

# ATENE E OLTRE

SAGGI SUL DIRITTO DEI GRECI

a cura di  
CARLO PELLOSO



JOVENE 2016

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2016

ISBN 978-88-243-2454-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

## INDICE SOMMARIO

### I

#### GRECIA E ROMA

CARLO PELLOSO

*Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello  
'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano* ..... pag. 3

LUIGI GAROFALO

*Diritti greci e scienza giuridica romana* ..... » 63

PAOLA LAMBRINI

*Il dolo tra Grecia e Roma* ..... » 81

### II

#### IL DIRITTO ATENIESE E LA LOGOGRAFIA

CARLO PELLOSO

*Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di  
Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114* ..... pag. 101

MARCO FALCON

*Riflessioni sull'utilizzo dei νόμοι in Lys. 1* ..... » 147

MATTIA MILANI

*La disciplina ateniese della prostituzione maschile: considerazioni  
su Aesch. 1* ..... » 209

## III

## IL DIRITTO ATENIESE E LA SPECULAZIONE POLITICA

CARLO PELLOSO

*Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive* ..... pag. 307

ROBERTO SCEVOLA

*Per un 'ritorno' al diritto costituzionale ateniese. Le vicende del 413-410 a.C.: colpi di stato o trasformazioni legali?* ..... » 355

## IV

## IL DIRITTO OLTRE ATENE

CARLO PELLOSO

*Fase istruttoria e modalità di giudizio nella prima colonna del 'codice' di Gortina* ..... pag. 481

ROBERTO SCEVOLA

*Sulla polisiodalità delle costituzioni beotiche. Osservazioni su 'Ath. Pol.' 30 e P. Oxy. 5.842, coll. XI-XII* ..... » 515

SARA ZANOVELLO

*La natura giuridica dell'atto di affrancamento nel mondo greco* .. » 575

MIRIAM PADOVAN

*Il φαρμακός: considerazioni su un istituto panellenico* ..... » 643

*Indice delle fonti* ..... pag. 707

CARLO PELLOSO

FLESSIBILITÀ PROCESSUALE  
E REGIME SOLONICO DEL FURTO.  
A MARGINE DI DEM. 22.26-27 E DEM. 24.113-114

SOMMARIO: 1. 'Adversarial system' e 'flexibility of action'. – 2. La flessibilità processuale alla luce della persecuzione di violenza e ὕβρις. – 3. Dem. 22.26-27 e la presunta flessibilità processuale in materia di furto. – 4. Dem. 24.113-114 e la procedura di ἀπαγωγή. – 5. Dem. 24.113-114: i casi di esperibilità della δίκη κλοπῆς. – 6. Dem. 22.26-27: sulla necessità di postulare l'esistenza della γραφή κλοπῆς. – 7. Conclusioni.

1. *'Adversarial system' e 'flexibility of action'.*

Dalla natura del sistema giudiziale ateniese qualificato trasversalmente (ossia con riguardo tanto alle liti tra privati quanto ai processi pubblici) come «adversarial»<sup>1</sup>, nonché dal predicato «open texture» dei νόμοι<sup>2</sup>, non pochi storici del diritto hanno tratto, e non solo in tempi

---

<sup>1</sup> S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993, 67. Con «adversarial system» o «adversary system» si intende un sistema monoliticamente connotato, con riguardo al processo instaurato a seguito della violazione di interessi sia individuali (a mezzo di δίκαια ἰδίαι), sia super-individuali (a mezzo di δίκαια δημοσία, ancorché queste ultime ben possano essere impiegate per far valere interessi altrui e non interessi collettivi), dai principi della 'domanda di parte', della non obbligatorietà dell'azione 'penale' (o *rectius* di qualsivoglia azione), della parità formale degli avversari dinanzi ad autorità terze (magistrato istruttore e organo giudicante): cfr., sul punto, C. PELLOSO, *Protecting the Community: Public Actions and Forms of Punishment in Ancient Athens*, in E.M. HARRIS - M. CANEVARO (ed.), *Oxford Handbook of Ancient Greek Law*, Oxford (forthcoming).

<sup>2</sup> R. OSBORNE, *Law in Action in Classical Athens*, in *JHS*, CV, 1985, 40 ss., criticato per la connessione diretta (se non per l'identificazione stessa) tra 'open texture' sostanziale

recenti, una duplice convinzione. Da una parte, che nell'età degli oratori di Atene «*trials ... were disputes between opposing individuals*» e che, di conseguenza, «*punishment was designed ... to reorder the relative position of the two litigants*». Dall'altra, che una delle peculiarità più significative del sistema giudiziario fosse data dalla «*flexible choice of procedure offered to the prosecutor*»<sup>3</sup>, rimanendo «*to the victim (or other citizens) which actions to choose*»<sup>4</sup>. Secondo questa diffusa scuola di pensiero, il soprammenzionato potere di scelta implicherebbe sia un generale «*overlap*» tra una molteplicità di rimedi

---

e 'flexibility' processuale, da E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action in Classical Athens*, Oxford, 2013, 175 ss.; v., inoltre, C. CAREY, *The Shape of Athenian Laws*, in *CQ*, XLVIII, 1998, 93 ss.

<sup>3</sup> S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 160 s. (sulla scorta di R. OSBORNE, *Law in Action*, cit., 40 ss.). Secondo lo studioso, contro quell'orientamento che Hölkeskamp ha efficacemente definito in termini di 'Nomokratie' (K.-J. HÖLKESKAMP, *[In-] Schrift und Monument. Zum Begriff des Gesetzes im archaischen und klassischen Griechenland*, in *ZPE*, CXXXII, 2000, 73 ss.) va negata la concezione del 'Law' come sfera totalmente «*autonomous, self-sustained, predominant*», e come modello «*not shaped in societal needs*», contrastando l'asserita separazione tra «*political and judicial institutions*» (così R. SEALEY, *The Justice of the Greeks*, Ann Arbor, 1994, 22 e nt. 37), o, più in generale, la tendenza a vedere nella Grecia antica modelli moderni o contemporanei, come quello montesquieiano (cfr. S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 299 s.).

<sup>4</sup> D. COHEN, *Law, Violence, and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1995, 121, che – a pagina 118 – fa precedere quanto riportato in testo dall'assunto secondo cui «*these individuals come to the courts not in pursuit of abstract justice (or many at least do not), but rather out of enmity and rivalry, to obtain revenge or to pursue their conflicts, even to death*». Tale impostazione presuppone la ferma convinzione secondo cui non fosse vigente, come «*one of the most important Greek values*», il cosiddetto «*rule of Law*» (come invece sostengono E.M. HARRIS - L. RUBINSTEIN, *Introduction*, in *The Law and the Courts in Ancient Greece*, London, 2004, 1); secondo Cohen, l'Atene degli oratori va configurata come una «*agonistic society*» in cui vengono calate le caratteristiche dell'antica 'shame culture' (invero maggiormente conforme agli schemi intersoggettivi emergenti nei poemi omerici) in un'epoca, quella del V e del IV secolo a.C., in cui ai valori competitivi e di tipo 'faidico' (ossia agonali) si erano già sostituiti i pilastri della legalità e della sovranità nomica (v., sul punto, ampiamente, E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 21 ss., 60 ss.; per un diverso approccio alle fonti, di indole marcatamente sociologica, cfr. M.R. CHRIST, *The Litigious Athenian*, Baltimore - London, 1998, *passim*, che nonostante critichi gli eccessi della visione di Cohen, in molti punti ad essa si adegua; J. OBER, *Mass and Elite in Democratic Athens*, Princeton, 1989, *passim*; V. HUNTER, *Policing Athens. Social Control in the Attic Lawsuits, 430-320 B.C.*, Princeton, 1994, *passim*). Cfr., inoltre, M.H. HANSEN, 'Apagoge', 'Endeixis' and 'Ephesis' against 'Kakourgoi', 'Atimoi' and 'Pheugontes', Odense, 1976, 20, secondo cui «*it is an accepted modern conception of law and justice that an offender deserves one and the same punishment regardless of the legal procedure employed against him. Not so in Athens*».

processuali concorrenti tra loro simultaneamente ed elettivamente (se non cumulativamente)<sup>5</sup>, sia – il che sarebbe, in un dato ordinamento giuridico, l'aspetto più problematico – una apparente irrilevanza della valutazione, in termini obiettivi, degli atti compiuti da un φεύγων o da un κατηγορούμενος ai fini ultimi della determinazione delle azioni esperibili, delle sanzioni irrogabili, nonché dei rischi corribili da entrambe le parti nel processo. In altre parole, questa prospettiva propone l'intercambiabilità totale dei rimedi, nonché il pieno diritto di scelta circa il mezzo lasciato alla parte lesa. A me pare che la – innegabile – pluralità di azioni rese teoricamente esperibili in diritto ateniese *de eadem re* sia stata oggetto di una enfattizzazione eccessiva da parte degli autori che, o incidentalmente o approfonditamente, hanno trattato la questione: una patente debolezza di fondo, almeno *sub specie iuris*, mina radicalmente questo tipo di ricostruzioni avanzate da studiosi sì di diritto greco, ma di formazione letteraria<sup>6</sup>, che non ritengo abbiano adeguatamente prestato attenzione alla struttura, in generale, degli illeciti e alle ripercussioni di quest'ultima sul piano della procedura. Se, da un lato, già è stato evidenziato come la flessibilità processuale non sia una conseguenza diretta della generalità ed astrattezza delle norme primarie<sup>7</sup>, dall'altro, mi pare che meriti un approfondimento lo studio, a livello di diritto sostanziale e processuale, del nesso variabile tra i seguenti termini: elementi costitutivi delle fattispecie di ἀδίκημα, concorso di illeciti, concorso di giudizi promuovibili.

<sup>5</sup> Cfr., *ex plurimis* (e con ricostruzioni, approcci, metodologie tra loro assai divergenti), H. BREWER, *Die Unterscheidung der Klagen nach attischen Recht und die Echtheit der Gesetze in §§ 47 und 113 der Demosthenischen Midiana*, in *Weiner Studien*, XXII, 1900, 267; E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen zur Geschichte des Athenischen Rechts*, Köln, 1968, 362 ss.; M.H. HANSEN, 'Apagoge', cit., 120; R. OSBORNE, *Law in Action*, cit., 48; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 66, 160 ss.; D. COHEN, *Law, Violence, and Community*, cit., 121 s.; D. ALLEN, *The World of Prometheus: The Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton, 2000, 222 ss.; E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society and Politics*, Cambridge - New York, 2006, 400.

<sup>6</sup> Per ulteriori critiche a tale impostazione, cfr. C. CAREY, *Offence and procedure in Athenian Law*, in E.M. HARRIS - L. RUBINSTEIN (ed.), *The Law and the Courts in Ancient Greece*, cit., 111 ss.

<sup>7</sup> M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 175 ss.; C. CAREY, *The Shape of Athenian Laws*, cit., 93 ss.

2. *La flessibilità processuale alla luce della persecuzione di violenza e ὕβρις.*

Secondo il modello delineato, ancorché per approssimazione, nel precedente paragrafo, se un cittadino ateniese fosse stato vittima di una 'aggressione fisica' sarebbe stato ammesso ad agire contro l'autore dell'illecito discrezionalmente vuoi attraverso un'azione privata per lesioni, ossia la δίκη αικείας (e similmente si è sostenuto anche con riguardo all'ipotesi di 'violenza sessuale' perseguibile con δίκη βιαίων ο βλάβης), vuoi attraverso un'azione, di per sé esperibile da ὁ βουλούμενος, per ὕβρις<sup>8</sup>.

Prima di tutto, a livello processuale, va rimarcato come la αικεία sia un illecito privato sanzionabile a mezzo di azione volta alla comminazione di una pena pecuniaria privata in un importo determinato<sup>9</sup> (attraverso il procedimento di τήμησις e ἀντιτήμησις)<sup>10</sup>; la ὕβρις, invece, è illecito (cd. pubblico) reprimibile con azione idonea, sempre attraverso il summenzionato procedimento di stima, alla comminazione anche della pena capitale<sup>11</sup>. Si tratta, dunque, di figure ben distinte, sia sotto il profilo del bene tutelato dalle rispettive norme sanzionatorie, sia sotto il profilo delle rispettive modalità di persecuzione giudiziale e di repressione<sup>12</sup>.

In secondo luogo, per l'aspetto sostanziale (nonché per quello relativo all'onere della prova in capo all'attore), è da notare come la prima ipotesi di ἀδίκημα – per quanto concerne la sua struttura materiale – implica che l'autore dell'illecito convenuto in giudizio (φεύγων) abbia

<sup>8</sup> Cfr. M. CHRIST, *The Litigious Athenian*, cit., 131; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 270 s.: e ciò sulla base, anzitutto, di Isoc. 20.2 e di Dem. 54.1.

<sup>9</sup> Isoc. 20.19; Dem. 47.40; Dem. 47.45-47; Dem. 54.17-19; cfr. D.M. MACDOWELL, *The Law in Classical Athens*, London, 1978, 123; ID., *Demosthenes: Against Meidias*, Oxford, 1990, 254; D. SPATHARAS, *Wounding, Rhetoric and the Law in Lysias IV*, in *RIDA*, LIII, 2006, 87 ss.; D.D. PHILLIPS, 'Trauma ek pronoias' in Athenian Law, in *JHS*, CXXVII, 2007, 74 ss.

<sup>10</sup> Dem. 21.47; Lys. fr. 44 (Thalheim); Din. 1.23; Aesch. 1.16.

<sup>11</sup> Cfr. A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, *Procedure*, London, 1971, 80 ss.

<sup>12</sup> Arist. *rhet.* 1374 a 13; v. C. CAREY, *Offence*, cit., 118; A. LANNI, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge, 2006, 92 s. e nt. 88; per una distinzione sotto il profilo degli aspetti procedurali, cfr. C. CAREY - R. REID, *Demosthenes: Selected Private Speeches*, Cambridge, 1985, 75 ss.; R. OSBORNE, *Law in Action*, cit., 50 s.; N.R.E. FISHER, 'Hybris'. *A Study in the Values of Honour and Shame in Ancient Greece*, Warminster, 1992, 36 ss.; M. CHRIST, *The Litigious Athenian*, cit., 130 ss.



procurato al soggetto passivo, legittimato attivo alla *δίκη* (*δίκων*), lesioni fisiche (o percosse) tenendo una condotta aggressiva e non reattiva, nonché, tendenzialmente, senza l'uso di armi<sup>13</sup>. La seconda è, invece, figura di illecito molto più articolata: è a condotta libera, ricomprendendo una vasta gamma di contegni umani di per sé stessi considerati ora leciti (come nel caso del rapporto sessuale anche con consenziente o della conclusione di un contratto di *μίσθωσις*), ora illeciti (come la violenza fisica e la violazione di domicilio)<sup>14</sup>, idonei a determinare nell'autore una posizione di dominio e di prevaricazione sulla persona offesa; è connotato da dolo specifico, implicando per l'accusa un onere della prova assai più difficile rispetto a quello incombente sul legittimato attivo alla *δίκη αικείας*, atteso che l'elemento soggettivo – quale opposto della *σοφροσύνη* – si risolve nell'intenzione nel soggetto *ὑβρίζων* di provocare, mediante la condotta tenuta, disonore e umiliazione nella vittima (ossia un depauperamento di *τιμή*), in corrispondenza al piacere personale suscitato dalla prevaricazione nel soggetto attivo dell'illecito<sup>15</sup>. Da ciò consegue evidentemente come, ove la integrità fisica sia lesa in una con l'intenzione da parte del soggetto attivo di pregiudicare la altrui *τιμή* per personale soddisfazione e di guadagnarne un senso di dominio, si profili un 'illecito complesso in senso lato', ossia una fattispecie di *ἀδίκημα* che presenta struttural-

<sup>13</sup> Dem. 47.40; Lys. 4.11; Ant. 4.2.1.

<sup>14</sup> Arist. *pol.* 1315 a 17; Dem. 22.58; Aesch. 1.15.

<sup>15</sup> Cfr. Dem. 21.72; Isoc. *Loch.* 5-6; Arist. *rbet.* 1374 a 14, 1378 b 23-35. Cfr. N.R.E. FISHER, 'Hybris' and Dishonour, I, in *Greece & Rome*, XXIII.2, 1976, 177 ss., 185: «ὑβρις ... is ... virtually co-extensive with that of the concepts to which it is linked, those of honour (*time*), shame, etc.; areas where there is strong obligation on men to treat others with respect, to honour people, laws, moral codes, or gods, these are the areas where flagrant breaches of the norms are frequently labelled *hybris*» (v., inoltre, ID., *La legge sulla 'hybris' ad Atene*, in *Aion [acheol.]*, IX, 1987, 99 ss.; ID., 'Hybris', cit., 7 ss.); v., differientemente, D.M. MACDOWELL, 'Hybris' in Athens, in *Greece & Rome*, XXIII.1, 1976, 14 ss., a cui avviso è «having energy or power and misusing it self-indulgently». Cfr., inoltre, C. CAREY, *Offence*, cit., 118; V. WOHL, *Law's Cosmos. Juridical Discourse in Athenian Forensic Oratory*, Cambridge, 2010, 115; D.D. PHILLIPS, 'Hybris' and the Unity of Greek Law, in *Symposion 2013*, Wien, 2014, 85 e nt. 44: autori, questi ultimi, che paiono valorizzare – rispetto a Fisher, più concentrato sugli elementi materiali dell'illecito, nonché rispetto a MacDowell, orientato ad una strutturazione più soggettiva – tanto l'elemento psicologico della volontà colpevole (*mens rea*), quanto il fatto materiale (*actus reus*); v., di poi, D.L. CAIRNS, 'Hybris', *Dishonour and Thinking Big*, in *JHS*, CXVI, 1996, 1 ss., che, partendo dalla posizione di MacDowell, enfatizza alquanto il concetto di *τιμή*.

mente gli elementi costitutivi di uno specifico illecito (lesioni fisiche o percosse), già di per sé solo sanzionato, oltre ad ulteriori elementi che valutati di per sé risultano inadeguati ad integrare una autonoma e distinta fattispecie rilevante (vale a dire una forma gravissima di colpevolezza consistente in un ‘dolo’ che, per le sue caratteristiche proprie, si potrebbe definire unicamente come ‘hybristico’).

A mente delle pregresse precisazioni al livello di configurazione strutturale delle sopraddette figure di illecito (con le dovute ripercussioni sul piano probatorio), vero è, inoltre, che alla luce dei beni giuridici protetti (rispettivamente integrità fisica e τιμή), non si profila, per diritto ateniese, un ‘concorso apparente di norme’ suscettibile di essere risolto mediante l’applicazione del criterio di specialità o quello di assorbimento: e ciò anche per la già citata peculiarità del sistema giudiziario ateniese, in virtù della quale ogni illecito è perseguito, a prescindere dal bene protetto e dalla individualità o dalla super-individualità dello stesso, su istanza di parte (che, a seconda dei casi, o agisce con δίκη *pro se* quale παθών, o agisce con γραφή *pro alio* o *pro civitate* quale βουλόμενος)<sup>16</sup>.

Integrandosi tale fattispecie – vale a dire ὕβρις a mezzo di conegni che cagionano un *vulnus* all’integrità fisica –, si determina, invero, un ‘concorso formale eterogeneo’ di illeciti con la violazione sia della disposizione che vieta la αἰκεία (disposizione senza dubbio alcuno a presidio di un interesse individuale), sia di quella che vieta la ὕβρις (disposizione a presidio di un interesse che qui mi limito a qualificare come suscettibile di essere fatto valere super-individualmente, pur ciò non significando automaticamente che il bene della vita protetto sia senz’altro ‘pubblico’<sup>17</sup>): concorso, quello in parola, cui non corrispondo, al livello processuale, un ‘cumulo di azioni’ e un ‘cumulo di pene’, ma cui è riconnessa la elettività dell’azione, vigendo in Atene classica, per diritto processuale, non solo – come poc’anzi rammentato – il

<sup>16</sup> Cfr., per tutti, Isoc. 20.2; Isae. 11.32.

