



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 3
Number 2
December 2023

Bologna
University Press



Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Sergio Alessandri (Univ. Bari), Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero † (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Laura D'Amati (Univ. Foggia), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Lauretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Bologna), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Segretario di Redazione: F. Tamburi

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, M. Frunzio, O. Galante, S. Liva, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 3
Number 2
December 2023

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.

Direttore Responsabile
Giovanni Luchetti

Editorial office
email: redazione@speculaiuris.it

Web page
<http://www.speculaiuris.it>

Print subscription (2 issues)
€ 125

Subscription office
ordini@buponline.com

Publisher
Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza, 10
40123 Bologna (Italy)
tel.: +39 051 232882
fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155
ISSN online: 2785-2652
ISBN: 979-12-5477-438-0
ISBN online: 979-12-5477-439-7
Doi: doi.org/10.30682/specula0302

Registrazione
Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Trascorso un anno dalla prima edizione, i testi sono pubblicati sotto licenza Creative Commons CC-BY 4.0
One year after the first publication, paper are licensed under a Creative Commons attribution CC-BY 4.0

Graphic Layout
DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover
L'Illustratore (Bologna, 1346), miniatura tratta dal *Decretum Gratiani* con glosse di Bartholomaeus Brixiensis (Ginevra, Bibliothèque de Genève, Ms. Lat. 60, f. 2r).

Sommario

DIRITTI ANTICHI

Partes formularum e 'consenso' magistratuale 7
GIOVANNI PAPA

Argomentazioni giuridiche ed elementi architettonici: la limitazione della
responsabilità solidale nella lettura ulpiana dell'*actio de effusis vel deiectis* 23
MASSIMILIANO VINCI

DISACCORDI

«Dichotomy of the Roman Financial World» (J. Andreau) and Some Recent
Trends of Roman Studies on Economy and Law 53
AKIRA KOBAYASHI

FIGURE DELLA CONTEMPORANEITÀ

Ordinare il caos
Parte II: Cermenin e l'indipendenza italiana 95
MARCO FIORAVANTI

MACROSCOPIO

Vecchie questioni e nuove soluzioni a proposito dei *Commentarii* di Gaio 115
GIOVANNI COSSA

In margine a un'opera sul valore della 'parola' nel mondo antico e in quello romano 167
MASSIMO MIGLIETTA

DIRITTI ANTICHI

*Partes formularum e 'consenso' magistratuale**

Giovanni Papa

Dipartimento di Scienze economiche, giuridiche, informatiche e motorie (DiSEGIM), Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Napoli, Italia

Abstract (Italiano)

L'indagine offre una rilettura delle testimonianze della giurisprudenza e della cancelleria imperiale attestanti il potere del magistrato giusdicente di impedire l'inserimento dell'eccezione ovvero della replica all'interno della formula. Rilettura volta anche a ricostruire il (possibile) andamento della 'manovra' giudiziale sfociante nella menzionata decisione di negare il rimedio impetrato.

Parole chiave: *Denegare actionem, denegare exceptionem, denegare replicationem*

Abstract (English)

The investigation offers a reinterpretation of the sources of jurisprudence and the imperial chancery attesting to the power of the magistrate to prevent the insertion of the exception or the reply within the formula. Reinterpretation also directed to reconstruct the (possible) course of the judicial 'leeway' aimed at resulting in the decision to deny the requested remedy.

Keywords: *Denegare actionem, denegare exceptionem, denegare replicationem*

1. Premessa

Accade talvolta di riflettere a distanza di anni su temi già indagati, magari sotto l'impulso nascente dalla lettura di lavori altrui pubblicati *medio tempore* e appunto idonei a promuovere nuovi spunti interpretativi o addirittura tendenziali inversioni di rotta. Insomma, come recita un anonimo adagio, accade talvolta che 'l'assassino torni sul luogo del delitto'.

* Si riproduce qui, con qualche modifica, il contributo apparso negli *Studi* dedicati al professore Antonio Palma dal titolo *Ius hominum causa constitutum*.

E così è stato, rileggendo in tempi recenti dapprima i due saggi di Salvatore Sciortino¹, di poi la disamina di Antonio Palma², sul *denegare actionem*, su quello che – per usare le parole dell'autore napoletano – viene a delinarsi come un «vero e proprio vaglio di ammissibilità» al superamento del quale il *praetor* condizionava l'effettivo dispiegarsi della lite.

Su tale potere ebbi infatti modo di intrattenermi oltre un decennio fa, anche se da una prospettiva in un certo qual modo orientata a cogliere verosimili analogie con l'ulteriore attribuzione – riconducibile sempre al magistrato *in iure* – di bloccare il successivo sviluppo della contesa, stavolta in danno di *is cum quo agitur*. Ciò, ripercorrendo la storia della *pars formulae* attraverso cui – come insegna Gaio nel suo 'manuale' – *repticatur atque resolvitur vis exceptionis*³, nell'ottica di perquisire la vicinanza (storica, funzionale e teleologica) fra la determinazione pretoria di rigettare la tutela avanzata dal convenuto e la contrapposta *adiectio* (per dirla sempre con Gaio) invocata dall'attore⁴.

Ebbene – come dicevo – a non esigua distanza di tempo, sollecitato anche dalle riflessioni di entrambi gli studiosi, mi sono persuaso a meditare ulteriormente sull'argomento e a proporre una nuova valutazione delle testimonianze incentrate sulla facoltà del giudicante di impedire l'inserimento dell'eccezione e della replica (ma potremmo finanche immaginare delle successive 'aggiunte condizionali')⁵ all'interno della formula, e questo allo scopo di approfondire alcune tracce all'epoca soltanto individuate.

2. *Quaesitum est an exceptio... obstet an deneganda sit*

Ciò a cui penso è soprattutto la limitata centralità attribuita al *denegare exceptionem* nell'ambito delle dinamiche processuali e da qui alla portata circoscritta delle sue 'ricadute' sul (generale) piano ordinamentale. Contrariamente infatti alla decisione con la quale il pretore negava l'azione, la cui carica dirompente si rivelava in specie ove essa, travolgendo un'azione fondata sul *ius civile*, andasse a dare attuazione ai 'correttivi' che l'Editto introduceva nell'una o nell'al-

¹ SCIORTINO 2012, p. 659 ss., e SCIORTINO 2015, p. 197 ss.

² PALMA 2016, p. 116 ss.

³ Gai 4.126.

⁴ PAPA 2009, 96 ss.

