *nomos koinos* e *nomos agraphos* concetti totalmente divergenti rispetto a quelli emergenti dal *corpus oratorum*, Aristotele non rispecchia le strategie processuali in atto dinanzi i giudici ateniesi, posto che delinea un contrasto tra ordine positivo e ordine meta-positivo, da risolvere occasionalisticamente secondo logica sofistica, invero non consentaneo alle idee espresse dalla logografia e condivise tra i cittadini ateniesi⁴⁶.

7. Conclusioni.

Come già emerso, la *basileia* del *nomos* non era solo un motto invocato dinanzi ai tribunali ateniesi con fini puramente retorici, come potrebbero far pensare le qualifiche dei giudici in termini di custodi del sistema ‘nomico’, oltre, ovviamente, ai ripetuti richiami al *nomos* come imprescindibile criterio di determinazione del *bios politikos*. Essa era, invece, un principio immanente al sistema dell’Atene dell’età degli oratori.

In primo luogo, l’*horkos heliastikos* non solo formalizzava tale principio in quella prima clausola in base alla quale ogni giudice era tenuto sacralmente a votare secondo i *nomoi* in vigore (e, quale fonte subordinata, secondo gli *psephismata*), ma lo presupponeva altresì, implicitamente, nella clausola della *gnome dikaiotate*, ove quest’ultima sia letta non come criterio ‘creativo’ di tipo suppletivo o correttivo (in antitesi al *nomos*), ma come solo parametro giudiziale esplicativo della *dianoia* ‘nomico’ (in sinergia e dialogo, dunque, con la prima clausola).

In secondo luogo, non è da sottacere come i giudici ateniesi giurassero non solo di ascoltare entrambe le parti in contraddittorio secondo il principio delle armi pari, ma anche di prendere in considerazione esclusivamente le questioni di fatto e, conseguentemente, di diritto rilevanti per la causa, così da emanare una sentenza che non fosse ultronea rispetto ai limiti precisati nell’atto di accusa o nella domanda giudiziale: tali clausole, insomma, non permettono, né di qualificare il processo ateniese addirittura come pretesto per vendette personali, né di qualificare il *nomos* come mero mezzo di prova o forma di persuasione, né di attribuirgli lo statuto eccezionale di *formaler Beweis*.

μοις περὶ αὐτῶν, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἀγράφοις, καθ’ οὓς Εὐμολπίδαι ἐξηγοῦνται, οὓς οὐδεὶς πω κύριος ἐγένετο καθελεῖν οὐδὲ ἐτόλμησεν ἀντειπεῖν, οὐδὲ αὐτὸν τὸν θέντα ἴσασι· ἡγεῖσθαι γὰρ ἂν αὐτοὺς οὕτως οὐ μόνον τοῖς ἀνθρώποις ἀλλὰ καὶ τοῖς θεοῖς διδόναι δίκην). Vd., per un approfondimento, il contributo di Laura Pepe (*infra*, p. 109-138).

⁴⁶ Aristot., *Rhet.* 1375 a 29-1375 b 15.

La lettera del giuramento contrasta nettamente con l'approccio di coloro che, seppur da differenti prospettive e con esiti non esattamente sovrapponibili, sostengono come le considerazioni di natura politica o relative al prestigio sociale emergenti dalla logografia fossero il vero cuore del giudizio: al contrario, quando un oratore in relazione a un processo pubblico si riferisce allo *status* del suo avversario, fa presente che questo non deve influenzare il giudizio della corte. La sovranità del *nomos* – neppure scalfita dalla *gnome dikaiotate* (priva delle supposte funzioni suppletoria, correttoria e risolutoria di antinomie ‘nomiche’) e dai *nomoi agraphoi* (oggetto di impieghi logografici solo *ad adiuvandum*) – implicava che nessun contegno umano potesse essere punito come *adikema* in assenza della violazione di un previo *nomos* scritto entro cui sussumere la fattispecie concreta: la necessaria allegazione processuale del *nomos* da parte del *kategoros* o del *diokon* escludeva che il giudice potesse pronunciarsi liberamente e arbitrariamente, così come la prima clausola dell'*horkos dikastikos* attribuiva al *nomos* una funzione fondante il *dikazein* stesso (e non limitante di un potere giudiziale altrimenti del tutto discrezionale); l'argomentazione logografica non poteva essere fonte di una creazione giudiziale *ex post*, così come la *gnome dikaiotate* si risolveva non in un principio di autentico *judge-made law*, ma in un criterio complementare e ausiliario rispetto a quello della *basileia* del *nomos*, ossia in un criterio limitante (e non fondante) il potere giudiziale, che già di per sé presupponeva, in modo imprescindibile, il *nomos*.

In definitiva pare chiaro che il sistema ‘nomico’ democratico non sia affatto un sistema aperto tra i cui formanti possa annoverarsi una dottrina delle corti creativa. Atene è un sistema chiuso a fonti di produzione del diritto espresse e tipiche: il *nomos* non si presenta né come pretesto né come mezzo di prova (vuoi libera, vuoi legale); esso è il solo fondamento e presupposto dell'attività giudicante. Anzi, il giudice popolare neppure decide, se decidere significa rinvenire o creare la regola di diritto atta a risolvere il caso della vita controverso sottoposto: i dicasti scelgono, e senza potere di emendamento, tra due proposte di sentenza i cui contenuti sono predeterminati dal logografo.

Dunque, ad Atene, il *nomos* – e non il giudice – è *basileus*. Ma spesso, il re – in assenza di norme definitorie, di formulazioni chiare e concise, nonché di norme secondarie punitive – si presenta nudo: ed è il vero decidente del sistema ateniese, ossia il logografo, che copre il re nudo, rinvenendo tra i *nomoi* scritti la regola di diritto applicabile al caso controverso, interpretando le disposizioni primarie secondo *dikaion* (ora con enfasi dei soli *grammata* ‘nomici’, ora attraverso una lettura sistematica, ora a valle di precedenti), nonché integrando le disposizioni prive di sanzioni mediante proposta che più si avvicini alla *ratio* punitiva del legislatore.

Abbreviazioni

SEG: *Supplementum Epigraphicum Graecum*, Lugduni Batavorum, 1923 s.

Bibliografia

- ALLEN, 2000: D. ALLEN, *The World of Prometheus: The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton, 2000.
- ALLORIO, 1957: E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957.
- AVILÉS, 2011: D. AVILÉS, 'Arguing against the Law': *Non-Literal Interpretation in Attic Forensic Oratory*, in «Dike», XIV, 2011, p. 19-42.
- BERTRAND, 2002: J.-M. BERTRAND, *À propos de la Rhétorique d'Aristote (I 1373 b 1-1374 b 23). Analyse du processus judiciaire (τὸ ἐπίγραμμα - τὸ ἔγκλημα)*, in «Dike», V, 2002, p. 161-185.
- BISCARDI, 1982: A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982=*Diritto greco antico*, cur. P. Cobetto Ghiggia, F. Zuccotti, Alessandria, 2017 («Rivista di Diritto Ellenico», V, 2015).
- BONNER, SMITH, 1938: R.J. BONNER, G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, Chicago, 1938.
- CANEVARO, HARRIS, 2012: M. CANEVARO, E.M. HARRIS, *The Documents in Andocides' On the Mysteries*, in «Classical Quarterly», LXII.1, 2012, p. 98-129.
- CANEVARO, 2013: M. CANEVARO, *The Documents in the Attic Orators. Laws and Decrees in the Public Speeches of the Demosthenic Corpus*, Oxford, 2013.
- CANEVARO, 2016: M. CANEVARO, *Demostene, Contro Leptine. Introduzione, Traduzione e Commento Storico*, Berlin - Boston, 2016.
- CHIOVENDA, 1965: G. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1965 (rist.).
- CLINTON, 1982: K. CLINTON, *The Nature of the Late Fifth-Century Revision of the Athenian Law Code*, in «Studies in Attic Epigraphy, History and Topography presented to Eugene Vanderpool», Princeton, 1982, p. 27-37.
- COHEN, 1995: D. COHEN, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1995.
- CONSOLO, 2015: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2015.
- CRONIN, 1936: J.F. CRONIN, *The Athenian Juror and his Oath*, Chicago, 1936.
- ENGELS, 2008: J. ENGELS, *Lykurg: Rede gegen Leokrates*, Darmstadt, 2008.

- FEUERBACH, 1801: P.J.A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.
- FRAENKEL, 1878: M. FRAENKEL, *Der attische Heliasteneid*, in «Hermes», XIII, 1878, p. 452-466.
- GAGLIARDI, 2015: L. GAGLIARDI, *Accordo e contratto in diritto attico*, in «Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova», cur. G. Gitti, F. Delfini, D. Maffei, II, Milano, 2015, p. 1511-1556.
- GIGANTE, 1956=1996: M. GIGANTE, *'Nomos basileus'. Con un'appendice*, Napoli, 1956=1996.
- GILBERT, 1877: G. GILBERT, *Beiträge zur innern Geschichte Athens*, Leipzig, 1877.
- HANSEN, 1980: M.H. HANSEN, *'Eisangelia': A Reply*, in «The Journal of Hellenic Studies», C, 1980, p. 91-93.
- HARRIS, 2014: E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford, 2014.
- HARRIS, 2016: E.M. HARRIS, *From Democracy to the Rule of Law? Constitutional Change in Athens during the Fifth and Fourth Centuries BCE*, in «Die Athenische Demokratie im 4. Jahrhundert Zwischen Modernisierung und Tradition», cur. C. Tiersch, Stuttgart, 2016, p. 73-88.
- HARRISON, 1971: A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, *Procedure*, London, 1971.
- HIRZEL, 1900: R. HIRZEL, *Agraphos Nomos*, Leipzig, 1900.
- JONES, 1956: J.W. JONES, *Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford, 1956.
- JOYCE, 2008: C. J. JOYCE, *The Athenian Amnesty and the Scrutiny of 403*, in «Classical Quarterly», LVIII, 2008, p. 507-518.
- JOYCE, 2014: C. J. JOYCE, *Μὴ μνησικακεῖν and "all the laws" (Andocides On the Mysteries 81-2): A Reply to E. Carawan*, in «Antichthon», XLVIII, 2014, p. 1-14.
- LANNI, 2006: A. LANNI, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge, 2006.
- LIPSIUS, 1905-1915=1966: J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht und Rechtsverfahren (mit Benutzung des attischen Prozesses von M.H.E. Meier und G.F. Schoemann dargestellt von J.H. Lipsius)*, Leipzig, 1905-1915=Hildesheim, 1966.
- MACDOWELL, 1978: D.M. MACDOWELL, *The Law in Classical Athens*, London, 1978.
- MAFFI, 1976: A. MAFFI, *'Nomos' e mezzi di prova nella teoria aristotelica e nella prassi giudiziaria attica*, in «Atti del I Seminario Romanistico Gardesano (19-21 maggio 1976)», Milano, 1976, p. 115-126.
- MEINECKE, 1971: J. MEINECKE, *Gesetzesinterpretation und Gesetzesanwendung*, in «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité», III sér., XVIII, 1971, p. 275-360.