<sup>17</sup> V., sul punto, C. PELLOSO, ‘Popular Prosecution’ in *Early Athenian Law: the Draconian Roots of the Solonian Reform*, in *EHHD*, XLV, 2014-2015, 31 ss., ove si mette in luce come le azioni di origine solonica ‘scritte’ nascano come rimedi per far valere interessi particolari da parte di soggetti incapacitati di fatto o di diritto. Nulla esclude, anche nel prosieguo di tempo, che la primaria funzione delle azioni δημοσία sia rimasta quella di ottenere riconoscimento e tutela di un bene della vita *pro alio* e non *pro civitate*. Per la ὕβρις è, in concreto, da Dem. 21.8 e da Dem. 21.45 che si evince l’interesse pubblico che con l’azione si intende tutelare.

principio generale della domanda di parte e quello della non obbligatorietà dell'azione penale, ma altresì quello del *ne bis in idem* (sia sostanziale, sia processuale). Quando una condotta umana – già di per sé vietata e sanzionata da un dato νόμος – viene etichettata, in considerazione dell'elemento soggettivo e dell'esito del contegno (disonore per il soggetto passivo corrispondente al conseguimento di senso di superiorità nel soggetto attivo), sotto la rubrica ὕβρις (con violazione, quindi, del νόμος ὕβρεως), è giocoforza ritenere che essa rimanga suscettibile di essere descritta e valutata autonomamente come figura di illecito *de facto* incluso, ma *de iure* – non risultando né assorbito o consumato dalla ὕβρις, né irrilevante per specialità della norma incriminatrice della ὕβρις – ancora perseguibile con l'esperimento di un'azione privata tipica, come, per l'appunto, nell'ipotesi di 'lesioni alla integrità fisica' o 'percosse', oppure in quella, diversa, di 'violenza sessuale': αἰχρεία e βία, infatti, indicano illeciti che, ai fini della loro persecuzione, prescindono dall'elemento soggettivo richiesto per la ὕβρις<sup>18</sup>. In certuni altri casi la ὕβρις assume, invece, rispetto all'illecito base, i connotati di una autentica aggravante propria di una figura a struttura complessa in senso stretto, come nel caso di cd. 'adulterio' o di 'seduzione'. Ove si configuri, infatti, la violazione da parte del μοιχός dell'οἶκος del soggetto passivo dell'offesa (ossia il padre, il fratello, il marito, il concubino della donna onesta con cui viene intrattenuta una relazione sessuale disapprovata dal sistema in quanto estraneo al coniugio), il diritto ateniese attribuisce a quest'ultimo il potere di mettere a morte sul momento il μοιχός, ove l'autore dell'illecito o sia

<sup>18</sup> Cfr., per tutti, R. OMITOWOJU, *Rape and the Politics of Consent in Classical Athens*, Cambridge, 2002, *passim*. Va precisato che non è seguibile E. CANTARELLA, *Gender, Sexuality and Law*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge - New York, 2005, 244, là ove, sulla scorta di E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law*, cit., 283 ss., sostiene che «rape and adultery, then, were punished with a variety of penalties that ranged from a fine to death» e che «neither of these crimes was more hideous *per se*». Invero la premessa non è dogmaticamente corretta, atteso che l'ipotesi di 'rape' era punibile con pena capitale non in quanto tale, ma solo se attraverso la 'violenza sessuale' si integrava la condotta di un più ampio illecito (a condotta libera, per l'appunto), ossia quello di ὕβρις; inoltre, mentre la μοιχεία era punibile *per se* con la morte (cfr. Lys. 13.75, sempre che il passo non si riferisca alla messa a morte del μοιχός colto sul fatto: cfr. A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, *The Family and Property*, Oxford, 1968, 34 s.), la violenza sessuale (che non integrasse, per l'appunto, ὕβρις) era sanzionata con una pena pecuniaria fissata nel doppio della βλάβη cagionata (Lys. 1.32; cfr., inoltre, Dem. 21.43; Harp. voce 'βιαιών').

colto sull'atto<sup>19</sup> o, colto in quasi-flagranza, confessi<sup>20</sup>. Altrimenti – cioè sia in assenza di flagranza, sia in assenza di violazione del domicilio –, tale illecito risulta perseguibile con γροαφή tesa, al pari della stessa γροαφή ὕβρεως, alla comminazione di una pena non prefissata per νόμος, ma votabile dal tribunale e, quindi, variabile caso per caso (in spregio, in altre parole, al nostro 'principio di legalità')<sup>21</sup>.

In conseguenza di tale quadro, sulla base del principio generale della domanda di parte, il soggetto offeso può, se del caso, tanto esperire – quale unico legittimato attivo – una δίκη privata per αικεία o per βία, quanto promuovere – e cioè, data la natura dell'azione, al pari di ogni

<sup>19</sup> Cfr. Plut. *Sol.* 23; Dem. 23.53; *Ath. Pol.* 57.3; v., altresì, Lys. 1.29, che è, a mio credere, da interpretare correttamente non come allusivo alla procedura straordinaria di conduzione del μοιχός, a mezzo di ἀπαγωγή dei κατοῦργοι, davanti agli Undici (così, invece, U.E. PAOLI, *Il reato di adulterio [μοιχεία] in diritto attico*, in *SDHI*, XVI, 1950, 153; D. COHEN, *The Athenian Law of Adultery*, in *RIDA*, XXXI, 1984, 147 ss., 156 ss.; ID., *Law, Sexuality and Society. The Enforcement of Morals in Classical Athens*, Cambridge, 1991, 110 ss.; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 276 ss.; ID., *A Commentary on Lysisas, Speeches 1-11*, Oxford, 2007, 124 s.), bensì come allusivo al caso di 'self-help' autorizzato comprensivo del *ius occidendi* (così, espressamente, C. CAREY, *Rape and Adultery in Athenian Law*, in *CQ*, LXV, 1995, 412; W. SCHMITZ, *Der 'nomos moicheias'. Das athenische Gesetz über den Ehebruch*, in *ZSS*, CXXVI, 1997, 56 s.; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 88). E ciò, atteso sia che alla luce di Ant. 5.9, *Ath. Pol.* 52.1, Lys. 10.7-10, Dem. 24.113, Dem. 54.24, Isoc. 15.90, non pare affatto annoverabile il μοιχός nella categoria dei cd. κατοῦργοι (ossia: ladri, rapinatori, sequestratori di persona), sia che Aesch. 1.90-91 (che menziona rapinatori, ladri, 'adulteri'-seduttori), omicidi e ulteriori autori di gravissimi illeciti) non rappresenta una coerente, lucida ed esaustiva descrizione della sfera di applicabilità della ἀπαγωγή dei κατοῦργοι (cfr., esattamente, M. GAGARIN, *The Prosecution of Homicide in Athens*, in *GRBS*, XX, 1979, 317 ss., seguito da E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law*, cit., 291 ss., nonché da C. PELLOSO, 'Popular Prosecution', cit., 49, contro la ricostruzione di M.H. HANSEN, 'Apagoge', cit., 44 s., fatta propria da D. COHEN, *The Athenian Law of Adultery*, cit., 147 ss.). Diversamente, v. E. CANTARELLA, 'Moicheia'. *Reconsidering a Problem*, in *Symposion 1990*, Köln - Weimar - Wien, 1991, 289 ss., nonché L. PEPE, 'Phonos'. *L'omicidio da Draconte all'età degli oratori*, Milano, 2012, 212 ss. che, una volta qualificato il μοιχός tra i κατοῦργοι (giusta, per l'appunto, Lys. 1.29 ed Aesch. 1.90-91), ritengono – la prima implicitamente, la seconda esplicitamente – per questi ultimi tanto la ἀπαγωγή agli Undici, quanto la immediata messa a morte, come due praticabili alternative per l'ipotesi di flagranza.

<sup>20</sup> Così, correttamente, E. CANTARELLA, 'Moicheia', cit., 289 s.

<sup>21</sup> Cfr. L. FOXHALL, *Response to E. Cantarella*, in *Symposion 1990*, Köln - Weimar - Wien, 1991, 301. Sulla pena per il caso di μοιχεία, v. S.G. COLE, *Greek Sanctions against Sexual Assault*, in *CPh*, LXXIX.2, 1984, 104 (che esclude la pena capitale), nonché E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law*, cit., 288 s., ed E. CANTARELLA, *Gender*, cit., 243 s. (che, di contro, giustamente sottolineano la determinabilità mediante τίμησις della pena capitale, al pari di quanto accade con γροαφή ὕβρεως, nel giudizio per cd. adulterio o seduzione).

altro cittadino ateniese – un ἄγων δημόσιος per ὕβρις. Ove si profili, mediante la medesima condotta materiale (cd. seduzione di donna onesta o adulterio), tanto μοιχεία non flagrante, quanto ὕβρις<sup>22</sup>, illeciti entrambi perseguibili autonomamente con γραφή nelle forme dell'ἄγων τιμητός, ancora una volta (ossia sempre sulla base del principio generale della domanda di parte a fronte del 'concorso formale di illeciti eterogeneo'), la scelta dell'uno o dell'altro capo di imputazione sarà rimessa alla parte accusatrice (ὁ βουλόμενος). Tanto nel primo quanto nel secondo caso (1. δίκη αἰκείας / γραφή ὕβρεως; 2. γραφή μοιχείας / γραφή ὕβρεως), una volta promosso uno dei due tipi di giudizio, l'altro – in concorso elettivo – non sarà più celebrabile in conformità al principio nomico per cui ἅπαξ περὶ τῶν αὐτῶν πρὸς τὸν αὐτὸν εἶναι τὰς δίκας (in merito allo stesso fatto vi siano azioni nei confronti dello stesso soggetto solo per una volta)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Ovviamente, nel caso di μοιχεία aggravata da violazione di domicilio, le condotte in questione sono due: cfr. E. CANTARELLA, *Diritto Greco. Appunti delle lezioni*, Milano, 1994, 52, la quale, con riguardo a Lys. 1, mette in evidenza come Eratostene abbia commesso μοιχεία sulla moglie di Eufileto ed abbia oltraggiato questi entrando nella sua casa, di talché «i due fatti ... sono tenuti distinti dalla parte lesa, che scinde chiaramente il reato che Eratostene ha commesso unendosi a sua moglie (e che qualifica come μοιχεία), dall'ulteriore e diverso atto illecito, qualificato ὕβρις, che costui ha commesso introducendosi nella sua casa». Più esattamente ancora: la μοιχεία (ove non fosse stata colta in quasi flagranza) sarebbe stata commessa da Eratostene con l'aggravante dell'atto e dell'intento hybriatici verso Eufileto. Ergo, questi (al pari di ogni βουλόμενος) avrebbe potuto esperire tanto l'una, quanto l'altra azione: non vi sarebbe, cioè, solamente un illecito complesso in senso stretto (la cui struttura sarebbe data dalla somma di due distinti illeciti) suscettibile di essere fatto valere, ma tanto l'ipotesi più grave (μοιχεία aggravata dalla hybriatica consumazione del rapporto nel domicilio del soggetto leso) quanto quella inclusa *de facto* (ὕβρις perfezionata attraverso la violazione di domicilio) rimarrebbero ancora autonomamente perseguibili.

<sup>23</sup> Dem. 38.16; v., inoltre, Dem. 24.54, nonché Dem. 20.147 e Dem. 40.39-43. Da tali passi emerge chiaramente l'operatività, anche per diritto processuale ateniese, del principio per cui solo una volta è esperibile un'azione – e non solo la stessa azione (ossia operando il principio di preclusione a prescindere dal nome nomico del rimedio) – nei confronti della medesima parte e per i medesimi fatti (H.J. WOLFF, *Die attische Paragraphe*, Weimar, 1966, 90, nt. 8, 103; E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 72 ss.; M. FARAGUNA, *Alcibiade, Cratere e gli archivi giudiziari ad Atene*, in M. FARAGUNA - V. VEDALDI IASBEZ [ed.], *Dynasthai didaskein. Studi in onore di Filippo Cassola*, Trieste, 2006, 206; M. CANEVARO, *The Documents in the Attic Orators. Laws and Decrees in the Public Speeches of the Demosthenic Corpus*, Oxford, 2013, 138 ss.): se si agisce per il fatto della lesione con δίκη αἰκείας, il medesimo fatto non sarà invocabile nell'atto di accusa a mezzo di γραφή ὕβρεως (e *vice versa*); se si agisce per il fatto dell'adulterio aggravato dalla violazione di domicilio mediante γραφή μοιχείας, il medesimo fatto (violazione di domicilio) non sarà possibile far valere in una seconda γραφή questa volta ὕβρεως.

Diversamente, se sono integrati i soli elementi costitutivi dell'illecito base – 'lesioni semplici', 'violenza sessuale semplice', 'rapporto sessuale a-coniugale non aggravato da oltraggio disonorevole'<sup>24</sup> – la γραφή ὕβρεως non risulta esperibile fondatamente da alcuno<sup>25</sup>, in

<sup>24</sup> Opportunamente procede a operare una distinzione tra 'atto violento' e 'atto hybristico', E. CANTARELLA, *Gender*, cit., 243 ss.; EAD., *I reati sessuali nel diritto ateniese. Alcune considerazioni su 'moicheia' e violenza sessuale*, in *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Milano, 2011, 387 ss. (così già K.J. DOVER, *Greek Homosexuality*, Cambridge, 1978, 36); sulla distinzione tra ὕβρις e αἰκία, v. le note di R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 88 ss.; cfr., inoltre, C. CAREY, *Offence*, cit., 118; A. LANNI, *Law and Justice*, cit., 92 s.

<sup>25</sup> Alla luce di ciò, ben si comprende il tenore di Isoc. 20.2 (ἔπειτα τῶν μὲν ἄλλων ἐγκλημάτων αὐτῷ τῷ παθόντι μόνον ὁ δράσας ὑπόδικός ἐστιν· περὶ δὲ τῆς ὕβρεως, ὡς κοινοῦ τοῦ πράγματος ὄντος, ἔξεστι τῷ βουλομένῳ τῶν πολιτῶν γραψαμένῳ πρὸς τοὺς θεσμοθέτας εἰσελθεῖν εἰς ὑμᾶς) e di Dem. 54.1 (ὕβρισθεῖς, ὧ ἄνδρες δικασταί, καὶ παθῶν ὑπὸ Κόνωνος τουτουῖ τοιαῦτα, ὥστε πολὺν χρόνον πάνυ μῆτε τοὺς οἰκειοὺς μῆτε τῶν ἰατρῶν μηδένα προσδοκᾶν περιφεύξεσθαι με, ὑγίανας καὶ σωθεῖς ἀπροσδοκῆτως ἔλαχον αὐτῷ τὴν δίκην τῆς αἰκείας ταυτηνί. πάντων δὲ τῶν φύλων καὶ τῶν οἰκειῶν, οἷς συνεβουλευόμην, ἔνοχον μὲν φασκόντων αὐτὸν ἐκ τῶν πεπραγμένων εἶναι καὶ τῇ τῶν λωποδυτῶν ἀπαγωγῇ καὶ ταῖς τῆς ὕβρεως γραφαῖς, συμβουλευόντων δέ μοι καὶ παραινούντων μὴ μείζω πράγματ' ἢ δυνησομαι φέρειν ἐπάγεσθαι, μηδ' ὑπὲρ τὴν ἡλικίαν περὶ ὧν ἐπεπόνθειν ἐγκαλοῦντα φαίνεσθαι, οὕτως ἐποίησα καὶ δι' ἐκείνους ἰδίαν ἔλαχον δίκην, ἥδιστ' ἄν, ὧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, θανάτου κρίνας τουτονί). Contro le opinioni espresse da M. CHRIST, *The Litigious Athenian*, cit., 131, e da S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 270 s., vero è, infatti, che le due fonti non presuppongono affatto la totale discrezionalità nella scelta del mezzo processuale impiegabile nel singolo caso concreto: come già aveva messo in evidenza C. CAREY, *The Shape of Athenian Laws*, cit., 98, nt. 18, «the 'flexibility' model is broadly correct, but it cannot be applied without differentiation to the system as a whole. Some delicts were susceptible only to one action or category (public/private) of actions, and in other cases (as for instance the range of remedies against the *moichos*) the range of actions available depended on the circumstances of transgression or detection». Isocrate sottolinea come talune pretese (come quella in ipotesi di lesioni) siano dispiegabili soltanto dalla persona danneggiata nei confronti dell'autore dell'illecito e, quindi, legittimato passivo all'azione; mentre altre (come quella per ὕβρις) sono esperibili da chicchessia (senza che ciò significhi che là ove è esperibile l'una sia anche esperibile l'altra). Demostene rimarca solo come, ove sia commessa ὕβρις a mezzo di αἰκεία (illecito a struttura complessa in senso lato), da una parte, quest'ultima non sia inesorabilmente assorbita o consumata o considerata irrilevante (di modo che il concorso apparente di norme non è invocabile), dall'altra, il concorso formale eterogeneo sul piano della sostanza si riverberi processualmente nella esperibilità dell'una e dell'altra azione in concorso elettivo tra loro: il che non significa affatto che l'oratore assuma che in presenza di sola αἰκεία sia sempre esperibile anche la γραφή ὕβρεως. E così, del resto, non è vero che in Isae. 11.32 (οὐκοῦν οὐ δεῖ προσέχειν ὑμᾶς τοῖς τούτου λόγοις τὸν νοῦν, οὐδ' ἐπιτρέπειν, οὐδ' ἐθέλειν εἶναι γραφᾶς περὶ ὧν ἰδίας δίκας οἱ νόμοι πεποιήκασιν) Teopompo «is making a sophistic point in arguing that he should not have been sued by way of a public suit», in quanto «the suggestion ... that where a δίκη lay a γραφή ... was barred is certainly

quanto non ogni αἰκεία, non ogni βία, non ogni μοιχεία, implica di per sé, sul piano psicologico, 'dolo hybristico' dell'agente (offensore oppure μοιχός), nonché, sul piano degli effetti della condotta, 'umiliazione hybristica' per il soggetto passivo dell'illecito (offeso oppure κύριος o concubino della donna onesta μοιγευθείσα<sup>26</sup>).

---

false» (A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 76, nt. 1): a mente delle osservazioni in testo e nella presente nota, il discorso si rivela lucido, rigorosissimo, pienamente conforme al diritto processuale e sostanziale ateniese, in quanto se una γραφή è volta a perseguire un illecito di struttura complessa, gli illeciti che ne rappresentano gli elementi costitutivi rimangono sanzionabili mediante δίκη, laddove se un semplice illecito è integrato, senza che una più ampia figura di κακούργημα sia perfezionata, allora solo una δίκη è attivabile. Cfr., inoltre, Dem. 21.25-26, 28, 32, 22.25-27, 45.4; Lys. 1.44; Isoc. 16.2, 18.51; Hyp. 3.4-6 (nonché Hyp. 1.12, 4.5-6; Dem. 35.47-48, 37.33-37; Ant. 5.9-10); Poll. *onom.* 8.41.

<sup>26</sup> Il caso della seduzione della παλλακή volta a generare figli liberi (cfr. Dem. 23.53), va tenuto a sé in quanto questa, a differenza delle altre μοιγευθείσαι, non sarebbe stata «under her concubine's kyrieia» (E. CANTARELLA, *Moicheia*, cit., 293). Tale παλλακή rientra tuttavia nell'elenco delle donne 'oneste' sia in quanto, come queste ultime, viveva *de facto* in un οἶκος (a differenza delle cd. seduttrici: cfr. E. CANTARELLA, *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte e seduttrici?*, in *Atti del II Convegno Nazionale di Studi su 'La donna nel Mondo Antico' [Torino, 18-19-20 aprile 1988]*, a cura di R. Uglione, Torino, 1989, 50), sia in quanto i nati dalle unioni tra un ateniese e la sua παλλακή erano sì, *sub specie* dello *status familiae*, νόθοι, ossia figli non γνήσιοι (legittimi) riconosciuti, ma, quanto a *status libertatis et civitatis*, erano 'liberi e cittadini', se la παλλακή era ἄστυ, mentre erano liberi ma non cittadini, se la παλλακή era ξένη (cfr., in termini simili, E. CANTARELLA, *Filiazione legittima e cittadinanza*, in *Symposion 1995*, Köln - Weimar - Wien, 1997, 97 ss.), sempre che sia corretta – come credo – l'interpretazione della legge di Pericle del 451 a.C. di cui ad *Ath. Pol.* 42.1-2, secondo cui la nascita entro giuste nozze non era un requisito dell'acquisto della cittadinanza ateniese, essendo sufficiente che entrambi i genitori fossero almeno ἄστοί (cfr., *ex plurimis*, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 63 ss.; D.M. MACDOWELL, *Bastards as Athenian Citizens*, in *CQ*, XXVI, 1976, 88 ss.; K.R. WALTERS, *Perikles' Citizenship Law*, in *Classical Antiquity*, II, 1983, 314 ss.; *contra*, v. H.J. WOLFF, *Marriage Law and Family Organization in Ancient Athens*, in *Traditio*, II, 1944, 43 ss.; P.J. RHODES, *Bastards as Athenian Citizens*, in *CQ*, XXVIII, 1978, 89 ss.; A. MAFFI, *Matrimonio, concubinato e filiazione illegittima nell'Atene degli oratori*, in *Symposion 1985*, Köln - Wien, 1989, 177 ss.; C. MOSSÉ, *La place de la pallakè dans la famille athénienne*, in *Symposion 1990*, Köln - Weimar - Wien, 1991, 273 ss.; C. PATTERSON, *Those Athenian Bastards*, in *Classical Antiquity*, IX.1, 1990, 40 ss.; D. OGDEN, *Greek Bastardy in the Classical and Hellenistic Periods*, Oxford, 1996, 151 ss.), laddove, prima, era lo *status* del padre soltanto a rilevare (cfr. C. PATTERSON, *Pericles' Citizenship Law of 451-50 B.C.*, Salem, 1981, 1 ss.; P.B. MANVILLE, *The Origins of Citizenship in Ancient Athens*, Princeton, 1990, 3 ss.).

### 3. *Dem. 22.26-27 e la presunta flessibilità processuale in materia di furto.*

Ciò precisato circa i fondamenti e i portati della tesi della ‘flexibility of action’, sia in generale sia con specifico riguardo al concorso elettivo tra azioni per lesioni fisiche, violenza, adulterio-seduazione, da un lato, e azione per oltraggio, dall’altro (tesi risultata orientata a vanificare, per diritto ateniese, il principio della perseguibilità dell’illecito in sé e per sé, giusta la sua oggettiva e materiale configurazione, nonché ad elevare a perno del sistema la tendenzialmente pura ‘discrezionalità’ della parte che, παθών ο βουλόμενος, promuove – a seguito di ponderato calcolo personale, al livello di rischi sopportabili e di esiti auspicabili – il processo)<sup>27</sup>, è opportuno segnalare come anche Dem. 22.26-27<sup>28</sup>, in tema di κλοπή<sup>29</sup>, sia stato non di rado invocato a ulteriore dimostrazione della fisiologica flessibilità procedurale del sistema ateniese classico.