⁵ Sette in tutto le fonti nelle quali figura espressamente la locuzione *denegare exceptionem*. Si tratta di alcuni *responsa* giurisprudenziali e di un solo rescritto imperiale che si snodano lungo un arco temporale piuttosto ampio: se infatti l'attestazione più antica dovrebbe ascrivere, stando al dettato paolino ove è riportata, a Fabio Mela, quelle meno risalenti sono collocabili invece in un periodo racchiuso tra II e III secolo d.C. Nello specifico, mi riferisco a D. 9.4.23 (Gai. 6 *ad ed. prov.*), D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*), D. 23.4.12.2 (Paul. 35 *ad ed.*), D. 46.2.19 (Paul. 69 *ad ed.*), D. 14.6.9 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*), D. 44.5.1.8 (Ulp. 76 *ad ed.*), nonché infine a C. 4.28.1 (*Imp. Perinax A. Atilio*). Cinque invece le tracce che alludono al *denegare replicationem*: tutte sostanzialmente riconducibili all'attività di *prudentes* compresi tra I e III secolo d.C., esse si rinvencono in D. 44.1.15 (Iul. 4 *ad Urs. Fer.*), D. 16.1.17.1 (Afr. 4 *quaest.*), D. 16.1.7 (Pap. 9 *quaest.*), D. 44.4.4.13 (Ulp. 76 *ad ed.*) ove si contemplano le opinioni di Marcello e Labeone, e D. 50.17.154 (Ulp. 70 *ad ed.*). Per una diffusa interpretazione dei testi, alla luce anche delle svariate ricostruzioni approntate dalla storiografia, faccio rinvio a PAPA 2009, p. 99 ss., per quanto riguarda il *denegare exceptionem*; p. 59 ss., p. 66 ss., p. 176 ss., p. 181 ss., p. 237 ss., in ordine al *denegare replicationem*, evitando qui di entrare nel dettaglio di ogni singola analisi esegetica.

tra materia⁶, il mancato accoglimento di un'eccezione (tra l'altro più facile da configurarsi tenuto conto che essa stessa era un strumento radicato nella *iurisdictio* magistratuale) sembra invece esplicitare la propria efficacia con riguardo a situazioni in linea di massima più marginali e comunque rilevanti essenzialmente sul terreno dell'*aequitas*.

Estremo, questo, che risulta di tutta evidenza già se si pone mente all'orientamento di Fabio Mela, il quale, giunto a noi attraverso il racconto di Paolo, rappresenta il più antico fra quelli preservati nella compilazione di *iura*:

D. 23.4.12.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

E invero, la soluzione ivi adottata di 'bocciare' l'inserimento nella formula dell'*exceptio* – finalizzata a dare voce alle intese intercorse tra moglie e marito – risponde evidentemente a una *ratio* equitativa, in qualche modo connessa a quella che si coglie nell'*edictum pacta conventa servabo*⁷. Quantunque fosse 'normale' rispettare gli accordi pattizi, sarebbe stato tuttavia iniquo concedere alla donna di invocare la loro tutela senza per ciò solo aver effettuato una sorta di *remissio* dell'*actio* nascente dalla *stipulatio poenae*, a sua volta posta a garanzia del patto medesimo. In definitiva, nella visione di entrambi i giuristi si voleva evitare, attraverso il diniego dell'*exceptio*, che la *mulier* potesse cumulare i rimedi previsti, sulla base delle concertazioni negoziali, in concorrenza alternativa.

Né poi a risultati differenti si perviene all'esame delle ulteriori fonti, ancorché in esse le istanze equitative, volte a fondare la scelta di non ammettere l'eccezione, non mi sembrano agganciate a previsioni edittali. Mentre infatti Gaio in

D. 9.4.23 (6 *ad ed. prov.*): *Sed et si postea adversarius eius in potestate habere coeperit servum, tenetur ex nova possessione denegata ei exceptione*

⁶ Basti pensare, a titolo esemplificativo, al diniego della *petitio hereditatis* all'erede, pur prevalente per il *ius civile* rispetto al possessore pretorio; al diniego della *vindicatio ususfructus* al legatario fino a quando costui non avesse prestato la *cautio fructuaria*, appunto) al nudo proprietario (nonché erede); al diniego della *vindicatio in servitutum* al *dominus* dello schiavo affrancato senza che fossero state rispettate le formalità previste *iure civili*; al diniego delle azioni ereditarie all'*heres* ritenuto *indignus* a subentrare, sia *ab intestato* sia *ex testamento*, al *de cuius*. Sulla tematica rimangono un punto di riferimento costante le acute osservazioni di METRO 1972, p. 90 ss., p. 119 ss., successivamente riprese e approfondite in METRO 2006, p. 406 ss.

⁷ Premesso che tra marito e moglie sia intercorso un *pactum* in virtù del quale costei sarebbe stata tenuta alla corresponsione della metà della dote, precisato che il patto medesimo era stato garantito da una *stipulatio poenae*, appare necessario – sia a Paolo sia ancor prima a Fabio Mela, alla cui autorità il giureconsulto severiano ritiene di ispirarsi – *alterutro eam [mulierem] contentam esse*. In buona sostanza, alla donna era concessa una duplice alternativa: o dare rilievo all'assetto degli interessi predisposto dalle parti per il tramite dell'*exceptio pacti*, purché avesse proceduto ad *acceptam facere poenae obligationem* (con l'ovvio corollario che se avesse in seguito esperito l'azione nascente dalla *stipulatio*, questa sarebbe stata denegata ovvero paralizzata da un'*exceptio doli generalis*); o richiedere nell'immediatezza l'esecuzione della penale attraverso l'*actio ex stipulatu*, ma in tale caso, appunto, le sarebbe stata negata, nel successivo processo intentato dal marito, la possibilità in sede di eccezione di addurre il patto.

si appoggia al mutamento della *causa petendi* per giustificare la negazione, in un giudizio diverso e successivo, dell'*adiectio* che aveva portato, nel precedente processo, all'assoluzione del convenuto⁸, la cancelleria di Pertinace prima e Ulpiano dopo si intrattengono sulle fattispecie di inammissibilità dell'*exceptio Sc. Macedoniani*, segnando una tappa fondamentale di quella 'storia calante' che contraddistinse il *decretum flavio*⁹.

Più precisamente,

C. 4.28.1 (*Imp. Pertinax A. Atilio*, a. 193): *Si filius, cum in potestate patris esset, mutuum a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, eiusque adfirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.* PP. X K. APRIL. FALCONE ET CLARO CONSS.

contempla il caso del *filius* al quale è impedito di avvalersi dello 'sbarramento' della norma senatoria, per il tramite appunto dell'eccezione su di essa fondata, qualora la sua falsa asserzione di essere giuridicamente autonomo abbia ingenerato nel creditore l'idea che il prestito non fosse *in mortem parentis*¹⁰.

Diversamente, nella vicenda presa in considerazione da

D. 14.6.9 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem*

è l'effettivo mutamento di *status* del *filius* a precludere allo stesso la possibilità di ricorrere alla protezione del senatoconsulto in ordine a tutti quegli atti che, compiuti dopo siffatto mutamento, sono in qualche modo collegati alla *datio mutui*¹¹.

⁸ Quantunque la lacunosità del tenore attuale del brano induca a qualche difficoltà interpretativa, tenderei nondimeno a supporre che il discorso svolto dal giureconsulto vada inserito in un contesto più ampio: prospettato verosimilmente il caso concreto, premessa con buona probabilità la regola generale (volta a elargire l'eccezione al convenuto, come lascerebbe intuire il *sed contemplato in limine*), viene poi introdotta una sorta di deroga. La quale mira a concedere a chi è stato danneggiato da uno schiavo altrui di ottenere protezione contro l'avente potestà, anche nell'eventualità in cui quest'ultimo, in un precedente giudizio, avesse risposto negativamente all'*interrogatio* 'si servus in potestate sit'.