- MEYER-LAURIN, 1965: H. MEYER-LAURIN, *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess*, Weimar, 1965.
- MIRHADY, 2007: D. MIRHADY, *The Dikast's Oath and the Question of Fact*, in «*Horkos: The Oath in Greek Society*», cur. A.H. Sommerstein, J. Fletcher, Exeter, 2007, p. 48-59, p. 228-233.
- O'NEIL, 2001: J.L. O'NEIL, *Was the Athenian gnome dikaiotote a Principle of Equity?*, in «*Antichthon*», XXXV, 2001, p. 20-29.
- OSBORNE, 1985: R. OSBORNE, *Law in action in classical Athens*, in «*The Journal of Hellenic Studies*», CV, 1985, p. 40-58.
- OSBORNE, 2000: R. OSBORNE, *Religion, Imperial Politics, and the Offering of Freedom to Slaves*, in «*Law and Social Status in Classical Athens*», cur. V. Hunter, J. Edmondson, Oxford, 2000, p. 75-92.
- PAOLI, 1933: U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova, 1933.
- PELLOSO, 2012: C. PELLOSO, *'Themis' e 'dike' in Omero. Ai primordi del diritto dei greci*, Alessandria, 2012.
- PELLOSO, 2014-2015: C. PELLOSO, *Popular Prosecution in Early Athenian Law: the Drakonian Roots of the Solonian Reform*, in «*Επετηρίς του Κέντρου Ερεύνης της Ιστορίας του Ελληνικού Δικαίου*», XLV, 2014-2015, p. 9-58.
- PELLOSO, 2016 a: C. PELLOSO, *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in «*Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*», cur. C. Pelloso, Napoli, 2016, p. 3-62.
- PELLOSO, 2016 b: C. PELLOSO, *Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114*, in «*Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*», cur. C. Pelloso, Napoli, 2016, p. 101-146.
- PELLOSO, 2016 c: C. PELLOSO, *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in «*Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*», cur. C. Pelloso, Napoli, 2016, p. 307-354.
- PELLOSO, 2017: C. PELLOSO, *'Nullum Crimen et Nulla Poena sine Lege'. Some Remarks on Fourth-Century Athens*, in «*Seminarios Complutenses*», XXX, 2017, p. 351-392.
- PHILLIPS, 2009: D.D. PHILLIPS, *Hypereides 3 and the Athenian Law of Contracts*, in «*Transactions of American Philological Association*», CXXXIX, 2009, p. 89-122.
- PRINGSHEIM, 1950: F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.
- RHODES, 2004: P.J. RHODES, *Keeping to the Point*, in «*The Law and the Courts in Ancient Greece*», cur. E.M. Harris, L. Rubinstein, London, 2004, p. 137-158.
- DE ROMILLY, 1971=2005: J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, Paris, 1971=*La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it., Milano, 2005.

- RUSCHENBUSCH, 1957: E. RUSCHENBUSCH, ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΝ ΠΑΝΤΩΝ ΚΥΡΙΩΝ, in «Historia», VI, 1957, p. 257-274.
- SCAFURO, 1996: A. SCAFURO, *The Forensic Stage: Settling Disputes in Greco-Roman New Comedy*, Cambridge, 1997.
- SOMMERSTEIN, 2013 A.H. SOMMERSTEIN, *The Judicial Sphere*, in «Oath and State in Ancient Greece», cur. A.H. Sommerstein, A.J. Bayliss, Göttingen, 2013, p. 69-79.
- STOLFI, 2010: E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010.
- STOLFI 2012: E. STOLFI, *Quando la Legge non è solo legge*, Napoli, 2012.
- TALAMANCA, 1981: M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in M. BRETONE, M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari, 1981.
- TALAMANCA, 1984: M. TALAMANCA, *Politica, equità e diritto nella pratica giudiziaria attica*, in «Mneme Georgiou Petropoulou (1897-1964)», II, cur. P.D. Dimakis, Ἀθήναι, 1984, p. 333-356.
- TALAMANCA, 2008: M. TALAMANCA, 'Ethe' e 'nomos agraphos' nel 'Corpus oratorum Atticorum', in «Prassi e diritto. Valore e ruolo della consuetudine», cur. L. Bove, Napoli, 2008, p. 3-104.
- THÜR, 2008: G. THÜR, *The Principle of Fairness in Athenian Legal Procedure: Thoughts on 'Echinos' and 'Enklema'*, in «Dike», XI, 2008, p. 51-74.
- THÜR, 2013: G. THÜR, *The Statute on 'homologeîn' in Hyperides' Speech against Athenogenes*, in «Dike», XVI, 2013, p. 1-10.
- TODD, 1993: S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993.
- TRIANTAPHYLLOPOULOS, 1968: J.K. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Le lacune della legge nei diritti greci*, in «Antologia giuridica romana e antiquaria», cur. A. Biscardi, I, Milano 1968, p. 61-62.
- TRIANTAPHYLLOPOULOS, 1985: J.K. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Das Rechtsdenken der Griechen*, München, 1985.
- VINOGRADOFF, 1922: P. VINOGRADOFF, *Outlines of historical jurisprudence*, II. *The jurisprudence of the Greek city*, Oxford, 1922.
- WOHL, 2010: V. WOHL, *Law's Cosmos. Juridical Discourse in Athenian Forensic Oratory*, Cambridge, 2010.
- WOLFF, 1968 a: H.J. WOLFF, *Demosthenes als Advokat: Funktionen und Methoden des Prozeßpraktikers im klassischen Athen*, Berlin, 1968.
- WOLFF, 1968 b: H.J. WOLFF, *Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht in der griechischen Rechtsauffassung*, in «Zur griechischen Rechtsgeschichte», cur. E. Berneker, Berlin, 1968, p. 99-120.
- ZANETTI, 1994: G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna, 1994.

Nomos basileus and judicial power
in fourth century BC Athens

*Nomos basileus e potere giudicante
nell'Atene del IV secolo a.C.*

Abstract

Riassunto

According to a common trend of thought, still in the fourth century BC the Athenian legal system would consist in an open order, where *nomoi* would represent either evidence submitted to the free conviction of the lay judge (and not a type of *formaler Beweis*), or even mere facades for judicial initiatives exclusively directed to control social hierarchies. On the contrary, Athens would recognise judicial free evaluation as the only authentic normative formant. Against this reconstruction, after investigating the role concretely held by *nomoi* (interpreted as foundations of any judicial activity) within the frame of the Athenian legal procedure, as well as the powers exercised by jurisdictional *archai* and *dikasteria*, one will attempt to verify and enhance the opposing view, above all in the light of the so-called dikastic oath: classical Athens would grant as a principle, and not as a slogan, the rule of law, which Pindar powerfully and poetically described in the cosmic terms of *nomos panton basileus*.

Secondo una radicata corrente di pensiero, ancora nel IV secolo a.C. il sistema giuridico ateniese si sarebbe risolto in un ordine aperto in cui i nomoi avrebbero rappresentato o dei mezzi di prova sottoposti al libero convincimento del giudice laico (e non un tipo di formaler Beweis) o, addirittura, dei meri pretesti per iniziative giudiziali volte solo a determinare gerarchie sociali. Ad Atene, il solo e vero formante normativo sarebbe stato, quindi, l'arbitrio giudiziale. Contro questa ricostruzione, dopo un'indagine sul ruolo concretamente ricoperto nel processo ateniese dai nomoi (riletti come fondamento di ogni giudizio), nonché sui poteri delle archai giudicanti e dei dikasteria, si tenterà, soprattutto alla luce del cosiddetto giuramento dicastico, di provare e corroborare l'idea opposta secondo cui nell'Atene classica sarebbe stato invero, come principio e non come slogan, uno 'stato di diritto' che, con somma potenza poetica, già Pindaro descriveva cosmicamente in termini di nomos panton basileus.

Keywords: *nomos*, *gnome dikaiotate*, dikastic oath, Athenian legal procedure.

Parole chiave: *nomos*, *gnome dikaiotate*, giuramento dicastico, processo ateniese.

Sul *nomos* in Carl Schmitt

1. La parola *nomos* ricorre spesso nella produzione scientifica di Carl Schmitt. È presente, a dimostrazione della centralità che il concetto sottesovi riveste nella poderosa e controversa riflessione del giurista tedesco, nei titoli di vari suoi saggi, a cominciare da quello che, insieme a *Teologia politica* del 1922¹ – massima espressione dell’approccio ‘decisionista’ al fenomeno del diritto² –, gli ha conferito maggiore notorietà: *Il nomos della terra*, distillato del pensiero giuridico e politico elaborato dall’autore nel pieno della maturità, la cui pubblicazione, che alcuni ritengono ritardata di un quinquennio rispetto alla sua stesura³, data al 1950⁴. Merita allora lumeggiare l’idea che Schmitt ritiene veicolata dal vocabolo, a suo dire insita nell’accezione iniziale di *nomos*.

2. Aiuta al proposito un contributo dello stesso Schmitt del 1953, intitolato *Appropriazione/divisione/produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico sociale, a partire dal ‘nomos’*⁵. Qui, come già aveva fatto meno distesamente nel *Nomos della terra*⁶, egli risale «al significato originario del termine *nomos*», ribadendone l’efficacia euristica per chi voglia studiare «i problemi della vita associata»⁷. Ha così modo di precisare che *nomos* deriva dal verbo *nemein* e appartiene ai sostantivi qualificabili come *nomina actionis*, per cui indica la triplice attività alla quale rimanda in via gradata *nemein*. Questo infatti vale in primo luogo per «prendere/conquistare», ovvero per *nehmen* in tedesco, che proviene dall’identica radice; poi per «spartire/dividere», che in tedesco dà *teilen*; da ultimo per «coltivare/produrre», pari al tedesco *weiden*. Ne consegue che *nomos* designa anzitutto «l’appropriazione», per la quale il tedesco ha *Nahme*; quindi

¹ SCHMITT, 1922=1934=2003, p. 27 ss.

² E certamente, secondo l’immagine di PIETROPAOLI, 2011, p. 68, «manifesto teorico del decisionismo schmittiano».

³ Cfr. KERVÉGAN, 2011=2016, p. 210.

⁴ SCHMITT, 1950=2003. Lo stesso Schmitt considerava *Der Nomos der Erde* il più importante tra i suoi libri: cfr. SCHMITT, 2015, p. 115.

⁵ In SCHMITT, 1953=2003, p. 293 ss.

⁶ SCHMITT, 1950=2003, p. 54 ss.

⁷ Cfr. SCHMITT, 1953=2003, p. 295 s.