<sup>27</sup> Come rimarca persuasivamente Harris, aderire a tale impostazione (cfr., per tutti, R. OSBORNE, *Law in Action*, cit., 40 s.; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 160 ss.), significa ritenere che «the Athenians created different types of procedures to suit the different social positions of potential litigants and that substantive differences were not important» e, dunque, negare al contempo che «the procedure was made to fit the crime, not the social status of the plaintiff» (E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law*, cit., 389 e nt. 33).

<sup>28</sup> Dem. 22.26-27: δειν δ’ ὄετο μηδέν ἀποστερείσθαι τοῦ δίκης τυχεῖν, ὡς ἕκαστος δύναται. πῶς οὖν ἔσται τοῦτο; ἐάν πολλὰς ὁδοὺς δῶ διὰ τῶν νόμων ἐπὶ τοὺς ἠδικηκότας οἷον τῆς κλοπῆς. ἔρρωσαι καὶ σαυτῷ πιστεύεις· ἀπαγε· ἐν χιλίας δ’ ὁ κίνδυνος. ἀσθενέστερος εἶ τοῖς ἀρχουσιν ἐφηγοῦ· τοῦτο ποιήσουσιν ἐκείνοι. φοβεῖ καὶ τοῦτο· γράφου. καταμέμφει σεαυτὸν καὶ πένης ὦν οὐκ ἂν ἔχοις χιλίας ἐκτεῖσαι· δικάζου κλοπῆς πρὸς διατητῆν καὶ οὐ κινδυνεύσεις. Sul passo, v. R. OSBORNE, *Law in Action*, cit., 42 s.; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 160 ss.; C. CAREY, *Offence*, cit., 112 ss. (seguito da M. CANEVARO, *Thieves, parent abusers, draft dodgers ... and homicides? The authenticity of Dem. 24.105*, in *Historia*, LXII, 2013, 32 ss.); per ulteriori osservazioni critiche circa Dem. 22.25-27, cfr. C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 74 s., 116 s.

<sup>29</sup> Non sussiste una perfetta corrispondenza tra ciò che è per noi ‘furto’ (cfr. art. 624 cod. pen.) e ciò che i greci chiamavano ‘κλοπή’: o meglio, ciò che è ‘κλοπή’ non sempre, per noi, è furto, ciò che noi diciamo furto non sempre è ‘κλοπή’; il verbo κλέπτειν compare anche in contesti che fanno riferimento non a ciò che noi riconnettiamo al reato comune del furto, bensì a reati propri quali il ‘peculato’ (art. 314 cod. pen.) o la ‘concussione’ (art. 317 cod. pen.): cfr. Dem. 22.65, 71; Dem. 24.2, 60, 112, 127, 172; Dem. 27.29, 40, 48; Dem. 58.15; Aesch. 1.110-111; *Ath. Pol.* 54.2; Din. 1.70; Lys. 27.11; Ar. *equit.* 436, 444, 1224, 1226. Sulla ampiezza semantica dei segni ‘κλοπή’ e κλέπτειν, cfr. D. COHEN, *Theft in Athenian Law*, München, 1983, 10 ss., 30 ss.; v., inoltre, D. WHITEHEAD, *Theft in Greek Oratory*, in *CQ*, LVII, 2007, 70 ss. (anzitutto per l’uso atecnico in contesti retorici), nonché M. GIRONE, *Per un lessico del furto*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia*, XLIV, 2001, 183 ss.



In uno scritto magistrale, Carey ha criticato questo approccio, tacciando i suoi sostenitori sia di prestare credito eccessivo al modello fittizio descritto da Demostene, sia di esagerare le sovrapposizioni tra i diversi tipi di illecito e le diverse forme processuali, parimenti assoggettate al principio del numero chiuso nomico: lo studioso ha provato in modo convincente che il dettato demostenico «is not offered as an objective and disinterested description of the system»; che esso «presupposes a full range of actions, public and private for all delicts»; che esso crea l'impressione che gli esempi portati dall'oratore «as he has described them are typical of the system as a whole», mentre «there are large sections of the system to which it applies scarcely if at all»<sup>30</sup>. Tuttavia, lo stesso Carey – nonostante tale compressione della tesi avversata – ammette una certa flessibilità in tema di persecuzione del furto, ritenendo che quelle per la κλοπή siano azioni parzialmente sovrapponibili tra loro<sup>31</sup>: io credo vero l'esatto contrario, e le seguenti osservazioni hanno lo scopo di contrastare ulteriormente la tesi a sostegno della 'flessibilità procedurale' e della 'irrelevanza della natura dell'illecito' per determinare se sia esperibile un'azione cd. pubblica o un'azione privata.

Nell'orazione *contra Androtonem* composta per una γράφη παρανόμων, Demostene, senza citare in modo puntuale le disposizioni normative vigenti a sanzione dell'illecito di furto, si limita ad una elencazione dei quattro rimedi previsti ove siano integrati gli estremi della κλοπή, e ciò senza alcun cenno ai presupposti processuali richiesti per ciascun tipo di rimedio e senza alcun indugio circa le declinazioni di struttura sostanziale cui la fattispecie è soggetta. Tale catalogo, invero, nell'economia dell'orazione è preordinato ad esaltare – ἐκ τῆς ἀντιπαράβολῆς<sup>32</sup> – l'eccellenza della legislazione di Solone, nonché l'am-

<sup>30</sup> C. CAREY, *Offence*, cit., 114 s.: per l'autore ciò è tanto vero che talune offese ritenute lesive della πόλις nel suo complesso sono repressate mediante azioni tipiche singole non in concorso, elettivo o cumulativo, tra loro, così come anche nella sfera degli illeciti a nocimento dei privati, in assenza di altri rimedi specifici, è esperibile residualmente e generalmente la sola δίκη βλάβης.

<sup>31</sup> C. CAREY, *Offence*, cit., 126: «of necessity we must accept the possibility that the δίκη and the γράφη were simultaneously available for the same offence».

<sup>32</sup> Cfr., per tutti, A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 28. Già per il contesto in cui l'elenco demostenico si colloca, escluderei che il sistema solonico – a prescindere dalle rappresentazioni logografiche piegate a contingenti fini persuasori – indistintamente potesse a totale discrezione del derubato l'uno o l'altro o l'altro ancora

piezza della gamma di mezzi processuali (modulati secondo una raffinata e articolata tecnica di ‘psicologia legislativa’) predisposti nell’interesse del derubato, in modo tale che quest’ultimo, a seconda delle sue forze fisiche ed economiche, sia messo nella condizione di scegliere l’azione a lui maggiormente confacente. Che il passo persegua solo finalità ‘encomiastiche’ (allo scopo di screditare l’avversario processuale, accusato di proporre un decreto παράνομον) e sia pervaso da intenti retorici, piuttosto che fornire un’adeguata ed esaustiva rassegna della totalità delle vie a mezzo delle quali perseguire i furti, pare indubbio<sup>33</sup>. Demostene non individua le condizioni di promozione delle singole azioni, né tantomeno dichiara che tutte le procedure nominalmente citate (ἀπαγωγή, ἐφήγεσις, δίκη, γραφή) sono tra loro interscambiabili e fruibili per la medesima fattispecie offensiva<sup>34</sup>. I due passi qui in

---

mezzo procedurale: che poi Demostene formuli coscientemente il suo pensiero in modo tale da impressionare i giudici e dar la parvenza che effettivamente Solone avesse posto sullo stesso piano i vari strumenti (laddove la proposta di Androzione avrebbe comportato una sola procedura per ogni singola offesa) è diversa questione.

<sup>33</sup> V., tuttavia, M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 120 ss.

<sup>34</sup> Non mi pare sufficientemente fondata sul tenore testuale dei due passi la tesi fatta propria da L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII tavole e nel diritto antico*, Milano, 2004, 124 ss., la quale reputa che Demostene sia nell’orazione contro Timocrate sia in quella contro Androzione faccia esclusivo riferimento al furto flagrante. Atteso che il passo della *contra Androtionem* non credo sia impiegabile per costruire una sistematica dei casi nei quali esperire ora l’uno ora l’altro mezzo procedurale in astratto attivabile, sono persuaso del fatto che il periodare demostenico dell’altra orazione non permetta di giungere alle conclusioni cui perviene la studiosa (e ciò anche perché, come meglio si appurerà nel prosieguo, sono convinto che nel caso di flagranza dell’offesa in una con gli ulteriori elementi – oggettivi, topici, cronologici – aggravanti la fattispecie semplice non sia affatto rimesso all’offeso lo scegliere la via processuale tra tutte quelle previste dall’ordinamento): mi pare più convincente ritenere che Demostene, dopo aver rammentato quali tipi di furti ammettono il ricorso alla deduzione agli Undici, in virtù di un ragionamento analogico, richiami altre ipotesi che egli intende assimilare alle prime due non tanto per la flagranza (che è solo condizione dell’azione e non elemento costitutivo della fattispecie), quanto per le conseguenze. Demostene, in altre parole, ci informa che, come può condurre alla pena capitale una ἀπαγωγή per il caso di furto notturno o di furto diurno di valore superiore alle 50 dracme, del pari alla stessa pena – sia che ricorra la flagranza sia che non vi ricorra – può essere sottoposto chi rubi in determinati luoghi (o in certi luoghi e per un certo ammontare); di contro, sempre interessato al profilo sanzionatorio, l’oratore rammenta che l’esperimento di una δίκη (e ciò a prescindere dalla presenza di aggravanti o di condizioni per le procedure speciali), al più porta al doppio del valore della refurtiva e a una ποδοκίκκη. In definitiva, mi pare che l’oratore, partendo dalla disposizione solonica, sia condotto prima da un collegamento analogico, poi da uno di antitesi, ad accodare alle fattispecie di partenza (quelle del furto aggravato dal tempo notturno e di quello diurno aggravato dall’entità della refurtiva: prima categoria e seconda categoria),

considerazione, in altre parole, si impongono unicamente come la verisimile catalogazione delle modalità di repressione dei furti attribuite nel IV secolo a.C. alla legislazione solonica<sup>35</sup>; e ciò con il solo intento di illustrare la lungimiranza e il fine ‘sapere’ pratico e teorico del nomoteta ateniese, tanto accorto – in antitesi all’indegnità di Androzione – da predisporre un articolato ‘strumentario rimediabile’ capace, nelle sue molteplici forme (di cui non apprendiamo alcun connotato estrinseco), addirittura di adattarsi alle esigenze e alle caratteristiche (fisico-economiche) dei soggetti passivi della κλοπή. In verità, nulla di più della denominazione delle procedure cui sopra si accennava sembra lecito ed opportuno derivare dalla lettura del tratto demostenico.

#### 4. Dem. 24.113-114 e la procedura di ἀπαγωγή.

Contro il furto – come si legge da Dem. 22.26-27 e come si evince da ulteriori testimonianze – è promuovibile la procedura straordinaria di ἀπαγωγή<sup>36</sup> (oltre a quella di ἐφήγεσις, ma non a quella di ἔνδειξις)<sup>37</sup>.

la terza categoria (che accenna alla fattispecie e alla sanzione ma non alla procedura) e la quarta (che menziona la sanzione e il tipo di procedura ma non descrive la fattispecie).

<sup>35</sup> Non si affronta qui il problema, di non agile soluzione, della attribuibilità storica a Solone dei numerosissimi νόμοι che le fonti gli riferiscono: vero è, infatti, che la sua attività legislativa, tradizionalmente datata al 594 a.C., verrà rappresentata nell’Atene classica come il fondamento dell’ordinamento giuridico stesso, tanto che non solo la paternità di provvedimenti di età successiva sarà costantemente a lui ascritta, ma anche la sua *mens legis* sarà invocata nei tribunali del IV secolo a.C. per giustificare particolari interpretazioni, nonché, infine, l’espressione ‘νόμοι di Solone’ sarà addirittura impiegata come sinonimo di ‘sistema giuridico ateniese’ (cfr., sul punto, M.H. HANSEN, *Solonian Democracy in Fourth-Century Athens*, in *Classica et Mediaevalia*, XL, 1989, 71 ss.; R. THOMAS, *Law and Lawgiver in the Athenian Democracy*, in R. OSBORNE - S. HORNBLLOWER [ed.], *Ritual, Finance, Politics: Athenian Democratic Accounts Presented to David Lewis*, Oxford, 1994, 119 ss.; sulle riforme soloniche e sulla loro autenticità, v. P.J. RHODES, *The Reforms of Solon: An Optimistic View*, in J. BLOK - A. LARDINOIS [ed.], *Solon of Athens: New Historical and Philological Approaches*, Leiden, 2006, 248 ss.).

<sup>36</sup> Cfr., in generale, sulle procedure speciali ateniesi attivabili da chicchessia (ἀπαγωγή, ἔνδειξις, ἐφήγεσις), diffusamente – seppur con posizioni non sempre condivisibili – M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 9 ss.: se la prima era una deduzione del soggetto attivo dell’offesa colto in flagrante, la seconda era una denuncia in cui si lasciava al magistrato l’arresto; la terza era, invece, l’atto a mezzo del quale il magistrato veniva condotto sul *locus commissi delicti* o sul luogo della scoperta dell’offensore colto in flagrante, ove veniva richiesto allo stesso magistrato di procedere all’arresto.

<sup>37</sup> Come recentemente ha ribadito M. CANEVARO, *Thieves*, cit., 32, a mente di Dem. 22.25-27, «an alternative, rather shadowy procedure to be employed in the same cases

Attivabile da ὁ βουλόμενος, l'ἀπαγωγή si rivolge anzitutto nei confronti dei cd. κακούργοι (letteralmente 'malfattori', 'delinquenti'), da intendere tuttavia, in tal contesto, non in senso ampio e atecnico<sup>38</sup>, ma in

was *ephegesis*, which differed from *apogoge* only in that the prosecutor himself did not arrest the wrongdoer, but had the Eleven arrest him». Ad avviso di Hansen la flagranza non era requisito di procedibilità per la ἐφήγεσις (M.H. HANSEN, *Ἀπαγωγή*, cit., 22, 25); secondo Cohen, detta procedura era attivabile solo ove l'offensore potesse essere trattenuto per tutto il tempo che occorreva per l'arrivo dei magistrati (cfr. D. COHEN, *Theft*, cit., 39, 78 nt. 102). Oltre alla procedura dell'ἀπαγωγή – che risulta come quella, tra le straordinarie, appropriata per la persecuzione dei κακούργοι (se autori notori di illecito) –, cfr., per alcuni riferimenti all'ἔνδειξις, Dem. 20.156; Dem. 24.146; Dem. 58.11; Hyp. 3.29; *Ath. Pol.* 29.4; Plato *apol.* 32 b; And. 1.91; la pressoché totale inesistenza di collegamenti tra ἔνδειξις e κακούργοι ha indotto Lipsius a credere che l'ἔνδειξις non si applichi a tutti i casi di ἀπαγωγή (ma cfr. Ant. 5.9-10). Inoltre, giusta argomenti etimologici, lo studioso tedesco ha concepito ἔνδειξις ed ἀπαγωγή come due strumenti procedurali autonomi, la prima consistendo in una azione di arresto, mentre la seconda risolvendosi in una 'denuncia privata' seguita da arresto magistratuale (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, 319 ss., 331). Al contrario, Hansen ha ritenuto che il silenzio delle fonti – eccessivamente enfatizzato da Lipsius – non significa necessariamente esclusione di una ἔνδειξις κακούργων, sostenendo che l'atto di ἀπάγειν può essere preceduto da ἔνδειξις, anche se la deduzione non viene normalmente eseguita dalla magistratura (M.H. HANSEN, *Ἀπαγωγή*, cit., 17, 24 s.; cfr., inoltre, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 221 ss.). Prima di tutto, contro l'interpretazione di Hansen, vero è che: 1. in Dem. 22.26 solo l'ἐφήγεσις – e non, invece, l'ἔνδειξις – viene elencata tra le procedure alternative alla ἀπαγωγή, e disponibile contro i ladri, cioè la sottocategoria più nota e pacifica dei κακούργοι; 2. anche i grammatici tendono a suggerire che la procedura di ἔνδειξις è limitata contro coloro che sono entrati in luoghi proibiti, o contro coloro che hanno esercitato diritti loro preclusi (Harp. voce 'ἔνδειξις'; Suida voce 'ἔνδειξις'; *Schol. ad Dem.* 20.156, oltre ad And. 1.74; Lys. 14.5, 7; Aesch. 1.28, 3.175-176; Lys. 6.9, 24; And. 1.33, 71; Dem. 20.156; Dem. 58.14; Dem. 25; Dem. 26; v. M.H. HANSEN, *Ἀπαγωγή*, cit., 94 s. e ntt. 2 s.; A. SCAFURO, *Parent Abusers, Military Shirkers, and Accused Killers: the Authenticity of the Second Law Inserted at Dem. 24.105*, in *Symposion 2001*, Wien, 2005, 55 s.); 3. il collegamento attestato tra κακούργοι ed ἔνδειξις è suggerito con riguardo a un'azione chiaramente infondata, che combina diversi rimedi procedurali, cioè ἔνδειξις di un sospetto omicida, ἀπαγωγή κακούργων, ἀπαγωγή di un omicida esiliato e ritornato in patria (Ant. 5.9-10: cfr. C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 48 s.). In secondo luogo, contro Lipsius, la menzione contestuale in molte fonti di ἔνδειξις e di ἀπαγωγή (talora per sineddoche designata solo mediante il richiamo all'ἔνδειξις) può essere interpretata come allusione ad una procedura complessa che consiste sia in una denuncia ai magistrati, sia in un arresto privato (cfr. Hyp. 3.29; Dem. 58.10-11; Dem. 20.156; Plato *apol.* 32 b; *Ath. Pol.* 29.4), ancorché da Dem. 23.28, 31, 51 emerga chiaramente come ἔνδειξις e ἀπαγωγή siano anche procedure tra loro alternative.

<sup>38</sup> Impiegano il sostantivo in modo atecnico, a titolo puramente paradigmatico, le seguenti fonti: Thuc. 1.134.4; Thuc. 3.45.3; Xen. *anab.* 1.9.13; Xen. *mem.* 1.2.56; Xen. *hier.* 4.3; Xen. *hier.* 10.4; Lyc. 1.9.

senso stretto, ossia quale *genus* ricomprensivo delle *species* dei ladri, dei sottrattori di vesti (e, plausibilmente, di analoghe figure), nonché dei sequestratori e dei riduttori in schiavitù<sup>39</sup>. Essa, dunque, è esperibile

<sup>39</sup> Cfr., sul catalogo dei *κακούργοι* in senso stretto, Ant. 5.9; *Ath. Pol.* 52.1; Lys. 10.7-10; Dem. 24.113; Dem. 54.24; Isoc. 15.90; Poll. *onom.* 8.102; Phot. voce 'περὶ τῶν ἔνδεκα'; v., inoltre, And. 4.18; Dem. 35.47; Xen. *mem.* 1.2.62-63; Din. 2.12; Dem. 25 *hyp.* 1-2; sul nesso *κακούργοι-ἀπαγωγή*, v. Dem. 35.47; Isoc. 15.237; Harp. voce 'ἀπαγε'; Hesych. voce 'ἀπαγωγή'; Etym. Mag. voce 'ἔνδεκα'; Lex. Seg. 200.20-26, 414.20-22; *Schol. ad Dem.* 20.156; *Schol. ad Dem.* 22.26; *Schol. ad Plato Menon* 80 b; sul nesso furto manifesto-ἀπαγωγή, v., oltre alle fonti testé citate, Dem. 22.26-28; Aesch. 1.91, 113; Isae. 4.28; Dem. 45.81; Theoph. *char.* 6; *Schol. ad Dem.* 24.293; Lex. Seg. 310.14; Lex. Seg. 250.4; Suida voce 'ἔνδεκα'; *Democrat. fr.* 3 (Müller). Stando a M.H. HANSEN, *'Apagoge'*, cit., 36: «the word *kakourgos* is often used in Classical Attic prose as an adjective meaning 'mischievous' or 'knavish'. As a noun it may sometimes mean 'a criminal' without any specific type of criminal in mind»; laddove, in senso più stretto, «*kakourgos* is a criminal who can be put on trial by an *endeixis* or an *apagoge*»; più precisamente Hansen – distaccandosi così dalla catalogazione rinvenibile in J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 77 ss.; H. MEUSS, *De apagoges actione apud Athenienses*, Breslau, 1884, 4 ss.; R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, Chicago, 1930, 285 – individua tre categorie suscettibili di ἀπαγωγή: quella dei 'κακούργοι' *stricto sensu* comprensiva di ἀνδραποδισταί, ἀνδροφόνοι, κλέπται, λησταί, λωποδύται, μοιχοί, τοιχωρύχοι (cfr. C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 45 ss., per l'esclusione da tale categoria degli omicidi oltre che dei 'seduttori e/o adulteri'); quella degli ἄτιμοι (cfr., per la negazione della esperibilità della ἀπαγωγή contro tali soggetti, M. CANEVARO, *Thieves*, cit., 41 s., che ritiene il documento conservatoci in Dem. 24.105 inaffidabile; ma v., anche, C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 31, per una ricostruzione della ἀπαγωγή anche contro omicidi che, proprio perché in spregio del loro status di ἄτιμοι, sono perseguibili mediante ἀπαγωγή); quella degli 'omicidi' (cfr., ampiamente, C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 28 ss., 45 ss.: alla luce della inattendibilità di Dem. 24.105, sulla base di Dem. 23.28, 31, 51, 80, nonché di Lys. 13, si tratta della evoluzione storica della cd. ἀπαγωγή φόνου, prima diretta contro omicidi esiliati e rinvenuti in Attica, poi – congetturalmente – contro omicidi proscritti dall'arconte-re in connessione all'esperimento della δίκη φόνου e rinvenuti in un luogo vietato, infine contro omicidi, né condannati, né sotto processo, ma conclamati). Sul punto, v. M. GAGARIN, *Who were the 'kakourgoi'?*, in *Symposion 1999*, Köln - Weimar - Wien, 2003, 185, il quale suggerisce che «*kakourgoi* are to be understood ... as a clearly defined group. To be sure, there are many examples in classical Greek where the noun is used in a general sense, 'wrongdoers' or 'evil men', but *kakourgoi* can also be used to designate a more specific group of criminals, and it is possible that this was the original meaning of the word»; per lo studioso, inoltre, «the name of this procedure was unusual, perhaps even unique, in Athenian law in that it targets the criminal rather than the crime», giacché «other Athenian procedures are generally referred to by a noun designating the type of procedure, most often *dike* or *graphe*, together with a noun or its equivalent designating the crime for which this particular procedure is intended»; inoltre, atteso che «the origins of the procedure of *apagoge* are shrouded in obscurity, and we have no idea when or by whom it was first named», e che «it seems likely, however, that whoever gave the procedure this idiosyncratic appellation had the sense that this procedure more than others targets a specific, well defined group of people,

solo nei confronti di coloro che, qualificabili come *κακούργοι*, siano *εὐληθθέντες ἐπ' αὐτοφώρῳ* (ossia che risultino dai fatti 'incontrovertibilmente', 'indubbiamente', 'manifestamente' gli autori dell'illecito e non solo coloro che siano colti in flagranza). È diretta agli Undici – talora chiamati *ἐπιμεληταὶ τῶν κακούργων ο δεσμοφύλακες*<sup>40</sup> –, magistratura collegiale i cui componenti, scelti a sorte ogni anno, sono competenti, tra altro, all'espletamento di funzioni di polizia (come, ad esempio, la sovrintendenza delle carceri ateniesi, la sorveglianza dei detenuti in attesa di processo e supplizio, nonché la vigilanza sull'esecuzione delle pene capitali)<sup>41</sup>.

