

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA

STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano 'De Armeniorum successione' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus'</i> nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Stefano Barbati

Università degli Studi di Torino

La ‘*vetus atque usitata exceptio*’ – ‘*cuius pecuniae dies fuisset*’ – di Cic. *De orat.* 1.168: un rimedio a disposizione dell’attore per evitare la *pluris petitio tempore* nel processo *per legis actiones* *

Introduzione - 1. Cic. *De orat.* 1.168: testo e contesto - 2. Il riferirsi del brano al rito *per legis actiones* piuttosto che al processo formulare - 3. Il rapporto sostanziale dedotto in giudizio: un mutuo concluso in forma reale, con restituzione frazionata del capitale, piuttosto che una *stipulatio incerti* oppure una vendita o una locazione con corrispettivo da versare a rate - 4. Il regime della ‘*vetus atque usitata exceptio cuius pecuniae dies fuisset*’ e dell’*exceptio ‘quod ea res in iudicium antea venisset*’ nel rito *per legis actiones* – Conclusioni.

Molti cultori del diritto romano hanno l’abitudine di applicare i principi esposti da Gaio nelle sue *institutiones* al diritto privato e/o processuale privato del II e I sec. a.C. In alcuni casi ciò si risolve in un’indebita retroproiezione all’età repubblicana di una disciplina dell’epoca imperiale.

Due esempi, relativi al processo civile, sono dati da quanto il maestro classico osserva rispettivamente in Gai. 4.109 e in Gai. 4.131¹.

Nel primo l’autore della metà del II sec. d.C. rileva che, ai sensi della *lex Iulia iudiciaria*, si potrà avere un giudizio legittimo su un’*actio in factum* se questo si

*) L’autore di questo contributo deve al Professore Ferdinando Zuccotti la possibilità di svolgere le mansioni di professore universitario di diritto romano e diritti dell’antichità, per di più in una sede antica, di rilievo per il diritto romano e gratificante come quella di Torino. Le seguenti pagine non esauriscono pertanto la gratitudine che egli sente nei confronti del Ricordato, costituendone una semplice testimonianza.

¹) Relativamente a quest’ultima fonte, con applicazione a Cic. *De orat.* 1.168, qui in esame, si veda, nello stesso senso, J. PETRAU-GAY, *Evolution historique des ‘exceptions’ et des ‘prescriptions’*, Paris, 1916, p. 107 s.

svolge a Roma, fra cittadini romani, di fronte ad un giudice monocratico, mentre sarà un giudizio fondato sull'*imperium* del magistrato quello *ex lege Aquilia* svolto in provincia, o anche nella stessa capitale se una parte sia straniera oppure l'organo giudiziario sia costituito dai *recuperatores*. La dottrina dominante applica retrospettivamente il *dictum* della legge giudiziaria augustea, come esposto da Gaio: essa ritiene perciò che già nel II e nel I sec. a.C. operasse la distinzione tra giudizi legittimi e giudizi al contrario basati sull'*imperium* del magistrato giudicante. Nella prospettiva oggi maggioritaria ciò sarebbe avvenuto perché la precedente *lex Aebutia* avrebbe legalizzato il processo formulare solamente nel campo coperto dalla *legis actio per condictioem* (con ciò determinando la desuetudine di quest'ultima, a favore dell'esclusiva applicazione della *condictio* formulare)²: in tutti gli altri settori il rito pretorio avrebbe avuto effetti solamente onorari (e un esempio si riscontrebbe proprio nel passo del *De oratore* ciceroniano, qui in esame). Tuttavia anche la visione minoritaria assegna alla *lex Aebutia* una generale «civiltizzazione» del rito formulare, che già in precedenza all'approvazione di quest'ultima sarebbe stato applicato (almeno nelle presunte materie di diritto pretorio) fra cittadini senza effetti legali (ma basati sull'*imperium* del magistrato) e che avrebbe continuato ad essere privo di legittimità civilistica quando avente ad oggetto un'*actio in factum*: ne si vedrebbe un esempio ancora una volta nel brano qui in esame, riferito ad un *iudicium bonae fidei* (una compravendita oppure una locazione, con corrispettivo frazionato), prima che in età imperiale i rapporti basati sulla buona fede fossero «civiltizzati»; la *lex Iulia iudiciaria* non avrebbe basato la distinzione tra *iudicium legitimum* e giudizio *imperio continens* sulla materia dedotta in giudizio, bensì su parametri estrinseci (il luogo del giudizio, la nazionalità delle parti, la natura dell'organo giudiziario), perché avrebbe operato l'influenza pubblicistica, quale già visibile nelle allora aurorali *cognitiones extra ordinem*³. Queste interpretazioni co-

² È la tesi sostenuta da M. KASER, *Die 'lex Aebutia'* (1953), in *Ausgewählte Schriften*, 2, Napoli, 1976, p. 441-476, mentre F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg i. B., 1889, p. 65-109 e H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München-Leipzig, 1937, p. 52-64, pensavano a una diretta abrogazione della *legis actio per condictioem* da parte della legge Ebuizia. È uscito dal novero delle opinioni in circolo l'assunto che quest'ultimo provvedimento avesse abolito la *legis actio sacramento in personam* (si veda lo scarno riferimento bibliografico in P.F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in *Mélanges de droit romain*, 1, Paris, 1912, p. 65-113, specialmente p. 107 nt. 2), che giustamente G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. 2.1. *Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 59 nt. 87, vede ancora testimoniata in Cic. *De orat.* 1.166 s., passo che risale al 127-126 (piuttosto che al I secolo, come invece vorrebbe l'autore: lo lascia intendere il fatto che uno dei due avvocati è ivi indicato come console, e fu infatti console nel 128, mentre l'altro non merita questa qualifica, e rivestì poi la suprema carica nel 125), per cui nell'ottica di quest'ultima tesi la legge dovrebbe essere semmai posteriore al 126, ma, come detto, trattasi di concezione superata.

³ Così M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano* (cur. F. MILAZZO),

ziano con la testimonianza di un qualificato contemporaneo come Cicerone, il quale ancora nell'estate del 44 (*Top.* 28) annoverava l'editto del pretore tra le fonti del *ius civile*. Il che depone nel senso che la distinzione tra *iudicia legitima* e *iudicia imperio continentia* sia una novità della *lex Iulia iudiciaria*, non avendo essa ragione di porsi in precedenza, quando era scontato che qualsiasi giudizio fra cittadini⁴, pur se avente ad oggetto un'*actio in factum*, avrebbe avuto effetti civili⁵ (gli unici conosciuti anteriormente alla *lex Iulia iudiciaria*). Il fatto che Cicerone annoverasse gli editti dei magistrati tra le fonti del *ius civile* induce a credere che l'elaborazione di un *ius honorarium* con valenza sostanziale, distinto dal *ius civile*, sia il portato di riflessioni dei giuristi imperiali⁶, mosse proprio a partire dalla *lex Iulia iudiciaria* e dalla categoria dei giudizi con effetti solamente magistratuali da essa clamorosamente introdotta (forse per sottolineare la primazia di Roma e dei suoi cittadini ivi residenti, a fronte delle spinte centrifughe che la conquista dei Paesi mediterranei e la pianificata espansione verso il centro Europa inevitabilmente determinava?).

Napoli, 1999, p. 63-260, specialmente, con riguardo a Cic. *De orat.* 1.168, p. 169-171 (il titolo della monografia è fuorviante: essa è sostanzialmente una confutazione della tesi attualmente dominante circa la portata della *lex Aebutia*). L'autore professa esplicitamente il ritorno alle tesi di M. WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte der Formularverfahrens*, 1, Leipzig, 1888, p. 18-166, specialmente p. 85-131, 2, Leipzig, 1891, p. 298-328. A proposito di Cic. *De orat.* 1.168, lo studioso moravo (*Römische Prozessgesetze*, 1, cit., p. 71 nonché ID., '*Praescriptio*' und *bedingter Prozeß*, in *ZSS*, 33, 1912, p. 81-159, specialmente p. 144) segue la tesi dominante circa l'accezione della '*vetus atque usitata exceptio*' ivi menzionata (una *praescriptio pro actore*, come subito si vedrà). La seconda *exceptio* ivi citata, '*quod ea res in iudicium antea venisset*', a cui parimenti subito si accennerà, pone problemi al maestro di Vienna, potendo porre in dubbio la sua ricostruzione del contenuto della *lex Aebutia*, atteso il rilievo di parte piuttosto che d'ufficio dell'eccezione di giudicato ivi attestato: egli (*Römische Prozessgesetze*, 1, cit., p. 71 s.), non ritenendo di poter sostenere che sia ivi descritto un processo *per legis actiones*, conclude nel senso dell'errore terminologico commesso dall'«autore, non giurista» (mentre Talamanca pensa come accennato nel testo ad un rapporto sostanziale di diritto onorario, tutelato da un giudizio con corrispondenti effetti).

⁴) La questione relativamente agli stranieri (tali non intendendosi i Latini, che avevano accesso alle *legis actiones*, come non può sensatamente dubitarsi) è complessa e non può esaurirsi in una nota. Ha comunque ragione G. NICOSIA, *Ex iure Quiritium*, Catania, 2018, p. 95, a concludere che «per cercare di ricostruire come e quando nacque, e poi gradatamente si diffuse ed estese sempre più, l'*agere per formulas*, occorre ripartire da capo».

⁵) E senza che il processo formulare fosse applicato «tout court» ai cittadini, nemmeno nelle presunte materie di diritto pretorio, come sosteneva, prima delle dottrine così influenti di Wlassak, l'orientamento tradizionale, difeso ancora da P.F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, cit. (nt. 2), p. 65-113 nonché ID., *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia*, in *Mélanges de droit romain*, I, cit. (nt. 2), p. 114-174.

⁶) Secondo quanto postulato da un indirizzo minoritario in letteratura, il cui esponente di maggiore spicco è F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 = trad. it. (G. NOCERA), *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 155 s.