«l'azione e il processo del dividere e del distribuire, un giudizio (*Ur-Teil*) ed il suo risultato», in altri termini il diritto e la proprietà – cioè la parte di ciascuno rispetto ai beni – che esso fonda; infine «il lavoro produttivo», che normalmente presuppone la proprietà⁸.

Osserva peraltro Schmitt che il primo nucleo semantico di *nomos* nel corso del tempo si è perso ben presto, mentre sono resistiti, ma solo nell'ambito della più avveduta scienza giuridica, il secondo e il terzo: e ciò benché l'appropriazione, vista ovviamente in riferimento alla terra, abbia per millenni costituito «l'indispensabile premessa ... per la successiva divisione e produzione»⁹. La storia dei popoli, scrive al riguardo Schmitt, è una storia di migrazioni, colonizzazioni e conquiste, sempre sfociate nell'appropriazione di terra: talora libera, perché priva di un padrone, talora sottratta al precedente proprietario in virtù di una guerra esterna oppure di una redistribuzione imposta all'interno con i metodi più vari. Ma sempre, continua l'autore, «l'appropriazione di terra è l'ultimo titolo giuridico per tutte le divisioni e distribuzioni successive e quindi per ogni posteriore produzione. Essa è il *radical title*, per usare l'espressione di John Locke, che da inglese del XVII secolo pensava certamente alla conquista dell'Inghilterra da parte di Guglielmo ... (1066)»¹⁰.

Anche il socialismo, nelle sue diverse declinazioni, e il liberalismo, così come il comunismo e l'imperialismo, avverte poi Schmitt, non dovrebbero dimenticare che le tre fasi costitutive di ogni ordinamento giuridico sono state e sono ancora quelle del prendere, dividere e produrre: in una sequenza, coincidente con la gerarchia di significati propria del *nomos* più arcaico, che non è alterabile, pur essendo vero che l'appropriazione da tempo non riguarda soltanto la terra, ma si estende a elementi diversi, quali, progressivamente, il mare, l'industria, l'aria e lo spazio¹¹.

Fuorviante si mostra perciò, secondo l'autore, l'espressione «capitalismo distributore», coniata da Alexandre Kojève nel 1957 per sottolineare che «il capitalismo moderno, tendenzialmente illuminato, il quale è intento all'aumento della forza d'acquisto dei lavoratori e allo sviluppo industriale dei paesi sottosviluppati, significa ormai qualcosa di sostanzialmente diverso dal capitalismo solo appropriatore a cui si riferiva Marx». Bisogna infatti ricordare a Kojève, conclude Schmitt, «che non può esservi nessun uomo capace di dare ciò che, in un modo o nell'altro, non abbia preso. Solo un Dio che crei il mondo dal nulla può dare senza prendere, e anch'egli solo nell'ambito del mondo da lui creato a partire da quel nulla»¹².

⁸ Cfr. SCHMITT, 1953=2003, p. 297 s.

⁹ Cfr. SCHMITT, 1953=2003, p. 299.

¹⁰ Cfr. SCHMITT, 1953=2003, p. 300.

¹¹ Cfr. SCHMITT, 1953=2003, p. 302 ss.

¹² Cfr. SCHMITT, 1953=2003, p. 312.

È, quest'ultimo, un assunto che Schmitt riprende nel 1959 in *Nomos - Presa di possesso - Nome*¹³: un articolo – l'ultimo dell'autore «zur rechtsgeschichtlichen Gesamtbetrachtung des 'Nomos'»¹⁴ – che Mauro Balestrieri non esita a definire, e a ragione, «ecclatante», nonostante la sua brevità¹⁵. Preceduto dal ripetitivo *Il nuovo nomos della terra* del 1955¹⁶, li Schmitt, ancora alla ricerca della primigenia area semantica del termine *nomos*, conferma che esso è un *nomen actionis* di *nemein*, verbo che significa «dividere» (*teilen*) e «spartire» (*verteilen*) e inoltre «pascolare» (*weiden*), nel senso di utilizzare una risorsa pervenuta a seguito di assegnazione, ma anche e prima ancora «prendere possesso» (*nehmen*): donde la reiterata convinzione, che lo studioso meglio circostanza rispetto agli scritti anteriori sul tema, secondo cui non la *divisio primaeva* «è la Prima cosa», pur essendo essa «la sorgente di ogni giustizia distributiva e del *suum cuique*», bensì «la presa di possesso (*Nahme*)». Al principio di un ordinamento giuridico, può pertanto concludere sul punto Schmitt, «non sta una 'norma fondamentale' (*Grund-Norm*)», di contro all'insegnamento di Kelsen, «ma una 'presa di possesso fondamentale' (*Grund-Nahme*)»: appunto perché – e qui ritroviamo il rilievo critico già mosso a Kojève – «nessun uomo può dare, dividere e distribuire senza prendere», essendo «soltanto un Dio che ha creato il mondo dal nulla» in grado di «dare e distribuire senza prendere». Nel *nehmen*, in cui compare la stessa radice di *nemein*, è dunque conservata la prima delle accezioni più risalenti del verbo greco, la quale fa del *nomos* un vocabolo originariamente atto a designare anzitutto l'appropriazione della terra: a riprova, chiosa Schmitt, che «il linguaggio a suo modo tradisce processi ed eventi che hanno un valore costitutivo e un effetto durevole, anche se gli uomini li hanno ormai dimenticati». D'altro canto, continua lo studioso «'la lingua non dimentica'», come diceva con riferimento a questi casi il filosofo del linguaggio Johann Arnold Kanne, predecessore e ispiratore dei fratelli Grimm¹⁷.

Ribadito che il tema della presa di possesso, dibattuto aspramente al tempo del colonialismo – fenomeno rispetto al quale è subentrato un diffuso sentimento di riprovazione –, è tutt'altro che inattuale, non foss'altro a causa dell'incipiente corsa alla conquista dello spazio¹⁸, Schmitt torna all'epoca lon-

¹³ SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 337 ss.

¹⁴ Cfr. MEHRING, 2009, p. 494.

¹⁵ Cfr. BALESTRIERI, 2017, p. 172.

¹⁶ SCHMITT, 1955=1995=2015, p. 291 ss.

¹⁷ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 351 ss. Insomma, sintetizza efficacemente COSTANTINI, 2017, p. 317, in Schmitt «la tangibile lacerazione dello spazio diviene presupposto per la formazione e organizzazione delle istituzioni (politiche, giuridiche, sociali e religiose); all'origine sta una presa di possesso fondamentale, che assorbe la scissione tra fatto e norma, validità ed effettività ed esibisce la dimensione esistenziale della legittimità normativa».

¹⁸ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 354 s.

tana in cui una *Nahme* di carattere costitutivo era ricorrente, per evidenziare come essa non fosse limitata alla terra in funzione del radicamento di un nuovo ordinamento, ma si estendesse alle sue cellule, quali erano le famiglie fondate sul matrimonio. «L'uomo», rammenta l'autore, «'prende possesso' della donna. La donna, da parte sua, 'riconosceva' l'uomo e si sottometteva alla sua presa di possesso. Questo prendere possesso della donna non era né un ratto né una violenza carnale, e nemmeno un passatempo estivo o ciò che oggi prende il nome di avventura erotica»: si contraddistingueva invece «per la sua manifesta dimensione pubblica». Significativamente, «l'uomo che prendeva possesso (*nahm*) della donna in questo particolare modo le dava il proprio nome (*Name*); la donna prendeva il nome dell'uomo, e i figli legittimi venivano al mondo con il nome dell'uomo». Solo per la forza dell'abitudine, continua Schmitt, la donna legalmente sposata continua a portare il cognome del marito, essendo ciò, in tempo di parità dei diritti dei coniugi proclamata anche dalla Costituzione di Bonn, «un rimasuglio dei tempi passati». Ancora nitido, il legame profondo tra *Nahme* e *Name*, che potrebbe riflettere un nesso etimologico tra le due parole – il punto non è tuttavia esplorato dallo studioso –, non va dunque sottovalutato, in quanto testimonia «cos'era il matrimonio dei nostri padri, dai quali proveniamo e i cui nomi portiamo ancora oggi»¹⁹.

Se il binomio *Nahme-Name* è così importante nella storia della famiglia condotta dal versante giuridico, non meno lo è nel quadro ricostruttivo della conquista territoriale parimenti basato sul diritto: basti invero pensare, rammenta Schmitt, che essa «ha un effetto costitutivo solo quando chi attui la presa di possesso riesce a imporre un nome»²⁰.

Suggellata dal *Name* promanante da chi la compie, la *Nahme* è dunque un'operazione cui in età remota, quando aveva riferimento alla terra e quindi si risolveva in una *Landnahme*, si alludeva con un termine, *nomos*, polisenso, dal momento che designava anche gli eventi successivi più rilevanti, primo tra i quali la *Landteilung*, ossia la divisione del suolo occupato, a partire dalla quale il nuovo ordinamento veniva consolidandosi. Ma ecco, sostiene Schmitt, che «una volta realizzate la presa di possesso e la divisione della terra», diventato progressivamente saldo l'impianto sociale e giuridico cui entrambe hanno dato vita e subentrata perciò «una certa sicurezza e calcolabilità», la parola *nomos* si carica di un diverso significato, il quale oblitera quello che apriva il suo originario e composito campo semantico e tende anzi a sostituirsi per l'intero a questo. Essa finisce infatti per designare, se non esclusivamente almeno primariamente, ciò che è vincolante sotto il profilo giuridico e quindi, in ultima battuta, la legge: come se nella medesima si esaurisse il diritto

¹⁹ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 355 ss.

²⁰ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 357.

e il diritto fosse pertanto immune dalla violenza²¹. Relegata nel subconscio la nascita del nuovo organismo collettivo, nota Schmitt, «la *situation établie* dell'ordine costituito domina tutte le consuetudini, anche quelle linguistiche e mentali. Normativismo e positivismo diventano allora la cosa più plausibile e ovvia del mondo, soprattutto là dove l'unico orizzonte possibile è quello dello *status quo*. Il *nomos* di un'epoca di migrazioni e di conquiste territoriali si stabilisce su un fondamento nuovo, dapprima come usanza e costume, poi come statuto e legge. I termini *nomos* e *thesmos* diventano intercambiabili²². ... Il *nomos* diventa l'opposto della *physis*, trasformandosi in 'mera' validità, 'pura e semplice' statuizione, mero comando, nient'altro che *thesis*²³. ... Il carattere oggettivo della *nomia* viene adesso utilizzato per elevare la norma, impersonalmente valida, al di sopra di tutto ciò che è personale»²⁴.