⁹ La suggestiva espressione è di LUCREZI 1992, p. 311, ad avviso del quale la messa a fuoco di un atteggiamento restrittivo da parte di giuristi e imperatori non riguardò soltanto il Macedoniano, essendo «riscontrabile anche in altri casi in cui si verifica un analogo passaggio dalla paura alla razionalità». Ciò accade, per esempio, a proposito del Silaniano, che prevedeva la tortura e il supplizio di tutti gli schiavi presenti nella casa del *dominus* al momento del suo assassinio: anche in questa ipotesi, la severità iniziale del precetto normativo subì una graduale attenuazione, allorché «la preoccupazione di una sicurezza collettiva cede[te] a preoccupazioni di ordine prevalentemente individuali» (così DALLA 1980, p. 103).

¹⁰ Posto in apertura del titolo 28.4 del Codice, il provvedimento emanato nel 193 da Pertinace va inserito all'interno di quel processo che, sollecitato – come si accennava nella nota precedente – da giurisprudenza e cancellerie imperiali, era finalizzato all'elusione e allo svuotamento del Macedoniano: subordinando l'efficacia del *decretum* all'effettiva consapevolezza, da parte del *pecuniam dans*, dello *status* del mutuuario, la costituzione aspira infatti ad affievolire la *vis* coercitiva della delibera senatoria, senza con ciò tradirne la lettera e lo spirito.

¹¹ Ulteriore testimonianza a sostegno della diffusa tendenza volta a limitare la portata repressiva del provvedimento vespasiano, il *responsum* ha ad oggetto il caso di un *pater familias factus* che abbia costituito un *pignus* a garanzia di un proprio mutuo, ottenuto quando costui era ancora *alieni iuris*. Orbene, ad avviso del giurista severiano, il convenuto

Nel solco della tendenza indirizzata a non riconoscere l'eccezione al *filius* per motivi equitativi si pone anche

D. 46.2.19 (Paul. 69 *ad ed.*): *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. Diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est. Idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiamnunc minor est, rursus circumvenitur: diversum, si iam excessit aetatem viginti quinque annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem. Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.*

Qui l'inopponibilità opera all'interno di un giudizio che trova fondamento in una *stipulatio ex delegatione*, dal canto suo intervenuta verosimilmente dopo la definizione del mutuo. Allo stesso modo dell'*exceptio doli*, anche il rimedio idoneo a dare attuazione al *decretum* senatorio, pur essendo concesso all'*alieni iuris* nei confronti del proprio delegante (*qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat*), è tuttavia inammissibile rispetto al delegatario, *quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit*. Da ciò l'affermazione conclusiva secondo cui non saranno ammesse *adversus secundum creditorem* le eccezioni dirette a contrapporre i vizi inerenti (diremmo oggi) al rapporto di provvista, tutte le volte in cui – chiarisce espressamente il *prudens* – *in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est*¹².

Ma non basta. Che il 'punto di equilibrio' sia sempre da rinvenire nella salvaguardia della giustizia distributiva sembra potersi inferire anche allorché le *sententiae auctorum* non at-

non potrà, almeno fino alla concorrenza del bene dato in pegno, neutralizzare l'azione promossa dal creditore per mezzo dell'*exceptio Sc. Macedoniani*. Il limpido dettato testuale non sembra dunque lasciare spazio a dubbi di sorta: nella riflessione ulpiana la *datio pignoris* è da intendersi come un'implicita *ratihabitio* del debito effettuata dal mutuatario. Convinzione del resto manifestata anche in un altro frammento riconducibile sempre al maestro di Tiro (D. 14.6.7.16, 29 *ad ed.*), in cui si prevede che il *pater familias factus*, se adempie parzialmente al suo debito, non potrà invocare il senatoconsulto e non potrà neppure ripetere il *solutum*.

¹² Si tratta di un elenco nel quale sono annoverate le eccezioni che, solitamente riconosciute al delegato nei confronti del delegante, sono all'opposto negate avverso il delegatario. Avvia la serie l'*exceptio doli*, cui segue, tra quelle in un certo qual modo ad essa accostabili, l'eccezione finalizzata a dare rilievo al precetto del Macedoniano. A diversa determinazione si perviene invece nel caso in cui il rapporto di provvista sia invalido: allorché sia stato disatteso il senatoconsulto Velleiano, oppure il delegato sia un minore *circumscriptus*, anche il c.d. rapporto finale tra delegato e delegatario-creditore è da ritenersi inficiato, dal momento che *in secunda promissione intercessio est...*, *si etiamnunc minor est, rursus circumvenitur*. Tutto ciò conduce in chiusura alla generalizzazione innanzi descritta, la cui sostanziale genuinità mi sembra indiscussa.

tribuiscono al magistrato giudicante il potere di negare l'ammissibilità del rimedio in favore del convenuto.

Sono invero le esigenze dettate dall'*aequitas* che sollecitano Africano in

D. 44.1.18 (9 *quaest.*): *Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul iudicio quoque communi dividundo agere sub eodem iudice: item si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est an exceptio 'quod praeiudicium fundo partive eius non fiat' obstet an deneganda sit. Et utrobique putat intervenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudiciis experiri*

ad accordare l'*exceptio 'quod praeiudicium fundo partive eius non fiat'*, ove con essa si punti a ostacolare la formazione del giudicato sulle questioni accessorie (divisione della cosa comune, titolarità dei frutti) fintantoché non sia stata decisa quella principale della proprietà sul bene controverso¹³.

È ancora l'*aequitas* che spinge Ulpiano in

D. 44.5.1.8 (76 *ad ed.*): *Exceptionem onerandae libertatis causa, sicut et ceteras fideiussori non esse denegandas sciendum est, nec ei quidem, qui rogatu liberti reus factus est: sed et ipsi liberto, sive procurator ad defendendum a reo datus fuerit sive heres ei exstiterit. Cum enim propositum sit praetori in huiusmodi obligationibus reo succurrere, non servaturum propositum suum, nisi fideiussorem quoque et eum, qui rogatu liberti reus factus fuerit, adversus patronum defenderit: etenim parvi refert, protinus libertus patrono cogatur dare an per interpositam fideiussoris vel rei personam*

a concedere l'*exceptio onerandae libertatis causa* anche in favore di chi sia stato in qualche modo coinvolto nell'esecuzione delle attività pretese dal patrono¹⁴.

Ebbene, se le linee finora tracciate appaiono persuasive, è facile allora ipotizzare che la decisione di sottrarre l'*exceptio* alla componenda formula vada ricondotta quasi sempre a una

¹³ Il frammento illustra due ipotesi. La prima concerne un soggetto che promuove in concomitanza una *rei vindicatio* parziale e un'*actio communi dividundo* nei confronti del possessore, il quale si dichiara *dominus* dell'intero fondo conteso; la seconda riguarda invece chi, affermando di essere l'unico proprietario del terreno, decide di esperire contemporaneamente contro il *possessor* un'azione di rivendica e una *condictio fructuum*. Ciò posto, Africano si domanda se la formula dell'azione divisoria e quella della *condictio* debbano includere l'*exceptio 'quod praeiudicium fundo partive eius non fiat'*, volta a paralizzare le rispettive azioni fino a quando non fosse stata decisa la vicenda principale sulla proprietà. Sebbene il testo non si pronunci in merito, il cenno nell'epilogo a Giuliano lascia inferire che la *quaestio* sia stata risolta in modo affermativo. Soluzione, questa, che dunque comportava l'assoluzione del convenuto nel processo pregiudiziale e al contempo spingeva per l'apertura della causa di rivendica, ovvero per la sua prosecuzione nel caso in cui fosse stata già avviata.