L'ἀπαγωγή è procedura dalle origini antichissime<sup>42</sup> che consiste, in definitiva, nella deduzione del delinquente dinanzi a tali magistrati<sup>43</sup>;

---

which included at least three equally well defined subgroups», sarebbe lecito inferire, paradigmaticamente, che «a *lopodutes* is not just anyone who takes a cloak and a *kakourgos* is not just anyone who does something wrong» sicché «a *lopodutes* is someone who makes a career of stealing cloaks, and a law against *lopodutai* targets specifically this group of what we might call 'career cloak stealers'», e «*kakourgoi* ... are what we might call 'career criminals', people whose entire life is devoted to crime and who make their living robbing and kidnapping» (ID., *Who were the 'kakourgoi'?*, cit., 184 s.). La suggestiva ricostruzione lascia spazio tuttavia a qualche dubbio: *sub specie iuris*, infatti, se la ἀπαγωγή era finalizzata alla persecuzione non tanto di un'offesa quanto di un 'delinquente di carriera', parrebbe corretto inferire che solo nel caso di 'recidiva' essa avrebbe potuto essere legittimamente impiegata, in quanto se un soggetto per la prima volta commetteva un determinato tipo di *κακούργημα*, non poteva certo definirsi di 'carriera' (e ciò, invero, non pare emergere dalle fonti, a meno di non voler considerare il requisito dell'essere ἐπ' αὐτοφώρῳ, proprio non dell'atto, ma del soggetto); di poi, *sub specie facti*, il 'deducente' avrebbe dovuto essere a conoscenza della reiterata condotta delittuosa di colui che aveva colto in flagranza (il che, oltre a non trasparire dalle fonti, limiterebbe alquanto i casi di legittimazione attiva alla ἀπαγωγή).

<sup>40</sup> Ant. 5.17; cfr., sul punto, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 17.

<sup>41</sup> Sulla magistratura in parola, cfr., in generale, S. NESPOR, voce *Undici (diritto greco)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 3 ss.; cfr., su tale magistratura, *ex plurimis*, *Ath. Pol.* 52.1; Ant. 5.17; Dem. 24.63, 105, 113; Dem. 35.47; *Schol. ad Dem.* 22.26, 24.80; Poll. *onom.* 8.102. Sulla competenza, degli Undici, nonché dei Tesmoteti, cfr., paradigmaticamente, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 222, 228.

<sup>42</sup> Cfr., più ampiamente, sulle origini draconiane della procedura in oggetto, C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 9 ss.: se essa, esercitabile da chicchessia, risulta espressamente prevista da Dracone per talune ipotesi di notori omicidi in Dem. 23.27-28, vero è che in *Ath. Pol.* 7.3 sembra nascere avverso la categoria dei *κακούργοι* solo con la creazione solonica degli Undici.

<sup>43</sup> I cittadini erano titolari di poteri di polizia, talché l'azione giudiziaria contro il furto sorgeva quando il ladro non fosse stato colto in flagranza, o, pur essendo stato sorpreso *in flagrante delicto*, avesse dichiarato di voler essere sottomesso al giudizio solo del tribunale; altrimenti la repressione del furto era affidata a organi dotati di potere di

qualora il soggetto dedotto immediatamente confessi<sup>44</sup>, viene da essi consequenzialmente irrogata la pena capitale (attesa la natura di ἀγών ἀτιμητός di siffatta procedura)<sup>45</sup>; in caso contrario, secondo uno schema che riecheggia quanto conosciamo circa il processo radicato a seguito di ἔφεσις<sup>46</sup>, il deducente (ossia un qualsivoglia cittadino ateniese nel ruolo di ἀπάγων) è onerato di presentare, ai fini della prosecuzione della procedura, un'accusa scritta, chiamata parimenti ἀπαγωγή<sup>47</sup>, in forza della quale la causa viene introdotta dinanzi al tribunale, per essere condotta – molto probabilmente – ‘sommariamente’ e, pertanto, in modo maggiormente spedito rispetto ai normali processi (di talché, ove l’opposizione dell’ἀπαγόμενος emerga essere

---

arresto e di detenzione provvisoria dei sospettati; secondo il Paoli «si deve ritenere, anche nel silenzio delle fonti, che ogni magistrato nell’ambito delle sue competenze avesse il potere di arrestare il ladro e, entro certi limiti, di punirlo direttamente. Non è infatti ammissibile, per fare un esempio, che il magistrato a cui è affidata la sorveglianza del mercato, ἄγορανόμος, non avesse poteri coercitivi contro i ladruncoli che infestassero la piazza. L’opera magistratuale era integrata dal potere che la legge riconosceva a ogni cittadino di cooperare col magistrato nell’arresto del ladro» (U.E. PAOLI, voce *Furto [diritto attico]*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1957, 689 s.).

<sup>44</sup> Sulla necessità della ὁμολογία dell’ἀπαγόμενος dinanzi gli Undici (a mente, comunque, di quanto già in precedenza rilevato sul seguente passo, nonché in adesione al pensiero di E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law*, cit., 291 ss., secondo cui «Aeschines’ aim in this passage is not to discuss a particular legal procedure, but to make a more general point about the punishment of all types of serious criminals»), solo implicitamente, v. Aesch. 1.91 (τίς γὰρ ἢ τῶν λωποδυτῶν ἢ τῶν κλεπτῶν ἢ τῶν μοιχῶν ἢ τῶν ἀνδροφόνων, ἢ τῶν τὰ μέγιστα μὲν ἀδικούντων, λάθρα δὲ τοῦτο πρᾶττόντων, δώσει δίκην; καὶ γὰρ τούτων οἱ μὲν ἐπ’ αὐτοφώρῳ ἀλόντες, ἐὰν ὁμολογῶσι, παραχήμα θανάτῳ ζημιοῦνται, οἱ δὲ λαθόντες καὶ ἔξαρνοι γενόμενοι κρίνονται ἐν τοῖς δικαστηρίοις, εὐρίσκειται δὲ ἡ ἀλήθεια ἐκ τῶν εἰκότων); esplicitamente, v. *Ath. Pol.* 52.1 (καθιστάσι δὲ καὶ τοὺς ἔνδεκα κλήρω, τοὺς ἐπιμελη σομένους τῶν ἐν τῷ δεσμοτηρίῳ, καὶ τοὺς ἀπαγομένους κλέπτας καὶ τοὺς ἀνδροποδιστὰς καὶ τοὺς λωποδύτας, ἂν μὲν ὁμολογῶσι, θανάτῳ ζημιώσοντας, ἂν δ’ ἀμφισβητήσωσι, εἰσάξοντας εἰς τὸ δικαστήριον, κἂν μὲν ἀποφύγωσιν, ἀφήσοντας, εἰ δὲ μή, τότε θανατώσοντας, καὶ τὰ ἀπογραφόμενα χωρία καὶ οἰκίας εἰσάξοντας εἰς τὸ δικαστήριον, καὶ τὰ δόξαντα δημόσια εἶναι παραδίδοντας τοῖς πωληταῖς, καὶ τὰς ἐνδείξεις εἰσάξοντας· καὶ γὰρ ταῦτα εἰσάγουσιν οἱ ἔνδεκα· εἰσάγουσι δὲ τῶν ἐνδείξεων τινὰς καὶ οἱ θεσμοθέται); cfr., inoltre, *Poll. onom.* 8.102; *Phot.* voce ‘περὶ τῶν ἔνδεκα’; *Schol. ad Ar. vesp.* 1108; *Dem.* 24.65; *Lex. Seg.* 310.14.

<sup>45</sup> V., sul punto, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 17 ss., 223 s.

<sup>46</sup> Sulla riforma solonica in questione, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Ἐφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: Remarks and Speculations on the Legal Nature of the Solonian Reform*, in *Symposion 2015*, Wien, 2016 (forthcoming).

<sup>47</sup> Per un riferimento alla ἀπαγωγή quale procedimento scritto e alla conseguente fase dinanzi al tribunale, v. *Lys.* 13.85-86.

infondata, la pena di morte è plausibile – onde si possa giustificare l'istituto della ὁμολογία dinanzi agli Undici – sia eseguita con modalità maggiormente severe)<sup>48</sup>.

Ciò precisato in termini generali, una domanda ineluttabilmente si pone: sono sufficienti i predetti presupposti, tanto di indole soggettiva (l'essere un κακούργος ἁπαγόμενος), quanto di indole oggettiva (l'essere il furto 'conclamato'), perché la procedura straordinaria dinanzi agli Undici sia attivabile da ὁ βούλομενος (vuoi il derubato, vuoi anche altro cittadino ateniese)? Propenso a fornire una risposta positiva è stato, nella sua celebre monografia sul furto, Cohen, convinto tanto dell'esistenza di passi che «explicitly connect aggravated theft, ἀπαγωγή and 'flagrance'»<sup>49</sup>, quanto dell'inesistenza di una azione cd. pubblica volta alla repressione ordinaria della sottrazione *invito domino* di beni privati<sup>50</sup>. Lo studioso, infatti, ritiene che la flagranza sia una «distinguishing feature between simple theft and aggravated theft», che «objective theft justifies the imposition of the death penalty in the one case, and a twofold fine in the other», ossia che «without this quality of flagrance theft becomes a relatively minor offence, punishable by a small fine»; insomma, ad avviso di Cohen, «seeing flagrance as a substantive requirement for liability, part of the 'Tatbestand' of aggravated theft, enables one to understand that two offences are fundamentally different,

<sup>48</sup> A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 223: «it is generally assumed that there was no stage in corresponding to the ἀνάκρισις in other types of case, and this procedure in therefore thought to have been more summary and expeditious. But it must be noted that in Agoratos case the Eleven compelled one of the prosecutors to add the words ἐπ' αὐτοφώρῳ to the written indictment, they acted in fact very like magistrates at the ἀνάκρισις in other types of case». Nel caso in cui il soggetto colto in flagrante non confessasse, il cittadino che aveva arrestato (o talora fatto arrestare) il ladro interveniva nel giudizio quale accusatore, e se l'accusato era assolto e l'accusatore non otteneva 1/5 dei voti, questi era tenuto a pagare una multa di 1000 dracme a titolo di soccombenza (per una interpretazione della non-ὁμολογία dell'ἁπαγόμενος in termini di ἔφεσις, v. U.E. PAOLI, *La 'epheisis eis to dikasterion' en droit attique*, in *RIDA*, V, 1950, 325 ss.). Il dedotto ai magistrati, inoltre, qualora non avesse prodotto tre garanti della sua stessa classe, sarebbe stato assoggettato alla detenzione interinale come apprendiamo da Dem. 24.144 e 24.146; sulla presidenza degli Undici dell'udienza dinanzi al tribunale, cfr. *Ath. Pol.* 52.1; Ar. *vespae* 1108; Aesch. 1.91; Dem. 24.63; Dem. 35.47.

<sup>49</sup> D. COHEN, *Theft*, cit., 58, a mente di Isae. 4.28; Dem. 45.81; Dem. 24.113-114; *Ath. Pol.* 52.1; Aesch. 1.90; Arist. *de iust.* fr. 84 (Rose); Xen. *oecon.* 14.4-5; Xen. *mem.* 1.2.62-63; Lys. 13.85-87.

<sup>50</sup> D. COHEN, *Theft*, cit., 44 ss., il quale rammenta, peraltro, che secondo lo stesso Gernet «le flagrant délit reste un élément nécessaire du vol qualifié» (L. GERNET, *Sur l'exécution capitale, A propos d'un ouvrage récent*, in *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968, 323).



and that death penalty results from ‘objective’ proof of a manifest violation of the social order»<sup>51</sup>.

Tali conclusioni non paiono meritare condivisione, già solo sulla scorta di alcune note di carattere generale. La ‘flagranza’ (o più esattamente la ‘notorietà’ o la ‘conclamatezza’ implicate dalla locuzione ἐπ’ αὐτοφώρῳ), comunque sia da intendere e qualsivoglia sia la sua estensione concettuale, non assurge affatto, in diritto ateniese, a ‘elemento costitutivo’ di una nuova fattispecie di offesa più grave, ovvero a circostanza aggravante della medesima offesa (comportanti la pena di morte); essa, lungi dall’essere un elemento costitutivo essenziale dell’illecito o un elemento ulteriormente circostanziante della fattispecie offensiva di ‘furto aggravato’ (vuoi per caratteristiche dell’oggetto dell’offesa, vuoi per modalità crono-topiche della condotta), si atteggia – come emerge dalle numerose fonti che attestano un nesso tra ἀπαγωγή e κλέπτει quali κακοῦργοι<sup>52</sup> – a mera ‘condizione speciale di

<sup>51</sup> D. COHEN, *Theft*, cit., 60. L’autore (anzitutto, sulla base di Plato *Prot.* 322 a), attesa la – a mio modo di vedere, mal comprovata – inesistenza per la persecuzione del furto di beni privati di una γράφή, ritiene che la δίκη non sia un’azione residuale tesa a perseguire esclusivamente i rei di furti per un valore inferiore alle cinquanta dracme (ovvero dieci se nei porti), ma si distingue dalla ἀπαγωγή per una «caratteristica concettuale» (così L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124) da individuare nella flagranza. Questa – sulla scorta delle fonti che connettono il furto alla procedura per ἀπαγωγή – pare a me non attenere all’essenza dell’illecito, bensì assurgere a sola condizione per l’esperibilità di una data procedura. Né risulta condivisibile il pensiero di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124 ss., allorché, in adesione al Cohen, la studiosa sostiene sia come risulti chiara l’opposizione tra flagranza e non flagranza «dall’insistenza delle fonti in relazione al fatto che la flagranza era elemento indispensabile per la ἀπαγωγή e la conseguente condanna a morte dell’imputato», sia come la flagranza rappresenti «l’elemento oggettivo del reato, laddove la cattura si configura invece come elemento soggettivo». In primo luogo, una cosa è imporsi come condizione dell’azione, una cosa è imporsi come elemento costitutivo della fattispecie delittuosa. In secondo luogo, è contraddittorio assumere, con riguardo al furto diurno per un valore superiore alle 50 dracme, che «l’unica ‘aggravante’ è rappresentata, in questo caso, dall’entità della refurtiva» (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 35, nt. 56). Vero è, invece, che la flagranza non assurge a elemento oggettivo del reato, ma è ‘elemento fattuale’ esterno alla struttura del reato che rende quest’ultimo perseguibile secondo certe procedure tipiche ulteriori a quelle ordinariamente esperibili quando detta ‘caratteristica condizionante’ (che si impone come la ‘solare evidenza’, sulla base di elementi di fatto e non di mera verosimiglianza, della commissione del furto da parte di un determinato soggetto) non sia integrata.

<sup>52</sup> Cfr., a titolo di esempio, Isae. 4.28: οὗτος γάρ, ὅτ’ ἐπεδήμει ἐνθάδε, πρῶτον μὲν εἰς τὸ δεσμοτήριον ὡς κλέπτης ὦν ἐπ’ αὐτοφώρῳ ἀπήχθη; Dem. 45.81: εἰ κλέπτην σ’ ἀπήγον ὡς ἐπ’ αὐτοφώρῳ εἰληφώς, τὴν οὐσίαν ἦν ἔχεις, εἴ πως οἶόν τ’ ἦν, ἐπιθείς σοι, εἰτά σ’ ἡξιούην, εἰ μὴ φῆς ὑψηρημένος ταῦτ’ ἔχειν, ἀνάγειν ὅθεν εἰληφας, εἰς τίν’ ἂν αὐτ’

procedibilità', con riguardo a un furto che, già perfezionatosi in tutti i suoi elementi, per i suoi connotati è già considerato dall'ordinamento, di per sé (ossia a prescindere dalla conclamatezza), meritevole non di una semplice pena pecuniaria, ma di una sanzione affatto più grave, come meglio si appurerà dalla lettura complessiva di Dem. 24.113-114<sup>53</sup>. Se, del resto, per l'orientamento in parola la flagranza è altresì prova oggettiva di un illecito che «proprio in quanto flagrante, è per questo aggravato» e si impone come «violazione aperta dell'ordine sociale ... meritevole della pena capitale»<sup>54</sup>, allora emerge con chiarezza la circolarità e la contraddizione del ragionamento. Se la flagranza è 'prova', essa si pone, in quanto tale, all'esterno dell'offesa (dipendendo, cioè, dalla presenza di un osservatore terzo che 'colga' l'oggettività della commissione dell'illecito e che 'oltre ogni ragionevole dubbio' provi il nesso che collega l'autore all'offesa), lungi dall'esserne cioè «a substantive requirement»<sup>55</sup>: sicché, se non a scapito di coerenza, essa non può al contempo essere anche forma di manifestazione aggravante o addirittura elemento strutturale dell'illecito. Che un ladro sia colto o meno ἐπ' αὐτοφώρῳ, non è, in altre parole, una 'qualità costitutiva' – rilevante ai fini della 'teoria sostanziale' – della condotta illecita; ciò è, invece, una condizione 'esterna' da cui deriva l'attivabilità in concreto

---

ἀνήγαγες; Isoc. 15.90: καὶ εἰ μὲν τις τοῦτον ἀπαγαγὼν ἀνδροποδιστὴν καὶ κλέπτῃν καὶ λοποδύτην μηδὲν μὲν αὐτὸν ἀποφαίνοι τούτων εἰργασμένον.

<sup>53</sup> Dem. 24.113-114: καίτοι γ' ὁ Σόλων, ὃ ἄνδρες δικασταί, ᾧ οὐδ' ἂν αὐτὸς Τιμοκράτης φήσειεν ὅμοιος νομοθέτης εἶναι, οὐχ ὅπως ἀσφαλῶς κακουργήσουσι φαίνεται παρασκευάζων τοῖς τοιοῦτοις, ἀλλ' ὅπως ἢ μὴ ἀδικήσουσιν ἢ δώσουσι δίκην ἀξίαν, καὶ νόμον εἰσήνεγκεν, εἰ μὲν τις μεθ' ἡμέραν ὑπὲρ πεντήκοντα δραχμὰς κλέπτοι, ἀπαγωγὴν πρὸς τοὺς ἔνδεκα εἶναι, εἰ δὲ τις νύκτωρ οἰοῦν κλέπτοι, τοῦτον ἐξεῖναι καὶ ἀποκτεῖναι καὶ τρώσαι διώκοντα καὶ ἀπαγαγεῖν τοῖς ἔνδεκα, εἰ βούλοιο. τῷ δ' ἄλοντι ὧν αἱ ἀπαγωγαὶ εἰσιν, οὐκ ἐγγυητὰς καταστήσαντι ἔκτισιν εἶναι τῶν κλεμμάτων, ἀλλὰ θάνατον τὴν ζημίαν. καὶ εἴ τις γ' ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργουσι ἰμάτιον ἢ ληκύθιον ἢ ἄλλο τι φαυλότατον, ἢ εἰ τῶν σκευῶν τι τῶν ἐκ τῶν γυμνασίων ὑφέλοιο ἢ ἐκ τῶν λιμένων, ὑπὲρ δέκα δραχμὰς, καὶ τούτοις θάνατον ἐνομοθέτησεν εἶναι τὴν ζημίαν. εἰ δὲ τις ἰδίαν δίκην κλοπῆς ἀλοίῃ, ὑπάρχειν μὲν αὐτῷ διπλάσιον ἀποτεῖσαι τὸ τιμηθέν, προστιμῆσαι δ' ἐξεῖναι τῷ δικαστηρίῳ πρὸς τῷ ἀργυρίῳ δεσμὸν τῷ κλέπτῃ, πένθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ὅπως ὀρφῆν ἅπαντες αὐτὸν δεδεμένον. Del resto, proprio a mente del tratto appena riprodotto, non pare condivisibile neppure l'enunciato secondo cui «unless one sees 'flagrance' as making aggravated theft a different kind of offence altogether than simple theft, then one must conclude ... that the same offence was punishable with death or a mere twofold fine, solely according to the whim of the person prosecuting» (D. COHEN, *Theft*, cit., 60).