L'ulteriore esempio di applicazione retrospettiva dei principi istituzionali esposti da Gaio, del quale ci si vuole occupare in questa sede⁷, è quello rappresentato da quanto il giurista antonino afferma in *inst.* 4.131. Ivi Gaio collega la *praescriptio pro actore* solamente alla *stipulatio* con cui ci facciamo promettere a scadenze periodiche (il mese, l'anno) una determinata somma di denaro (ovviamente, a fronte di una controprestazione ad esecuzione parimenti di durata). In caso di inadempimento di una rata, se vogliamo perseguire giudizialmente il debitore senza estinguere l'intero rapporto sostanziale a seguito della *litis contestatio*, preservando ci perciò la possibilità di fare valere futuri inadempimenti connessi al medesimo rapporto, abbiamo bisogno di premettere alla formula dell'*actio ex stipulatu* la *praescriptio* 'ea res agatur cuius rei dies fuit', con la quale si circoscrive il *petitum*. Altrimenti esso sarebbe espresso in termini generali dall'*intentio* dell'azione – 'quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere' –, così determinando l'estinzione della *stipulatio* stessa per la sua deduzione in giudizio seguita dalla *litis contestatio*. Un'applicazione pratica di tale principio sarebbe per l'appunto la *vetus atque usitata exceptio*, 'cuius pecuniae dies fuisset', menzionata da Cicerone in *De orat.* 1.168, quale rimedio a disposizione dell'attore, la quale rimanda immediatamente alla *praescriptio pro actore* gaiana, 'cuius rei dies fuit'. L'Arpinate farebbe cioè riferimento ad una *stipulatio* di pagamenti periodici in denaro (il cui importo, rapportato alla singola periodicità, era indicato nella *demonstratio*), tutelata da una formula con *intentio incerta* al 'quidquid dare facere oportere', in cui la *praescriptio* 'ea res agatur' (o *agetur*) 'cuius rei dies fuit' valeva a circoscrivere il *petitum* evitando la consumazione dell'intero rapporto. Proprio a quest'ultimo proposito il brano in esame si chiude con la precisazione che, grazie alla *vetus atque usitata exceptio* 'cuius pecuniae dies fuisset', l'attore evitava che sue successive richieste fossero respinte per l'appunto dall'eccezione di giudicato ('quod ea res antea in iudicium venisset'). Operando tale eccezione non d'ufficio bensì in quanto sollevata dalla parte, si avrebbe conferma che la precedente *lex Aebutia* legalizzò il rito formulare – sotteso in Cic. *De orat.* 1.168 – solamente nell'ambito prima coperto dalla *legis actio per conditionem*, volta a tutelare crediti di *certa pecunia* oppure *certa res*, mentre qui il credito aveva ad oggetto un *incertum* e appunto per questo il relativo giudizio non produceva effetti civili. Una semplice precisazione, nell'ambito di tale consolidato indirizzo⁸, è quella secondo cui la *praescriptio pro actore*, come descritta da

⁷) Al primo sopra ricordato si è accennato in S. BARBATI, *Sul problema d'origine dell'editto giurisdizionale edilizio: tra protezione legale e tutela negoziale dell'acquirente*, in *Iura*, 70, 2022, p. 141-245, specialmente p. 220-223, ma si confida di potervi tornare in sede di conclusioni di una monografia sul pensiero giuridico dei *tres, qui fundaverunt ius civile*, di prossima pubblicazione, dove potere proporre riflessioni anche relativamente al problema accennato nella nota 4.

⁸) Dominante dalla scoperta del manoscritto gaiano, a partire da G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, rist. Goldbach, 1997 (ed orig. Berlin, 1832¹¹), p. 667 s. nt. 1, il quale osserva che anteriormente al rinvenimento di Verona nel 1816 gli studiosi ravvisavano

Gaio (*inst.* 4.131: ‘*ea res agatur cuius rei dies fuit*’), non era ancora stabilmente inserita nella formula edittale dell’*actio incerti ex stipulatu* in età ciceroniana, venendo piuttosto di volta in volta richiesto dall’attore l’inserzione del rimedio nel concreto programma di giudizio piuttosto che lo stesso già essere contemplato nell’editto⁹.

Si vogliono qui addurre argomenti in favore del fatto che la fattispecie descritta da Cicerone non costituisca un’esemplificazione di quanto esposto da Gai. *inst.* 4.131, avendosi anche in tale ipotesi un’indebita retroproiezione di principi posteriori invece di riscontrarsi, come si dovrebbe, in Cic. *De orat.* 1.168, l’embrione nel rito *per legis actiones* della *praescriptio pro actore* formulare. La vicenda narrata nel passo in esame fu infatti conosciuta secondo il rito *per legis actiones* piuttosto che nelle forme del processo formulare (al contrario di quanto pensa la dottrina pressoché unanime)¹⁰. Inoltre il rapporto sostanziale ad esso sotteso non era una *stipulatio* di prestazioni pecuniarie periodiche (al contrario dell’opinione prevalente), ma nemmeno una compravendita o una locazione con corrispettivo frazionato nel tempo¹¹, bensì un contratto di mutuo concluso in forma reale, con l’accordo informale di restituzione frazionata del capitale¹². Cicerone alluderebbe

nella ‘*vetus atque usitata exceptio*’ una *replicatio* dell’attore, fino ad arrivare a G. PAPA, *Sulle dinamiche processuali di ‘Cic. de orat. 1, 37, 168’*, in *Signa amicitiae. Scritti G. De Bonfils*, Bari, 2018, p. 39-48. La letteratura in tal senso in L. PELLECCHI, *La ‘praescriptio’. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, p. 280 nt. 18.

⁹) Così L. PELLECCHI, *La ‘praescriptio’*, cit. (nt. 8), p. 288-294, con una motivazione per vero non convincente (fondata essenzialmente sull’esclusione dell’errore da parte dell’avvocato dell’attore, del cui comportamento si darà qui una differente interpretazione rispetto a quella profilata dallo studioso: si veda oltre § 4 e nt. 72), della quale importa qui sottolineare il fatto che la formulazione ciceroniana – ‘*cuius pecuniae dies fuisset*’ –, non potendo grammaticalmente concordare con quella gaiana (*inst.* 4.131: ‘*ea res agatur cuius rei dies fuit*’), nonostante O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *The so-called ‘consilium’ of the Praetor and the Development of Roman Law*, in *TR*, 69, 2001, p. 11-20, specialmente p. 18 (la quale restituisce ‘*ea res agatur cuius pecuniae dies fuit*’), fosse al più una parafrasi di un’eventuale clausola edittale, giustamente stimata inesistente nella prima metà del I sec. a.C. da parte dello studioso (il quale fa invero salva, in maniera non troppo convinta, un’alternativa, che non è qui risultata chiara).

¹⁰) Tanto che si possono, con maggior profitto, ricordare le sparute voci contrarie: si veda specialmente J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 76 s., ma apoditticamente. Ha aderito alla tesi pressoché unanime altresì S. BARBATI, *Manio Manilio, Marco Giunio Bruto, Publio Mucio Scevola, ‘qui fundaverunt ius civile’*, Roma-Bristol, 2022, p. 214 e nt. 361, che va perciò corretto sul punto.

¹¹) Al contrario di quanto stimato da M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit. (nt. 3), p. 170 s.

¹²) Secondo quanto sostenuto da M. VARVARO, *Ricerche sulla ‘praescriptio’*, Torino, 2008, p. 171-174, il quale pensa ad una *condictio certae pecuniae*, che poteva avere ad oggetto «un mutuo di denaro da restituire in più rate» (la sanzione, a seguito di *stipulatio* imposta processualmente, del terzo del *petitum* sostanzialmente in caso di soccombenza, a configurare più propriamente l’*actio* o *condictio certae creditae pecuniae*, fu aggiunta dopo il 91, nella condivisibile opinione dell’autore, che

a un antico mezzo di difesa, che evitava di incorrere non nella *pluris petitio re*¹³, bensì in quella *tempore*¹⁴, impedendo che la seconda azione proposta alla scadenza della successiva rata fosse interrotta *in iure* dal pretore denegando la *legis actio* stessa, dopo che il debitore avesse obiettato e provato che era già stata precedentemente intentata un'*actio de eadem re*. Mezzo di difesa che doveva essere stato escogitato dai primi giuristi laici, forse Publio o Sesto Elio. Rimedio, infine, che testimonia l'estinzione del diritto a cui nel processo *per legis actiones* dava luogo non soltanto la *pluris petitio re* (come nel caso descritto appena prima dall'Arpinate in *De orat.* 1.166 s.)¹⁵, ma anche quella *tempore*¹⁶.

1. Lo «smagliante dialogo»¹⁷, capolavoro dell'*opera rhetorica* ciceroniana, rap-

non data il *credere* anteriormente a Quinto Mucio – *op. cit.*, p. 151 e nt. 564: si veda pure M. VARVARO, 'Praescriptio' e 'sponsio' nella 'Tabula Pompeiana Sulpiciorum' 31, in *AUPA*, 47, 2002, p. 367-404, specialmente p. 374 s. nt. 21 nonché ID., 'Condictio' e 'causa actionis', in *AUPA*, 57, 2014, p. 265-318, specialmente p. 312-318 –, dunque qui non rileva). Senza specifica indicazione del mutuo da restituire a rate, quale rapporto sottostante, ma sempre nell'ottica della *condictio certae pecuniae*, B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio' di Cic., De orat. 1.37,168* (2004), in *Scritti giuridici*, 4, Torino, 2006, p. 1091-1103, specialmente p. 1095 s. Entrambi gli studiosi palermitani nell'ambito tuttavia di una ricostruzione più generale del testo in esame da cui si avrà qui modo di dissentire.

¹³) Come invece opinato da M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 173.