¹⁴ Facendo leva sull'opportunità di dare tutela al liberto che abbia adempiuto alla prestazione *per interpositam fideiussoris vel rei personam*, Ulpiano estende al fideiussore di costui, nonché a *qui rogatu liberti reus factus est* e allo stesso liberto divenuto *procurator ad defendendum* oppure erede del debitore, l'eccezione idonea a infirmare l'azione esercitata dal patrono, laddove le prestazioni richieste da quest'ultimo fossero risultate particolarmente gravose.

valutazione discrezionale, compiuta dal pretore caso per caso. Significativo a tal proposito proprio l'inciso africano diretto chiaramente a rimarcare, attraverso il *quaesitum est* ivi figurante, che a monte della soluzione caldeggiata dal *iurisconsultus* opera comunque l'imprescindibile alternativa rimessa al magistrato di *obstare* ovvero di *denegare* lo strumento difensivo richiesto¹⁵.

Ma a ulteriore e (forse) più efficace conferma mi pare deponga anche quanto emerge dal confronto tra le (accennate) testimonianze nelle quali al *praetor* è attribuito il potere di impedire al *filius* di farsi scudo con l'*exceptio Sc. Macedoniani* e

D. 44.4.4.14 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Contra senatus consulti quoque Macedoniani exceptionem de dolo dandam replicationem ambigendum non esse eamque nocere debere etiam constitutionibus et sententiis auctorum cavetur*

ove in una fattispecie assai simile si preferisce invece rimettere al *iudex* (traverso la concessione della *replicatio*) la facoltà di sostenere le ragioni del mutuante¹⁶. Sebbene l'identico contesto che fa da sfondo alle vicende processuali e l'evidente analogia teleologica dei due rimedi inducano a ritenere che il *denegare exceptionem* e la *replicatio* rappresentino – per così dire – facce della stessa medaglia, il *discrimen* fra le due soluzioni (tra l'altro – com'è noto – diverse nella struttura e negli effetti) è da ravvisarsi proprio nell'idea alla quale il pretore è giunto sulle questioni di causa: nel personale apprezzamento in ordine alle circostanze equitative di fatto, magari anche in forza di ragioni di mera opportunità¹⁷.

Convincimento, questo, cui il giudicante non poteva tuttavia pervenire senza la tempestiva, imprescindibile sollecitazione da parte dell'attore, il quale, al fine di ottenere che fosse respinto il mezzo processuale proposto dal *reus*, era tenuto a farsi parte diligente offrendo la prova incontestata in relazione alla sussistenza di tutte le evenienze necessarie a fondare uno schema di *iudicium* limitato alla sola *actio*. Orienta in tale direzione soprattutto il rescritto di Pertinace¹⁸, ove il *denegare exceptionem* è espressamente subordinato al fatto che *in iure* il mutuante dimostri in modo convincente, inconfutabile (*iusta ratione edocere*) di aver prestato

¹⁵ Cfr. *supra*, nt. 13.

¹⁶ L'evidente reticenza in ordine alla fattispecie da cui avrebbe preso le mosse l'evoluzione processuale non mi sembra di ostacolo a una sua verosimile ricostruzione. Letto infatti alla luce dei brani collocati dai commissari di Giustiniano subito prima e subito dopo, il caso presentatosi all'attenzione del giurista severiano avrebbe riguardato un *filius familias*, il quale inizialmente avrebbe con dolo mentito circa la sua condizione di sottoposto allo scopo di conseguire il prestito di danaro, di seguito (e cioè all'atto della richiesta giudiziale della somma mutuata) avrebbe cercato di impedirne la restituzione attraverso l'*exceptio Sc. Macedoniani*. Qualche dubbio potrebbe suscitare soltanto il *quoque* presente in apertura dell'escerto: sulle sue possibili interpretazioni mi riporto a quanto osservato in PAPA 2009, p. 74 ss.

¹⁷ Non sottovaluterei invero – nonostante la (ovvia) mancanza di tracce testuali al riguardo – che la scelta del magistrato possa essere stata in qualche modo condizionata – si direbbe oggi – dal 'ruolo' a lui assegnato, dalla consistenza numerica dei giudizi affidati al suo vaglio. Sicché se tale carico fosse stato considerevole non è del tutto azzardato credere che il pretore preferisse rinviare l'esame di tutte le faccende di causa al giudice, anche quando avrebbe potuto risolverle così da evitare successive e capillari indagini.

¹⁸ Cfr. *supra*, nt. 10.

fede alla *adfirmatio* menzognera del *filius*. In altre parole, la cancelleria imperiale inibisce a quest'ultimo la possibilità di giovare del *decretum* senatorio allorché il creditore abbia fornito la prova rigorosa, sotto il profilo oggettivo, della falsa dichiarazione di autonomia familiare resa dal mutuatario; sotto il profilo soggettivo, della propria buona fede, cioè di essersi intimamente convinto di prestare denaro a un *sui iuris*.

Nello stesso senso (ancorché forse in maniera meno esplicita) si muovono anche l'ulpiano D. 14.6.9 pr. e il paolino D. 46.2.19¹⁹. E ciò quantunque quest'ultimo vada a privilegiare il criterio fondato sull'effettiva ignoranza del creditore, insistendo – si osservava innanzi – sulla giustificazione, prospettata nella chiusa del passo, secondo cui il delegatario difficilmente poteva avere contezza di eventuali violazioni afferenti al rapporto tra delegante e delegato. Del resto, eloquente appare anche l'ulteriore precisazione, quasi un invito 'avvocatesco' rivolto al *secundus creditor*: anche se fosse stato a conoscenza di accordi fraudatori, era opportuno fingere di esserne all'oscuro *ne curiosus videatur*. Diversamente nel frammento ascritto a Ulpiano, ove il parametro adottato è di tipo oggettivo: l'esplicita puntualizzazione che il *filius* all'atto della costituzione del pegno (intervenuto dopo la *datio mutui*) fosse *pater familias factus* sta senza dubbio a significare che soltanto la dimostrazione resa dal creditore in ordine al mutamento dello *status familiae* del debitore potrà orientare la scelta finale del pretore.

Sembrano ugualmente prescindere da valutazioni di natura soggettiva anche gli altri riferimenti testuali. Se infatti Paolo in D. 23.4.12.2 (e prima di lui Mela) subordina il diniego dell'*exceptio pacti* all'allegazione prodotta dal marito e volta a testimoniare che la moglie si sia già avvalsa del suo diritto, avendo appunto azionato la penale prevista nel caso in cui fosse stato eluso il patto intercorso tra i due²⁰, Gaio in D. 9.4.23 punta invece sulla prova della *nova possessio* dello schiavo²¹. A fondare la decisione del magistrato (investito nel processo successivo) basterà la dimostrazione che il giuramento prestato dal convenuto (nella causa precedente) di non possedere lo schiavo colpevole di un illecito sia stato superato dal fatto che – si notava poco addietro – costui in un secondo momento *in potestate habere coeperit servum*. Con l'evidente corollario che, se questa situazione risulta accertata, verrà impedito al *reus* di ottenere tutela per il tramite di una (meno probabile) *exceptio rei iudicatae*, ovvero di una (più verosimile) *exceptio iurisiurandi*.