<sup>54</sup> L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124.

<sup>55</sup> D. COHEN, *Theft*, cit., 58.

di speciali procedure (a fronte della consumazione di un furto già di per sé più 'grave' della sottrazione 'semplice'): qualità aggravanti del furto, di contro, sono – come risulta dal discorso demostenico – per l'appunto elementi accidentali circostanzianti attinenti o a particolari modalità crono-topiche della condotta, o al valore della refurtiva<sup>56</sup>.

Se, infatti, si concentra ora l'attenzione sul poc'anzi rammentato tratto Dem. 24.113-114, dalla sua lettura affiora come l'oratore – con buona probabilità senza alcuna mistificazione dell'originale nomico di riferimento<sup>57</sup> – sintetizza alcune disposizioni soloniche in tema di furto, le quali prevedono quattro – di certo non esaustive<sup>58</sup> – distinte ipotesi: furto diurno per un ammontare superiore alle cinquanta dracme, perseguibile con ἀπαγωγή agli Undici; furto notturno per un ammontare di qualsivoglia importo, reprimibile dallo stesso derubato mediante ferimento o uccisione, ovvero – a discrezione dell'offeso – mediante conduzione presso gli Undici; furto, sanzionabile con la pena

<sup>56</sup> Non credo pienamente condivisibile, pertanto, l'adesione di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124, là dove la studiosa assume che «la teoria formulata e sviluppata da Cohen coglie indubbiamente nel segno per quanto riguarda l'opposizione tra flagranza e non flagranza, come risulta chiaro dall'insistenza delle fonti in relazione al fatto che la flagranza era elemento indispensabile per la ἀπαγωγή».

<sup>57</sup> Cfr. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 24; sulla importanza di tale passo, v., inoltre, M. CA-NEVARO, *Thieves*, cit., 32.

<sup>58</sup> D. COHEN, *Theft*, cit., 40, compendia la *communis opinio* sul punto in questi termini: «from this text scholars generally abstract a fourfold classification of theft offences which is taken to be an essentially complete outline of the laws of theft, fitting together into the following pattern of three instances of 'aggravated theft' and a residual category of 'simple theft': 1. theft by day of more than fifty drachmas, prosecutable by *apagoge* or *graphe*, and punishable by death; 2. theft by night regardless of value, prosecutable by self-help, *apagoge*, or *graphe*, and punishable by death; 3. theft from Lyceum, Academy, or Kynosargos regardless of amount, punishable by death; 3a. theft from the harbour of more than ten drachmas, punishable by death; 4. the residue from above, i.e. theft by day of less than fifty drachmas or theft from harbour of less than ten drachmas, prosecutable by the *dike klopes* and punishable by a double penalty plus the possibility of five days in the stocks» (cfr. G. GLOTZ, voce *Klopè*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de C. Daremberg et E. Saglio*, Paris, 1900, 829; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 321, 399 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 166, 225; D.M. MAC-DOWELL, *The Law*, cit., 148 s.). Sulla esaustività del passo, invero, molto v'è da dubitare: Demostene non include riferimenti al 'furto' di fondi pubblici menzionati dallo stesso poco prima, non fa menzione del furto di cose sacre o di quello perpetrato da un pubblico ufficiale e avente per oggetto beni pubblici; di poi, nel tratto in parola non v'è il benché minimo accenno alle procedure di ἐφήγησις e di γράφή, non v'è cenno di alcuna procedura per l'ipotesi del furto aggravato dal *locus commissi delicti*, non v'è riferimento alcuno alla τοιχορυσία o alla λωποδυσία o al rituale della φωρά.

capitale, di ἰμάτιον ἢ ληκύθιον ἢ ἄλλο τι φαυλότατον (vesti, olii, o qualsivoglia altro oggetto anche di infimo valore) dal Liceo, dall'Accademia, dal Cinosargo, nonché furto, ancora una volta sanzionabile con la pena capitale, di τῶν σκευῶν τι (qualche effetto personale) dai ginnasi, ovvero di qualsivoglia bene dai porti, purché l'ammontare della refurtiva sia superiore alle dieci dracme<sup>59</sup>; furto perseguibile con azione privata tesa ad una pena pari al doppio del valore della refurtiva ed eventualmente sanzione aggiuntiva dei ceppi<sup>60</sup>.

Accogliendo la tesi per cui il λαμβάνειν ἐπ' αὐτοφώρῳ è soltanto *condicio sine qua non* di procedibilità a mezzo di ἀπαγωγή (e non elemento strutturale del 'Tatbestand'), vero è che, con riguardo esclusivo alle fattispecie contemplate in Dem. 24.113-114, quest'ultima procedura risulta attivabile non in presenza di un qualsivoglia 'furto semplice', ma solo in caso di ben precise forme di manifestazione

<sup>59</sup> Se, come si ricava da quanto sintetizzato nella precedente nota, secondo l'interpretazione tradizionale vi sarebbe una distinzione tra furto nei ginnasi senza alcun riguardo al valore della refurtiva, e furto presso i porti per un valore superiore alle dieci dracme, di contro Cohen, sulla scorta di una intuizione di Ruschenbusch (E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen*, cit., 52), reputa che «death penalty» sia la sanzione per «theft of private property from gymnasia, baths, etc. ... theft of public equipment ... from gymnasia baths ... from harbours ... above ten drachmas» (D. COHEN, *Theft*, cit., 71); non riporta correttamente il pensiero tradizionale – ancorché la resa mi paia la più persuasiva in quanto maggiormente fedele alla struttura e al senso del testo (che oppone il furto di oggetti venali e furto di oggetti di valore superiore alle 10 dracme) – L. PEPE, *Ricerche*, cit., 115, là dove la studiosa sostiene che secondo l'*opinio communis* la pena di morte è la sanzione per il furto, tra l'altro, «di un oggetto di valore superiore alle dieci dracme nei ginnasi o nei porti»; ancora diversamente, v. M. CANEVARO, *Thieves*, cit., 32, a cui avviso «the penalty is also death for those who have stolen something worth more than ten drachmas from the Lyceum, the Academy, the Cynosarges, some gymnasium or the harbours» (che, tuttavia, omologando le differenti ipotesi, non tiene conto della contrapposizione tra l'elencazione di oggetti con riguardo al Liceo, alla Accademia, al Cinosargo, e l'indicazione del furto di valore superiore alle dieci dracme per ginnasi e porti, come sottolinea anche il coordinamento per disgiuntiva tra le due protasi εἴ τις ... ἢ εἰ).

<sup>60</sup> Secondo L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323, l'esposizione del ladro condannato a seguito di δίκη sarebbe stata «une représentation adoucie» della pena dell'ἀποτυμpanισμός. Ad avviso di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 125 – che crede che il passo demostenico si riferisca in via esclusiva al furto flagrante – «solo il riferimento al furto flagrante potrebbe spiegare come mai alla sanzione pecuniaria poteva essere aggiunta, a discrezione del tribunale, una pena accessoria, ossia l'esposizione del colpevole al pubblico ludibrio per cinque giorni e altrettante notti». Di diverso avviso U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689: «tutte le volte in cui il danneggiato dal furto avesse esperito l'azione privata, ogni cittadino poteva proporre una azione penale supplementare, facendo istanza al Tribunale, nella stessa seduta e fra la prima e la seconda pronuncia cui dà luogo l'ἄγων τυμητός, che il ladro soccombente fosse tenuto in ceppi per cinque giorni e cinque notti».

dell'offesa (il che permette di integrare i dati ricavabili dalle altre fonti in tema di nesso tra furto ed ἀπαγωγή). Perché, in altre parole, la conduzione agli Undici del ladro risulti fondata e conforme ai νόμοι, la figura di illecito, una volta integrati tutti i requisiti essenziali (sia in punto di fatto materiale, sia in punto di volontà colpevole), deve manifestarsi con 'elementi accidentali aggravanti': elementi, cioè, che, se da un lato non incidono sulla sussistenza del furto stesso (in quanto già strutturalmente perfetto), dall'altro comportano una modifica *in peius* della *species* della pena prevista per l'ipotesi di non manifestazione dell'elemento circostanziale. Ferma la necessità della conclamata commissione dell'illecito, dunque, l'ἀπαγωγή è messa a disposizione del derubato (o, *rectius*, di ὁ βουλόμενος) dal diritto ateniese – secondo l'esplicito riferimento di Demostene – ove la refurtiva sia ritenuta di 'considerevole' valore economico (ossia, per regola generale, superiore alle 50 dracme), oppure ove il furto avvenga durante la notte (e, con riguardo a quest'ultima ipotesi, la procedura straordinaria di arresto è alternativa addirittura alla sommaria esecuzione)<sup>61</sup>. Inoltre, pur nell'as-

<sup>61</sup> La disposizione sul furto notturno trova un palese equivalente in Plato *leg.* 874 b: νύκτωρ φόρα εἰς οἰκίαν εἰσιόντα ἐπὶ κλοπῇ χρημάτων ἐὰν ἐλὼν κτείνει, καθαρός ἔστω (cfr., sul punto, G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 830; D. COHEN, *Theft*, cit., 82; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 25 e ntt. 37, 38 s.). V., per il trattato di Stinfalo-Demetrias in *IPArk* 17 (ove si dispone che il ladro notturno, introdottosi in una casa, muoia ἄτιμος), G. THÜR, *Zu den Hintergründen des Rechtsgewährungsvertrag zwischen Stymphalos und Demetrias* (*IPArk* 17), in C. SCHUBERT - K. BRODERSEN (ed.), *Rom und der griechische Osten. Festschrift für H.H. Schmitt zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1995, 262 ss.; ID., *Der Rechtsgewährungsvertrag aus Stymphalos* (*IPArk* 17; *IG* V2, 357), in *Symposion 1995*, Köln - Weimar - Wien, 1997, 173 ss. Credo, inoltre, sia nel giusto G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 826 s. (seguito da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 36 ss.), quando ricorda Dem. 23.60 quale testimonianza che riporta, se non la lettera, almeno lo spirito di una norma draconiana sul furto (cfr., altresì, Dem. 23.51), la quale prevede, quale conseguenza per il ladro diurno, il 'νηποιεῖ τεθνάναι', qualora egli agisca 'con violenza' e 'ingiustamente', vuoi sottraendo beni altrui, vuoi rapendo esseri umani (cfr., paradigmaticamente, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 237 ss.), sì da suscitare la immediata reazione difensiva legittima dell'offeso (in senso analogo, v. Plato *leg.* 874 c). Sulla necessità di purificazione rituale a seguito di un omicidio (non δίκαιος e tale per cui, al livello di formulazione della disposizione nomica, all'atto di κτείνειν viene consequenzialmente ricondotto l'imperativo καθαρός ἔστω), cfr., da ultimo, E.M. HARRIS, *The Family, the Community and Murder: The Role of Pollution in Athenian Homicide Law*, in C. ANDO - J. RÜRKE (ed.), *Public and Private in Ancient Mediterranean Law and Religion*, Berlin, 2015, 11 ss.; nonché, sulla 'impunità'-'purezza' conseguente l'uccisione *sine iudicio* di certi soggetti (ossia sull'essere ἄτιμος quale 'outlawed' del soggetto ucciso o sul morire per quest'ultimo νηποιεῖ), M. YOUNI, *The Different Categories of Unpunished Killing and the Term 'atimos' in Ancient Greek Law*, in *Symposion 1997*, Köln - Weimar - Wien, 2001, 117 ss.; J. VE-

senza di una espressa affermazione in tal senso, atteso il legame indissolubile che giustappone, per quanto concerne la pena, le due ipotesi testé indicate e quelle immediatamente successive nel testo, è congetturabile che – sempre se colto ἐπ' αὐτοφώρῳ – sia deducibile agli Undici anche il soggetto che abbia commesso tanto furto (di un bene di qualsivoglia entità) nel Liceo, nell'Accademia, nel Cinosargo, quanto furto (purché per un valore superiore alle dieci dracme), vuoi presso i ginnasi, vuoi presso i porti<sup>62</sup>.

Da Dem. 24.114, insomma, non traspare affatto che ogni furto sia discrezionalmente perseguibile a mezzo di ἀπαγωγή (rispetto ad eventuali ulteriori mezzi processuali ordinari): in caso di difetto dell'aggravante dell'illecito – determinata, a seconda dei casi, o dal solo valore della *res furtiva*, o dal solo *tempus commissi delicti*, o dal solo *locus commissi delicti*, o dal *locus commissi delicti* in una con il valore della *res furtiva* –, la procedura straordinaria in oggetto rimane inesperibile, ancorché il furto venga commesso, ed ἐπ' αὐτοφώρῳ, da un soggetto ben individuato.

##### 5. Dem. 24.113-114: i casi di esperibilità della δίκη κλοπῆς.

Il già citato tratto corrispondente a Dem. 24.113-114 – a fronte della inconcludenza sul punto di Dem. 22.26-27, utile solo come catalogo rimediale per l'ipotesi, variamente declinabile, di κλοπή – è, senza ombra di dubbio, un imprescindibile punto di partenza per precisare anche le ipotesi in cui, nell'Atene degli oratori, l'ordinaria azione privata per furto risultava in concreto suscettiva di promozione da parte del solo derubato.

Da un lato, si è avuto modo di mettere in evidenza nel pregresso paragrafo come la procedura straordinaria di deduzione agli Undici (promuovibile solo a fronte di furto conclamato già aggravato) compor-

---

LISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Νηπιονεὶ τεθνάναι*, in *Symposion 1990*, Köln - Weimar - Wien, 1991, 93 ss.; E.M. CARAWAN, *Tyranny and outlawry: Ath. Pol. 16.10*, in R.M. ROSEN - J. FARRELL (ed.), *Nomodeiktes. Greek Studies in Honor of M. Ostwald*, Ann Arbor, 1993, 305 ss.; L. PEPE, *'Phonos'*, cit., 189 s. e ntt. 13 s. (con ulteriore bibliografia); per una riconsiderazione dello *status* di ἄτιμος tra Dracone e Solone, v. C. PELLOSO, *'Popular Prosecution'*, cit., 16, nt. 19 s., nt. 25.

<sup>62</sup> In tal senso, cfr. U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689.

tasse inesorabilmente la irrogazione della pena capitale (immediatamente in ipotesi di ὁμολογία dell'ἀπαγόμενος presso il foro degli Undici; a seguito di sentenza dicastica, in ipotesi di mancata ὁμολογία, a seguito di giudizio popolare). Dall'altro, si è, pur incidentalmente, rilevato che grazie all'esperimento fruttuoso dell'azione privata il ladro era condannato al doppio del valore della refurtiva, a condizione che – a prestar fede al documento riprodotto in Dem. 24.105 – si procedesse anche alla restituzione del κλέμμα al derubato<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Cfr., per la condanna al doppio, quale unico esito positivo per l'attore, della δίχη ordinaria privata di furto, Gell. 11.18 (*sua lege in fures non [ut antea Draco] mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit*); Arist. *probl.* 952 a 17-30 (διὰ τί ποτε, ἐάν μὲν τις ἐκ βαλανείου κλέψῃ ἢ ἐκ παλαιστρας ἢ ἐξ ἀγορᾶς ἢ τῶν τοιούτων τινός, θανάτῳ ζημιούται, ἐάν δὲ τις ἐξ οἰκίας, διπλοῦν τῆς ἀξίας τοῦ κλέμματος ἀποτίνει; ἢ ὅτι ἐν μὲν ταῖς οἰκίαις φυλάξαι ὅπως οὖν ἔστιν); per la pena del doppio, solo a fronte di restituzione, v. Dem. 24.105 (ὁ τι ἂν τις ἀπολέσῃ, ἐάν μὲν αὐτὸ λάβῃ, τὴν διπλασίαν καταδικάζειν, ἐάν δὲ μὴ, τὴν [διπλασίαν] <δεκαπλασίαν> πρὸς τοῖς ἐπαιτίοις, δεδέσθαι δ' ἐν τῇ ποδοκάκῃ τὸν πόδα πένθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ἐάν προστιμήσῃ ἢ ἡλίαα. προστιμάσθαι δὲ τὸν βουλόμενον, ὅταν περὶ τοῦ τιμήματος ἦ). Con riguardo alla *lectio* διπλασίαν, in luogo di δεκαπλασίαν, essa è il frutto di una menda proposta originariamente dall'Heralduus (cfr. K.F. HERMANN - T. THALHEIM, *Lehrbuch der griechischen Rechtsalterthümer*, Freiburg - Leipzig, 1889, 47, nt. 3; M.H.E MEIER - G.F. SCHOEMANN - J.H. LIPSIUS, *Der attische Process*, Berlin, 1883-1887, 453; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 440; G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 829 e nt. 6; U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689 s.; H. HAGEN, *Die Sachwendung im attischen Recht* [dissertation], Erlangen - Nürnberg, 1965, 843 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 166, nt. 5; D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 148; J. SAUNDERS, *Plato and the Athenian law of theft*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD [ed.], *'Nomos'. Essays in Athenian Law, Society, and Politics*, Cambridge, 1990, 75; E.M. HARRIS, *Democracy and the Rule of Law*, cit., 380). In verità, tutti i manoscritti riportano la *lectio* δεκαπλασίαν: cfr., per un tentativo di giustificazione della inutilità della menda, D. COHEN, *Theft*, cit., 62 ss.; I. MONETI, *La 'dike klopè' nel diritto attico del IV secolo a.C.*, in L. CRISCUOLO - G. GERACI - C. SALVATERRA (ed.), *'Simbolos'. Scritti di storia antica*, III, Bologna, 2001, 101; C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 108 s.; v., inoltre, M. CANEVARO, *Thieves*, cit., a cui avviso «since the manuscripts are all consistent in reporting the reading δεκαπλασίαν, such an emendation would correct the text into authenticity», ma «methodologically it is better to accept the *paradosis* as it stands, and either to explain δεκαπλασία or to consider it evidence of clumsy forgery», e secondo cui la seconda delle due ultime ipotesi sarebbe da preferire. Secondo Canevaro, il passo in oggetto «presents ... linguistic forms which are unparalleled in Athenian inscriptions», e «its provisions are inconsistent with other sources about Athenian law», nonché «it cannot therefore be an authentic Athenian statute»: esso sia implicherebbe l'esperimento di una azione privata da parte di ὁ βουλόμενος, sia – con riguardo alla fase di τίμησις – implicherebbe la proposta della pena da parte di soggetti diversi da attore e convenuto, sia prevedrebbe la doverosità della pena aggiuntiva di irrogazione elastica, sia, al contempo, il potere generalizzato di imposizione della pena aggiuntiva (cfr. M. CANEVARO, *Thieves*, cit., 37). Se ritengo, ora, corretta l'interpretazione di Lys. 10.16 offerta dallo studioso (ID., *Thieves*, cit., 35 s.; ID., *The Documents in the*

### Le opinioni espresse in dottrina sul punto sono affatto variegate.

*Attic Orators*, cit., 164 s.), non sono persuaso invece dalla tesi della totale inconcludenza, per ragioni di sostanza, del documento conservato in Dem. 24.105. A mio parere, l'argomentato punto di vista di Canevaro solleva taluni dubbi, almeno per quanto riguarda la prima parte del documento (concernente, per l'appunto, l'azione di furto) ove si prevede sia che il ladro condannato sia legato in ποδοβάκκη per un piede per cinque giorni e cinque notti, allorché il tribunale popolare abbia inflitto questa pena accessoria, sia che l'irrogazione di tale ultima sanzione fisica sia proponibile da chicchessia. Nessuno nega che il periodare non sia quello originale e che il testo sia frutto di una mano tarda; tuttavia, che la riproduzione della disposizione, al livello di contenuti, sia inaccettabile per diritto attico non mi trova d'accordo. In primo luogo, non è vero che lo stesso verbo (προοσιμᾶν) viene utilizzato «twice in quick succession with two different meanings»: infatti la prima volta nel documento si utilizza un congiuntivo aoristo in diatesi attiva (προοσιμήσῃ) avente come soggetto grammaticale ἡ ἡλιαία, mentre la seconda volta si rinviene un infinito presente in diatesi medio-passiva (προοσιμᾶσθαι) avente come soggetto logico ὁ βουλούμενος. In secondo luogo, la disposizione normativa in oggetto non pare priva di senso, una volta contestualizzata agli inizi del VI secolo a.C. (mentre convingo con l'autore circa il fatto che la disposizione, una volta trasferita nel quarto secolo, possa apparire singolare ed alquanto stravagante). È innegabile, come ritiene giustamente Canevaro, che nei tribunali attici, quando la pena non risulti generalmente e previamente fissata, si instauri un contraddittorio ulteriore volto alla τήμησις, così come è chiaro, come Canevaro osserva ancora una volta giustamente, che il documento si occupa di una azione privata (e non di una γροφή), e che, quindi, ad essere legittimato attivo è il solo derubato (cfr. C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 99 ss.; cfr., *contra*, sia A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 80 ss., sia M.H. HANSEN, *The Athenian Ekklesia*, Copenhagen, 1989, 240 s., che pensano ad una azione esperita da un «prosecutor»). Nonostante tutto questo, sono convinto che la sezione del documento in questione sia 'salvabile': in essa, invero, né si fa menzione del processo popolare di prima e unica istanza e della regolare fase propria degli agoni τμητοί, contraddistinta dal contraddittorio tra le parti, volta, dopo il dibattimento e la sentenza interlocutoria di accertamento dell'illecito perseguito, alla determinazione della sanzione, né è attestato che l'azione principale esperita sia popolare (cfr. C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 99 ss., 108 ss.). Tali conclusioni sono comodamente raggiungibili, da una parte, dopo aver realizzato che qui si tratta di un giudizio elastico e, dall'altra, dopo aver tenuto in debito conto che la ἡλιαία solonica era anzitutto una corte che si pronunciava a fronte sia di 'proposta di sentenza' magistratuale, sia di elevazione di ἔφεσις (cfr. C. PELLOSO, *Ἐφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: Remarks and Speculations*, cit., § 5), a meno che non si ritenga che il passo attesti addirittura una delle possibili funzioni giudiziali pre-soloniche esercitabili dal popolo in prime cure e a prescindere dall'ἔφεσις di parte soccombente (cfr. S.C. HUMPHREYS, *The evolution of legal process in ancient Attica*, in E. GABBA [ed.], *'Tria Corda'. Scritti in onore di A. Momigliano*, Como, 1983, 238). Di conseguenza, si può congetturare il seguente – ben plausibile e consentaneo al diritto processuale arcaico – schema, come implicato dal documento di cui a Dem. 24.105: un'azione privata per furto semplice viene esperita dalla vittima davanti alla magistratura competente; il convenuto è, secondo il giudizio magistratuale, da condannare ad una pena pecuniaria determinata come multiplo del valore della refurtiva; il convenuto οὐκ ἐμμένει, ossia non è d'accordo (vuoi circa la correttezza della valorizzazione della refurtiva, vuoi circa l'an della commissione dell'illecito a lui ascritto); il convenuto eleva, quindi, ἔφεσις, bloccando il processo magistratuale; il