¹⁴) Secondo quanto visto da J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 77 nt. 1. La dottrina dominante contesta tale lettura di Cic. *De orat.* 1.168, perché non si raffigura la possibilità che il debito di importo certo (si dica pure da mutuo) fosse frazionato e perciò, considerandolo nell'ottica del termine di adempimento unitario, afferma che l'incertezza circa lo stesso sarebbe stata confinata a ipotesi eccezionali, tali da non fare assurgere a paradigmatico, e rendere anzi di ardua comprensione, il caso portato dall'Arpinate: si veda allora L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. (nt. 8), p. 283-285, rispondendo positivamente al dubbio lasciato aperto da G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano* 1. *La procedura formulare*, Torino, 1958, p. 186, con la puntuale critica di M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 172 s., il quale ravvisa però come detto nel mutuo da restituire a rate un problema di *pluris petitio re* piuttosto che *tempore*.

¹⁵) In cui anche J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 77 nt. 1, riscontra una *pluris petitio re* (come pure S. BARBATI, *Manio Manilio*, cit. [nt. 10], p. 220 e, con la consolidata letteratura in tal senso, nt. 220). Vi si tornerà subito oltre.

¹⁶) Così rispondendo positivamente al dubbio lasciato aperto da S. BARBATI, *Manio Manilio*, cit. (nt. 10), p. 222 nt. 398 in scia a G. SACCONI, *La 'pluris petitio' nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, p. 6, vale a dire se il rito per *legis actiones* conoscesse altre *pluris petitiones*, oltre quella *re*. In particolare era riconosciuta la *pluris petitio tempore*, mentre forti dubbi devono nutrirsi relativamente a quella *causa e loco*.

¹⁷) Come lo definisce F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola* (1985), in *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, 2, Padova, 2003, p. 833-909, specialmente p. 835. «Brillante dialogo, capolavoro tra gli scritti retorici di Cicerone»; «pagine ... smaglianti di un'opera celebrata fin dal suo primo apparire» (F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'* [1980], in *Lectio sua*, cit., 2, p. 717-831, specialmente p. 734 e p. 825). «Smaglianti libri sul *perfectus orator*» (F. BONA, *Il 'docere respondendo' e 'discere audiendo' nella tarda Repubblica*, in

presentato dal *de oratore*, costituisce una fonte preziosa per la ricostruzione del diritto romano del II secolo e del primo decennio del I secolo a.C., come del resto ben noto in letteratura.

Esso è infatti ambientato durante i primi giorni del settembre 91, nella tenuta suburbana del censore Crasso, che sarebbe morto poco dopo, nel corso dello stesso mese settembrino.

È evidente che i dati giuridici ivi contenuti non possono essere postdatati rispetto al 91, facendoli scendere fino al 55, anno di composizione dell'opera, salvo che non si riescano a dimostrare specifici errori di Cicerone sul punto¹⁸.

Altro conto poi quello delle fonti di Cicerone relative agli episodi a sfondo giuridico narrati nel *de oratore*, compreso quello che qui interessa.

Tralasciando di porre l'accento sul fatto che l'Arpinate dichiara – senza troppa enfasi, peraltro – che i contenuti del dialogo tenutosi nel settembre del 91 gli erano stati riportati da un partecipante – Caio Cotta, che in quell'anno si era candidato al tribunato –, la lettura complessiva dell'opera porta a credere che, per i riferimenti giuridici ivi disseminati, Cicerone avesse primariamente attinto ai memorabili diciotto libri *de iure civili* del console del 95, Quinto Mucio Scevola, che dovevano essere stati pubblicati poco dopo il settembre del 91 (altrimenti nel dialogo li si citerebbe)¹⁹. In via sussidiaria l'Arpinate doveva avere attinto alla sua memoria, segnatamente a quanto aveva appreso nel suo *tirocinium fori*, che nell'89 egli conduceva proprio presso il maggior esperto di diritto dell'epoca, il Quinto Mucio Scevola figlio di Publio, come lo stesso Arpinate dichiara in *Brut.* 306²⁰

Lectio sua, cit., 2, p. 1131-1160, specialmente p. 1143 nt. 36). Il maestro pavese ne ha saputo fornire una ineguagliata visione giuridica d'insieme, nei suoi scritti dedicati alla giurisprudenza tardo repubblicana, ma si veda altresì M. TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel 'de oratore' di Cicerone*, in *Ciceroniana*, 13, 2009, p. 29-100.

¹⁸) Che devono essere provati da chi sostenga il contrario (cioè che nel dialogo l'Arpinate non sia stato in grado di distinguere i piani temporali), come mostrano i dati richiamati da F. BONA, *Sulla fonte di 'Cicero, de oratore 1, 56, 239-240' e sulla cronologia dei 'decem libelli' di P. Mucio Scevola* (1973), in *Lectio sua*, cit. (nt. 17), 2, p. 615-679, specialmente p. 623 s. nt. 25, p. 628 nt. 34 (con visione d'insieme, F. BONA, *L'ideale retorico*, cit. [nt. 17], p. 789 nt. 236 nonché ID., *Cicerone e i 'libri iuris civilis'*, cit. [nt. 17], p. 855 nt. 51). Eccessivi gli scrupoli di L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. (nt. 8), p. 294 nt. 52.

¹⁹) Decisivi gli argomenti sul punto, nel senso della diffusione del trattato civilistico muciano dopo l'ambientazione del *De oratore*, portati da F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis'*, cit. (nt. 17), p. 862-870. Per quanto concerne i riferimenti giuridici nel capolavoro retorico ciceroniano lo studioso pavese (*op. cit.*, p. 835-870) restringe la sua analisi alle dieci questioni controverse ivi citate, di cui si dice appena oltre nel testo.

²⁰) Senza che vi sia bisogno di correggere il testo (dal trådito *P.f.* a *Q.f.*) onde adeguarlo a quanto l'Arpinate scrive in *Lael.* 1-3, dove Cicerone dichiara, una volta assunta la toga virile, di essere stato indirizzato dal padre all'Augure e di avere appreso da lui, nell'88, i contenuti del dialogo che quest'ultimo avrebbe intrattenuto nel 129 con Fannio circa la fraterna amicizia che legava il comune suocero Caio Lelio all'Emiliano, da poco defunto: soltanto alla morte dell'Augure egli sarebbe

(un esempio concreto ricorre in *De orat.* 2.224, in cui chi parla – Cesare Strabone – dichiara di avere appreso dall'insigne giurista che i libri autentici di Bruto erano in tre in forma dialogica)²¹. O altrimenti a ricordi personali in prima persona, come quello relativo alla causa Curiana, cui il giovanissimo Cicerone aveva assistito di persona forse nel 91 stesso, e comunque non prima del 93 (senza dovere necessariamente pensare che uno o entrambi i patrocinatori delle parti, vale a dire Quinto Mucio e Crasso, avessero pubblicato le rispettive arringhe, ciò che comunque non si può sensatamente scartare).

A proposito dell'episodio narrato in *De orat.* 1.168, che risale al 91, proprio pochi giorni prima del dialogo ambientato nella prima decade di settembre, va sottolineato che è la persona dialogica del censore in carica nonché protagonista principale dell'opera (insieme al collega nella censura, Marco Antonio), Lucio Licinio Crasso, a rammentare quanto gli era capitato di vedere appunto qualche giorno prima, quando sedeva, come *adsector*, nel tribunale del suo amico Quinto Pompeo, in quell'anno pretore urbano.

Onde ipotizzare con cognizione di causa quale potesse essere la fonte dell'episodio, si deve sottolineare che il passo è inserito nella sezione del dialogo (Cic. *De orat.* 1.165-184) in cui il principe del foro Crasso si intrattiene sull'importanza per l'avvocato di conoscere il diritto, venendo prontamente contestato sul punto da Marco Antonio, collega nella censura e rivale nel contendersi la palma di primo avvocato del foro romano negli anni 90, senza che interessi qui dare conto delle critiche da questi mossegli (in *De orat.* 1.213-253).

Crasso termina il suo discorso ricordando dieci fattispecie (Cic. *De orat.* 1.175-183), che si giocarono interamente sull'interpretazione *de iure* e in cui perciò nulla si sarebbe potuto fare se si fosse ignorato il diritto, mentre prima il console del 95 aveva direttamente stigmatizzato l'ignoranza di alcuni avvocati, beninteso quotati (del sottobosco forense egli non riteneva degno occuparsi), mettendo in evidenza i danni che la loro mancanza di preparazione giuridica aveva causato ai loro patrocinati (Cic. *De orat.* 1.166-168).

passato ad apprendere dal pontefice Quinto Mucio. Da *Brut.* 306, risulta però che già nell'89 egli apprendeva dal console del 95. J.-L. FERRARY, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, p. 3 nt. 1, p. 83, afferma che nel *De amicitia* Cicerone esagera la conoscenza dell'Augure al fine di rendere credibile l'espedito della trasmissione orale del dialogo. In *De orat.* 3.68 e nelle battute introduttive del *De republica* Cicerone tradisce infatti di ignorare la biografia dell'Augure, che sarebbe stato adolescente nel 155 e poi, nel 129, di età idonea alla questura, dati tra loro inconciliabili.

²¹) Che fosse il pontefice e non l'Augure si evince dal fatto che, da quando prende la parola (in *De orat.* 2.217), Cesare Strabone menziona *Scaevola* con riferimento al console del 95 (che patrocinò nella causa Curiana contro Crasso), ragione per cui non si vede perché in *De orat.* 2.224 *Scaevola* debba diventare l'Augure, che non è nemmeno presente nel secondo giorno del dialogo, quando prende azione il secondo libro del *De oratore*.