Ecco allora imporsi il postulato, già di Aristotele²⁵, secondo cui non gli uomini devono dominare, ma la legge, perché essa, resa con il sostantivo *nomos*, è priva di passioni, «mentre ogni anima umana ne è necessariamente affetta». A riprova del primato della legge viene addirittura addotto quel *nomos basileus* che in Pindaro – cantore, come già Omero, di ideologie dall'indole anche politico-giuridica²⁶ – significava «qualcosa di totalmente diverso», alludendo, secondo la lettura che Schmitt reputa corretta del frammento 169²⁷, al diritto creato da Eracle, assunto nella mitologia quale fondatore del primo ordinamento, attraverso il rapimento dei bovini appartenenti a Gerione, ossia attraverso una presa di possesso intrisa di violenza²⁸. Il *nomos*, che Pindaro vuole *basileus*, rimanda

²¹ Per Schmitt, constata GALLI, 2000, p. 635, «nessun ordine spaziale è 'neutro', ma tutti sono originariamente e internamente percorsi dalla violenza dell'appropriazione, della divisione e della produzione».

²² I provvedimenti di Solone, che dapprima erano chiamati *thesmoi*, furono detti più tardi, ma sempre durante l'antichità greca, *nomoi*, avverte SCHMITT, 1950=2003, p. 66. Sul punto cfr., da ultimo, SCEVOLA, 2018, p. 34 s. e nt. 71.

²³ Come precisa Günter Maschke in una delle note poste a corredo di SCHMITT, 1959=1995=2015 (la prima di p. 364), «il termine greco *thesis* sta per 'posizione, disposizione, istituzione', ma anche 'comando, ordine, imposizione'».

²⁴ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 346 s.

²⁵ Lo sottolinea anche VEGETTI, 2017, p. 46 ss.

²⁶ Così CARTLEDGE, 2009=2011, p. 18.

²⁷ Vi è contenuto l'inizio di un poema che conosciamo solo in parte, precisa DE ROMILLY, 1971=2005, p. 59 e nt. 20. Esso, volto nella nostra lingua dal francese dell'autrice, suona così: «il *nomos*, re di tutti gli esseri, mortali e immortali, li conduce con il suo braccio sovrano e giustifica l'estrema violenza. Ricavo questo giudizio dalle imprese di Eracle; non ha forse, senza averli chiesti né pagati, condotto fino al portico ciclopico di Euristeo i buoi di Gerione?».

²⁸ Cfr. SCHMITT 1959=1995=2015, p. 348 e nt. a. Vd. anche SCHMITT, 1950=2003, p. 62 s. L'autore, non attribuendo importanza al fatto che la violenza di Eracle è proprio quella che «gli ordini divini imposti all'eroe legittimano e trascendono a un tempo», come rileva STOLFI, 2010, p. 129, non si domanda se il *nomos* di Pindaro abbia natura umana o divina, al contrario dello stesso Stolfi, che si pronuncia a favore della seconda opzione. Ispirandosi a una fondamentale

dunque a una presa di possesso idonea a trasformare la violenza in diritto e non certo alla legge, anche se Hölderlin, osserva ulteriormente Schmitt, lo rende con *Gesetz*, ossia con l'equivalente tedesco di legge: una figura che di per sé presuppone il *nomos*, se rettamente inteso quale evento costitutivo di un ordine giuridico, all'interno del quale potrà trovare posto la legge. Chi vede in questa il *nomos*, pertanto, sbaglia, ripetendo un errore già commesso da Cicerone: proprio a lui va infatti imputata la traduzione di *nomos* con *lex*, da includersi, scrive Schmitt in adesione ad Álvaro d'Ors, tra «le peggiori malefatte della nostra cultura occidentale, dal punto di vista sia linguistico sia concettuale»²⁹.

Giova peraltro ricordare che già in un saggio del 1934, intitolato *I tre tipi di pensiero giuridico*³⁰, Schmitt si era intrattenuto sul *nomos basileus* di Pindaro, biasimando i normativisti, per i quali il diritto non è più che regola e anche il *nomos* era concepito come *lex* vista come unico *rex*³¹, e approvando invece i giuristi che nel diritto vedono una regola cui è coesistente una decisione o, meglio ancora, un ordinamento³². E invero, scriveva lo studioso con l'occhio puntato proprio sulla «massima di Pindaro», che anche allora gli appariva come una delle più belle e più antiche espressioni del pensiero giuridico, *nomos*, allo stesso modo di *law*, «non significa legge, regola o norma, ma diritto, che è tanto norma, quanto decisione, quanto soprattutto ordinamento; e concetti quali re, signore, custode o *governor*, ma anche giudice e tribunale, ci trasferiscono immediatamente in concreti ordinamenti istituzionali che non sono più semplici regole. Il diritto come sovrano, il *nomos basileus* non può essere qualsiasi norma, regola o disposizione normativa, purché positiva; il *nomos*, che dev'essere un re giusto, deve avere in sé determinate qualità di ordine: superiori, immutabili ma concrete. ... Nella connessione stabilita fra *nomos* e *re*, il *nomos* è già pensato come concreto ordinamento di vita associata, se si vuole dotare di senso il termine 're'. E ugualmente, 're' implica un concetto giuridico inerente all'ordinamento e quindi dev'essere della stessa natura del *nomos*, se l'accostamen-

ricerca di Marcello Gigante, egli si esprime infatti così a p. 130: «è ... verosimile che nella scrittura di Pindaro il *nómos* conosca la sua più nitida e assoluta configurazione religiosa; come è stato scritto, in questo riferimento, è lo stesso 'Zeus che si disantropomorfizza e si fa legge, norma'».

²⁹ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 348. Vd. MEIER, 1988, p. 553.

³⁰ SCHMITT, 1934=2003, p. 247 ss. (la traduzione è parziale; inoltre, come si legge a p. 17, essa non corrisponde integralmente all'originale tedesco, in quanto tiene conto di alcune modifiche introdotte dall'autore in vista dell'edizione italiana).

³¹ Cfr. SCHMITT, 1934=2003, p. 252.

³² Secondo Schmitt, registra PORTINARO, 1982, p. 43, «l'intera vita giuridica può essere considerata sotto il profilo di un sistema di regole o norme che disciplinano situazioni definite in modo generale e astratto, o come una serie di decisioni su casi singoli e concreti, o come un ordinamento globale che si presenta come una totalità concreta organizzata istituzionalmente. Da un punto di vista giuridico, la norma è sempre 'impersonale', la decisione 'personale', l'ordinamento 'sovrapersonale'. Da un punto di vista filosofico, la norma è l'ambito dell'«universale astratto», la decisione del «particolare concreto», l'ordinamento dell'«universale concreto»».

to terminologico fra *nomos* e *re* non dev'essere un accoppiamento puramente esterno di nomi, ma vuole rispondere ad un preciso orientamento. Come il *nomos* è *re*, così il *re* è *nomos* e in tal modo ci troviamo già di nuovo nell'ambito di decisioni e istituzioni concrete invece che di norme astratte e regole generali»³³. Anche grazie a Pindaro, dunque, uno Schmitt ancora fervente sostenitore della dottrina nazionalsocialista scardinava il mito della sovranità della legge³⁴.

Ma torniamo al discorso concatenato dallo studioso, venticinque anni dopo, in *Nomos - Presa di possesso - Nome*, non senza aver ricordato, con Jean-Pierre Vernant, che il *nomos* viene ad assumere «il senso di legge politica, in sostituzione di *thesmós*», perché in essa coglie il permanere di un «carattere distributivo»³⁵. Una volta sottolineato, con riferimento alla confusione creatasi in epoca risalente nell'ambito della sfera teologica, che qui «il *nomos* è diventato la traduzione greca per la 'Legge' dell'Antico Testamento», per cui «l'ordinamento oltremodo concreto del Pentateuco, basato sulla presa di possesso e sulla divisione della terra, viene chiamato 'Legge' allo stesso modo del normativismo successivo all'esilio e perfino del fariseismo dello zelante persecutore Saulo prima della sua conversione», Schmitt ricorda che Filone di Alessandria ha sostenuto una tesi dalle pesanti ricadute sulla storia delle idee dell'umanità, conseguenti al suo inaudito successo: e cioè che in Omero non comparirebbe mai la parola *nomos* con l'accento sulla prima sillaba (*nómos*), pur essendo ricorrente la stessa parola con l'accento sull'ultima sillaba (*nomós*), denotante «qualcosa di totalmente diverso, ovvero un pascolo, un appezzamento di terra o un luogo di residenza». Secondo il giurista tedesco si tratta però di una tesi inaccoglibile. «Tutti sanno», egli scrive, «che gli accenti greci sono opera dei dotti alessandrini, e furono posti secoli dopo Omero, che non ne fa alcun uso». Non bastasse, prosegue Schmitt, è da leggere Max Pohlenz, per il quale «il senso primario della parola è quello puramente locale» e «il fatto che in seguito la stessa parola fosse utilizzata per il modo di vivere degli abitanti circoscritto a una regione, e venisse quindi ad acquistare a poco a poco anche un'altra accentazione – di modo che adesso ossitona e baritona sussistevano l'una accanto all'altra –, non è poi così sorprendente come appare di primo acchito». Senza dire, aggiunge Schmitt, che pure a parere di Walter Porzig «la differenza di accento tra *nómos* e *nomós*-pascolo è irrilevante»³⁶.

3. Forti di queste acquisizioni – eccedenti, tranne che in relazione a pochi punti comunque marginali, quelle ritraibili mediante la lettura del solo *Nomos*

³³ Cfr. SCHMITT, 1934=2003, p. 253 s.

³⁴ Cfr. PIETROPAOLI, 2012, p. 104 ss. e 138 s.

³⁵ Cfr. VERNANT, 1965=2001, p. 405, nt. 2.

³⁶ Cfr. SCHMITT, 1959=1995=2015, p. 349 s.

della terra³⁷ –, viene da chiedersi perché Schmitt insista tanto sul *nomos*, inteso nel suo significato primo anche sotto l'aspetto cronologico. Che il vocabolo, in tale accezione, gli fornisca lo strumento d'indagine idoneo a decifrare il processo di formazione degli ordinamenti, semplici e complessi, come quelli ultrastatali sperimentati nei secoli addietro, già è emerso. Ora dobbiamo però andare oltre, dando pur rapidamente conto del concreto ruolo che egli fa giocare al *nomos* resuscitato nell'ambito dell'ampia ricerca sviluppata nel *Nomos della terra*.