Da un lato (secondo una risalente interpretazione), si è ritenuto, ancorché da taluno dubitativamente, che la δίκη κλοπῆς fosse la sola azione promuovibile per il caso di furto ‘semplice’, mentre in caso di furto ‘qualificato’, il derubato avrebbe avuto la facoltà di scegliere, nel caso di flagranza dell’illecito, tra tutte le quattro azioni previste da Solone<sup>64</sup>, mentre, in ipotesi contraria, avrebbe potuto scegliere unicamente tra la δίκη e la γραφή<sup>65</sup>. Dall’altro (secondo una ricostruzione fatta propria dagli autori che si sono occupati più di recente del problema)<sup>66</sup>, partendo dalla convinzione di una certa incoerenza della

---

processo viene, di conseguenza, radicato dal derubato (o, forse, direttamente dal magistrato) dinanzi al popolo; il popolo, in via definitiva, impone – a fronte della infondatezza dell’ἔφεσις – una sanzione supplementare, sulla base di un’ulteriore domanda che chiunque può proporre durante la fase deputata alla valorizzazione della refurtiva. Tanto l’attore, quanto il magistrato, quanto qualsiasi giudice, o qualsiasi altro presente all’udienza popolare (ove non vi fosse esatta identificazione, soprattutto per ragioni concernenti l’età, tra popolo e ἡλίαια) è ammesso a προστιμᾶσθαι (cfr., in senso parzialmente diverso da quello qui proposto, C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 111 s.): tutto ciò, del resto, avviene «in conformity with the usual form of debate in the *ekklesia*, and does not square with what we know about procedure in the *dikasteria*», risultando tendenzialmente un «support to the view that the *heliaia* was the people’s assembly» (M.H. HANSEN, *The Athenian Ekklesia*, cit., 241).

<sup>64</sup> Per G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828, «est défini vol simple, sauf exceptions spécifiées, celui dont la valeur ne dépasse pas cinquante drachmes», mentre è «vol qualifiée: 1) le vol commis en l’absence de toute circonstance aggravante, si l’objet dérobé vaut plus de cinquante drachmes; 2) le vol manifeste et nocturne d’une valeur quelconque», nonché, oltre a queste due prime ipotesi, «1) le vol commis dans un des trois ports, si l’objet dérobé vaut plus de dix drachmes; 2) le vol commis dans les autres lieux publics (Lycée, Académie, Cynosarge et gymnases), quelle que soit la valeur de l’objet dérobé»; per l’autore, in definitiva «il va de se que la distinction du vol simple et du vol qualifié est destinée à justifier des différences de procédure et de sanction».

<sup>65</sup> G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828: «le vol simple ouvrait une action privée. On n’est pas d’accord sur la question de savoir s’il pouvait encore être réprimé par une γραφή. Toutefois la négative semble probable. Le vol qualifié donnait passage à quatre procédures: l’action privée, l’action publique, la prise de corps exercée par le particulier lésé, ou par le magistrat compétent». Parimenti, U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690, sosteneva che «si ricorreva a questo mezzo più cauto nei casi di furto lieve, ovvero quando l’accusatore non era sicuro di riuscire a provare la colpevolezza dell’accusato», di talché «ferma restante la procedura contro il ladro colto in flagrante ... la γραφή era accordata dalla legge solo in caso di furto grave, mentre la δίκη poteva essere promossa sia in concorrenza con la γραφή in caso di furto grave, sia come unica azione consentita dal legislatore nei casi in cui la γραφή non era esperibile».

<sup>66</sup> Cohen – sul solco pur labilmente tracciato da Gernet – esclude la soluzione della δίκη κλοπῆς come «a residual category, filling the gaps left by the fifty and ten drachma requirements», in quanto da Dem. 24.114 tale assunzione non si potrebbe affatto ricavare, se non ragionando nel senso che «since the catalogue of offences is essentially

legislazione ateniese in tema di furto, si è ripresa ed approfondita l'idea secondo cui «les auteurs de vol qualifié – et le flagrant délit reste un élément nécessaire du vol qualifié – sont mis à mort quand ils ont été l'objet d'une ἀπαγωγή», mentre essi, diversamente, «soient poursuivis par une autre voie et frappés d'une peine généralement plus légère»: in altre parole, per un verso, la via processuale ordinaria e generale sarebbe quella della δίκη (azione non residuale esperibile in assenza di flagranza), per l'altro, la pena (e, a monte, la procedura stessa) varierebbe a seconda della cd. flagranza, pur rimanendo il delitto sostanzialmente immodificato<sup>67</sup>. Dall'altro ancora (secondo un'idea rimasta tendenzialmente isolata), nel convincimento che la flagranza non fosse, almeno durante l'epoca di Eschine, *condicio* della procedura di deduzione del ladro dinanzi agli Undici, bensì condizione di una irrogazione di pena capitale *sine iudicio* (laddove, originariamente, essa avrebbe riguardato non il furto in sé, ma la scoperta del furto, significando la perifrasi λαμβάνειν ἐπ' αὐτοφώρῳ solo «to catch the thief oneself during the discovery of the theft», per poi slittare – già al tempo di Lisia – a una, mediana, «wider interpretation»), da una parte, si è interpretato alla lettera – erroneamente (come già si è, peraltro, messo in evidenza) – Dem. 22.27, dall'altra, si è ritenuto – altrettanto erroneamente<sup>68</sup> – che nel summenzionato documento contenuto in Dem. 24.105 il riferimento alla pena del doppio riguardasse non una δίκη, ma una γραφή, sostenendosi che la scelta del tipo di azione da esperire fosse totalmente rimessa alla discrezione del legittimato attivo<sup>69</sup>.

---

complete, this last category must simply refer to those instances of κλοπή implied by the preceding categories». Secondo l'autore, invero, la δίκη κλοπῆς non sarebbe un'azione residuale, bensì un'azione da distinguere dalle altre azioni, e in primo luogo dalla ἀπαγωγή, per «conceptual characteristics» date essenzialmente dalla flagranza, mentre la γραφή sarebbe stata promuovibile in ipotesi di furto di beni pubblici (D. COHEN, *Theft*, cit., 42 s., 45 ss.): invero, come si è avuto modo già sopra di precisare, Cohen – e, del pari, Gernet – pare confondere gli elementi costitutivi della struttura oggettiva dell'offesa con le condizioni di esperibilità di un'azione (in adesione a tale scuola di pensiero, cfr. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124).

<sup>67</sup> L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 e nt. 87.

<sup>68</sup> Come correttamente rileva M. CANEVARO, *Thieves*, cit., 37, «this is a *dike klopes*, not a *graphe*, and therefore it is not ὁ βουλούμενος that brings the charge, but the victim»; cfr., sul punto, anche, D.M. MACDOWELL, *The Law*, cit., 57 ss.; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 120, nt. 192.

<sup>69</sup> M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 48 ss., 120. Ciò sarebbe sintomo di un sistema «unjust and primitive» ove «an offence might entail widely different penalties according

Alla luce di quanto già si è avuto modo di sostenere in tema di ἀπαγωγή nel pregresso paragrafo, e una volta sommariamente illustrata la pluralità di opinioni dottrinarie circa i rapporti intercorrenti tra i diversi mezzi processuali predisposti da Solone in caso di furto, una lettura che tenti la conciliazione del dettato retoricheggiante di Dem. 22.26-27, con la sintesi di Dem. 24.113-114, pare quanto mai opportuna, nella convinzione che i testi non giustifichino l'idea della δίκη né come azione generale, né come azione residuale e concorrente con la γραφή, né come azione concorrente con la γραφή e con la ἀπαγωγή.

Nel primo dei due passi testé rammentati, l'azione privata di furto cui si fa riferimento è quella che, intentata dal δῶκων dinanzi il foro dei Quaranta<sup>70</sup>, esita in una procedura arbitrale pubblica obbligatoria

---

to the type of process chosen by the prosecutor, and the sources show that the prosecutor could usually make his choice at his own discretion»; indi quest'ultimo «was probably not restricted by such objective criteria as, for example, the seriousness of the crime or the circumstances under which it had been committed», come testimonierebbero i casi del magistrato corrotto (condannabile a morte, alla pena del decuplo, o anche alla sola restituzione di quanto sottratto) e dell'uomo che si prostituiva esercitante il diritto di parola (sulla cd. flagranza come requisito per la sommaria esecuzione, v. anche E. CARAWAN, *Rhetoric and the Law of Draco*, Oxford, 1998, 352 s., 366). La necessità della 'sorpresa ἐπ' αὐτοφόρῳ' ai fini dell'esperimento della ἀπαγωγή è stata provata da D. COHEN, *Theft*, cit., 54 ss., 60 (nel significato, tuttavia, che sopra si è criticato): non mi pare affatto giustificata dai dati ricavabili dalle fonti l'idea di questo studioso secondo cui, se non si aderisce alla sua «theory of flagrancy and objective criminality» (quale teoria che postula una differenza oggettiva tra «aggravated theft and other thefts»), allora «the differentiation in penalties is simply one of the caprices of the system» e il «theft law» ad altro non si riduce che a un «chaotic agglomerated of provisions». Anche ad intendere la cd. flagranza unicamente come *condicio actionis*, la pena di morte – entro un 'sistema', quale quello attico solonico, connotato da una indiscutibile pluralità di rimedi e di sanzioni – ben può risultare essere la conseguenza di fattispecie non selezionate per capriccio, ma che, per il loro oggettivo atteggiarsi materiale, sono percepite come ipotesi più serie di altre assoggettate a pene meno gravi.

<sup>70</sup> Cfr. sul foro competente, *amplius*, C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 98 ss. I Quaranta avrebbero rappresentato una magistratura alquanto risalente, originariamente formata da trenta membri, pari alle tritite istituite da Clistene (508-507 a.C.); tuttavia, dopo la caduta dei Trenta tiranni (403 a.C.) furono portati a quaranta, onde evitare qualsivoglia ricordo dell'inausto numero, di talché l'ufficio era costituito di τέτταρας ἐκ τῆς φυλῆς ἐκάστης (cfr. E. CANTARELLA, voce *Quaranta*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 628 s., nonché P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaiion Politeia*, Oxford, 1981, 588; v., altresì, G. DE SANCTIS, *Atthis*. *Storia della democrazia ateniese*, Torino, 1912, 313, il quale dubita della veridicità della affermazione aristotelica contenuta in *Ath. Pol.* 16.5 secondo cui i δικάσται κατὰ δήμους, soppressi da Clistene e riesumati nel 453-452 a.C. nel numero di trenta, risalissero a Pisistrato, 561-560 a.C.; *contra*, v. C. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution*, Oxford, 1952, 115, 218 ss.).

(a seguito di stima, operata da parte dei magistrati competenti, della assunta refurtiva per un valore superiore alle dieci dracme)<sup>71</sup>: invero, non una parola è spesa da Demostene circa il giudizio che integralmente si svolge dinanzi alla magistratura testé ricordata per furti non superiori alle dieci dracme; non un cenno si rinviene circa il giudizio popolare a seguito di διαίτα pubblica il cui esito o entrambe le parti in causa o solo una delle due intendono non accettare. Che lo scopo di Demostene non sia quello di descrivere puntualmente le molteplici modalità procedurali in relazione agli elementi strutturali del furto, bensì solo di screditare la proposta di Androzione, è affatto solare: egli pensa al 'sistema' processuale vigente per tale offesa solo a titolo di esempio<sup>72</sup>, ne fa un rapido ed evocativo schizzo, ma non lo pone ad oggetto di una esaustiva o, quantomeno, puntuale trattazione. Così, nel riferimento alle procedure speciali della ἀπαγωγή e della ἐφήγεις<sup>73</sup> oppure a quella

<sup>71</sup> Dal celeberrimo tratto contenuto in *Ath. Pol.* 53.1 (cfr., per tutti, P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaiion Politeia*, cit., 587 s.; R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 134 s.) si apprende che le 'controversie di diritto privato' portate *de residuo* dinanzi alla magistratura dei Quaranta (o meglio dinanzi ad una corte composta, probabilmente, dai quattro membri di tale collegio magistratuale appartenenti alla tribù del convenuto) erano traslate ad arbitri pubblici, ove il valore della causa risultasse superiore alle dieci dracme, di talché i magistrati, più che condurre una ἀνάκρισις, si limitavano ad assegnare il caso, previa delibazione, ad uno degli arbitri pubblici che prestavano servizio per la tribù del convenuto (G. THÜR, *The Principle of Fairness in Athenian Legal Procedure: Thoughts on 'Echinos' and 'Enklema'*, in *Dike*, XI, 2008, 56; M. FARAGUNA, *Tra oralità e scrittura: diritto e forme della comunicazione dai poemi omerici a Teofrasto*, in *Etica e politica*, IX, 2007, 96; *contra*, v. A. LANNI, *Law and Justice*, cit., 36). Erano invece gli stessi magistrati, in via del tutto eccezionale (data la competenza generale del popolo), a διακάζειν con pronuncia definitiva in ipotesi di valore della controversia inferiore (argomentandosi, in tal senso, da *Ath. Pol.* 53.2). Secondo la ricostruzione oggi universalmente accettata, solo i casi rientranti nella 'giurisdizione' dei Quaranta – con esclusione, pertanto, di quelli istruiti e introdotti dall'Arconte Eponimo, dal Basileus, e dai Tesmoteti – erano arbitrabili, ossia i dieteti pubblici «functioned only in connection with the tribes judges» (così, per tutti, D.M. MACDOWELL, *The Law*, cit., 207). Tuttavia M. DURAN, *Un 'echinos' procedente da una 'diaita'*, *Comentario de SEG XXXVI 296*, in *Dike*, V, 2002, 61 ss., contro l'opinione maggioritaria, suggerisce di leggere il testo dipinto sul coperchio del celebre echinos di terracotta, databile alla fine del IV secolo a.C. ove è annotata la lista dei documenti contenuti e in cui si trova l'indicazione 'διαμαρτυρία ἐξ ἀνακρίσεως' in rapporto ad un arbitrato celebrato a seguito di ἀνάκρισις condotta dall'Arconte.

<sup>72</sup> Dem. 22.25: ἐὰν πολλὰς ὁδοὺς δὲ διὰ τῶν νόμων ἐπὶ τοὺς ἡδικηκότας οἶον τῆς κλοπῆς.

<sup>73</sup> Dem. 22.26: ἔρρωσαι καὶ σαυτῷ πιστεύεις· ἄπαγε· ἐν χιλίαις δ' ὁ κίνδυνος. ἀσθενέστερος εἶ· τοῖς ἀρχουσὶν ἐφηγοῦ· τοῦτο ποιήσουσιν ἐκεῖνοι.

della γραφή<sup>74</sup>, è parimenti chiaro come il logografo non abbia alcun interesse a determinare rigorosamente le condizioni in forza delle quali esperire ora l'una ora l'altra azione, volendo solo mettere in luce l'ampio raggio di scelte che il νόμος solonico aveva concesso ai cittadini, tenendo in considerazione perfino le loro caratteristiche fisiche, economiche, morali. Il fulcro di Dem. 22.26-27, insomma, è dato – al livello retorico e politico – dall'enumerazione (caotica e superficiale, ma d'impatto per i fini perseguiti) dell'ampia gamma di rimedi processuali ateniesi (rappresentata, rispetto alla proposta di Androzio, ἐκ τῆς ἀντιπαραβολῆς), nonché – al livello sociologico – dalle caratteristiche del 'derubato'.

A focalizzare l'attenzione, in particolare, sulla menzione della δίκη, emerge un siffatto quadro di riferimento. Demostene, nel non celato tentativo di contrastare la proposta di Androzio per la concessione di una sola procedura per ogni singolo ἀδίκημα<sup>75</sup>, vuole rimarcare il carattere intimamente democratico delle disposizioni nomiche di Solone (ovviamente nella loro versione attualizzata alla procedura del IV secolo a.C.)<sup>76</sup> e, in tale direzione, dichiara come la δίκη κλοπῆς sia sempre esperibile (radicandosi una procedura di arbitrato pubblico

<sup>74</sup> Dem. 22.26-27: φοβεῖ καὶ τοῦτο· γράφου.

<sup>75</sup> Dem. 22.25: καὶ μὴν κἀκείνῳ γε δεῖ μαθεῖν ὑμᾶς, ὅτι τοὺς νόμους ὁ τιθεὶς τούτους Σδῶλων καὶ τῶν ἄλλων τοὺς πολλοὺς, οὐδὲν ὅμοιος ὦν τούτῳ νομοθέτης, οὐχ ἐνὶ ἔδωκε τρόπον περὶ τῶν ἀδικημάτων ἐκάστων λαμβάνειν δίκην τοῖς βουλομένοις παρὰ τῶν ἀδικούντων, ἀλλὰ πολλαχῶς. ἤδει γάρ, οἶμαι, τοῦθ' ὅτι τοὺς ἐν τῇ πόλει γενέσθαι πάντας ὁμοίως ἢ δεινοὺς ἢ θρασεῖς ἢ μετρίους οὐκ ἂν εἴη. εἰ μὲν οὖν, ὡς τοῖς μετρίοις δίκην ἐξαρκέσει λαβεῖν, οὕτω τοὺς νόμους θήσει, μετ' ἀδειᾶς ἔσεσθαι πολλοὺς πονηροὺς ἠγείτο· εἰ δ' ὡς τοῖς θρασέσιν καὶ δυνατοῖς λέγειν, τοὺς ἰδιώτας οὐ δυνήσεσθαι τὸν αὐτὸν· τούτοις τρόπον λαμβάνειν δίκην. δεῖν δ' ᾤετο μὴδὲν ἀποστερεῖσθαι τοῦ δίκης τυχεῖν, ὡς ἕκαστος δύναται. πῶς οὖν ἔσται τοῦτο; ἐὰν πολλὰς ὁδοὺς δὴ διὰ τῶν νόμων ἐπὶ τοὺς ἡδικοτάτας οἶον τῆς κλοπῆς.

<sup>76</sup> Sulla procedura della διαίτα pubblica nel IV secolo a.C. (procedura inesistente in epoca solonica ove la sentenza giudiziale era o popolare o magistratuale o areopagica o efetica), cfr. R.J. BONNER, *The Jurisdiction of Athenian Arbitrators*, in *CPh*, II, 1907, 407 ss.; ID., *The Institution of Athenian Arbitrators*, in *CPh*, XI, 1916, 191 ss.; H.C. HARRELL, *Public Arbitration in Athenian Law*, in *The University Missouri Studies*, XI, 1936, 1 ss.; L. GERNET, *L'institution des arbitres publics à Athènes*, in *REG*, 1939, 389 ss.; U.E. PAOLI, voce *Dieteti (diritto greco)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1968, 605; D.M. MACDOWELL, *The Law*, cit., 207; ID., *The Chronology of Athenian Speeches and Legal Innovations in 401-398 B.C.*, in *RIDA*, XVIII, 1971, 267 ss.; S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 128 s.; V. HUNTER, *Policing Athens*, cit., 63 ss.; A. SCAFURO, *The Forensic Stage: Settling Disputes in Greco-Roman New Comedy*, Cambridge, 1997, 35 ss., 383 ss.

previa delibazione magistratuale) allorché il derubato non abbia voluto correre alcun rischio sanzionatorio, quale la multa fissata in mille dracme o addirittura quale la perdita del diritto di promuovere azioni popolari o esperire procedure speciali per non aver ottenuto – esperita una γραφή di furto – almeno un quinto dei voti del tribunale<sup>77</sup>. Nel passo rimane del tutto generico, in altre parole, il riferimento a detta azione privata, astratta da ogni menzione all'oggetto materiale dell'offesa, al tempo o al luogo della commissione dell'illecito; e parimenti rimangono indefiniti i requisiti delle altre procedure descritte. Il cuore dell'argomentazione demostenica è, in definitiva, anche con precipuo riguardo alla δίκη κλοπής, solo l'inarrivabile pregio della legislazione solonica con riguardo all'ampia sfera di strumenti predisposti dall'antico nomoteta.