3. *Adversus exceptionem... replicatio... non debet dari*

A conclusioni tutto sommato non dissimili è possibile pervenire anche ove ci si addentri nelle maglie di un gioco dialettico più complesso, ove si allarghi cioè lo sguardo a programmi di giudizio che, dovendo dare conto dell'evoluzione di una vicenda più articolata, andavano ben

¹⁹ Cfr. *supra*, ntt. 11-12.

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 7.

²¹ Cfr. *supra*, nt. 8.

oltre lo schema abituale della *formula*. E ciò sulla base di alcune *sententiae* giurisprudenziali comprese (si diceva in apertura) tra I e III secolo d.C., che sembrano far riferimento, attraverso espressioni equivalenti o similari a quella fin qui considerata, alla facoltà concessa al *praetor* di contrastare stavolta l'allegazione della *pars formulae* immediatamente connessa all'*exceptio*²².

La trama di tali responsi, nel loro dettato attuale, non mi pare suscitare particolari dubbi interpretativi. Così anzitutto

D. 44.1.15 (Iul. 4 *ad Urs. Fer.*): *Adversus exceptionem iurisiurandi replicatio doli mali non debet dari, cum praetor id agere debet, ne de iureiurando cuiusquam quaeratur*

e

D. 44.4.4.13 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi*

i quali, con tono lapidario, quasi precettistico, esprimono, se non una vera e propria *regula iuris*, almeno un indirizzo in forza del quale sarà inibito all'attore di addurre in sede di replica il comportamento doloso di chi, secondo il maestro adrianeo, si fosse avvalso dell'*exceptio iurisiurandi* e, ad avviso del giurista di Tiro, avesse opposto sempre attraverso l'*exceptio* il *dolus petitoris*²³.

Fautori allo stesso modo di un'impostazione restrittiva, i due *prudentes* sembrano dunque prevedere a monte della decisione magistratuale di inammissibilità della *replicatio doli* un'attività ancora una volta assolutamente discrezionale, fondata su logiche di giustizia equitativa. Logiche che, con riguardo a Giuliano, restano comunque nascoste tra le pieghe del suo discorso²⁴; per quanto concerne Ulpiano, risultano invece chiare, esplicite, subito percepibili con

²² Poco o punto lasciano invece inferire le fonti con riguardo al diniego delle *adiectioes* successive alla *replicatio*; e questo malgrado le generalizzanti prospettazioni di Gai 4.127 ss., D. 44.1.2.3 (Ulp. 74 *ad ed.*), I. 4.14.1 ss., Theoph. *Par. ad I.* 4.14.1 ss. prevedano invece che i litiganti, allo scopo di enunciare le loro rispettive ragioni, potessero integrare, secondo un avvicendamento logico e ordinato, i *verba* della formula con ulteriori clausole condizionali.

²³ In ordine all'orientamento giuliano, esso non risulta contraddetto nemmeno dalle testimonianze di Paolo (D. 12.2.17.1 e D. 12.2.28.2, 18 *ad ed.*) e di Ulpiano (D. 12.2.9.4 e D. 12.2.9.5, 22 *ad ed.*) che invece ammettono l'opponibilità della *replicatio* (plausibilmente sempre) *doli* contro l'eccezione del *iurisiurandum* prestato *in iure*. E ciò dal momento che qui la *replicatio* è finalizzata a censurare non tanto la falsità del giuramento, quanto piuttosto l'inesistenza di una valida *delatio* in forza dell'incapacità a deferire il nostro atto da un lato, o della *circumscriptio* del minore o della *fraus* del delante dall'altro. Con specifico riguardo poi a D. 44.4.4.13, sono convinto dell'utilità di una lettura congiunta di tale frammento con quelli che, nella sequenza predisposta dai commissari giustiniani, figurano subito dopo: estrapolati sempre dal settantaseiesimo commentario all'editto del maestro di Tiro, essi contemplano infatti una sorta di deroga al citato principio dell'inopponibilità, operante nell'ambito rispettivamente di un mutuo erogato al *filius familias* e di una *stipulatio* munita di *clausula doli*.

²⁴ E questo, ancorché il segmento finale del testo appaia in qualche modo allinearsi alla motivazione addotta da Marcello e Pomponio in D. 4.3.21 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per iurisiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus libro octavo digestorum probat: stari enim religioni debet*. Del resto, a ulteriore conferma dei larghi consensi che tale indirizzo

i loro conseguenti riverberi non soltanto processuali. E infatti, nel frammento contenuto in D. 44.4.4.13 il giurista severiano inizialmente riferisce (con buona probabilità in senso adesivo) il pensiero di Labeone e di Marcello, inclini a negare la concedibilità della *replicatio doli* avverso l'*exceptio doli* stante l'iniquità (precisa il primo) cui si darebbe luogo se, nel caso di *communis malitia*, all'attore fosse consentito di avvantaggiarsi in danno del convenuto. Quindi egli fa leva sulla giustificazione anzitempo addotta dallo scolarca augusteo: poiché è assai più equo che il *petitor* non ottenga nulla *ex eo, quod perfide gestum est*, la soluzione suggerita al pretore non può che essere quella di mantenere lo *status quo*, attraverso appunto il diniego della *replicatio doli*.

Orientamento, del resto, ribadito dallo stesso Ulpiano anche in

D. 50.17.154 (70 *ad ed.*): *Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa. Sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori 'aut si rei quoque in ea re, dolo actum sit'. Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit*

ove una serie di indizi (soprattutto di natura testuale) induce a credere che la regola qui richiamata sia proprio quella elaborata da Labeone e traducendosi nell'inopponibilità della *replicatio doli* all'*exceptio doli*²⁵. Ancora una volta si afferma invero che, nell'ipotesi di reciprocità dell'illecito, la posizione giuridica meritevole di tutela è quella di colui che attualmente possiede; ancora una volta il giurista viene a prevedere uno schema di *iudicium* in cui a conti fatti risulterà la sola difesa del *reus*, la quale, paralizzando la pretesa dell'attore, manterrà inalterata la situazione al punto di partenza; ancora una volta tale scelta riposa su ragioni equitative ravvisabili nel fatto che – si precisa nell'ultimo tratto – all'attore *debet permitti poenam, qui in ipsam non incidit*.

Espressioni dell'intima coesione tra piano processuale e piano sostanziale, la *sententia* di Labeone in D. 44.4.4.13 e quella di Ulpiano in D. 50.17.154 rappresentano in definitiva i due estremi di una comune linea di pensiero, proponendosi entrambe nel segno di una risposta capace di superare l'idea formalistica del diritto: nell'ottica di preservare l'impronta equitativa

ebbe presso i giuristi delle epoche successive depongono anche D. 12.2.26 pr. e D. 12.2.28.10 (Paul. 18 *ad ed.*), nonché D. 12.2.5.2 (Ulp. 22 *ad ed.*). Ma forse non è azzardato ritenere che anche la *lectio* giustiniana pervenuta in I. 4.13.4 si sia 'accomodata' sulla scorta di questa tendenza: *Aequè si debitor deferente creditore iuraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perurio quaeri, defenditur per exceptionem iuriurandi*. Su tutti questi brani, con richiami pure alla letteratura, faccio rinvio a PAPA 2009, p. 240 ss.