«Se ... io», scrive qui Schmitt, «impiego di nuovo il termine *nomos* nel suo senso originario, non lo faccio per far rivivere di nuova vita artificiale miti sepolti, o per evocare vuote ombre. Il termine *nomos* è per noi utilizzabile perché in grado di preservare cognizioni che sorgono dalla problematica mondiale odierna da una confusione di tipo legal-positivistico, in particolare dal pericolo di essere scambiate con termini e concetti appartenenti alla scienza giuridica dello Stato del secolo XIX. È quindi necessario ricordarne il senso originario e la sua connessione con la prima occupazione di terra. Il futuro *nomos* della terra non consisterà in una riesumazione di antiche istituzioni, ma non potrà nemmeno essere scambiato con il sistema della legalità normativistica e con i processi di proliferazione delle leggi del secolo scorso³⁸. Nonostante i mutamenti di pensiero e di espressione, iniziatisi già nell'epoca classica, è sempre stato chiaro che il termine *nomos* non significava originariamente un semplice atto di posizione, in cui essere e dover essere fossero divisi e la struttura spaziale dell'ordinamento concreto potesse rimanere ignorata. Questo uso linguistico appartiene piuttosto a un'epoca decadente, che non sa più ricollegarsi alle proprie origini e che non distingue più il diritto

³⁷ Alle p. 67 ss. di questo, per esempio, è affrontato il problema relativo alla presenza del *nomos* in Omero, ma da un'angolazione diversa. Schmitt si chiede infatti se il termine *noos* che troviamo nel passo di esordio dell'*Odissea* e in altri brani del poema non vada sostituito con *nomos*: e risponde affermativamente, almeno con riferimento alla prima occorrenza della parola. L'argomento convincente è a suo parere da vedere «nel fatto che il poeta parla, all'inizio dell'*Odissea*, nel verso 3 della terra e nel verso 4 del mare, ma che il *nomos* (a differenza del *noos*) è associato in maniera specifica alla terra». D'altro canto, nota ancora Schmitt, tenendo *noos*, Odisseo si mostra nelle vesti di un pionieristico, ma del tutto anacronistico, «psicologo sociale», attento allo spirito, all'intelletto, alla mentalità e al modo di pensare di molti uomini raggruppati in varie città; optando per *nomos*, invece, l'eroe di Omero si presenta, molto più sensatamente, quale «esperto marinaio» che osserva distinti ordinamenti a base territoriale, percepandone le diverse peculiarità. A p. 55 s., inoltre, Schmitt, nel trattare del rapporto tra *nomos* e legge, precisa che «è dall'epoca dei Sofisti che si incomincia a non aver più esatta consapevolezza del collegamento esistente tra *nomos* e occupazione di terra», dando peraltro atto che in taluni autori, fra i quali Aristotele, il *nomos* riaffiora talvolta nel suo primigenio significato di «ripartizione originaria della terra».

³⁸ Con IRTI, 2002, p. 30, è opportuno sottolineare che «legalità e legittimità, le quali coincidono (e non possono non coincidere) nel puro Stato delle leggi, sono ordinate da Schmitt in gerarchia, onde la prima trae dalla seconda fondamento e giustificazione».

fondamentale, in quanto ordinamento e localizzazione, da tutti gli altri atti di posizione, statuizioni, comandi, provvedimenti e decreti – così come la guida e il dominio di una comunità richiede»³⁹.

La parola *nomos*, una volta restituita a questa la sua primitiva e più pregnante accezione, è dunque per Schmitt «quella che meglio si presta a rendere l'idea del processo fondamentale di unificazione di ordinamento e localizzazione»⁴⁰. Ed è chiaro che implicito in essa è, come ben rileva Emanuele Castrucci, «il rifiuto per una concezione del diritto come 'sistema di norme' astratto da ogni riferimento alle forme ontologiche di organizzazione complessiva della società»: perché «Schmitt concorda con Hauriou e Santi Romano, esplicitamente citati più volte a questo proposito, nel ritenere che il diritto, prima di essere norma, è organizzazione, struttura, forma istitutiva della stessa società in cui si svolge e di cui riflette l'unità»⁴¹.

Ma se il *nomos* è la forma che assume l'ordinamento nel momento in cui nasce con l'occupazione di terra, prodromica alla sua ripartizione e alla sua utilizzazione, ne viene che nella fase della conquista territoriale, sempre possibile, «diritto e ordinamento sono ... un'unica cosa e, nella coincidenza iniziale di localizzazione e ordinamento, non possono essere separati l'uno dall'altro»⁴², come aveva già intuito Giambattista Vico⁴³. La contrapposizione tra 'costituente' e 'costituito' ovvero tra *ordo ordinans* e *ordo ordinatus* esige quindi per Schmitt un ripensamento, dal momento che entrambe le espressioni alludono secondo lui a fenomeni appartenenti a pieno titolo all'area del giuridico. Si deve allora prendere le distanze dai giuristi di diritto positivo, vale a dire dai giuristi «di diritto 'costituito' e 'posto'», ammonisce Schmitt, i quali sono inclini «a considerare soltanto l'ordinamento esistente e i processi all'interno di esso, cioè soltanto l'ambito di ciò che è già stabilmente ordinato

³⁹ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 57 s.

⁴⁰ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 54. «Localizzazione», commenta PRETEROSSÌ, 1996, p. 167, è un calco formalmente corretto dell'«Ortung» di Schmitt, ma non ne esprime compiutamente la densità semantica, poiché lascia in penombra quel «metter radici» o «prendere posto» di una comunità che, diversamente da quanto accade nel caso di un'occupazione occasionale, «distilla un senso intrinseco, 'collocato'», orientando l'«Ordnung», intesa come ordinamento. L'aspetto originale di tale costrutto, aggiunge Preterossi, «è che comunque Schmitt non concepisce il *nomos* in senso etico o religioso, come radicamento nell'assolutezza del divino, del *kosmos*, ma come territorializzazione originaria, il cui valore è situato, anzi si determina proprio perché in rapporto con un 'sito'».

⁴¹ Cfr. CASTRUCCI, 2011, p. 21. Vd. anche ALBANESE, 1996, p. 65 ss.

⁴² Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 74 s.

⁴³ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, 26. «La generale sintonia fra molti aspetti del pensiero politico-giuridico di Vico e Schmitt non è in discussione», evidenzia CASANOVA, 2007, p. 111, che così continua: «erano entrambi avversi al giusnaturalismo ed al contrattualismo, cercavano un pensiero dell'origine storico-concreta del diritto, al quale si sono avvicinati non dal punto di vista dell'individuo, ma da quello dei popoli».

e costituito, in particolare solo il sistema di una determinata legalità statale», tanto da relegare nel mondo dei «meri dati di fatto» quanto attiene alla genesi dell'ordinamento. Modernamente in mano alla burocrazia, la legalità statale per questo ceto concerne soltanto le regole legislative del proprio funzionamento, mentre «anche la dottrina dei processi costitutivi e delle forme in cui il potere costituente si manifesta fa parte della problematica giuridica». Vi sono infatti, prosegue l'autore, più tipi di diritto: «non vi è soltanto la legalità statale, ma anche il diritto pre-, extra- e inter-statale. In particolare, per quanto riguarda il diritto internazionale, vi sono in ogni capitolo della storia esempi di imperi, paesi e popoli i quali sviluppano i più svariati ordinamenti della propria coesistenza, la cui componente più importante è sempre rappresentata dai principii e dai procedimenti di mutamento territoriale»⁴⁴. L'occupazione di terra istituisce infatti diritto in una duplice direzione: verso l'interno, come già sappiamo, e verso l'esterno, in quanto «il gruppo occupante si trova posto di fronte ad altri gruppi e potenze che occupano la terra o ne prendono possesso»⁴⁵.

Ebbene, proprio nel diritto internazionale, specchio di un *nomos* mutato nel corso del tempo e destinato a mutare ancora, Schmitt spinge la sua esplorazione, riuscendo a coniugare la prospettiva storico-giuridica con quella filosofico-giuridica⁴⁶. A giustificarla, egli spiega, provvede una facile constatazione: l'affacciarsi di nuovi soggetti nel mondo non è cosa di ogni giorno, ma neppure una faccenda solo del passato, interessante dal lato esclusivamente archeologico o antiquario. «Finché la storia universale non sarà conclusa, bensì ancora aperta al mutamento, finché le situazioni non saranno fissate e cristallizzate per sempre, finché – in altre parole – uomini e popoli avranno ancora un futuro, e non solo un passato, allora nelle forme sempre nuove dell'apparire degli eventi della storia del mondo sorgerà un nuovo *nomos*. Per noi si tratta del processo fondamentale della suddivisione dello spazio, che è essenziale a ogni epoca storica; si tratta della combinazione strutturante di ordinamento e localizzazione, nel quadro della convivenza tra i popoli sul pianeta nel frattempo scientificamente misurato. In questo senso si parla qui di *nomos* della terra. Poiché alla base di ogni nuovo periodo e di ogni nuova epoca della coesistenza tra i popoli, tra gli imperi e i paesi, i detentori del potere e le forme di potere di ogni specie, vi sono nuove suddivisioni dello spazio, nuove delimitazioni e nuovi ordinamenti spaziali della terra»⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 75 ss.

⁴⁵ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 23 s.

⁴⁶ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 77.

⁴⁷ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 70 s. Se l'«Ortung» incide sull'«Ordnung», è inevitabile che alla mutabilità della prima faccia riscontro la variabilità del *nomos* anche sovrastatale, perciò «completamente calato nel divenire storico», come dice AMENDOLA, 1999, p. 122 s., proprio in margine alla chiusa del brano riferito da ultimo nel testo.

Di sicuro, per Schmitt, è che il nuovo *nomos* della terra non sarà più quello che ha regnato per quattrocento anni, a partire dal XVI secolo, segnando la superiorità del vecchio continente, e tanto meno quello, espressivo di un ordine preglobale, che aveva il suo perno prima nell'impero romano e poi nella *respublica christiana*⁴⁸. «L'ordinamento eurocentrico finora vigente del diritto internazionale», sostiene lo studioso, «sta oggi tramontando. Con esso affonda il vecchio *nomos* della terra. Questo era scaturito dalla favolosa e inattesa scoperta di un nuovo mondo, da un evento storico irripetibile. Una sua ripetizione moderna si potrebbe pensare solo in paralleli immaginari, come se ad esempio uomini in viaggio verso la luna scoprissero un nuovo corpo celeste finora del tutto sconosciuto, da poter sfruttare liberamente e da utilizzare al fine di alleggerire i conflitti sulla terra. La questione di un nuovo *nomos* della terra non può trovare una risposta in siffatte fantasie. E neppure potrà essere risolta mediante ulteriori scoperte nel campo delle scienze naturali. Il pensiero degli uomini deve nuovamente rivolgersi agli ordinamenti elementari della loro esistenza terrestre»⁴⁹. Consapevoli peraltro che al mare, sempre considerato in rapporto alla terraferma, si è aggiunto lo spazio aereo, in quanto suscettibile di dominio⁵⁰.

4. Per quanto incentrate sul diritto, le pagine del *Nomos della terra*, conformemente alle intenzioni dell'autore, toccano, come già accennato, il versante storico e quello filosofico. E non ignorano, come lo stesso Schmitt dichiara all'inizio del lavoro, «le fonti mitiche del sapere storico-giuridico», rese accessibili da Johann Jakob Bachofen⁵¹: ovvero quelle stesse fonti di cui Schmitt si era servito allorché andava componendo *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, un libro uscito nel 1942 sotto forma di racconto indirizzato dall'autore alla figlia Anima⁵², in cui il *nomos* giocava

⁴⁸ Cfr. CASSINI, 2016, p. 180 ss.