Riguardo ai dieci casi controversi, sette sfociarono in una contesa giudiziaria: cinque furono di natura ereditaria, giudicati dal tribunale centumvirale, due riguardarono invece cause intentate dal *mancipio accipiens* contro il *mancipio dans*, in un caso perché quest'ultimo aveva taciuto l'esistenza di una servitù a carico dell'immobile alienato, nell'altro perché aveva invece falsamente dichiarato in *mancipio* l'esistenza di una servitù di veduta a favore dell'immobile mancipato²². Gli altri tre casi non ebbero invece riflessi processuali: due erano connessi al postliminio, stimolati da due discusse vicende che ebbero luogo nel 136²³, l'ultimo forse prescindeva dal dibattito circa un caso specifico e riguardava più in generale la questione se la *manumissio censu* si perfezionasse con l'iscrizione del liberto nel censo oppure con il compimento della *lustratio* da parte dei censori. I dieci punti giuridici controversi dovevano trovarsi tutti discussi nel trattato civilistico muciano, nelle due vicende concernenti il postliminio ricordando altresì i casi concreti da cui essi erano scaturiti, mentre meno probabile (seppure astrattamente plausibile) che Quinto Mucio avesse dato altresì conto delle sette contese giudiziarie in cui le corrispondenti sette *quaestiones iuris* dominarono la scena²⁴. Relativamente alle sette controversie Cicerone attinse ragionevolmente o a ricordi personali (come nella causa Curiana) o a notizie che egli aveva appreso oralmente: se in *Brut.* 306, Cicerone dichiara che Quinto Mucio, a chi lo seguiva nel *tirocinium fori*, non forniva un insegnamento istituzionale, bensì trasmetteva il sapere tramite i responsi che dava alla presenza di chi lo seguiva per apprendere, in *De orat.* 2.224, di fatto

²²) Invero in *De orat.* 1.173, l'Arpinate si esprime nel senso di una competenza generale del tribunale centumvirale, ma F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis'*, cit. (nt. 17), p. 837, osserva giustamente che, a proposito della causa fra Gratidiano e Orata (ma, si aggiunge qui, anche quella fra Buculeio e Fufio è *in quo genere*: Cic. *De orat.* 1.179), Cicerone (*De orat.* 1.178) precisa che essa si svolse *iudicio privato*, a sottintendere che non ebbe luogo presso il tribunale collegiale dei centumviri.

²³) Si veda sulla loro datazione S. BARBATI, *Manio Manilio*, cit. (nt. 10), p. 170-176.

²⁴) Se F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis'*, cit. (nt. 17), p. 835-870, specialmente p. 862 s., p. 870, sostiene che le questioni giuridiche («casistica», nel sostantivo troppo generico impiegato dall'autore, che può portare a confondere il piano della *quaestio iuris* da quello del caso in cui essa prese forma: *op. cit.*, p. 855, p. 863, 870 [«esemplificazione»: *op. cit.*, p. 862]) richiamate nel testo furono sì tratte dai *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, lo studioso pavese si occupa solamente dei tre recenti (tra il 93 e il 91) casi giudiziari – la causa Curiana e le contese fra i *mancipio accipientes* e i *mancipio dantes* (Orata-Fufio/Gratidiano-Buculeio) –, non prendendo posizione circa le quattro più risalenti cause ereditarie (descritte in Cic. *De orat.* 1.175-177 e *De orat.* 1.183). Riguardo alla causa Curiana egli pensa (*op. cit.*, p. 857-860) che Quinto Mucio potesse averne dato conto nel suo trattato, senza tuttavia escludere che il console del 95 avesse pubblicato l'arringa a favore dell'erede legittimo, Coponio (da cui l'Arpinate avrebbe a maggior ragione tratto ispirazione); relativamente alla contesa fra Orata e Gratidiano, Bona (*op. cit.*, p. 860-862) stima che Cicerone possa avere attinto a ricordi di famiglia (Gratidiano era cugino del padre del console del 63), senza però escludere che alla vicenda Quinto Mucio potesse avere fatto riferimento, quale *exemplum*, nella sua opera; il maestro pavese esercita l'*ars ignorandi*, infine, relativamente alla causa intentata da Fufio contro Buculeio (*op. cit.*, p. 870).

l'Arpinate dichiara di avere appreso da Quinto Mucio stesso che i libri genuini di Bruto erano tre, quelli che circolavano in forma dialogica. D'altra parte è arduo supporre che il console del 95 non degnasse di rivolgere parola ai giovani che lo seguivano: escludendo che egli fornisse un insegnamento istituzionale dello stampo di quello erogato da Sabino, Pomponio e Gaio, è comunque ovvio che l'autore dei *libri iuris civilis* avrà narrato agli *auditores* almeno qualche aneddoto. Ricordi personali, tradizioni orali, aneddoti appresi soprattutto durante il tirocinio presso Quinto Mucio (e il cui ricordo, grazie alla sua proverbiale memoria, l'Arpinate riuscì a conservare), al limite anche arringhe difensive messe per iscritto e diffuse presso il pubblico, dovevano allora essere alla base della menzione delle sette cause in cui vennero in rilievo corrispondenti punti giuridici controversi, i quali si trovavano comunque tutti esposti nei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio.

Detto delle fonti di cognizione delle sette contese in cui vennero in discussione questioni controverse di diritto sostanziale, si possono muovere congetture a riguardo della fonte da cui Cicerone apprese delle due cause, una svoltasi nel 127 o nel 126 (Cic. *De orat.* 1.166 s.), l'altra celebratasi *in iure* a cavallo tra l'agosto e il settembre del 91 (Cic. *De orat.* 1.168), in cui l'ignoranza giuridica dei patrocinatori nocque ai loro malcapitati assistiti. Infatti esse non si giocarono su una *quaestio iuris* sostanziale particolarmente controversa, ma in entrambe l'incapacità degli avvocati di comprendere le peculiarità processuali della *pluris petitio* nel rito *per legis actiones, re* (*De orat.* 1.166 s.) o *tempore* (*De orat.* 1.168), mise in pericolo i loro assistiti: in particolare il convenuto avrebbe potuto giovare degli errori commessi dall'avvocato dell'attore (più marcati nel primo caso che nel secondo, dove, come si dirà oltre § 4, si sarebbe comunque dovuti passare attraverso una prima sentenza di merito) ottenendo il respingimento della domanda senza nemmeno entrare nel merito dei fatti – dunque *in iure* piuttosto che *apud iudicem* –, così sollevandosi dagli affanni legati alla chiamata in giudizio, ma l'imperizia tecnica del suo patrocinatorio mise quanto meno a rischio il raggiungimento di questo agevole obiettivo²⁵.

²⁵) «Mise a rischio» perché Cicerone non chiarisce come si svilupparono le due vicende: forte il sospetto che gli avvocati dei convenuti riuscirono ad andare contro gli interessi degli assistiti, dunque nel primo caso impedendo che, nel formulario della *legis actio sacramento in personam* relativa al furto recitato dal pupillo attore, quest'ultimo aggiungesse l'inammissibile menzione di danni meramente patrimoniali causatigli dal tutore (*pluris petitio re*), la quale avrebbe al contrario determinato una pronuncia estintiva del procedimento da parte del pretore Marco Crasso, implicante la decadenza del diritto alla sanzione patrimoniale per eventuali sottrazioni di beni tutelari commesse dal tutore (ormai pronunciata la *legis actio, res acta* ex Gai. *inst.* 4.108, dunque [si veda S. SCIORTINO, 'Res acta' e potere magistratuale di interrompere una 'legis actio' irregolare, in *AUPA*, 57, 2014, p. 211-238, specialmente p. 211-229]); nella seconda, invece, facendo restringere il formulario della *legis actio per conditionem* alla rata scaduta del mutuo e successivamente dichiarando davanti a testimoni (*litis contestatio*) che la causa riguardava solamente la parte scaduta del capitale mutuato, così facendo perdere al convenuto la possibilità di provare davanti al giudice che la ripetizione dell'attore dell'intero credito era intempestiva (*pluris petitio tempore*), il che avrebbe parimenti causato la deca-

Vale a dire che per entrambi i casi Cicerone apprese dal trattato civilistico muciano presupposti ed effetti del *plus petere*, anche nella più antica forma processuale (comunque ancora viva nel 90, quando il console del 95 diffuse verosimilmente i suoi diciotto libri giuridici, a cui attendeva dalla fine del *cursus honorum*), ma il ricordo di due cause in cui questi vennero significativamente in gioco poté derivare all'Arpinate *aliunde*. Nel primo caso è più che lecito supporre che la fonte fosse un aneddoto direttamente riportato ai suoi *auditores* nell'89 da Quinto Mucio, il quale ricordava l'episodio narratogli in gioventù dal padre circa i rischi comportati dal non comprendere le peculiarità processuali della *pluris petitio*²⁶ (*De orat.* 1.166 s.). Con riguardo alla seconda non si può ragionevolmente escludere che alla causa discussa *in iure* nell'estate del 91 – la quale, a causa dei dettagli di cui è circondata, non può ritenersi frutto della fantasia letteraria del console del 63 – il quindicenne Cicerone avesse personalmente assistito, desideroso come era di apprendere la tecnica forense, verso cui si sentiva naturalmente attratto, portando con sé un *codex* dove appuntare quanto di rilevante egli notasse.

Della prima causa si è già detto²⁷ e qui vi si tornerà soltanto nei limiti entro cui gioverà il suo confronto con la seconda, sotto il comune profilo del *plus petere*, la cui comprensione tanta difficoltà causava anche ai più rinomati avvocati, tanto da giungere al paradosso (e indignare, nel primo caso, l'austero Publio Mucio, che a sua volta assisteva il pretore urbano: Cic. *De orat.* 1.167) per cui i patrocinatori dei convenuti contrastavano la già di per sé inqualificabile attività autolesionistica della controparte.

Conviene riportare il testo di Cic. *De orat.* 1.168, nella versione accolta nell'edizione oxoniense²⁸, prima, in quella, leggermente differente, della teubneriana²⁹, poi.

Cic. *De orat.* 1.168: Quid? in his paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei praetoris urbani familiaris nostri sedentibus homo ex numero disertorum postulabat,

denza del diritto del creditore, con inammissibilità di qualsiasi successiva azione *de eadem re, res acta* (altresì rigettata la prima domanda, sebbene a rigore ciò fosse irrilevante).