²⁵ Ciò, dunque, a prescindere dalla autorevole obiezione di LENEL 1889 [rist. 2000], Ulp. 1544 ntt. 3-4, il quale, integrando l'inciso finale nel senso di *poenam (sponsionis) petere*, situa il testo sotto la rubrica dell'*interdictum uti possidetis*, riferendolo, in particolare, all'*agere per sponsionem*. A ben considerare, anche una siffatta lettura non mi pare comunque di intralcio a configurare in termini generali la massima cui si ispira Ulpiano per risolvere il caso di specie. Anzi tenderei a credere che le conferisca uno spessore maggiore, giacché viene a presupporre che il giurista severiano, ricorrendo all'analogia come *ratio decidendi*, abbia inteso estendere all'*agere per sponsionem* il principio dell'inopponibilità della *replicatio doli* all'*exceptio doli*, prevedendone in tal maniera l'impiego in un contesto particolare.

posta a monte dell'attività pretoria prima e giurisprudenziale poi, esse mirano invero a rimarcare il punto di confine fra l'esigenza di dare rilievo giuridico ai nuovi modelli comportamentali e quella (ulteriore) di impedire che dalla rigorosa osservanza di siffatti modelli potessero comunque conseguirsi fini illeciti.

Una parabola evolutiva, dunque, quella che lega il responso di Labeone al parere di Ulpiano e che recupera il suo approdo nella sistematica predisposta dai giustiniani: questi ultimi, collocando il secondo passo ulpiano sotto il titolo di D. 50.17 *De diversis regulis iuris antiqui*, attribuirono alla direttiva processuale ivi richiamata una valenza ancora più generale di quella che essa certamente già aveva nella sua sede originaria.

Trova allo stesso modo la sua ragion d'essere nella dialettica tra *ius* ed *aequitas* anche il diniego delle *replicationes* cui alludono

D. 16.1.17.1 (Afr. 4 *quaest.*): *Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur: si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet 'si non voluntate eius pignus datum esset', replicationem mulieri senatus consulti non profuturam, nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi*

e

D. 16.1.7 (Pap. 9 *quaest.*): *Quamquam igitur fideiussor doli replicatione posita defensionem exceptionis amittat, nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorationem praetendere. Sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fideiussoris liberatur.*

Inseriti nell'orbita di quel movimento giurisprudenziale teso – si rilevava innanzi a proposito del Macedoniano²⁶ – a restringere la portata applicativa delle delibere senatorie, entrambi i testi prendono in considerazione una fattispecie di *intercessio* muliebre, disciplinata – com'è noto – dal Velleiano; entrambi i testi vengono a far leva su un criterio soggettivo – la consapevolezza (o l'inconsapevolezza) delle parti in ordine all'intera operazione negoziale – allo scopo di stabilire l'effettiva salvaguardia delle specifiche posizioni in gioco. E infatti, nel primo il *consilium* di negare l'operatività del senatoconsulto, attraverso il rigetto della conseguente *replicatio*, insiste sulla *ignorantia* del creditore quale misura idonea ad accordare tutela al concreto assetto di interessi, vale a dire quelli del creditore medesimo a ottenere quanto a lui dovuto, quelli della donna a vedersi riconosciuta la possibilità di dare voce al disposto della prescrizione

²⁶ Cfr. *supra*, nt. 9 ss.

ne normativa²⁷. Nel secondo invece – all'interno del giudizio di regresso avviato dal fideiussore della donna *intercedens* contro quest'ultima – è la personale *scientia* del garante che assurge a criterio guida dell'applicabilità del precetto senatorio. L'idea che costui non potesse non avere contezza della nullità del *mandatum* riposa invero sul fatto che tale circostanza si presume dedotta già nella (precedente) causa esperita nei suoi confronti dal creditore, come integrante appunto la previsione normativa²⁸. Da qui l'inibizione della *replicatio* (probabilmente) *doli* volta a sconfiggere l'*exceptio Sc. Velleiani* avanzata dalla donna: la cognizione del *fideiussor* circa l'intercessione di quest'ultima esclude infatti la configurabilità di qualsivoglia comportamento doloso da parte della *mulier* sia durante le trattative negoziali sia in sede processuale.

4. Ulteriori implicazioni processuali

Questo, grosso modo, quanto è dato cogliere dalle attestazioni pervenuteci. Poco o punto è invece possibile desumere con riguardo alle modalità operative, al concreto svolgimento della vicenda sfociante nella decisione magistratuale di sbarrare l'ingresso nella formula dell'*exceptio* ovvero della *replicatio*.

Senonché, per uscire dalla 'zona d'ombra' e cercare di avanzare qualche ipotesi utile a ricostruire un (possibile) andamento della 'manovra' giudiziale si rivela a mio avviso opportuno prendere le mosse da un celebre passo di Ulpiano, scelto dai giustinianeî per dare avvio al titolo *De edendo* nella raccolta di *iura*:

D. 2.13.1 pr. (4 ad ed.): *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur.*

²⁷ Anzitutto viene illustrata la fattispecie, che vede come protagonisti una *mulier* beneficiaria della dote opportunamente garantita e un secondo creditore dell'obbligato alla dote, il quale, avendo ricevuto in pegno la stessa *res* data alla donna, corrisponde a quest'ultima la *pecunia dotis* al fine di estinguere la relativa obbligazione e conseguire il possesso del *pignus* medesimo. A seguire la vicenda giudiziale. La *mulier* promuove l'*actio Serviana* verso il secondo creditore asserendo di vantare nei riguardi dell'obbligato alla dote un ulteriore credito da mutuo, garantito sempre dallo stesso bene. Avverso tale azione il giurista immagina l'opponibilità dell'*exceptio 'si non voluntate eius pignus datum esse'* (fondata evidentemente sul consenso della donna all'operazione iniziale), ma non già l'ulteriore adduzione della *replicatio* intesa a dare rilevanza al precetto del senatoconsulto Velleiano. Tutto ciò a meno che, si riporta nella porzione finale del testo, il *possessor* fosse a conoscenza che il credito (garantito) abbracciava anche l'altra partita relativa al mutuo: solo in questa evenienza il dibattito processuale sarebbe infatti proseguito con l'inserzione nella formula della citata *replicatio*.

²⁸ Nonostante il brano non contenga ipotesi da cui si origina la contesa, l'evidente connessione tra il nostro frammento e quello che immediatamente lo precede autorizza a credere che essa riguardi il garante di una donna intercedente in favore del rappresentante negoziale del proprio *filius* assente. Sicché, se il fideiussore, risultato soccombente nel giudizio intrapreso nei suoi confronti dal creditore del figlio, agisce in regresso verso la *mulier* e quest'ultima oppone l'*exceptio Sc. Velleiani*, il giurista non concede all'attore la possibilità di avvalersi della *replicatio doli*, dal momento che *facti non potest ignorationem praetendere*. Nondimeno, ragioni di equità sostanziale spingono Papiniano a riconoscere l'*actio negotiorum gestorum contraria* avverso il rappresentante negoziale del *filius* assente, il quale, sebbene il mandato sia stato 'fulminato' da nullità in quanto conferito dalla donna, *pecunia fideiussoris liberatur*.