⁴⁹ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 15.

⁵⁰ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 28.

⁵¹ Cfr. SCHMITT, 1950=2003, p. 14. Per HERRERO LÓPEZ, 2007, p. 71, è l'origine di cui parla Bachofen, quella senza la cui conoscenza «el saber histórico no puede alcanzar una coherencia interior», ciò che Schmitt «busca en el *nomos*».

⁵² La traduzione qui presa a riferimento è apparsa a Milano nel 2002, accompagnata dal saggio di VOLPI, 2002. L'importanza che in questo testo di Schmitt assumono miti e leggende si coglie già dalle p. 11 s., collocate al suo inizio, donde è tratto questo brano: «la nostra intera esistenza nel mondo – felicità e infelicità, gioia e dolore – è per noi la vita 'terrena' e, a seconda dei casi, un Paradiso terrestre o una terrena valle di lacrime. Si spiega così il fatto che in molti miti e in molte leggende, in cui i popoli hanno conservato le loro esperienze e i loro ricordi più remoti e profondi, la terra appaia come la Grande Madre degli uomini. Essa è designata come la più antica di tutte le divinità. I testi sacri ci narrano che l'uomo viene dalla terra e alla terra deve

già un ruolo significativo⁵³.

L'accento allo studioso elvetico, meritoriamente valorizzato da Castrucci, è importante, perché – oltre a segnalare di per sé l'atteggiamento di avversione al positivismo proprio di Schmitt, come già rilevava Hasso Hofmann⁵⁴ – apre «una sorta di spiraglio essoterico», evocando «temi non immediatamente posti in evidenza». Nel *Nomos della terra*, invero, è esposta una teoria – conciliabile con quella, elaborata in precedenza, della decisione come momento topico per il diritto⁵⁵, essendo la *Landnahme* proprio l'espressione di una decisione⁵⁶ – che «traspone e fonde nel linguaggio della scienza giuridica del ventesimo secolo una serie di presupposti archetipici, derivati in gran parte dalle mitologie e dalle cosmologie indoeuropee», senza peraltro esplicitarli⁵⁷.

fare ritorno. La terra è il suo fondamento materno, ed egli è quindi figlio della terra. Nei suoi simili vede fratelli terreni e abitanti della terra. Fra i quattro elementi tradizionali – terra, acqua, fuoco e aria –, la terra è l'elemento destinato all'uomo e quello che più lo determina».

⁵³ Lo testimonia quanto si legge a p. 73 s., dove compare per giunta una nota dedicata ai tre significati originari di *nemein* e del suo derivato *nomos*: «ogni ordinamento fondamentale è un ordinamento spaziale. Quando si parla della costituzione di un paese o di un continente, ci si riferisce al suo ordinamento fondamentale, al suo *nomos*. Ora, il vero, autentico ordinamento fondamentale si basa, nella sua essenza, su determinati confini e delimitazioni spaziali, su determinate misure e su una determinata spartizione della terra. Al principio di ogni grande epoca c'è quindi una grande conquista di terra. In particolare, ogni mutamento e ogni spostamento significativo dell'immagine della terra sono legati a mutamenti politici di portata mondiale e a una nuova suddivisione della terra, a una nuova conquista di terra».

⁵⁴ Cfr. HOFMANN, 1992= 1999, p. 61, nt. 94.

⁵⁵ Cfr. GALLI, 2010, p. 878 ss.: «sembrerebbe ... che con la tarda teoria del *nomos* Schmitt sostituisca alla propria 'classica' teoria della decisione e del 'politico' ... una nuova teoria che ha al proprio centro non più il nesso storico-epocale tra diritto e decisione, ma quello sostanziale tra lo spazio, ovvero la Terra, e il diritto. Un nesso che si esprimerebbe nei termini di una coappartenenza originaria attraverso la nozione di *justissima tellus*». Ma in realtà «quella del *nomos* è una teoria dell'origine della politica che – pur 'allargata' rispetto al paradigma decisionistico – risulta con quello coerente e compatibile». Attraverso il concetto di *nomos* «la Terra è sottratta all'essere mera 'natura': è 'natura' per una 'cultura'». Il *nomos*, per Schmitt, non è presente immediatamente nella Terra, non riposa sostanzialmente in essa: è invece opera dell'uomo, «violenza originaria, eccezione, 'immediatezza di una forza giuridica non mediata da leggi'». Secondo KERVÉGAN, 2011=2016, p. 17, «nessuna esplicita epistemologia giuridica rimpiazzerà completamente il decisionismo nel pensiero di Schmitt, nemmeno l'istituzionalismo», potendosi addirittura affermare che «l'arma teorica che Schmitt oppone al suo nemico di sempre, il normativismo liberale, è una combinazione flessibile di decisionismo e istituzionalismo», di cui egli fa un uso sapiente nel *Nomos della terra*.

⁵⁶ Cfr. NICOLETTI, 1990, p. 496, per il quale «è chiaro il parallelo tra la *Landnahme* e la decisione: l'occupazione di terra altro non è che la concretizzazione storica di un atto della volontà di un popolo, ossia di una decisione». Vd. anche PORTINARO, 1982, p. 100: nel decisionismo di Schmitt «privilegiato, anzi assolutizzato, risultava il momento della genesi dell'ordinamento giuridico da un punto di vista puramente logico», nella sua teoria del *nomos* «è di nuovo il problema della genesi dell'ordinamento a venire in primo piano, ma da un punto di vista storico»; GALLI, 2008 b, p. 42: «lo Stato è interpretato da Schmitt alla luce della categoria di *nomos*, cioè di ordine orientato da una decisione originaria».

⁵⁷ Cfr. CASTRUCCI, 2011, p. 43 s.

Tra questi, secondo lo stesso Castrucci, il modello del sacrificio⁵⁸. «Il sapere mitologico indagato da Bachofen», egli scrive, «allude ad una diversa possibile interpretazione della storicità, che trae origine dall'ipotesi cosmologica indoeuropea del sacrificio universale, là dove compare, nelle varie figure fenomeniche del sacrificio, il tema potentissimo della ritualizzazione della violenza originaria, 'connaturata al cosmo e riflessa come male originario nel comportamento necessitato del vivente'». Ecco allora che «questa collocazione archetipica del sacrificio quale modalità universale di riqualificazione (e sicuramente, almeno in qualche misura, di riduzione) della violenza consente di affrontare su diverse basi la moderna teoria della guerra, intesa come 'messa in forma' e tendenziale razionalizzazione di un'energia cosmica latente, altrimenti destinata ad esprimersi in forme indiscriminate e ciecamente distruttive»⁵⁹.

Precisato che a questa concezione della guerra si rifà anche Schmitt – calandola all'interno della sua visione dialettica del 'politico', radicata invero sul conflitto tra amico e nemico⁶⁰, sempre presente almeno come possibilità reale⁶¹ –, è

⁵⁸ Vale la pena ricordare che per PELLOSO, 2016, p. 44, nt. 94, «la connessione tra il sostantivo *nómos* e il verbo *némein*, in sé innegabile, potrebbe essere anche all'insegna, più che della ipotizzata 'appropriazione e distribuzione di terre', della 'spartizione sacrificale', come ... si sarebbe legittimati a ricavare dal frammento esiodeo in cui si rinviene il più antico e certo riferimento al *nómos* (Hes. fr. 322 MW)». La tesi – già affacciata dall'autore in PELLOSO, 2012, p. 55 s., nt. 169, e ripresa da MORO, 2014, p. 80 – è quanto mai interessante, anche perché la distribuzione conseguente al sacrificio integra un atto comunque idoneo a marcare l'emersione di un ordinamento, pur essendo di per sé muto rispetto al collegamento di questo al territorio. Da aggiungere è che per MIGLIO, 1988, p. 946 ss., il quale mette a profitto i risultati cui era pervenuto Emmanuel Laroche, «il significato di 'appropriarsi' è germinato dal vocabolo *némein* come conseguenza passiva del 'distribuire', per cui saremmo al cospetto di una acquisizione non dipendente da un'azione autonoma del ricevente, bensì rapportabile a un atto altrui di assegnazione. Donde la sua prima critica a Schmitt, condensata in queste parole: «poiché, con il derivato *nomos* e con i suoi composti, si è praticamente attestata in Occidente l'idea dell'ordinamento giuridico e del sistema istituzionale, non è di scarsa rilevanza che questa idea nasca innanzi tutto dalla nozione di 'possesso' e poi dal concetto di 'appropriazione per distribuzione' piuttosto che dall'altro di 'appropriazione' pura e semplice». A Schmitt, peraltro, lo studioso contesta pure un «difetto di prospettiva», per non aver colto che la distribuzione funzionale all'appropriazione si riferiva non alla sola terra, ma al bottino, che ben poteva eccederla. Ferma la «centralità» della sua spartizione, già posta in risalto da Marcel Detienne, «per la fondazione ed il funzionamento della comunità politica», Miglio, andando ulteriormente a ritroso nel tempo, scorge, a monte della divisione omerica del bottino, «la distribuzione delle parti dell'animale catturato ed ucciso, ad opera del capo-caccia». E invero, egli spiega, «la radice indoeuropea *nem- si attaglia benissimo, con la sua nozione del 'distribuire all'intorno con la mano', a descrivere il momento finale e saliente della 'caccia grossa': momento, e anche luogo, in cui si trova «la forma più arcaica della 'centralità – tutti intorno alla preda ... – dell'aggregazione politica».

⁵⁹ Cfr. CASTRUCCI, 2011, p. 44 s.

⁶⁰ Cfr. FRASCH, 2006, p. 53 ss.

⁶¹ Cfr. ESPOSITO, 2018, p. 189 ss. Naturalmente, osserva GRASSO, 2017, p. 63, la contrapposizione fra amico e nemico per Schmitt «può essere applicata alla politica estera (e nel qual caso all'apparire d'un nemico esterno che minaccia la sopravvivenza dello Stato avremo una guerra

da prestare la massima attenzione a un'ulteriore riflessione di Castrucci. Per lui, «il rifiuto del sacrificio, rilevabile ad esempio nella pretesa di abolire o estirpare la guerra dall'intero ambito dell'esperienza umana, non fa che nascondere il perpetuarsi della guerra stessa, quale modalità fondamentale di estrinsecazione della violenza, in altre forme, spesso ancora più crudele perché aliene da ogni tentativo di formalizzazione. Di qui la demonizzazione – o 'tabuizzazione', che è propria del mondo contemporaneo – di ogni discorso pubblico sul sacrificio (e di ogni possibile apertura verso un 'sapere' del sacrificio)»⁶².