²⁶ Che Cicerone dovette perciò apprendere da Quinto Mucio piuttosto che dall'Augure, al contrario di quanto, facendo affidamento sul ricordo personale delle parole del cugino da quest'ultimo riportate in *De orat.* 1.167, sostenuto da S. BARBATI, *Manio Manilio*, cit. (nt. 10), p. 214 s. Il fatto che l'Arpinate avesse conosciuto dell'episodio occorso nel 127/126 da Quinto Mucio non implica però che fosse proprio il futuro console del 95, all'epoca nemmeno quindicenne, lo *Scaevola* divertito e al tempo stesso irritato dall'impreparazione dei due avvocati, al contrario di quanto vorrebbe O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *The so-called 'consilium'*, cit. (nt. 9), p. 16, la quale trascura altresì la tradizione manoscritta che restituisce Cic. *De orat.* 1.166, con *P. Scaevola*, dunque con il prenome appuntato, omissso da un altro filone codicologico (si veda K. KUMANIECKI, *M. Tullius Cicero, De oratore*, Leipzig, 1995, p. 63 et *apparatus*).

²⁷ In S. BARBATI, *Manio Manilio*, cit. (nt. 10), p. 214-223.

²⁸ *M. Tullius Ciceronis. Rhetorica* (cur. A.S. WILKINS), I, Oxford, rist. 1957, p. 39.

²⁹ *M. Tullius Cicero. De oratore* (cur. K.F. KUMANIECKI), cit. (nt. 26), p. 63 s.

ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur cuius pecuniae dies fuisset? Quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut, si ille infitator probasset iudici ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium ante venisset.

Cic. De orat. 1.168: Quid? His paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei pr(aetoris) urbani familiaris nostri sedentibus, homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur cuius pecuniae dies fuisset? Quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut si ille infitator probasset iudici ante petitam esse pecuniam quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret ne exceptione excluderetur quod ea res in iudicium antea venisset.

E allora? Qualche giorno fa, quando sedevo nel tribunale del pretore urbano Quinto Pompeo, mio amico, uno, pure rinomato, non chiedeva forse che al convenuto, a cui era richiesta la restituzione di una somma di denaro, fosse concesso l'antico e sperimentato mezzo di tutela relativo al denaro scaduto? E non capiva che quest'ultimo era predisposto a favore dell'attore, in modo da evitare che – qualora il convenuto avesse provato davanti al giudice che era stata chiesta la restituzione del denaro prima della sua scadenza – quando avesse rinnovato la richiesta di restituzione della somma, fosse pregiudicato dall'obiezione che l'affare era già stato portato in giudizio.

A parte l'*incipit* 'in his', piuttosto che 'his', del copista, che aggiunse al Codice Vaticano 1901 (V) le lezioni dell'edizione romana a stampa del 1469, l'unica altra differenza è costituita dall'avverbio 'ante' dell'edizione oxoniense in luogo dell'*'antea'* impiegato nella Teubneriana³⁰. In assenza di qualsiasi indicazione in proposito nell'apparato critico delle due edizioni – che, per il resto, riporta differenze trascurabili nelle lezioni (tranne forse per l'omissione della particella 'ne' nel lemma '*ne exceptione excluderetur*', nei codici mutili che si indicano come «M») –, si deve pensare a due diverse letture dei manoscritti da parte degli editori: l'avverbio 'antea' gode di maggior grado di verosimiglianza rispetto ad 'ante', perché quest'ultimo vorrebbe un comparativo quale 'quam', appunto come avviene poco prima, quando Crasso precisa che il convenuto avrebbe potuto provare in giudizio '*ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi*'.

2. Si è detto di come la critica dia sostanzialmente per scontato che Cicerone descrivesse una vicenda discussa *in iure* secondo il rito formulare. Chi ha motivato

³⁰) B. ALBANESE, La '*vetus atque usitata exceptio*', cit. (nt. 12), p. 1093, discorre in proposito di divergenze testuali relative a «un paio di dettagli assolutamente irrilevanti». Per inciso l'edizione oxoniense è seguita dallo stesso B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 1093, da M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit. (nt. 3), p. 169 nt. 409, nonché da R. FIORI, '*Ius civile*', '*ius gentium*', '*ius honorarium*'. *Il problema della «recezione» dei 'iudiciae bonae fidei'*, in *BIDR*, 102-103, 1998-1999, p. 165-197, specialmente p. 185. L'edizione teubneriana è preferita da L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. (nt. 8), p. 278, M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 169 nonché G. PAPA, *Sulle dinamiche processuali*, cit. (nt. 8), p. 39.

tale assunto ha osservato che deporrebbe in tal senso l'impiego delle espressioni *exceptio dari* e *comparare sc. exceptionem* (quest'ultima richiamerebbe l'esplicita locuzione *comparare exceptionem* di Gai. *inst.* 4.116)³¹. Più in generale si pone l'accento sull'impiego del sostantivo *exceptio*, ad indicare il tipico mezzo di difesa del processo formulare, comunque sconosciuto al rito *per legis actiones*, pure se si volesse accedere all'opinione che fatti impeditivi, modificativi ed estintivi fossero riconosciuti dal diritto sostanziale *ab antiquo*, già sotto l'imperio del rito più antico e potessero essere fatti valere processualmente *apud iudicem* piuttosto che *in iure* (vi si tornerà oltre § 4), ma appunto non nella forma di un'eccezione inserita nella formula al diritto ivi ipoteticamente riconosciuto all'attore³².

Il brano in esame non è formulato in modo da fare deporre, già nella sua lettera, a favore del rito *per legis actiones*, al contrario del precedente Cic. *De orat.* 1.167, dove i lemmi *lege agendo* e *actio* orientano a favore del rito più antico.

Purtuttavia sussistono elementi, nel testo e nel contesto in cui il passo è calato, idonei a testimoniare nel senso che anche la causa intentata a cavallo tra l'agosto

³¹) B. ALBANESE, La '*vetus atque usitata exceptio*', cit. (nt. 12), p. 1094, il quale aggiunge infine che «la qualifica di *vetus atque usitata exceptio* ... conviene ad un istituto editale». Per inciso l'autore traduce ivi usitata con «comune» piuttosto che con «sperimentata», come invece fatto qui: il senso, comunque, non muta.

³²) A favore della possibilità di fare informalmente valere davanti al giudice – che sarebbe stato libero di accoglierli o meno – nel processo *per legis actiones* determinati fatti estintivi dei negozi formali e astratti del *ius civile* (per la loro determinazione si rinvia agli studi subito citati), per tutti, A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Lateranense* (*Val. Max.* 8, 2, 2), in *Iuris vincula. Studi di M. Talamanca*, 2, Napoli, 2001, p. 247-277, specialmente p. 256-266 e ID., '*Legis actiones ed eccezioni difensive*', in *RHDFE*, 80, 2002, p. 387-400. L'indirizzo più estremo ha invece sostenuto che tali eccezioni fossero formalmente avanzate, sostanzialmente in una proto formula che avrebbe connotato almeno la fase più matura delle *legis actiones* (in particolare quella della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, quale istruzione data al giudice, nell'opinione ripresa da L. FASCIONE, *Ancora sulla 'lex Furia de sponsu': ipotesi in tema di 'exceptio' nella 'legis actio'*, in *SDHI*, 82, 2016, p. 363-385): in tal senso, per tutti, J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 98-109, il quale pensa, con specifico riferimento al caso in esame, da lui assunto come paradigmatico dell'esistenza di *exceptiones* formali nel rito più antico, ad una formula della *condictio* (azione ponte tra il vecchio e il nuovo rito) quale *Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia dare oportere, cuius pecuniae dies fuit, iudex, N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia condemna, si non paret absolve*, dove l'*exceptio* '*cuius pecuniae dies fuit*', facente parte dell'*intentio*, avrebbe avuto la funzione di limitare la pretesa alle rate scadute del credito (le eccezioni avanzate invece dal convenuto sarebbero state inserite in forma ipotetica, subito dopo l'*intentio*). Si badi però che lo stesso autore, se da un lato limita l'eccezione formale alla *condictio* (*legis actio per conductionem*), dall'altro afferma che relativamente alle ulteriori *legis actiones*, e anche in età più antica, il convenuto avrebbe potuto avanzare oralmente le proprie eccezioni (se ben s'intende, nella formula orale dell'*actio*, vale a dire il formulario della *legis actio*). Critica specifica (seppur con argomenti relativi a Cic. *De orat.* 1.168, qui non condivisi) in A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, p. 45-63: più generale in A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, London - Rio Grande, 1999, p. 189-193. Lo *status quaestionis* in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 71 e nt. 13 s., anch'essi in senso critico.

e il settembre del 91 fosse stata avanzata dall'attore secondo il modello delle *legis actiones* (in particolare, della *legis actio per conductionem*, dunque chiedendo che la discussione davanti al pretore si chiudesse con la recitazione di un formulario, in cui si facesse valere il diritto ad una determinata somma di denaro e si intimasse al debitore di ripresentarsi davanti al magistrato non prima di trenta giorni per la nomina di un giudice, che risolvesse la contesa).