Il frammento si apre con un nitido e dettagliato commento sull'*edere actionem*. Nel mettere a fuoco gli obblighi cui era tenuto chi stesse per iniziare una causa, il giurista – in evidente aderenza alla logica di una corretta instaurazione del contraddittorio – sottolinea la tassatività della dichiarazione resa dall'attore in merito all'*actio* che intendesse promuovere. Anche stavolta vengono invocate le ragioni dell'*aequitas* quale criterio fondante la prescritta 'formalità' introduttiva del *iudicium*. *Aequitas* che dunque va letta certamente nell'interesse del convenuto, il quale – si precisa nel prosieguo – soltanto in tal modo potrà operare una scelta consapevole tra il *cedere* e il *contendere ultra*, soltanto in tal modo potrà, qualora preferisca accedere a quest'ultima alternativa, *venire instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur*²⁹.

Poche, limpide, stringenti parole per descrivere quella che in fin dei conti rappresenta sì una 'garanzia' a vantaggio del *reus*, ma forse anche la risposta con la quale Ulpiano ritiene di poter assicurare il buon funzionamento della giustizia, salvaguardando – per usare la terminologia dell'interprete moderno – il principio di economia processuale. Al (verosimile) scopo di decongestionare la macchina giudiziaria, una tale imposizione – come lascia intuire l'inciso posto in chiusura – avrebbe anzitutto contribuito a contenere la (inutile) dilatazione dei tempi di causa, evitando che il convenuto, giunto al cospetto del pretore, chiedesse un rinvio finalizzato a organizzare una congrua linea difensiva, per avere appreso soltanto in quella sede (e dunque per la prima volta) la pretesa attorea e gli *instrumenta* sui quali essa si basava. A questo s'aggiunga che essa avrebbe forse addirittura impedito la celebrazione di quei processi nei quali per il *reus* risultava più conveniente evitare di 'andare a causa'.

Ciò posto, non escluderei – almeno in chiave congetturale – che la duplice opzione cui allude Ulpiano con riguardo al convenuto potrebbe essere in qualche maniera immaginabile per entrambi i litiganti allorché il dibattito si fosse ampliato, arricchendosi di affermazioni e deduzioni contrapposte all'insegna della dialettica riprodotta attraverso il rigoroso e imprescindibile sillogismo (*si paret...*, *si non paret...*, *aut si paret...*) restituito nel *iudicium*.

In altre parole – sempre nella (plausibile) ottica di garantire, si direbbe oggi, l'osservanza di un 'equo contraddittorio' e, in ultima analisi, di un 'giusto processo' – è ipotizzabile che, all'interno della schermaglia svolgentesi tra i contendenti, l'attore per infirmare l'efficacia del rimedio impetrato dal convenuto si facesse portatore dinanzi al giudicante sempre e comunque di una duplice istanza, chiedendo (ancora per usare una terminologia moderna) in via principale il rigetto dell'*exceptio*, in via subordinata la previsione nella *formula* di una *replicatio*. Il *praetor* dal canto suo, come suggeriscono a più riprese giurisprudenza e cancelleria imperiale, era orientato a decidere per la *denegatio* se l'iniquità della concessione dell'*exceptio* fosse stata prontamente dimostrata *in iure* da parte di colui che agiva.

Da qui il successivo e conclusivo passaggio del *reus*: riconoscere per il tramite di una *confessio* giudiziale la pretesa azionata; ovvero acconsentire alla *litis contestatio* procedendo ad *ac-*

²⁹ Ampia rassegna di problemi e di letteratura concernenti il testo in DONADIO 2011, p. 14 s., p. 109, SCIORTINO 2018, p. 37 s., PEDONE 2020, p. 41 s.

cipere iudicium senza *exceptio*, nella speranza evidentemente che comunque l'azione promossa, durante la fase *apud iudicem*, non trovasse un adeguato sostegno probatorio³⁰.

³⁰ Il percorso fin qui delineato subiva – per così dire – una battuta d'arresto, meglio ancora una deviazione, allorché colui che si era visto negare il rimedio richiesto fosse convinto dell'illegittimità o iniquità della determinazione medesima. In questo caso, egli avrebbe invero potuto interrompere lo svolgimento del processo e, attraverso l'appoggio dei tribuni della plebe, dare avvio a una sorta di controllo esterno sull'attività del giudicante, volto a privare di efficacia il diniego emesso. Indirizzano verso tale soluzione alcuni (per la verità non molti, ma di certo significativi) *loci* dell'opera ciceroniana. In primo luogo la testimonianza della *pro Quinctio*, ove – nell'analizzare la vicenda svoltasi tra Publio Quinzio e Sesto Nevio al cospetto del pretore urbano C. Aquilio – si sottolinea a chiare lettere che l'intervento degli antichi rappresentanti plebei costituisce una soddisfacente risposta per arginare le decisioni assunte in spregio delle previsioni edittali e comunque contrarie ai principi dell'*aequitas*. Cfr. all'uopo 7.29, dove la richiesta di aiuto ai tribuni mira a scongiurare l'inserimento nella formula di una *satisfatio iudicatum solvi* a carico del *procurator ad litem* di Quinzio (...*iste [Naevius] postulabat ut procurator iudicatum solvi satis daret; negat Alfenus aequum esse procuratorem satis dare, quod reus satis dare non deberet, si ipse adesset. Appellantur tribuni; a quibus cum esset certum auxilium petitum, ita tum disceditur ut idibus septembris P. Quinctium Sisti Sex. Alfenus promitteret...*), e 20.63-64, dove l'*intercessio* tribunizia è invocata contro i provvedimenti esecutivi sul patrimonio di Quinzio, ottenuti grazie alle capziose affermazioni della controparte (...*aut haec facta non sint necesse est aut C. Aquilius, talis vir, iuratus hoc ius in civitate constituat: cuius procurator non omnia iudicia acceperit quae quisque in verba postularit, cuius procurator a praetore tribunos appellare ausus sit, eum non defendi, eius bona recte possideri posse, ei misero, absenti, ignaro fortunarum suarum omnia vitae ornamenta per summum dedecus et ignominiam deripi convenire. Quod si probari nemini potest, illud certe probari omnibus necesse est, defensum esse iudicio absentem Quinctium. Quod cum ita sit, ex edicto bona possessa non sunt...*). Altrettanto rilevanti nell'orbita in cui ci andiamo ponendo anche alcuni passaggi della *pro Tullio*, pronunciata – com'è noto – innanzi al tribunale dei *recuperatores* per consentire a Marco Tullio di conseguire una congrua *aestimatio* sulla base dell'editto di Lucullo per i danni subiti ad opera degli schiavi di un vicino. Ai §§ 38 e 39 del sedicesimo capitolo Cicerone allude infatti al fallito tentativo del difensore della parte avversa di ottenere grazie all'ausilio dei tribuni della plebe – dopo il rifiuto del pretore investito della causa – l'inserimento nella formula del termine '*iniuria*' (38. *Dicis oportere quaeri, homines M. Tulli iniuria occisi sint necne. De quo hoc primum quaero, venerit ea res in hoc iudicium necne. Si non venit, quid attinet aut nos dicere aut hos quaerere? Si autem venit, quid attinuit te tam multis verbis a praetore postulare, ut adderet in iudicium INIURIA, et, quia non impetrasse, tribunos pl. appellare et hic in iudicio quaeri praetoris iniquitatem, quod de iniuria non addidisset?* 39. *Haec cum praetorem postulabas, cum tribunos appellabas, nempe dicebas, potestatem tibi fieri oportere ut, si posses, recuperatoribus persuaderes non esse iniuria M. Tullio damnatum datum. Quod ergo ideo in iudicium addi voluisti, ut de eo tibi apud recuperatores dicere liceret, eo non addito nibilo minus tamen ita dicis, quasi id ipsum a quo depulsus es impetaris?*). Diverso infine il caso contemplato in *Acad.* 2.30.97, ove il riferimento all'*intercessio* tribunizia è, sì, esplicito, ma compare in un contesto nel quale prevale la dimensione 'figurata'. Rimarcando invero la scarsa persuasività della logica utilizzata dagli Stoici nelle loro argomentazioni, l'Arpinate concede a costoro alla stregua di (provocatoria) '*extrema ratio*' la richiesta di *intercessio* tribunizia allo scopo del riconoscimento dell'obiezione (astrattamente accostata a un'*exceptio*) da lui ritenuta inammissibile (*tribunum aliquem censeo videant: a me istam exceptionem numquam impetrabunt*). Meno probante ai nostri fini la testimonianza di Liv. 6.27.10, concernente gli avvenimenti verificatisi nel 380 a.C.: anno in cui – per contrastare le delibere senatorie in forza delle quali i plebei insolventi o sarebbero stati assegnati come schiavi ai creditori o sarebbero stati arruolati nelle nuove legioni, stante la diffusa convinzione di un'imminente guerra contro i Prenestini – i tribuni scesero in campo e con il consenso dei propri rappresentanti riuscirono a opporre un vigoroso sbarramento a entrambe le decisioni: *nam neque duci addictos tribuni sinebant neque iuniores nomina dabant*. Ebbene, è opinione diffusa, nonostante il silenzio delle fonti al riguardo, che nel caso in cui l'*intercessio* tribunizia fosse andata in porto, nel senso che avesse privato di efficacia la decisione oggetto di verifica, il giudicante, per evitare la paralisi della propria attività, avrebbe dovuto senz'altro uniformarsi alle direttive imposte dai tribuni: solo così infatti non si sarebbe reso inadempiente rispetto all'ordine impostogli; solo così avrebbe impedito al convenuto – che non avesse accettato in sede di *litis contestatio* la formula sfornita di *exceptio* – di sottrarsi facilmente alle conseguenze dell'*indefensio*. L'attore, dal canto suo, poteva scegliere (è ovvio nella sola ipotesi in cui l'allineamento alla volontà tribunizia si fosse realizzato) se *cedere in iure*, rinunciando alla tutela processuale, o *contendere ultra*, procedendo a *edere iudicium* alla luce dei correttivi dettati. Sul punto rinvio, anche per un ampio quadro di sintesi bibliografica, a SCIORTINO 2012, p. 659 ss.: l'a., del resto (e malgrado la mancanza di attestazioni e l'incertezza circa la natura della decisione di non concedere l'*actio*), ha immaginato la configurabilità dell'*intercessio* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* e dei *tribuni plebis* pure con riguardo al *denegare actionem*. Meno possibilista a tale ultimo proposito PALMA 2016, p. 124 ss., spec. p. 126, il quale tra l'altro attribuisce all'*intercessio* avverso il diniego dell'azione nulla di più di «un'efficacia positiva riflessa», dal momento che il successivo adeguamento da parte del magistrato giudicante sarebbe avvenuto solo per evitare un secondo intervento dei tribuni. In definitiva, ad avviso dello studioso, «l'*intercessio* avrebbe avuto semplicemente degli effetti, per così dire, persuasivi, anche in considerazione del fatto che difficilmente sarebbe stata concessa [...] se non fossero state ritenute sussistenti gravi ragioni».