Sono, queste, parole nelle quali risuona il pensiero di Roberto Calasso, convinto, come ricorda lo stesso Castrucci, che, dissoltasi la pratica del sacrificio, «tutto il mondo torna ad essere, senza saperlo, una immensa officina sacrificale». Solo che per Castrucci, sensibile sul punto all'impostazione di Schmitt, il mondo torna a essere tale soprattutto a seguito della scomparsa della *guerre en forme*. E ciò in quanto essa, «condotta dagli eserciti degli Stati, era stata, nei quasi quattro secoli di vigenza dello *jus publicum Europaeum*, una 'modalità di razionalizzazione effettiva del sacrificio', ossia di effettiva (non solo apparente) limitazione della violenza originaria»⁶³.

D'altro canto, osserva acutamente Massimo Cacciari nel mentre rilegge con magistratale capacità critica *Il nomos della terra*, che gli appare come un grande libro pervaso di echi «che i giuristi non sapranno mai ascoltare»⁶⁴, quando si perviene alla guerra mondiale, «nessuna forma rigorosa è più in grado di 'normare' la guerra, di definirla in termini e confini precisi». La guerra mondiale, infatti, è per l'autore «indissolubilmente guerra totale», che preclude ogni possibilità di demarcare «l'idea di *iusta causa*» e confonde «nel più puro occasionalismo i tratti dello *iustus hostis* e del *rebellis*»; per cui «ciò che è amico e ciò che è nemico divengono null'altro che 'posizioni' della volontà di potenza: nemico è chi si oppone all'*arché* del più forte»⁶⁵. Ma se alla guerra mondiale si è giunti, continua Cacciari sulla scia di Schmitt, lo si deve al declino del diritto internazionale di stampo eurocentrico, a sua

interstatale) oppure alla politica interna (e nel qual caso avremo la manifestazione d'una guerra civile, fratricida quindi)». Definito in SCHMITT, 1963=2003, p. 108 ss., il nemico è di nuovo preso in considerazione dall'autore in Id., 1963=2005, p. 118 ss., di seguito all'ampia descrizione del partigiano, che, diversamente dall'*hostis*, l'autentico nemico, si pone «al di fuori dell'inimicizia convenzionale della guerra controllata e circoscritta, trasferendosi in un'altra dimensione: quella della vera inimicizia, che attraverso il terrore e le misure antiterroristiche cresce continuamente fino alla volontà di annientamento», culminante in una guerra priva di tutti i limiti imposti dal diritto internazionale europeo classico, come si legge a p. 21.

⁶² Cfr. CASTRUCCI, 2011, p. 45.

⁶³ Cfr. CASTRUCCI, 2011, p. 47.

⁶⁴ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 105.

⁶⁵ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 107 s.

volta conseguente alla crisi che ha attanagliato gli Stati suoi artefici. Di fronte all'universale *Mobilmachung* contemporanea, alla libertà commerciale, finanziaria ed economica «che fa di ogni luogo e di ogni tempo una 'globale Zeit'», per Cacciari c'è da dubitare che lo studioso tedesco intraveda «l'alba di un nuovo *ius gentium*». Ammesso che la scorga, come qualche brano della sua produzione lascia intendere, è comunque certo, afferma Cacciari, che egli è motivatamente persuaso dell'impossibilità di progettare o preconizzare le sembianze del *nomos* venturo, mostrandosi così assiso «sul meridiano del nihilismo», dimentico delle «vuote ciance sul suo oltrepassamento», come dei nuovi «romanticismi politici» e delle nuove «utopie neo-illuministiche anelanti alla fine del Politico, alla neutralizzazione universale, alla Pace perpetua»⁶⁶.

L'unica prognosi ascrivibile a Schmitt, rammenta Cacciari, è quella relativa all'indiscutibile tendenza dell'epoca all'unità globale, specie sotto l'aspetto economico, riscontrabile anche in piena 'guerra fredda', se si pensa che essa è stata «una 'durissima' lotta per stabilire quale potenza avrebbe guidato l'epoca globale»⁶⁷. Se il duellante sopravvissuto riuscirà a fondare un nuovo *ius gentium* o se invece non andrà oltre un dominio di fatto, connotato da azioni prive di giustificazioni sul piano del diritto esterno, se sarà in grado di dare forma a un inedito *nomos* universale o se al contrario riuscirà a promuovere nel mondo solo la libertà del commercio e della tecnica, questo per Cacciari, almeno per il Cacciari di alcuni anni fa, non è ancora dato sapere. Per lui, quello che il nostro tempo ostenta è, nella perdurante incapacità dell'impero superstite di costruire un nuovo *ius gentium*, «unità globale di spazio e tempo 'e' disgregazione 'polemica'», essendo il *polemos* assunto a «forma normale della relazione 'tra' gli altri»⁶⁸.

Parallelamente a Cacciari, peraltro, Galli dava rilievo all'«intento degli Usa – il soggetto politico che funge da nucleo della civiltà, non più genericamente 'umana' ma 'occidentale' (di un Occidente a guida americana, che comprende l'Europa e anche paesi non occidentali ma alleati) – di riterritorializzare la politica e la guerra globalizzate, a partire dalla unilaterale definizione di 'terrorismo' e dalla unilaterale individuazione del nemico terrorista contro il quale si può condurre una guerra assoluta e discriminatoria». In particolare, prosegue l'autore, la risposta degli Stati Uniti all'11 settembre – l'allusione è alle vicende dell'Afghanistan, dell'Iraq, di Guantanamo e

⁶⁶ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 108 s. Vd. anche IRTI, 2004, p. 125, che compendia così il culmine del pensiero consegnato da Schmitt al *Nomos della terra*: «se il senso del diritto è nelle radici terrestri, allora lo strappo da esse, la separazione tra ordinamento e singolarità del luogo, ci getta nel nichilismo».

⁶⁷ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 127 s.

⁶⁸ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 128 ss.

all'adozione del Patriot Act – può in effetti essere interpretata come un tentativo di sostituire alla nebulosità dell'età liquida della prima globalizzazione «la concretezza e la durezza di una nuova età del ferro»; come un tentativo di riportare ordine politico, anche in forme extragiuridiche, nel disordine mondiale e di trasformare «la guerra globale, la guerra decostituente, in guerra costituente». Peculiare del nuovo ordine perseguito sarebbe «il rapporto gerarchico, tipicamente imperiale, fra centro e periferia», mentre il suo punto di orientamento andrebbe ricercato nella sicurezza fisica dell'America, nell'indiscutibilità dei relativi *standard* di vita, materiali e culturali, e nella salvaguardia dei rapporti di potere fra l'America stessa – e l'Occidente, che ne è un'estensione – e il resto del mondo. In ciò risiederebbe dunque la cifra del *nomos* della terra in via di formazione: ma che esso riesca davvero a imporsi «effettualmente» quale «portatore di ordine», osserva Galli, non è scontato⁶⁹.

Merita, conclusivamente, indugiare ancora su Cacciari, riferendo di un limite che egli vede insito nella ricostruzione proposta da Schmitt circa la relazione tra *nomos* e luogo. A suo parere, infatti, essa cade in un eccesso di semplificazione. Scrive al proposito il filosofo veneziano: «il radicamento del Nomos nello spazio della polis ..., e la sua effettiva validità in questi limiti, non appare originariamente che come effetto del suo essere immagine del Nomos divino, che è uno solo e che 'tanto può quanto vuole e ad ogni cosa è bastante e tutte sopravanza' (Eraclito, DK B 114)». La radice del *nomos* umano è quella che lo collega alla cosmica Dike. «Nel Nomos l'idea dell'originaria presa di possesso della terra dove 'pascolare' e della sua spartizione si accompagna, perciò, a quella di una *Giustizia* pre-potente rispetto a quest'atto. Il Nomos vale effettivamente in quanto sempre anche *theios*, recante in sé traccia di un Ordine divino. L'efficacia 'terranea' del Nomos, su cui insiste la *historia* schmittiana, si regge sulla legge di Dike. È Dike che, attraverso il suo 'angelo' Nemesis, (Platone, *Leggi*, IV, 717 d), punisce inesorabilmente i trasgressori del Nomos, rendendone così vincolanti i comandamenti. E Nemesis è, nel suo stesso nome, quasi personificazione del Nomos. Sradicato da tale contesto mitico-religioso, il Nomos non può che apparire alla fine artificio dell'uomo, un prodotto della sua esperienza, multiversa, sì, ma ingannevole». Già in Eraclito e Parmenide, prosegue Cacciari, «la relazione tra Dike e Nomos appare problematica», prelude all'oscurarsi della derivazione celeste del diritto. «Lo sradicamento del Nomos riguarda quindi essenzialmente la perdita della sua radice divina», cui segue «anche quella della sua radice terrena»: nell'epoca ellenistica, allorché al luogo determinato della *polis* si oppone lo spazio universale dell'ecumene e al tempo della stessa *polis* si oppone la 'globale Zeit' del cosmopolitismo, «il Nomos ha definitivamente smarrito la sua antica radi-

⁶⁹ Cfr. GALLI, 2008 a, p. 164 s.

ce», divina e terrena. «Stoicismo, epicureismo e scetticismo appaiono perfetti alleati in quest'opera di sradicamento»⁷⁰.

Il diritto romano, al quale Schmitt non dedica un'acconcia analisi secondo Cacciari, risente di ciò: la sua edificazione «avviene, per principio, *supra nationes*, trattandosi di un diritto che si pretende valevole «per l'unico spazio-tempo dell'Impero». La sua localizzazione, che affiora per esempio nell'espressione *ius quo 'urbs Roma' utitur*, è solo apparente, perché ciò che effettivamente conta «è la proiezione universale di questo *ius*, la possibilità di pronunciarlo 'ovunque', in forza non solo della potenza che rappresenta, ma anche della sua 'razionale', interna struttura». Quel che rileva, in altri termini, «è l'affermazione del diritto romano 'al di là' di ogni caratteristica locale, di ogni specifica tradizione e di ogni limite territoriale: *in omne aevum* lo *ius* di Roma verrà vittoriosamente 'lanciato'»⁷¹.

La stessa cristianità, nota ancora l'autore, che pur liquida la religione della Roma pagana, ne assume il diritto, in quanto non ritenuto peculiare di un luogo e di un tempo. Ma anche il giudaismo è legato a una legge che non si rapporta a una terra particolare, bensì a un luogo ideale, che è quello della «Parola», della lingua biblica⁷². E neppure la casa degli islamici è propriamente 'territorializzabile', posto che per loro è doveroso espanderla sempre, superando ogni differenza al suo interno⁷³.