Da tale passo, insomma, non è dato inferire alcunché in merito alle singole e concrete ipotesi di esperibilità della δίκη κλοπής. È d'uopo, invece, concentrare l'attenzione – a tal fine – su un periodo contenuto in Dem. 24.113, il quale o è stato sovente non oggetto di adeguata valutazione, o non è stato – a quanto ritengo – interpretato correttamente<sup>78</sup>. Come oramai è ben noto, Demostene, nella sua sintesi del νόμος solonico sul furto, precisa che la κλοπή diurna per un valore superiore alle cinquanta dracme, così come quella notturna a prescindere dall'entità economica della refurtiva (in alternativa all'esercizio lecito della forza privata<sup>79</sup>), in presenza della flagranza, era perseguibile

<sup>77</sup> Dem. 22.27: καταμέμφει σεαυτὸν καὶ πένης ὧν οὐκ ἂν ἔχοις χιλίας ἐκτείσαιδικάζου κλοπῆς πρὸς διαιτητὴν καὶ οὐ κινδυνεύσεις. Sulle conseguenze negative dell'esperimento temerario di una azione popolare, v. Dem. 21.47; Dem. 23.80; Dem. 24.7; Dem. 26.9; Dem. 58.6; Dem. 53.1; And. 1.33; And. 4.18; cfr., sul punto, R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 155; A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 264; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 92 ss., 181 ss. Non può tacersi, da un punto di vista generale, che anche l'esperimento della δίκη – a prescindere dalle interessate descrizioni ottimistiche di Demostene – implicasse la sopportazione di taluni rischi in caso di soccombenza: anzitutto la perdita in capo alla parte non vittoriosa – vuoi attore, vuoi convenuto – della πρυτανεία (somma versata alla prima udienza dalle parti di una δίκη pari a tre o trenta dracme a seconda del valore della controversia: Poll. *onom.* 8.38), nonché il pagamento a controparte della pena privata della ἐπωβολία, fissata ad 1/6 del valore della controversia (Lex. Seg. 255.29-30; Etym. Mag. voce 'ἐπωβολία'; Suida voce 'ἐπωβολία'); cfr., per tutti, E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 72 ss.

<sup>78</sup> L. PEPE, *Ricerche*, cit., 125 e 158, nt. 277.

<sup>79</sup> Il sistema solonico, già lo si è messo in luce, continua a permettere il ricorso all'esercizio della forza privata in funzione sanzionatoria-retributiva (come nel caso dell'uccisione del ladro notturno o del μοιχός violatore del domicilio e colto in flagrante):

mediante la procedura popolare della ἀπαγωγή<sup>80</sup>: conseguenza del fruttuoso esperimento di tale rimedio era, come noto, la messa a morte del dedotto confesso dinanzi i magistrati o condannato in giudizio. Nel tratto immediatamente seguente, l'oratore precisa che τῷ δ' ἄλόντι ὦν αἱ ἀπαγωγαὶ εἰσιν, οὐκ ἐγγυητὰς καταστήσαντι ἔκτισιν εἶναι τῶν κλεμμάτων, ἀλλὰ θάνατον τὴν ζημίαν'. Tale periodo non va inteso, a mio avviso, nel senso che «il ladro perseguito con ἀπαγωγή e dichiarato colpevole può soltanto essere condannato a morte e non può in alcun modo comporre l'offesa con una transazione pecuniaria»<sup>81</sup>. In conformità alla versione più confacente al testo greco (contraddistinto da sovraordinata negativa all'infinito e coordinata avversativa introdotta da ἀλλὰ, oltre che da subordinata aggettiva introdotta da ὦν) e, altresì, più fedelmente riprodotto del pensiero dell'autore, è da leggere nel senso che «colui che è ἀλόος (cioè, secondo la pacifica accezione giudiziaria del verbo ἀλίσκομαι, colui che è stato accusato e dichiarato responsabile) per aver commesso ἀδικήματα – come quelli di furto notturno o diurno sopra descritti – per i quali è esperibile la procedura della ἀπαγωγή, onviamente in caso di 'notorietà' del fatto, è punito dal νόμος – in assenza del requisito del λαμβάνειν ἐπ' αὐτοφώρῳ – con la pena di morte (irrogabile grazie al fruttuoso esperimento di un ἀγὼν ἀτιμητός)»<sup>82</sup>. Il periodo τῷ δ' ἄλόντι ὦν αἱ ἀπαγωγαὶ εἰσιν ... θάνατον

---

meccanismi di controllo, tuttavia, si affiancano a tale assetto primordiale, moderando lo stato delle cose. La ἀπαγωγή, del resto, come sottolineava lo stesso Gernet, è discendente diretta della vendetta, anche se si risolve in un atto «dirigé vers le dehors, vers le public» (L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 319). Sulla questione delle rimanenze di 'self-help' nell'Atene classica, v. – per un ridimensionamento delle stesse – E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 349 ss.; nonché, con riguardo alla presunta priorità logico-storica dell'azione rispetto al diritto sostanziale e con posizione critica rispetto a quell'orientamento che connette il processo giurisdizionale a forme originarie di arbitrato, v. C. PELLOSO, *The Myth of the Priority of Procedure over Substance in the Light of Early Greek Epos*, in *RΔE*, III, 2013, 223 ss.

<sup>80</sup> Dem. 24.113: εἰ μὲν τις μεθ' ἡμέραν ὑπὲρ πενήκοντα δραχμὰς κλέπτει, ἀπαγωγὴν πρὸς τοὺς ἔνδεκ' εἶναι, εἰ δὲ τις νύκτωρ ὅτιοῦν κλέπτει, τοῦτον ἐξεῖναι καὶ ἀποκτεῖναι καὶ τρώσει διώκοντα καὶ ἀπαγαγεῖν τοῖς ἔνδεκα, εἰ βούλοιο.

<sup>81</sup> L. PEPE, *Ricerche*, cit., 125.

<sup>82</sup> Più letteralmente: «al soggetto che è accusato/condannato per aver commesso le offese per le quali è (prevista) la ἀπαγωγή, non è dato presentare garanti né pagare una pena pecuniaria (fissata sulla base del valore) della refurtiva; egli, invero, è da assoggettare alla (sola) pena capitale». Non mi pare corretto pertanto intendere semplicemente la frase nel senso che la pena di morte è la conseguenza della procedura speciale attivabile in flagranza, ma che tale procedura è instaurabile solo allorché si commetta un furto pas-

τὴν ζημίαν significa, in altre parole, solo che la procedura della ἀπαγωγή, per diritto solonico, era alternativa a rimedi autonomamente già protesi alla repressione dell'illecito con pena capitale: Demostene puntualizza, attraverso tale inciso, che non ogni tipo di furto, bensì solo i furti meritevoli già di per sé del sommo supplizio erano suscettibili di persecuzione, per direttissima, dinanzi agli Undici, ove conclamati; l'essere ἐπ' αὐτοφώρῳ – come s'è avuto modo già di rilevare – non si atteggiava affatto ad aggravante, ma rappresentava una condizione di esperibilità di una procedura diretta a sanzionare un illecito già aggravato e, per ciò, già sanzionabile mediante θάνατος ἢ ζημία<sup>83</sup>.

Alla luce del quadro sin qui delineato, è giocoforza escludere l'immediato concorso elettivo tra ἀπαγωγή e δίκη κλοπῆς<sup>84</sup>: un furto semplice (ossia non aggravato dal valore della refurtiva, dal *tempus commissi delicti*, dal *locus commissi delicti*) non era reprimibile, ancorché manifesto, attraverso la deduzione agli Undici (il cui ricorso necessitava, a monte, la punibilità capitale), bensì solo mediante la δίκη κλοπῆς, tesa alla irrogazione di una pena pecuniaria privata nel doppio (ovvero nel decuplo)<sup>85</sup>, nonché la pena accessoria (irrogabile dal popolo soltanto) dei ceppi<sup>86</sup>. Invece, un furto aggravato dal valore della refurtiva – ovvero, come si notava poc' anzi, anche dal *locus commissi delicti* (talora purché in presenza di ulteriori requisiti oggettivi) o dal *tempus commissi*

---

sibile di pena capitale (in assenza di flagranza). Nel senso da me respinto, v. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 155, che traduce «chi sia stato sorpreso a commetter un reato per cui è possibile ricorrere alla ἀπαγωγή, non può, esibendo garanti, ripagare la somma rubata: la pena è la morte».

<sup>83</sup> Parimenti, il ritrovamento del μοιχός *in flagrante delicto* (Luc. *eun.* 10) legittima il κύριος alla immediata uccisione (in alternativa alla deduzione agli Undici), in presenza di un reato già aggravato dalla violazione di domicilio: anche qui l'essere manifesto non è, quindi, aggravante, ma condizione di (ulteriore) procedibilità (sommatoria): avevo già valorizzato questa interpretazione del tratto demostenico in C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 118 ss., nonché in ID., *Diorthotic Justice and Positive Law. Some Remarks on συνάλλαγμα and κλοπή*, in *RΔE*, I, 2011, 226 ss.

<sup>84</sup> V., paradigmaticamente, U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690; D. COHEN, *Theft*, cit., 58 ss.; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 127, nt. 204, 129 ss.

<sup>85</sup> A voler prestar fede, ovviamente, al testo conservato in Dem. 24.105.

<sup>86</sup> Cfr. Dem. 24.105; Dem. 24.114. Nel quarto secolo, quindi, in ipotesi di furto semplice né i Quaranta (per cause bagatellari) né i dieteti (per cause di valore superiore alle dieci dracme) avevano il potere di comminare la ποδοάκκη: solo in ipotesi di giudizio deferito al tribunale popolare (a seguito di ἔφεσις del soccombente) tale sanzione accessoria era comminabile: cfr., ancorché in senso parzialmente dissimile, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 129 ss.



*delicti* – era reprimibile, anche se non colto ἐπ’ αὐτοφώρῳ, già di per sé con la pena capitale, come possiamo inferire dalla battute iniziali di Dem. 24.113 (che tratta in particolare del furto notturno e di quello diurno con refurtiva di valore superiore alle cinquanta dracme) e pertanto, in caso di flagranza, era ammissibile ἡ ἀπαγωγή.

Atteso che giammai la δίκη κλοπῆς implicava l’irrogazione della pena di morte<sup>87</sup>, dalla constatazione che il ladro poteva essere – in caso di flagranza – ἀπαγόμενος in via esclusiva allorché avesse commesso un furto sanzionabile solo con θάνατος ἢ ζημία, è giocoforza ritenere che, se il furto era al contempo diurno e inferiore alle cinquanta dracme (o comunque non diversamente aggravato: per esempio era compiuto in un porto o in una palestra, ma per un valore di meno di dieci dracme), rimanendo impregiudicato qualsivoglia interesse superindividuale, il solo rimedio impiegabile era dato da quella δίκη che, con buona probabilità, traeva le proprie origini dalla composizione pecuniaria, e che non era verisimilmente promuovibile allorché fosse da proteggere un interesse reputato trascendente quello privato (e tutto ciò, sia nell’ipotesi di flagranza, sia nell’ipotesi in cui tale condizione non ricorresse)<sup>88</sup>. Di contro, per il furto diurno superiore alle cinquanta dracme (ovvero per le altre forme di furto aggravato) era ammessa la ricorribilità immediata agli Undici se il ladro era colto ἐπ’ αὐτοφώρῳ, sicché è credibile che esso venisse considerato come punibile a monte con la pena capitale e (atteso il prevalente interesse δημοσία involto) come non suscettibile originariamente di composizione pecuniaria: donde la non esperibilità della δίκη κλοπῆς quale ordinario strumento di persecuzione. Assai verisimilmente, dunque, l’esclusione del concorso è, altresì, da intendere nel senso che un ‘furto aggravato’ non fosse perseguibile con qualsivoglia mezzo diverso dall’ἀπαγωγή, ma solo con quello che – in assenza di flagranza – era promuovibile, vale a dire l’azione scritta di furto che ci occuperà nel prossimo paragrafo.

<sup>87</sup> Cfr. Gell. 11.18; Arist. *probl.* 952 a 17-30; Dem. 24.105.

<sup>88</sup> Cfr. A.W. HEFFTER, *Die athenäische Gerichtsverfassung*, cit., 184 ss.; K.F. HERMANN - T. THALHEIM, *Lehrbuch der griechischen Rechtsaltertümer*, cit., 47; cfr., altresì, L. GERNET, *Sur l’exécution capitale*, cit., 319 e nt. 62, 323 e nt. 87.

6. *Dem. 22.26-27: sulla necessità di postulare l'esistenza della γροφή κλοπῆς.*

Nelle pagine pregresse si è tentato di dimostrare come fattispecie di furto circostanziate da forme di manifestazione dell'offesa di tipo aggravante (il superamento per la refurtiva del valore di cinquanta dracme, la commissione notturna dell'illecito, la commissione dell'ἀδίκημα presso Liceo, Accademia, Cinosargo, oppure presso ginnasi e porti fermo il valore superiore alle dieci dracme del κλέμμα), ove non vengano represses a mezzo di quella procedura speciale che è l'ἀπαγωγή, siano da punire con la pena capitale. Assunta per pacifica la finalità dell'azione privata (ossia la sola irrogazione di una pena pecuniaria privata), pare chiara l'esigenza di postulare l'esistenza, tra gli strumenti processuali ordinari, di una azione che fosse, da un lato, tesa alla irrogazione della pena capitale per le fattispecie di furto più gravi di quello diurno e per un valore inferiore alle cinquanta dracme, dall'altro, concorrente con la deduzione dinanzi agli Undici.

Sulla base di tale ragionamento, il problematico tratto contenuto in Dem. 22.26-27, pur privo di valore 'sostanzialmente' descrittivo e sistematico, ben si lascia interpretare come documento 'elencativo' – attraverso l'impiego dei verbi ἀπάγειν, ἐφηγεῖσθαι, γράφειν, δικάζειν – della gamma dei mezzi processuali attivabili (non indiscriminatamente a seconda dell'arbitrio di parte<sup>89</sup>, ma in considerazione della tipologia di furto, e a seconda della presenza, o meno, delle condizioni di procedibilità richieste caso per caso): e tra questi mezzi si configura, indubitatamente, quello della γροφή κλοπῆς<sup>90</sup>.

Invero, numerosi dubbi sono stati sollevati circa l'esistenza o circa i casi di esperibilità di quest'ultima azione. Se una parte della dottrina pare con nettezza espungere dal novero dei rimedi ateniesi la γροφή

<sup>89</sup> V., in *primis*, M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 120; cfr., altresì, paradigmaticamente, G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 829, il quale reputa che in caso di «vol qualifié» il derubato abbia a sua disposizione tutti i mezzi processuali predisposti dall'ordinamento (in tal senso v., pure, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124 ss., la quale reputa però che Dem. 24.113-114 e Dem. 22.26-27 si riferiscano all'ipotesi di furto flagrante); secondo D. COHEN, *Theft*, cit., 42 ss., invece, una volta esclusa l'esperibilità dell'azione pubblica per furti di beni privati, l'azione privata e quella speciale di deduzione dinanzi agli Undici sarebbero state esperibili in concorso tra loro in caso di flagranza; più cauto U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690.

<sup>90</sup> Cfr. I. MONETI, *La 'graphe klopes' nel diritto attico*, in *CivClCr*, XII, 1991, 7 ss.

κλοπῆς<sup>91</sup>, altra parte, pur ammettendone l'esistenza a mente di Dem. 22.26-27, relega l'operatività del rimedio in parola ora alla sola sanzione dei furti di beni pubblici<sup>92</sup>, ora – ancorché dubitativamente – a quella di furti perfezionati in luoghi pubblici<sup>93</sup>. Di contro, tra coloro che hanno ricompreso la γραφή κλοπῆς tra gli strumenti volti a reprimere la sottrazione di beni privati, secondo il Glotz, quest'ultima sarebbe stata non solo alternativa alla ἀπαγωγή, ma anche sussidiaria rispetto alla δίκη di furto (ossia esperibile da ὁ βουλόμενος a condizione, però, che il legittimato attivo all'azione privata, ossia il derubato, non avesse messo in moto il processo)<sup>94</sup>. Secondo Gernet, l'azione cd. pubblica di furto, comportante in via esclusiva la pena capitale, sarebbe esperibile nel caso di furto 'qualificato', inteso quest'ultimo nel senso – già criticato – di furto 'flagrante'<sup>95</sup>. Paoli, invece, discorre di una azione pubblica presentata al foro dei Tesmoteti, la quale, oltre a comportare

<sup>91</sup> Cfr. K. LATTE, *Beiträge zum griechischen Strafrecht*, in *Hermes*, LXVI, 1931, 307, che non menziona neppure l'azione pubblica e contempla solo quella privata quale alternativa alla ἀπαγωγή.

<sup>92</sup> D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 149; D. COHEN, *Theft*, cit., 45 ss., 49 ss.

<sup>93</sup> Cfr. P. VINOGRADOFF, *Outlines of historical jurisprudence*, II, *The jurisprudence of the Greek city*, Oxford, 1922, 176, il quale suggerisce «that the state of evidence cannot justify accepting the existence of a γραφή κλοπῆς for theft of private property», anzi, che «the silence of the sources would seem to weigh heavily against it»; v., inoltre, E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen*, cit., 52. Non prende posizione in proposito L. PEPE, *Ricerche*, cit., 120 s., secondo la quale «la questione, comunque, non è ai nostri fini rilevante: che si ammetta o no l'esistenza della γραφή κλοπῆς per il furto di un oggetto privato, essa, comunque, non era un'azione 'autonoma', nel senso che, come universalmente riconosciuto, non serviva a perseguire un reato altrimenti non perseguibile».

<sup>94</sup> Cfr. G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828: «il n'est pas admissible que la personne lésée procédât par une δίκη et qu'en même temps un tiers intentant une γραφή: le tiers n'avait le droit d'intervenir qu'au cas où la victime du vol ne déposait pas de plainte».

<sup>95</sup> L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 319, nt. 62: «la δίκη a lieu, semble-t-il, en cas de vol non qualifié, donc de vol non flagrant: elle est hors de cause. La γραφή s'applique sans doute au vol qualifié, mais elle est de date relativement récente»; cfr., altresì, ID., *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 e nt. 87. Similmente, v. J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 438, a cui avviso «von Apagoge oder Ephesis gestattete das Gesetz, wie im fünften Hauptstück gezeigt worden ist, nur dann gebrauch zu machen, wenn der Dieb auf frischer Tat ertappt worden war; den auf nächtlichem Diebstahl Ergreifenen was sogar zu töten und bei der Verfolgung zu verwunden erlaubt»; per lo studioso, inoltre, «auch die Zulässigkeit der Schriftklage unterlag, wie wir einer anderen Äußerung des Demosthenes (*G. Timokr.* 114) entnehmen dürfen, insofern einer Beschränkung, als durch sie nur ein qualifizierter Diebstahl verfolgt werden durfte, den schon die solonischen Gesetze von dem einfachen Diebstahl scharf geschieden hatten» (contro tale ricostruzione, v. M. KASER, *Der altgriechische Eigentumschutz*, in *ZSS*, LXIV, 1944, 144 e nt. 3, ad avviso del quale la teoria del Lipsius non sarebbe supportata da alcuna fonte).

ἄτιμία, dà luogo a un ἀγὼν τιμητός, suscettibile di esitare in una condanna a morte; inoltre, se, da un lato, per lo studioso la prudenza induce a ritenere che «i dati informativi fornitici lasciano nell'incertezza se fosse esclusivamente in facoltà del derubato la scelta fra promuovere un'azione pubblica (γραφή) o un'azione privata (δίκη) ... ovvero se la esperibilità dell'azione contro il ladro dipendesse anche da un elemento oggettivo consistente nella stessa gravità del furto»<sup>96</sup>, dall'altro, lo stesso non esita a sostenere, sulla scorta di Dem. 23.114, Arist. *probl.* 29.14 (= 952 a-b) e di Plaut. *poen.* 1336-1337, che l'azione pubblica entrasse elettivamente in concorrenza con quella privata in caso di furto grave. Hansen, come noto, si riferisce alla γραφή κλοπῆς come a una procedura tesa ad ottenere una condanna esclusivamente pecuniaria, eventualmente implementata dalla sanzione accessoria dei ceppi<sup>97</sup>.

Pur a fronte della innegabile scarsità delle fonti impiegabili per una soddisfacente ricostruzione del regime della γραφή κλοπῆς<sup>98</sup>, sono persuaso della utilità di un personale tentativo di lettura del problema rispetto alle plurime interpretazioni proposte in dottrina sul punto.

Anzitutto, in Dem. 22.26-27 pare pacifico il riferimento ad una serie di azioni esperibili dal privato a seguito della sottrazione di un

<sup>96</sup> U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690; ma v., anche, U.E. PAOLI, *Zum attischen Strafrecht und Strafprozessrecht*, in ZSS, LXXVI, 1959, 103.