Per quanto riguarda il testo di Cic. De orat. 1.168, orienta nel senso di una *legis actio* l'espressione 'vetus atque usitata exceptio', *exceptio* predisposta a favore dell'attore. Tale rimedio, in quanto dichiarato nel 91 antico e sperimentato, dovrebbe risalire almeno a prima del 150: se si tratta di un'*exceptio* a favore dell'attore è evidente che il termine non è impiegato tecnicamente da Cicerone³³. Il mezzo di tutela viene infatti identificato con una *praescriptio pro actore*³⁴. Chi cerca di salvare la precisione tecnica del linguaggio adottato dall'Arpinate osserva che sarebbe inconcepibile che egli facesse un uso improprio di un termine tecnico in un contesto in cui richiama la necessità per gli avvocati di conoscere il diritto, tanto più che egli era solito impiegare il sostantivo *exceptio* in senso proprio, e che dunque il sostantivo in esame denoterebbe la *replicatio*, quale *exceptio exceptionis* a favore dell'attore³⁵. In particolare esso indicherebbe, in termini testuali, la *replicatio* dell'attore all'*exceptio rei iudicatae* opposta dal convenuto al secondo giudizio instaurato successivamente alla scadenza del termine iniziale oppure all'avveramento della condi-

³³) La rassegna delle occorrenze del lemma nella produzione ciceroniana in J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 89 s., con conclusioni insicure. Solitamente la discussione rischia di incagliarsi nella questione se le attestazioni più pregnanti di mezzi difensivi a disposizione del convenuto nella produzione ciceroniana, che si collocano nei primi due decenni del I secolo (Cic. Att. 6.1.15, Cic. Inv. 2.57, 59), alludano ad *exceptiones* o *praescriptiones pro reo*, il che non ha rilievo ai fini proposti. Peraltro, una volta ricondotta l'*exceptio* a disposizione del convenuto nel 91 'quod ea res in iudicium antea venisset' alle *legis actiones*, la questione perde gran parte di importanza, atteso il sicuro applicarsi di Cic. Att. 6.1.15 e Cic. Inv. 2.59, al rito formulare, e acquista allora maggior valore il riferire, da parte di M. WŁASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede* (1910), in *Labeo*, 13, 1967, p. 231-266, specialmente p. 239-247, Cic. Inv. 2.57 ('nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones'), ad una *denegatio actionis* nel rito *per legis actiones* (si veda allora oltre § 4). Bastino L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. (nt. 8), p. 121 nt. 52, p. 282 nt. 24 e M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 40-46, p. 102-107, p. 171.

³⁴) Sia nell'ottica dominante dell'*actio incerti ex stipulatu* (si vedano, per tutti, L. PELLECCHI, *op. cit.*, p. 290-292 nonché G. PAPA, *Sulle dinamiche processuali*, cit. [nt. 8], p. 39-45) sia in quella minoritaria, del contratto *ex fide bona* (compravendita o locazione) con corrispettivo rateizzato (M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit. [nt. 3], p. 171).

³⁵) Si veda in tal senso B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio'*, cit. (nt. 12), p. 1094-1103 (il quale aggiunge che Cicerone non avrebbe potuto chiamarla *replicatio* perché, ammesso – e non concesso – che il lemma esistesse in età ciceroniana, denominare in tal modo il mezzo difensivo avrebbe reso impossibile l'errore anche al meno preparato degli avvocati, mentre il difensore del convenuto usava il termine *exceptio* appunto perché lo stimava mezzo di difesa a disposizione del suo assistito).

zione a cui era soggetto il suo credito, dopo che era stato respinto nel primo giudizio perché il convenuto aveva provato che il credito era inesigibile, in quanto richiesto anteriormente alla sua scadenza. Globalmente la formula del secondo giudizio, si dica pure tempestivamente instaurato, avrebbe suonato come *'si paret Nn Nn Ao Ao sestertium x milia dare oportere, si de ea pecunia antea inter Am Am et Nm Nm iudicatum non sit, cuius pecuniae dies fuisset rell.'* L'attore avrebbe opposto all'*exceptio rei iudicatae* del convenuto, «che il precedente giudizio *de ea pecunia* era stato instaurato in ordine ad una scadenza passata (e che ora, quindi, invece, l'azione è per una nuova scadenza)»³⁶. Riguardo poi all'*exceptio 'quod ea res antea in iudicium venisset'* si osserva che qui il termine sarebbe usato tecnicamente, a connotare l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*³⁷. Soltanto in via subordinata si è profilata la possibilità che anche in tal caso Cicerone adotti il sostantivo «nel significato generico di 'difesa'»³⁸.

Va escluso che Cicerone sottintendesse una *replicatio* nella *'vetus atque usitata exceptio'* (*'cuius pecuniae dies fuisset'*) a disposizione dell'attore. Infatti si è già adeguatamente obiettato³⁹ che una simile *replicatio* non avrebbe potuto superare l'ostacolo involto dalla consumazione processuale del rapporto dovuta alla sua intempestiva deduzione in giudizio, ritualmente fatta valere dal convenuto nel successivo giudizio (dopo che nel primo egli aveva provato l'inesigibilità del credito). Più in generale l'intera ricostruzione della fattispecie di Cic. *De orat.* 1.168,

³⁶ Così B. ALBANESE, *loc. ult. cit.*, seguito da M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 174.

³⁷ In tutte e tre le interpretazioni sul rapporto sostanziale versato in giudizio: quella dominante della promessa di pagamento di somme periodiche (per tutti, L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. [nt. 8], p. 279-288 e G. PAPA, *Sulle dinamiche processuali*, cit. [nt. 8], p. 39-45), non essendo essa tutelata da *condictio* e dunque non legalizzata la relativa azione dalla *lex Aebutia*; della compravendita o locazione con corrispettivo rateale (M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit. [nt. 3], p. 171 nonché R. FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium'*, cit. [nt. 30], p. 185-187), rispettivamente perché i giudizi di buona fede erano onorari o altrimenti perché, pur essendo civili, il loro rilievo d'ufficio ai fini dell'eccezione di giudicato fu un risultato cui la dottrina pervenne posteriormente; del mutuo da restituire a rate (M. VARVARO, *Ricerche*, cit. [nt. 12], p. 172, ma, pur con minor chiarezza sulla fattispecie sostanziale, altresì B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio'*, cit. [nt. 12], p. 1096), perché, pur trattandosi di *condictio*, il giudice avrebbe potuto essere collegiale o una delle parti straniera. Nella prospettiva maggioritaria circa l'interpretazione del portato della *lex Aebutia*, non coglie nel segno la critica di B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 1097 nt. 4, secondo cui la natura *bonae fidei* del *iudicium* sulla compravendita o sulla locazione avrebbe consentito di fare valere il precedente giudicato senza la necessità di inserire l'*exceptio* nella formula del successivo giudizio, se si accettano le argomentazioni di S. BARBATI, *Sul problema d'origine*, cit. (nt. 7), *passim* (in sintesi S. BARBATI, *Manio Manilio*, cit. [nt. 10], p. 21 s.) circa l'implausibilità che nella prima metà del I secolo si riconoscesse un così ampio raggio d'azione alla *bona fides*. Non la riprende infatti M. VARVARO, *op. cit.*, p. 172 e nt. 646, che pur aderisce alla tesi maggioritaria sulla *lex Aebutia*, ma, più correttamente, opta per la natura *ab origine* civilistica dei rapporti informati alla buona fede.

³⁸ Così M. TALAMANCA, *loc. ult. cit.*

³⁹ Da parte di G. PAPA, *Sulle dinamiche processuali*, cit. (nt. 8), p. 41-43.

presenta punti deboli: in particolare il proporre, accanto all'assoluzione del convenuto nel primo giudizio, le alternative della *denegatio actionis* e della rinuncia da parte dell'attore all'azione, quando la stessa tesi qui criticata osserva correttamente che il convenuto avrebbe provato al giudice (piuttosto che al pretore), nel primo giudizio, l'inesigibilità del credito⁴⁰; inoltre il rapporto sostanziale non viene concepito come ad esecuzione frazionata, bensì unitaria (avveratasi la condizione sospensiva o scaduto il termine iniziale di sua efficacia), mentre alla fine si afferma – come logico per dare coerenza alla proposta ricostruzione della fattispecie – che la *replicatio cuius pecuniae dies fuisset* sarebbe servita all'attore per provare che «il precedente giudizio *de ea pecunia* era stato instaurato in ordine ad una determinata scadenza passata (e che ora, quindi, invece, l'azione è per una nuova scadenza)»⁴¹, con il che si viene a configurare un, diverso, credito rateale⁴².

Lascerebbe non di meno perplessi concludere che l'Arpinate avesse usato impropriamente il termine 'exceptio', tanto più in un contesto in cui chi parla perora la necessità per l'avvocato di padroneggiare il diritto. Piuttosto involuta sarebbe la replica che obiettasse come, discendendo l'*exceptio* dalla *praescriptio pro reo*, l'alludere della 'vetus atque usitata exceptio' ad una *praescriptio pro actore* (che, in quanto *vetus* nel 91, sarebbe allora molto più risalente delle prime *praescriptiones pro reo*, attestate soltanto in età muciana) salvaguarderebbe la correttezza del gergo sfoggiato da Crasso⁴³.

Non vi è chi non veda come, se si cala il discorso del censore in carica nel 91 nell'ambito del rito *per legis actiones*, esso ne guadagni in coerenza e precisione. Seppure si voglia infatti sostenere che fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, in quanto riconosciuti dal diritto materiale, dovessero essere fatti valere nel più antico rito civile davanti al giudice (si veda oltre § 4), è ovvio che essi non si sarebbero tradotti in *exceptiones* previamente inserite nella presunta formula scritta della *legis actio per conditionem* o nel formulario orale delle due più antiche *legis actiones* dichiarative (*sacramento* e *per iudicis postulationem*)⁴⁴, bensì fossero avanzati in tal caso informalmente, quali obiezioni, argomentazioni difensive. Ciò vale a maggior

⁴⁰) Lo osserva anche G. PAPA, *op. cit.*, p. 40 s. nt. 7.

⁴¹) B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio'*, cit. (nt. 12), p. 1103.

⁴²) Come peraltro proposto da M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 172 nt. 646, p. 173, a implicita correzione delle premesse di B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 1093-1096 e nt. 3, seguito dal più giovane autore.

⁴³) M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit. (nt. 3), p. 171, riconosce infatti che l'impiego in tal senso del termine (*exceptio* a connotare la *praescriptio pro actore*) «non è, sicuramente, ammissibile sul piano di un accettabile tecnicismo giuridico» (ma v. oltre nt. 45).

⁴⁴) Come già detto si tratta di una tesi – quella difesa da J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 88-109 – ormai «giustamente abbandonata», secondo quanto osserva A. CORBINO, 'Legis actiones', cit. (nt. 32), p. 387 s., nonostante la sua ripresa (peraltro con riferimento alla *iudicis postulatio*) in L. FASCIONE, *Ancora sulla 'lex Furia de sponsu'*, cit. (nt. 32), p. 363-365, infatti poco convincente.

ragione per quei mezzi di tutela a disposizione dell'attore onde evitargli di incorrere nella decadenza del diritto. La *'vetus atque usitata exceptio'* non può pertanto occupare il campo semantico dell'*exceptio* formulare gaiana, bensì deve coprire un diverso settore⁴⁵. Essa allude perciò al rito *per legis actiones*, nel quale, rifacendosi a Gaio (*inst.* 4.108), «non si faceva affatto l'impiego delle eccezioni che si fa oggi».