Ma se così è, termina sul punto Cacciari, «la 'globale Zeit' moderna-contemporanea, di cui Schmitt parla, appare, allora, il compimento dell'intero spirito europeo-mediterraneo post-classico piuttosto che il prodotto dei conflitti tra i moderni Stati secolarizzati»⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 110 ss. Sul rapporto tra *dike* e *nomos* vd. anche JELLAMO, 2005, p. 117 ss. e in particolare p. 120, dove l'autrice si mostra convinta che «la parola *nomos* compaia più tardi rispetto alla parola *dike* e sia, ancora nel VI secolo, assai meno ricorrente», a conferma che «nella cultura greca l'idea di giustizia precede l'idea di legge, e questa si struttura su quella».

⁷¹ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 113 s.

⁷² Cfr. anche CACCIARI, 2002, p. 49: «la Legge ebraica si contrappone 'comunque' a ogni forma di *Nomos*, nella misura in cui questo è per essenza terraneo».

⁷³ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 114 ss.

⁷⁴ Cfr. CACCIARI, 2008, p. 118.

Bibliografia

- ALBANESE, 1996: L. ALBANESE, *Il pensiero politico di Schmitt*, Roma - Bari, 1996.
- AMENDOLA, 1999: A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, Napoli, 1999.
- BALESTRIERI, 2017: M. BALESTRIERI, *La legge e l'arcaico. Genealogia comparata dell'ordine moderno*, Milano - Udine, 2017.
- CACCIARI, 2002: M. CACCIARI, *Icone della legge*⁴, Milano, 2002.
- CACCIARI, 2008: M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*⁵, Milano, 2008.
- CARTLEDGE, 2009=2011: P. CARTLEDGE, *Ancient Greek Political Thought in Practice*, Cambridge, 2009=*Il pensiero politico in pratica. Grecia antica (secoli VII a.C.-II d.C.)*, trad. it., Roma, 2011.
- CASANOVA, 2007: N. CASANOVA, *La rima e lo spazio ('Reim und Raum')*: *Carl Schmitt fra poeti e scrittori*, in «Confini in disordine. Le trasformazioni dello spazio», cur. B. Accarino, Roma, 2007, p. 93-136.
- CASSINI, 2016: E. CASSINI, *Introduzione a Carl Schmitt*, Genova, 2016.
- CASTRUCCI, 2011: E. CASTRUCCI, *Nomos e guerra. Glosse al 'Nomos della terra' di Carl Schmitt*, Napoli, 2011.
- COSTANTINI, 2017: C. COSTANTINI, *Nomos e rappresentazione. Ripensare metodi e funzioni del diritto comparato*, Milano - Udine, 2017.
- ESPOSITO, 2018: R. ESPOSITO, *Termini della politica*, II. *Politica e pensiero*, Milano - Udine, 2018.
- FRASCH, 2006: T. FRASCH, *Zwischen Selbstinszenierung und Rezeption. Carl Schmitts Ort in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 2006.
- GALLI, 2000: C. GALLI, *Schmitt, Carl*, in «Enciclopedia del pensiero politico. Autori, concetti, dottrine», cur. R. Esposito, C. Galli, Roma - Bari, 2000, p. 634-636.
- GALLI, 2008 a: C. GALLI, *Schmitt e l'età globale*, in *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, 2008, p. 129-172.
- GALLI, 2008 b: C. GALLI, *Schmitt e lo Stato*, in *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, 2008, p. 15-50.
- GALLI, 2010: C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, nuova edizione, Bologna, 2010.
- GRASSO, 2017: F. GRASSO, *Archeologia del concetto di politico in Carl Schmitt*, Milano - Udine, 2017.
- HERRERO LÓPEZ, 2007: M. HERRERO LÓPEZ, *El 'nomos' y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*², Pamplona, 2007.

- HOFMANN, 1992=1999: H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin, 1992=*Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, cur. R. Miccù, trad. it., Napoli, 1999.
- IRTI, 2002: N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2002.
- IRTI, 2004: N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.
- JELLAMO, 2005: A. JELLAMO, *Il cammino di dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma, 2005.
- KERVÉGAN, 2011=2016: J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt?*, Paris, 2011=*Che fare di Carl Schmitt?*, trad. it., Roma-Bari, 2016.
- MEHRING, 2009: R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, München, 2009.
- MEIER, 1988: C. MEIER, *Zu Carl Schmitts Begriffsbildung – Das Politische und der Nomos*, in «Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt», cur. H. Quaritsch, Berlin, 1988, p. 537-556.
- MIGLIO, 1988: G. MIGLIO, *Sul concetto di 'nómos'*, in *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, II, Milano, 1988, p. 943-950.
- MORO, 2014: P. MORO, *Alle origini del Nómos nella Grecia classica. Una prospettiva della legge per il presente*, Milano, 2014.
- NICOLETTI, 1990: M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990.
- PELLOSO, 2012: C. PELLOSO, 'Ius', 'nómos', 'ma'at'. 'Inattualità' e 'alterità' delle esperienze giuridiche antiche, in «Lexis», XXX, 2012, p. 17-86.
- PELLOSO, 2016: C. PELLOSO, *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in «Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci», cur. C. Pelloso, Napoli, 2016, p. 3-61.
- PIETROPAOLI, 2011=S. PIETROPAOLI, *Il diritto internazionale come ordinamento concreto*, in A. Buela, D. Cumin, S. Pietropaoli, «Carl Schmitt: diritto e concretezza», Parma, 2011, p. 65-107.
- PIETROPAOLI, 2012: S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Roma, 2012.
- PORTINARO, 1982: P.P. PORTINARO, *La crisi dello 'jus publicum europaeum'. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982.
- PRETEROSSO, 1996: G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, 1996.
- DE ROMILLY, 1971=2005: J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque. Des origines à Aristote*, Paris, 1971=*La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it., Milano, 2005.
- SCEVOLA, 2018: R. SCEVOLA, *L'eunomia di Solone e le sue idealizzazioni. Dalla formu-*

lazione originaria alle utopie costituzionali, Alessandria, 2018.

- SCHMITT, 1922=1934²=2003: C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1922=1934²=*Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, cur. G. Miglio, P. Schiera, trad. it., Bologna, 2003, p. 27-86.
- SCHMITT, 1934=2003: C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934=*I tre tipi di pensiero giuridico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, cur. G. Miglio, P. Schiera, trad. it. parziale e con innovazioni volute dall'autore, Bologna, 2003, p. 245-275.
- SCHMITT, 1942=1981³=2002: C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig, 1942=Köln-Löwenich, 1981³=*Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad. it., Milano, 2002.
- SCHMITT, 1950=2003: C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, 1950=*Il nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, cur. E. Castrucci, F. Volpi, trad. it., Milano, 2003.
- SCHMITT, 1953=2003: C. SCHMITT, *Nehmen/Teilen/Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu Stellen*, in «Gemeinschaft und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung», I, n. 3, 1953, p. 18-27=*Appropriazione/divisione/produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico e sociale, a partire dal 'nomos'*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, cur. G. Miglio, P. Schiera, trad. it., Bologna, 2003, p. 293-312.
- SCHMITT, 1955=1995=2015: C. SCHMITT, *Der neue Nomos der Erde*, in «Gemeinschaft und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung», III, n. 1, 1955, p. 7-10=*Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, cur. G. Maschke, Berlin, 1995, p. 518-522=*Il nuovo Nomos della terra*, in C. SCHMITT, *Stato, grande spazio, nomos*, cur. G. Maschke, G. Gurisatti, trad. it., Milano, 2015, p. 291-299.
- SCHMITT, 1959=1995=2015: C. SCHMITT, *Nomos-Nahme-Name*, in «Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Przywara», cur. S. Behn, Nürnberg, 1959, p. 92-105=*Nomos-Nahme-Name*, in C. SCHMITT, *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, cur. G. Maschke, Berlin, 1995, p. 573-591=*Nomos-Presa di possesso-Nome*, in C. SCHMITT, *Stato, grande spazio, nomos*, cur. G. Maschke, G. Gurisatti, trad. it., Milano, 2015, p. 337-367.
- SCHMITT, 1963=2003: C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, 1963=*Il concetto di 'politico'. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, cur. G. Miglio, P. Schiera, trad. it., Bologna, 2003, p. 87-208.
- SCHMITT, 1963=2005: C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, 1963=*Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, trad. it., Milano, 2005.

SCHMITT, 2015: C. SCHMITT, *Imperium. Conversazioni con Klaus Figge e Dieter Groh – 1971*, cur. F. Hertweck, D. Kisoudis, G. Giesler (con una *Postilla* di D. Groh), trad. it., Macerata, 2015.

STOLFI, 2010: E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010.

VEGETTI, 2017: M. VEGETTI, *Chi comanda nella città. I Greci e il potere*, Roma, 2017.

VERNANT, 1965=2001: J.-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les Grecs. Études de psychologie historique*, Paris, 1965=*Mito e pensiero presso i Greci. Studi di psicologia storica*, trad. it., Torino, 2001.

VOLPI, 2002: F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in C. SCHMITT, *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad. it., Milano, 2002, p. 113-149.

On the *nomos* in Carl Schmitt

Sul nomos in Carl Schmitt

Abstract

Riassunto

Carl Schmitt, fascinated by the *nomos*, goes through it in many of his contributions. Starting from the original meaning of the word, the scholar concludes that the *nomos* is the form characterising the legal system as it emerged by means of the occupation of land, in a moment coming before distribution and use. On the basis of this acquisition, Schmitt retraces the history of the relations between peoples, that is a history marked by a *nomos* that has always had the land as its core, even though its contents have changed over time: by considering the last two millennia only, he reminds the pre-eminence of the Roman Empire, of the Christian *respublica* and, then, of Europe for the last four hundred years, since the sixteenth century. Following once again Schmitt, the main features that the coming *ius gentium* will present remain to be discovered.

Attratto dal nomos, Carl Schmitt vi dedica un'ampia riflessione, che attraversa tanti suoi saggi. Muovendo dal significato originario della parola, lo studioso perviene alla conclusione che il nomos è la forma che assume l'ordinamento nel momento in cui nasce con l'occupazione di terra, prodromica alla sua ripartizione e alla sua utilizzazione. Forte di questa acquisizione, Schmitt può allora ripercorrere la storia delle relazioni tra i popoli, segnata da un nomos che sempre ha avuto come perno la terra, pur variando di contenuto: tanto da registrare nel tempo, per guardare ai due ultimi millenni, la preminenza dell'impero romano, poi della respublica christiana e quindi, per quattrocento anni a partire dal XVI secolo, dell'Europa. Resta così da scoprire, seguendo ancora una volta Schmitt, quale sarà la cifra del ius gentium venturo.

Keywords: *Nomos*, legal system, localization, *ius gentium*, Roman empire, *respublica Christiana*, Europe, new *nomos* of the Earth.

Parole chiave: *Nomos*, ordinamento, localizzazione, *ius gentium*, impero romano, *respublica christiana*, Europa, nuovo *nomos della terra*.