<sup>97</sup> La ricostruzione di M.H. HANSEN, *Ἀπαγογέ*, cit., 120, viene in parte seguita da A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 166 s. e nt. 5, il quale, pur riconoscendo l'esistenza dell'azione privata, pare omologare ad essa, quanto agli effetti, l'azione pubblica, e ritiene che il procedimento di voto implichi tre turni: «there was at least one type of case, the γραφή κλοπῆς, where the statute laid down that, over and above restitution of the stolen property plus a fine of double the estimated value of it, the convicted defendant might be condemned to five days in the stocks, if the court so decided. Probably the last penalty was only imposed if the prosecutor (ὁ βουλόμενος) so moved. When this occurred, it would have necessitated three votes: the first born the guilt or innocence of the accused; the second, if he was judged guilty, on the value of the thing at issue, as between the estimates of the prosecutor and the accused, the third, if the prosecutor so moved, on whether the accused should or should not spend five days in the stocks». V., comunque, contro tale ricostruzione, D. COHEN, *Theft*, cit., 46 s.

<sup>98</sup> Non ritengo decisiva per escludere l'esistenza di una γραφή κλοπῆς l'assenza di menzione in *Ath. Pol.* 59.1-4: come persuasivamente già suggeriva A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 15, infatti, si tratterebbe non di un catalogo esaustivo di azioni cd. pubbliche, bensì di quelle che, presentate al foro dei Tesmoteti, comportavano il pagamento della παράστασις, laddove, secondo J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht*, cit., 72 si tratterebbe di un elenco, sempre non esaustivo, di azioni pubbliche dirette a sanzionare condotte delittuose involgenti in primo luogo un interesse privato e, solo in seconda battuta, un interesse pubblico.

bene non pubblico: è, infatti, sulla ampia gamma rimediale elaborata da Solone e sulle caratteristiche capacità fisiche ed economiche del privato derubato che Demostene vuole concentrare l'attenzione dell'uditorio per mettere in risalto tutta la inadeguatezza del 'sistema processuale monistico' proposto da Androzione. Il che induce a ipotizzare che Demostene sia conscio dell'esistenza anche di una γραφή κλοπῆς (ossia di un'azione esperibile da chicchessia, e non dal solo derubato, ancorché il furto non concerna beni pubblici)<sup>99</sup>, benché egli nulla precisi in merito ai singoli casi di esperibilità di quest'ultima. Tale silenzio, se non mi inganno, può essere colmato proprio da quanto emerge – e già è stato precedentemente oggetto di attenzione – da Dem. 24.114.

Nel passo testé citato, come noto, si trova scritto che per talune forme di furto circostanziate o solo dal luogo di consumazione, o contemporaneamente dal luogo e dall'entità della refurtiva, Solone aveva stabilito (ἐνομοθέτησεν) che la ζημία considerata meritevole di irrogarsi fosse addirittura quella capitale (θάνατος). Anzi, più precisamente, in virtù di un collegamento analogico *sub specie poenae*, Demostene, dopo aver evidenziato che i furti passibili di deduzione agli Undici (ricorrendo, ovviamente, la condizione della 'conclamatezza') erano quelli per i quali era prevista ordinariamente la pena di morte, puntualizza che a questa stessa pena venivano assoggettate le sottrazioni furtive ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργου<sup>100</sup>, così come quelle per un valore superiore alle dieci dracme di cose sottratte ἐκ τῶν

<sup>99</sup> Diversamente, Cohen ritiene che «the passage does involve theft of public property», che «on this view the primary distinction is between theft of public property of more than ten drachmas worth, and theft of private property regardless of the value», e che «there is a secondary distinction according to place», nel senso che «the provision as to private property applies only to gymnasia, baths, and similar places», mentre «the provision as to public property applies to gymnasia/baths as well to harbours»; di poi, egli crede che «the placement of the phrase ὑπὲρ δέκα δραχμάς indicates that the ten drachmas provision applies only to the harbours» (D. COHEN, *Theft*, cit., 70 s.). Ma a tale macchinosa interpretazione pare preferibile quella che, giusta le due protasi coordinate mediante disgiuntiva, vede nel passo una distinzione topologica e oggettiva tra furti al Liceo, all'Accademia, al Cinosargo, da una parte, e furti presso ginnasi e presso porti, per valore superiore alle dieci dracme.

<sup>100</sup> Per Cohen «the first part of the passage is quite clear and requires little discussion», in quanto «it provides for the punishment of theft from the specified places no matter what the value of the stolen object» e «it also seems fairly certain that the property referred to is private property» (D. COHEN, *Theft*, cit., 70).

γυμνασίων ἢ ἐκ τῶν λιμένων. In tali casi, cioè, era prevista come attivabile, in assenza della condizione di esperibilità della ἀπαγωγή, una δίκη ordinaria che, lungi dall'essere volta, come la δίκη κλοπῆς, alla comminazione in via principale di una sanzione penale pecuniaria, tendeva alla pena capitale e, per ciò solo, concorrevva – in presenza di flagranza di reato – con la procedura speciale per direttissima consistente nell'ἀπάγειν. Se si assume che la δίκη κλοπῆς era idonea ad esitare soltanto in una sentenza di condanna pecuniaria e che taluni furti erano, ancorché non conclamati, passibili di pena capitale, allora è necessario postulare, oltre la δίκη e la ἀπαγωγή, una ulteriore procedura: ed essa ben può essere la γραφή κλοπῆς cursoriamente menzionata in Dem. 22.26-27.

È il testo dei *Problemi* attribuiti ad Aristotele, comunque, che meglio corrobora questa lettura, fornendo una convincente spiegazione della severità del sistema penalistico ateniese nella repressione di determinate figure offensive, quali appunto i furti aggravati dal carattere pubblico del luogo della sottrazione del bene privato. Secondo l'interpretazione resa dal filosofo, il legislatore ateniese *in primis* è stato mosso, nel delineare la disciplina in materia di furto, dalla considerazione secondo cui l'assenza in certi luoghi aperti al pubblico (esemplificativamente: ἐκ βαλανείου, ἐκ παλαιστράς, ἐξ ἀγορᾶς) dei mezzi di custodia e protezione propri di una abitazione privata (quali τοίχος ἰσχυρὸς, κλείς, οἰκέται) va neutralizzata attraverso la previsione di una sanzione – in funzione anzitutto deterrente – tutt'altro che lieve: coloro che lasciano ἐν τοῖς κοινοῖς un oggetto di proprietà, infatti, non hanno οὐδὲν ἰσχυρὸν πρὸς τὴν φυλακὴν ... ἀλλ' ἢ τὸ αὐτῶν ὄμμα, sicché è più facile per chiunque commettere condotte illecite quali il furto<sup>101</sup>. In secondo luogo, v'è una radicale differenza tra furto semplice e furto aggravato (esemplificato da Aristotele nel furto commesso in luoghi

<sup>101</sup> Arist. *probl.* 952 a 17-30: διὰ τί ποτε, ἐὰν μὲν τις ἐκ βαλανείου κλέψῃ ἢ ἐκ παλαιστράς ἢ ἐξ ἀγορᾶς ἢ τῶν τοιούτων τινός, θανάτῳ ζημιούται, ἐὰν δέ τις ἐξ οἰκίας, διπλοῦν τῆς ἀξίας τοῦ κλέμματος ἀποτίνει; ἢ ὅτι ἐν μὲν ταῖς οἰκίαις φυλάξαι ὅποσόν ἔστιν· καὶ γὰρ ὁ τοίχος ἰσχυρὸς καὶ κλείς ἐστί, καὶ οἰκέταις τοῖς ἐν τῇ οἰκίᾳ πᾶσιν ἐπιμελές ἐστιν ὅπως σώζηται τὰ ἐνόμινα. ἐν δὲ τῷ βαλανείῳ, καὶ ἐν τοῖς οὕτω κοινοῖς οὖσιν ὥσπερ τὸ βαλανεῖον, ῥᾶδιον τῷ βουλομένῳ κακουργεῖν· οὐδὲν γὰρ ἰσχυρὸν ἔχουσι πρὸς τὴν φυλακὴν οἱ τιθέντες ἀλλ' ἢ τὸ αὐτῶν ὄμμα, ὥστε ἂν μόνον τις παραβλέψῃ, ἐπὶ τῷ κλέπτοντι ἤδη γίνεται. διὸ ὁ νομοθέτης οὐχ ἱκανοὺς ὄντας ἡγησάμενος εἶναι φύλακας, τὸν νόμον αὐτοῖς ἐπέστησεν ἀπειλοῦντα σφοδρῶς ὡς οὐ βιωσομένοις ἐὰν τι σφετερίζωνται τῶν ἀλλοτρίων.

pubblici). La gravità di tale ultima condotta è misurata in relazione all'interesse protetto dalla norma incriminatrice che determina una pena assai più grave rispetto a quella comminata per la prima ipotesi (διὸ καὶ τὸν κλέψαντα ταῖς μείζουσι ζημίαις ἐκόλασε τῶν ἐξ οἰκίας τινὸς ἀφελομένων): per certe particolari modalità con cui l'illecito si perfeziona, la sottrazione furtiva comporta la lesione di un interesse superiore facente capo alla comunità stessa – ossia l'interesse politico alla sicurezza interna e all'ordine pubblico –, ciò giustificando il tipo di pena irrogabile, ossia quella capitale. Il furto in luoghi pubblici si atpeggia a fattispecie necessariamente 'plurioffensiva' (o, meglio, a 'offesa complessa'), atteso che, mediante la stessa condotta illecita, non solo si cagiona, indubbiamente, βλάβη alla proprietà del privato, ma altresì si offende, inesorabilmente, la πόλις intera (οὐ μόνον τὸν ιδιώτην βλάπτειν, ἀλλὰ καὶ τὴν πόλιν αἰσχύνειν)<sup>102</sup>.

Posto che tali furti – aggravati ora dal luogo soltanto, ora dal luogo e dal valore della refurtiva – risultano punibili capitalmente, va precisato se essi, *qua tales*, siano anche perseguibili (a discrezione del derubato, in forza del principio della non obbligatorietà dell'azione pubblica e di quello della domanda di parte generalizzata) con azione privata, come – ad esempio – è per colui che, patendo ὕβρις perfezionata mediante lesioni o percosse, come si è avuto già modo di constatare, è ancora legittimato ad esperire δίκη αἰκίας<sup>103</sup>. In primo luogo, va rimarcato

<sup>102</sup> Arist. *probl.* 952 b 13-34: ἔτι δὲ τῶν ἀμαρτιῶν μάλιστα αἰσχύνουσι τὴν πόλιν αἱ ἐν τοῖς κοινοτάτοις συλλόγοις τε καὶ συνόδοις γινόμεναι, ὥσπερ καὶ τιμὴν φέρουσι πολὺ μάλιστα αἱ ἐν τῷ κοινῷ εὐταξίαι· καταφανεῖς γὰρ μάλιστα διὰ τῶν τοιούτων καὶ αὐτοῖς καὶ τοῖς ἄλλοις. συμβαίνει οὖν οὐ μόνον ἰδίᾳ τὸν ἀπολέσαντα βλάπτεσθαι ἐκ τῶν τοιούτων τινός, ἀλλὰ καὶ πρὸς τὴν πόλιν λοιδορίας γίνεσθαι. διὸ καὶ τὸν κλέψαντα ταῖς μείζουσι ζημίαις ἐκόλασε τῶν ἐξ οἰκίας τινὸς ἀφελομένων. ἔτι δὲ καὶ ὁ ἐξ οἰκίας τινὸς ἀπολέσας ἐν τοιοῦτῳ τόπῳ τυγχάνει ὄν, ὅθεν ῥᾶδιον μῆτε παθόντα μῆτε χλευασθέντα ὑπὸ τινῶν, οἴκοι ὄντα τὸ ἀτύχημα φέρειν. τῷ δ' ἢ τε ἀποχώρησις ἐργώδης γεγυμνωμένῳ, προσέτι δὲ χλευάζεσθαι ὑπὸ τινῶν ὑπάρχει τοῖς πολλοῖς, ὃ πολὺ δυσχερότερόν ἐστι τῆς ἀπωλείας. διὸ καὶ ὁ νομοθέτης μείζουσι αὐτοῖς ζημίαις ἐνέγραψεν. ἔτι δὲ παραπλήσια τούτοις πολλὰ φαίνονται νομοθετηκότες, οἷον καὶ ἐὰν μὲν τις ἄρχοντα κακῶς εἴτῃ, μεγάλα τὰ ἐπιτίμια, ἐὰν δὲ τις ιδιώτην, οὐθέν. καὶ καλῶς οἶεται γὰρ τότε οὐ μόνον εἰς τὸν ἄρχοντα ἐξαμαρτάνειν τὸν κακηγοροῦντα, ἀλλὰ καὶ εἰς τὴν πόλιν ὑβρίζειν. τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον καὶ τὸν ἐν τῷ λιμένι κλέπτοντα οὐ μόνον τὸν ιδιώτην βλάπτειν, ἀλλὰ καὶ τὴν πόλιν αἰσχύνειν.

<sup>103</sup> Cfr., sul non assorbimento *de iure* della figura fattualmente inclusa nell'illecito, strutturalmente complesso, inclusivo (nonché sul non cumulo di azioni e di pene), Isoc. 20.2; Dem. 54.1; Isae. 11.32; cfr., sulla inespugnabilità di un'azione per fatti già dedotti in un previo processo (introdotto anche con azione nominalisticamente differente dalla

come, grazie alla lettura di Demostene e di Aristotele, si riesca ad individuare, da un lato, una disposizione nomica tesa a reprimere con *δίκη* il furto semplice, dall'altro, una norma che risulta tesa a reprimere con *γραφή* il furto aggravato, ossia sia il furto commesso all'Accademia, al Liceo, al Cinosargo, sia il furto di beni dal valore superiore alle dieci dracme commesso presso i ginnasi e i porti di Atene, sia il furto diurno di beni dal valore superiore alle cinquanta dracme, sia il furto notturno. In secondo luogo, va precisato che il rapporto tra queste due *species* di *κλοπή* non è da intendere nel senso di un 'concorso formale di illeciti' cui è invece ispirato quello tra *αἰκεία* e *βία*, da un lato, e *ὑβρις*, dall'altro. In ipotesi di perfezione di un illecito a struttura complessa, quali sono le lesioni fisiche commesse con dolo *hybristico*, risulta operativa sul piano processuale – in forza dei principi della non obbligatorietà dell'azione e del *ne bis in idem* – l'elettività escludente dell'azione (*δίκη* o *γραφή*), in quanto la *αἰκεία* e la *βία* si atteggiavano a figure autonomamente perseguibili e non giuridicamente assorbite ancorché di fatto incluse nella *ὑβρις*, nonché rilevanti *per se* a prescindere totalmente dalla valutazione dell'elemento psicologico (e, quindi, senza che nella *δίκη αἰκείας* o in quella *βιαιών* rivestita alcuna importanza il dolo *hybristico*, ossia il dolo specifico che va di necessità provato, quale elemento essenziale della fattispecie, nella *γραφή ὑβρεως*). Ove, invece, venga commesso un furto notturno, un furto diurno superiore alle cinquanta dracme, un furto aggravato dal *locus* oppure dal *locus* e dal valore, le stesse forme di manifestazione dell'illecito non permettono di prescindere dalla valutazione congiunta tanto degli elementi comuni minimi (sottrazione di cosa altrui *invito domino*), quanto degli elementi aggiuntivi o di specificazione propri della sola figura di illecito aggravato: tra norma repressiva del furto semplice e norma repressiva del furto aggravato sussisterebbe cioè un rapporto di specialità, atteso che la seconda sia conterrebbe in sé tutti gli elementi presenti nella prima (coprendo ed esaurendo l'intero disvalore penale), sia presenterebbe, al contempo, ulteriori elementi specializzanti<sup>104</sup>. Se la *δίκη αἰκείας* (o

seconda vietata), Dem. 20.147; Dem. 24.54; Dem. 38.16; Dem. 40.39-43; v., circa il principio, immanente all'adversarial system' attico (S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 67), della non obbligatorietà dell'azione cd. pubblica e della domanda generalizzata di parte, quanto già puntualizzato al § 1.

<sup>104</sup> Se, infatti, è agevole esperire la *δίκη αἰκείας* o la *δίκη βιαιών*, in luogo della *γραφή ὑβρεως*, ancorché la lesione sia commessa con dolo specifico (proprio perché l'at-



quella βιαιών) persegue qualsivoglia lesione o violenza (in eventuale concorso elettivo con la γραφή ὕβρεως), la δίκη κλοπῆς non persegue qualsivoglia furto, ma unicamente il furto non aggravato, non potendo così mai risultare concorrente con la γραφή κλοπῆς.

### 7. Conclusioni.

Questo contributo è stato mosso dalla volontà di saggiare la fondatezza della diffusa convinzione secondo cui il diritto processuale ateniese fosse connotato dalla «flexible choice of procedure offered to the prosecutor»<sup>105</sup>: convinzione, quest'ultima, sia presupponente la molteplicità di rimedi processuali concorrenti *de eadem re*, sia implicante l'irrelevanza della valutazione, in termini obiettivi, degli atti posti in essere da un φεύγων o da un κατηγορούμενος ai fini ultimi della determinazione delle azioni esperibili e delle sanzioni irrogabili.

Pur rimanendo indubbio il principio generalizzato della 'domanda

---

tore, in tale ipotesi, può astrarsi *in toto* dall'elemento soggettivo, senza pregiudicare la sua minore pretesa), come promuovere un'azione privata di furto semplice là ove il furto sia invece aggravato? L'attore dovrebbe, nel giudizio privato, poter prescindere dal luogo, dal tempo di commissione e dal valore della refurtiva: tutti tali elementi, tuttavia, non sono irrilevanti, incidendo direttamente sul, e risultando innestati nel, profilo della condotta lesiva. Secondo l'assetto ora delineato, con l'esperimento dell'azione scritta la pena privata pecuniaria fissata nel doppio del valore della refurtiva, o, in assenza di restituzione, nel decuplo, non trova spazio. Ciò detto, pur essendo il concorso cumulativo tra le due azioni di furto, δίκη e γραφή, da escludere, il completo sacrificio dell'interesse di parte, in nome di quello super-individuale, non è annichilito. *In primis*, vero è che entrambe le azioni sono primariamente penali, tese non tanto al ristoro patrimoniale del derubato, quanto all'afflizione del reo a fronte di due differenti tipi di furto. Quindi, se la sanzione, in caso di furto semplice, è solo pecuniaria, mentre, in caso di furto aggravato, è solo capitale, allora la sanzione è o l'una o l'altra a seconda della gravità dell'illecito fatto valere in giudizio: il rapporto tra le due azioni, a mente della loro natura, è dunque configurabile in termini di alternatività a livello di procedure e di sanzioni. *In secundis*, è plausibile che, nel caso di furto aggravato ritenuto lesivo sia ἴδια sia πρὸς τὴν πόλιν, si sarebbe esperita, anzitutto nell'interesse collettivo, la γραφή κλοπῆς (cui era legittimato non solo il derubato, ma anche ogni cittadino), mentre non sarebbe stata attivabile alcuna autonoma δίκη κλοπῆς (a mente del *ne bis in idem* sostanziale e del principio di specialità). Ciò puntualizzato, nulla esclude che, in occasione di tale γραφή, si potesse far valere – seppur solo in via condizionata e secondaria (nella eventuale forma di una sorta di 'costituzione di parte civile') – da parte del derubato la βλάβη patita e, quindi, la pretesa 'privata' a titolo di προστήμις. In questi termini modifico e preciso il pensiero espresso in C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 133 s. e nt. 275.

<sup>105</sup> Cfr., per tutti, S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 160 s.

di parte' (che esclude l'obbligatorietà dell'azione anche in caso di lesione di un interesse superindividuale e che riconosce a ogni cittadino – e non a magistrati soltanto – il diritto di agire per la collettività, e non solo per la tutela delle proprie spettanze), la tesi in questa sede oggetto di vaglio non è parsa meritare adesione. E ciò non solo a mente del rapporto delineato tra *αἰκεία* e *βία*, da un lato, e *ὑβρις*, dall'altro (descrivibile, in ipotesi di lesioni o violenza con dolo hybristico, in termini sostanziali di concorso formale eterogeneo e in termini processuali di concorso elettivo di azioni), ma anche, e soprattutto, a mente della ricostruzione della complessiva disciplina solonica in tema di sottrazione furtiva di beni privati. La *δίκη κλοπῆς*, azione privata tesa alla tutela di interessi individuali, non comporta la pena di morte, e rappresenta il solo rimedio esperibile, anche in caso di flagranza, per i furti semplici (furti diurni di beni aventi valore fino a cinquanta dracme purché non commessi in luoghi pubblici, o non commessi di notte; furti di beni aventi valore fino a dieci dracme commessi in ginnasi e porti). I furti espressamente previsti come passibili di *ἀπαγωγή* (furto notturno, furto diurno per più di cinquanta dracme) in assenza di flagranza sono sanzionabili con la morte, ossia non sono perseguibili con la *δίκη* privata, ma con la *γραφὴ κλοπῆς*; parimenti, i furti commessi in determinati luoghi (Liceo, Accademia, Cinosargo) o in determinati luoghi e per un determinato valore sono sanzionati (in assenza della flagranza) con la pena capitale. Insomma: in caso di furto semplice, né l'*ἀπαγωγή*, né la *γραφὴ* sono attivabili (tali due azioni reprimendo un disvalore maggiore rispetto a quello suscettibile di essere sanzionato a mezzo dell'azione privata); in caso di furto aggravato non manifesto, né l'*ἀπαγωγή* (per difetto di condizione di esperibilità), né la *δίκη* (giusta il principio di specialità) sono esperibili; unicamente in caso di furto aggravato manifesto è ipotizzabile un concorso elettivo tra *ἀπαγωγή* e *γραφὴ*.

Il quadro così delineato, in definitiva, non corrisponde affatto alle declamazioni generali di coloro che descrivono il sistema processuale attico come *in toto* capriccioso, irrazionale, primitivo.