Cicerone era pertanto legittimato ad adottare la parola *'exceptio'* attecnicamente o, *rectius*, nel senso proprio del rito *per legis actiones*, vale a dire quello di «argomentazione difensiva», «mezzo di tutela». Qui come rimedio a favore dell'attore onde evitargli di incorrere nella *pluris petitio tempore*, secondo il funzionamento che si avrà modo di mettere in risalto (si veda oltre § 4). Similmente riguardo all'*exceptio 'quod ea res in iudicium antea venisset'*, la quale allude anch'essa ad un'argomentazione difensiva, questa volta a disposizione del convenuto, piuttosto che all'eccezione di stampo formulare.

Si diceva, infine, che anche il contesto in cui il brano è calato fa propendere per un riferimento di Cic. *De orat.* 1.168, al processo *per legis actiones*. Questo è il rito in base a cui si era svolta la causa menzionata appena prima (Cic. *De orat.* 1.166 s.) e questa è la forma assunta dal giudizio centumvirale, quello secondo cui si erano svolte cinque delle sette cause subito dopo citate da Crasso (*De orat.* 1.175-183), sempre nell'ambito del medesimo discorso, quello relativo alla necessità per i patrocinatori di conoscere il diritto. Se sei delle nove cause giudiziarie celebrate prima della seconda cinquina di settembre del 91, in cui i difensori potevano solamente causare danni ai loro assistiti se non avessero conosciuto la procedura (*De orat.* 1.166-168) o il diritto civile (*De orat.* 1.175-183), furono condotte secondo il rito *per legis actiones*, sorge il dubbio che nelle stesse forme fossero state celebrate le restanti tre.

Tanto più che, oltre a quella in esame, le ultime due, mosse dai *mancipio accipientes* (Orata e Fufio) contro i *mancipio dantes* (Gratidiano e Buculeio), riguardavano la richiesta dell'applicazione della sanzione pecuniaria del *duplum* prevista da XII Tab. VI.2 per i falsi *dicta in mancipio* (nella causa intentata da Fufio contro Buculeio, il quale aveva assicurato *in mancipio* l'esistenza di una servitù di veduta a favore dell'immobile mancipato, poi rivelatasi inesistente) o per le reticenze ivi commesse (grazie a un'estensione della portata di XII Tab. VI.2 operata dai giuristi

⁴⁵) La dottrina dominante cerca di sfuggire a questa obiezione o sostanzialmente ignorandola (si veda M. WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, cit. [nt. 3], p. 71 s., il quale accenna al possibile errore terminologico da parte di Cicerone solamente con riguardo alla seconda *exceptio*, quella di giudicato) oppure aggirandola (si veda M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit. [nt. 3], p. 171, il quale, pur sottolineando lo scarso tecnicismo nel chiamare *'exceptio'* una *praescriptio pro actore* [v. sopra nt. 43], osserva che un simile appellativo «ben si adatta all'originaria semantica del termine ed al significato generico di *excipere*»). L'indirizzo minoritario, che pur in termini non condivisibili ravvisa nell'*exceptio* in esame una *replicatio* formulare, ha buon gioco nel mostrare le contraddizioni in cui incorre l'orientamento consolidato, nel concepirla invece quale *praescriptio pro actore* formulare.

– Cic. *Off.* 3.65 –, da identificare nei pionieri del II secolo), come quella di Grati-diano, che non aveva dichiarato nella *mancipatio* di un suo immobile l'esistenza di una servitù a carico dello stesso (si veda pure Cic. *Off.* 3.67). Poteva pertanto risultare più comodo, in quanto già collaudato, agire direttamente *ex sacramento* per il perseguimento di una pena privata comminata dalle XII Tavole⁴⁶, le quali conoscevano ovviamente soltanto il rito *per legis actiones*. Altro conto, poi, la difficoltà di liquidare l'importo del danno (il *duplum* rispetto a quale valore base?) già nello stesso formulario della *legis actio*⁴⁷, ma ciò attiene a una croce più generale del diritto privato e processuale romano, appunto quella della liquidazione dei danni, che rimane tale nonostante le pur raffinate indagini dedicate al tema.

3. Per quanto riguarda il rapporto sostanziale dedotto in giudizio l'espressione impiegata da Cicerone – *pecuniam petere* – orienta univocamente verso il contratto di mutuo, tutelato, sia nel processo *per legis actiones* sia nel rito formulare, dalla *condictio*, volta a ripetere *certa pecunia* (di qui la denominazione formulare di *condictio certae pecuniae*). Lo stesso indirizzo dominante, relativo alla *stipulatio* di somme da versare periodicamente o avente comunque ad oggetto un *incertum*, riconosce che, nel gergo ciceroniano, *pecuniam petere* indica il rapporto di mutuo, come che esso fosse stato concluso⁴⁸ (mentre nel lessico dei giuristi di età più avanzata può indicare altresì la promessa verbale di pagamento, sempre tutelata da *condictio certi*, ma trattasi di testimonianze di età posteriore, meno indicative

⁴⁶) Anche A. CORBINO, 'Legis actiones', cit. (nt. 32), p. 400 e nt. 44, pensa che la causa fra Grati-diano e Orata si fosse svolta secondo il rito *per legis actiones*. Che Orata avesse proceduto direttamente a *manus iniectio* per il *duplum*, salva contestazione da parte di Grati-diano ad instaurare la *legis actio* dichiarativa, sembra improbabile. In generale scettico sulla possibilità di esperire immediatamente la *manus iniectio* ex XII Tab. VI.2. per le false dichiarazioni nella *mancipatio* M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (cur. M. HUMBERT), Pavia, 2005, p. 331-375, specialmente p. 352 nt. 57.

⁴⁷) La complessità del tema porterebbe troppo lontano e non è dunque minimamente abordabile in questa sede. Se tuttavia si accetta che la norma che Cic. *Off.* 3.65 ascrive alle XII Tavole fosse davvero contenuta nel monumento legislativo, diventa impossibile accedere alla dottrina, a tutti nota (e si veda comunque G. PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit. [nt. 2], p. 61 s.), secondo cui le domande relative ad un importo non predeterminato non potessero trovare tutela nel rito primigenio. La tutela di pretese di ammontare non predeterminato nel rito più antico viene sostenuta, con argomenti efficaci, da A. CORBINO, *La risalenza dell' 'emptio-venditio' consensuale e i suoi rapporti con la 'mancipatio'*, in *Iura*, 64, 2016, p. 9-100, specialmente p. 24-28 e p. 36-51.

⁴⁸) Si veda L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. (nt. 8), p. 280 s., p. 287 e nt. 37-39, il quale osserva come nella *Pro Flacco* e nella *Pro Roscio comoedo* la locuzione *petere pecuniam* si incastona in un contratto di mutuo. Non sarebbe invece individuabile il rapporto sottostante nella *Pro Rabirio postumo*, dove pure essa ricorre, mentre nella *Pro Quinctio*, dove l'espressione *petere pecuniam* si rinvie-ne per l'ultima volta nel lessico ciceroniano, essa è collegata ad una *sponsio praeiudicialis* (comunque non consistente in un *incertum*), ad anticipare il concorrente uso poi fatto dai giuristi.

riguardo al brano in esame)⁴⁹. Rinviando al § successivo per le motivazioni che inducono a ritenere che, in Cic. *De orat.* 1.168, venisse in rilievo un mutuo reale piuttosto che verbale o letterale, va sottolineato che la dottrina dominante esclude che ci si possa trovare di fronte ad un mutuo a causa dei due argomenti già analizzati: la visione in auge circa la portata della *lex Aebutia*, tale per cui una *condictio* avrebbe effetti legali mentre il testo testimonia come l'eccezione di giudicato non operasse *ipso iure*, e l'*intentio certa* della *condictio*, la quale chiamerebbe in causa la *pluris petitio tempore*, ma l'ipotesi di incertezza circa il termine di adempimento sarebbe talmente residuale da non potere assurgere ad esempio paradigmatico, quale invece presentato da Cicerone nel passo in esame, né nel manuale gaiano si rinviene alcuna connessione tra *intentio certa* e *pluris petitio tempore*⁵⁰. Il primo argomento – il rilievo *ope exceptionis* dell'eccezione di giudicato – viene escluso da quanto finora detto circa la natura di *legis actio* della causa intentata nell'estate del 91⁵¹, ragion per cui andrà argomentato nel § successivo in che termini la seconda affermazione di Cicerone circa l'*exceptio rei in iudicium deductae* si concilia con l'operatività *ipso iure* della stessa nel rito per *legis actiones*, attestata espressamente da Gai. *inst.* 4.108. Il secondo – l'abituale certezza del termine di adempimento – viene respinto dall'osservazione⁵² circa il carattere frazionato dello stesso, possibilità su cui l'orientamento prevalente non ha sufficientemente riflettuto e che peraltro avrebbe potuto essere esposta da Gaio nel suo manuale, considerata la lacuna di circa un'intera pagina che affligge il palinsesto di Verona nella trattazione delle *praescriptiones* (vertendosi comunque in tema di *legis actiones*, nell'opinione qui professata, la lacuna non è ai fini proposti di particolare rilievo). Il significato di *petere pecuniam* quale espressione di un'operazione di credito esclude parimenti che la relazione sottostante nel brano in esame fosse quella del contratto di buona fede costituito dalla compravendita o dalla locazione, con corrispettivo diviso in rate. La conclusione circa la *condictio (rectius, legis actio per conductionem) certae pecuniae* quale azione instaurata nel passo ciceroniano si accompagna all'individuazione del mutuo, con restituzione a rate del capitale, quale rapporto sostanziale ivi sotteso⁵³.