Qualora, invece, non fosse stato possibile dar prova dell'evidente e indiscussa infondatezza delle allegazioni difensive *in limine litis*, dal momento che la confutazione delle circostanze ad essa sottese esigeva un'indagine più approfondita, la verifica della questione sarebbe stata demandata al *iudex privatus* per il tramite dell'inserzione nella *conceptio verborum* di una *re- replicatio*, tesa appunto «a ripristinare nel suo valore il nesso ipotetico già stabilito fra l'*intentio* e la sua *condemnatio*»³¹.

Stesso discorso ove si fermi l'attenzione sul *denegare replicationem*. Anche in questo caso infatti – e ferme restando le accennate perplessità scaturenti dalla carenza di testimonianze al riguardo – è presumibile un'evoluzione della vicenda giudiziaria in linea di massima analoga (ancorché, ovviamente, a ruoli invertiti) a quella innanzi descritta. La decisione magistratuale di negare l'*adiectio* invocata dall'attore avrebbe trovato spazio all'interno della contesa allorché il convenuto fosse stato in grado di provare senza tema di smentita che la circostanza dedotta in *replicatio* fosse in contrasto con quei principi di giustizia ed equità sostanziale di cui il pretore era solerte custode. Verificatasi un'ipotesi siffatta, alla parte attrice era dato di scegliere se *cedere in iure* oppure *contendere ultra*: detto altrimenti, se rinunciare all'*actio* giacché consapevole che la fondatezza dell'*exceptio* avrebbe portato all'assoluzione dell'avversario, oppure addivenire alla *litis contestatio* senza replicare, confidando nella (comunque improbabile) eventualità che nel successivo segmento processuale non sarebbe stata raggiunta alcuna prova sulla circostanza dedotta nell'eccezione.

Diversamente nel caso in cui il riscontro probatorio non fosse stato sufficiente a formare un qualche convincimento nel giudicante: qui – al pari di quanto si è osservato in ordine al *denegare exceptionem* – si imponeva un più accurato controllo dei fatti adottati in seconda battuta dall'attore e dunque il magistrato, traverso l'inserimento nella *formula* della *duplicatio*, avrebbe rimesso al giudice privato ogni determinazione su di essi, andando stavolta «a ripristinare nel suo valore il nesso ipotetico già stabilito [...] fra l'*exceptio* e l'*absolutio*»³².

Bibliografia

BETTI 1935 = E. BETTI, *Diritto romano*, I. *Parte generale*, Padova 1935.

DALLA 1980 = D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, Milano 1980.

DONADIO 2011 = N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure. Tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano 2011.

LENEL 1889 = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 (rist. Roma 2000).

LUCREZI 1992 = F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992.

³¹ Così BETTI 1935, p. 540, il quale, nell'intento di calcare l'effetto 'reintegrativo' cui miravano la *replicatio* e le ulteriori *adiectioes* figuranti nella formula, richiama a titolo esemplificativo la funzione svolta nelle notazioni musicali dal 'bequadro', che «dopo un diesis o un bemolle rimette la nota nel tono che le è proprio».

³² (Ancora) BETTI, *ibidem*.

METRO 1972 = A. METRO, *La "denegatio actionis"*, Milano 1972.

METRO 2006 = A. METRO, *Eccezione di dolo generale e "denegatio actionis"*, in L. GAROFALO (a c. di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, pp. 387-412.

PALMA 2016 = A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016.

PAPA 2009 = G. PAPA, *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009.

PEDONE 2020 = M. PEDONE, *Apud acta. Studi sul processo romano alla luce della documentazione papirologica (IV-VI sec. d.C.)*, I, Torino 2020.

SCIORTINO 2012 = S. SCIORTINO, *"Denegare actionem", decretum e intercessio*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo* 55 (2012), pp. 659-704.

SCIORTINO 2015 = S. SCIORTINO, *Denegare iudicium e denegare actionem*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo* 58 (2015), pp. 197-238.

SCIORTINO 2018 = S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018.