⁴⁹) La ricognizione delle fonti in L. PELLECCHI, *op. cit.*, p. 280 s. e p. 286 s. e nt. 35 s.

⁵⁰) Si veda L. PELLECCHI, *op. cit.*, p. 280-284. Si veda poi ancora L. PELLECCHI, *op. cit.*, p. 285-288, per la critica alla tesi del rapporto di buona fede – compravendita o locazione –, con corrispettivo rateizzato, quale fattispecie sostanziale presupposta dal brano in esame (lo escluderebbe la locuzione *petere pecuniam*, nelle fonti giuridiche e ciceroniane riferita alla *condictio, certi* o *incerti* che fosse).

⁵¹) Non dalla natura collegiale dell'organo giudicante e/o dalla cittadinanza straniera di una delle parti, al contrario di quanto stimano B. ALBANESE, *La 'vetus atque usitata exceptio'*, cit. (nt. 12), p. 1096, p. 1097 nt. 3 e M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 172.

⁵²) Fatta pure da M. VARVARO, *op. cit.*, p. 173.

⁵³) Su quest'ultimo punto – mutuo da restituire a rate come fattispecie sottesa a Cic. *De orat.*

4. Raggiunta la conclusione di cui appena sopra circa il mutuo reale con restituzione a rate del prestito quale fattispecie, tutelata dalla *legis actio per condictioem*, che venne in rilievo nella causa descritta in Cic. De orat. 1.168⁵⁴, va brevemente ipotizzato il percorso storico che può avere generato il mezzo di difesa a disposizione dell'attore e descritto il suo funzionamento, in uno con il regime dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* con esso strettamente connessa, secondo quanto emerge dal passo ciceroniano. Il tutto con riferimento al processo *per legis actiones*: lo sviluppo della *vetus atque usitata exceptio* nella formulare *praescriptio pro actore* e il regime dell'eccezione di giudicato nel processo pretorio qui non rilevano.

La descrizione della genesi della *vetus atque usitata exceptio* si coonesta con quella del mutuo reale, con accordo di restituzione frazionata del capitale, quale fattispecie sostanziale sottesa in Cic. De orat. 1.168 e che l'*exceptio de qua* per l'appunto tutelava.

Nonostante le critiche che ostinatamente vi si muovono⁵⁵, un testo come Fest. s.v. *nexum aes*, p. 162.4-5L (*nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur*) – del quale «è difficile liberarsi, se non con un uso eccessivo dell'arbitrio dell'interprete»⁵⁶ –, unito alla connessione che XII Tab. VI.1 instaura tra il *nexum* e la *mancipatio* (con la differente spiegazione del significato del primo termine data da Manilio e Publio Mucio), mostra a sufficienza come *ab antiquo* il prestito di consumo fosse fatto in forma librare: precisamente l'avente potestà alienava un sottoposto, in concreto il *filius*, dandolo in mancipio, e il corrispettivo versato dall'acquirente (anche in natura, quali derrate di grano) rappresentava la somma mutuata. Con una *sponsio a latere* si potevano pattuire gli interessi. Restituito il prestito, il *filius* sarebbe stato manomesso e sarebbe così rientrato *ipso iure* nella *potestas* del mancipante. In alternativa esso poteva essere concluso nelle incerte forme del *nexum* (con un adattamento del *gestum per aes et libram* con cui esso doveva comunque concludersi)⁵⁷, vale a dire come un'autoppignorazione del mu-

1.168 – si veda altresì M. VARVARO, *op. cit.*, p. 172 nt. 646, p. 173, in termini più precisi di quelli impiegati da J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. (nt. 1), p. 78, p. 83, p. 98 nonché B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 1096, p. 1096 s. nt. 3. *Legis actio per condictioem*, poi, ma espressa con una formula scritta, secondo in particolare J. PÉTRAU-GAY, *op. cit.*, p. 76-109.

⁵⁴) Secondo la prospettazione fornita in letteratura già da J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique, loc. ult. cit.*, ma ivi apoditticamente e pensando ad una *legis actio per condictioem* traducentesi in una formula scritta.

⁵⁵) Nella coeva più autorevole dottrina da parte di Behrends (si veda ora O. BEHREND, 'Nexum facere et nectere'. *Un essai méthodique*, in *Hommes, cultures et paysages de l'antiquité à la période moderne. Mélanges J. Peyras* (cur. I. PIMOUGUET-PÉDARROS, M. CLAVEL-LÉVÊQUE, F. OUACHOUR) Rennes, 2013, p. 123-149, specialmente p. 139 s.), che lo ha sempre qualificato un *idolum fori* della scuola storica tedesca.

⁵⁶) M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit. (nt. 46), p. 354 s.

⁵⁷) È impensabile andare in questa sede oltre queste cursorie osservazioni su quello che doveva essere il *nexum* decemvirale (si confida di tornarvi trattando monograficamente del pensiero giuridico

tuatario in cambio del prestito: il debitore non avrebbe perso la libertà – veniva infatti liberato con *solutio per aes et libram* – ma si trovava in stato di soggezione del creditore, fino a che la *lex Poetelia Papiria*, nell'ultimo quarto del IV secolo, abolì il *nexum*. Rimaneva la garanzia costituita dall'alienazione del sottoposto (o di altri beni personali, va da sé), ma è evidente che l'abolizione del *nexum*, la sanzione decenvirale (oppure già comminata in età regia?) della decadenza dalla patria potestà alla terza alienazione dell'*alieni iuris* e lo stesso sviluppo della moneta coniata a partire dalla seconda metà del IV secolo – quale bene fungibile che sarebbe stato in effetti mutuato – andavano in senso contrario alla permanenza del prestito librare. Di qui dovette svilupparsi, più o meno a partire dalla metà del III secolo, il prestito informale, che generava, alla *datio* della quantità di beni fungibili stabilita, l'obbligazione di restituire l'equivalente nel termine concordato (in difetto subito), con *a latere la sponsio usurarum*. Inizialmente il mutuo così contratto trovava tutela con la *legis actio sacramento in personam*, ma proprio a causa della progressiva diffusione di tale forma di prestito, intorno al 200, la *lex Silia* introdusse un nuovo *modus agendi*, la *legis actio per conductionem*, con cui si tutelavano i crediti di *certa pecunia*, senza necessità di dichiarare il titolo. Ciò non consentiva dubbi sulla meritevolezza di tutela del mutuo informale, quali potevano invece aversi nella *legis actio sacramento in personam*, se in essa il creditore avesse dovuto dichiarare la causa del credito (com'è noto ciò è dubbio).

L'autonomia privata che le XII Tavole riconoscevano ai cittadini era riferita, negli atti *inter vivos*, alla *mancipatio* (e alla sua applicazione particolare rappresentata dal *nexum*), ma non si applicava alle pattuizioni informali. Per vero ci si dovrebbe meglio interrogare su quale fosse la fonte dell'autonomia negoziale nella *sponsio* (forse un versetto decenvirale – *cum sponsionem faciet, uti lingua nuncupassit, ita ius esto?* –, di cui non è rimasta traccia nella documentazione trådita), che si appoggiava alla forma, assente nel mutuo per l'appunto informale. La mancanza di legittima autonomia negoziale negli accordi informali spiega perché i *pacta* sono privi di tutela fino all'intervento pretorio, peraltro in via di sola eccezione, intorno al 50 a.C.: i contratti consensuali, basati sulla buona fede, dovevano invece essere stati riconosciuti consuetudinariamente, ma dopo l'approvazione della *lex Aebutia* verso il 130⁵⁸.

dei *tres*, qui *fundaverunt ius civile*, che se ne occuparono). L'istituto rappresenta una delle maggiori croci della dottrina romanistica, portata ora da I. ZAMBOTTO, 'Nexum'. *Struttura e funzione di un vincolo giuridico*, Napoli, 2021, la quale accede alla tesi dominante circa l'identificazione del *Mucius* in Varro *Ling.* 7.105 (il passo dove si spiega il significato del termine, riportando le opinioni di Manlio e Mucio, aderendo a quest'ultima), con Quinto Mucio Scevola, mentre il trattato del Reatino mostra chiaramente che l'autore intende con *Mucius* Publio Mucio, venendo ivi il pontefice Quinto Mucio Scevola denominato in altro modo.

⁵⁸) Pur dovendosi ammettere che i formulari del *De agri cultura* di Catone possono legittimamente fare pensare a compravendite o locazioni consensuali (ma rimane più credibile che fossero

Nel mutuo informale, riconosciutane consuetudinariamente la liceità (come avverrà, successivamente, per i contratti consensuali), l'obbligazione di restituzione nasceva al momento della *datio* della *pecunia*: se il debitore non fosse stato in grado di provare che era stato pattuito un termine di adempimento avrebbe dovuto restituire a semplice richiesta, anche giudiziale, del mutuante. Se invece avesse provato in giudizio l'esistenza di un termine di adempimento non soltanto sarebbe stato assolto, ma il creditore avrebbe consumato la sua pretesa, una volta dedotta in giudizio, e non avrebbe potuto validamente riproporla. L'esistenza di un termine, unico, differito di adempimento potrebbe concepirsi come un patto, che parimenti avrebbe causato problemi di tutela giudiziale, ma risponde a una considerazione di elementare buon senso che al riconoscimento consuetudinario del mutuo informale, pur necessariamente accompagnato dalla *traditio* (in difetto della quale l'accordo non aveva alcuna rilevanza), accedesse quello del termine di adempimento, visto che nessuno avrebbe preteso che il prestito andasse restituito un attimo dopo averlo ricevuto⁵⁹. Secondo quanto si può tuttavia argomentare dal passo in esame (pur in sé riferito alla rata piuttosto che termine unico) sul debitore gravava l'onere di provare l'esistenza del termine di adempimento, non dovendo il creditore dare prova, oltre all'esistenza del contratto, della scadenza infruttuosa del primo: nel che si può ravvisare un residuo della difficoltà annessa al riconoscimento di un termine informale di adempimento in uno schema contrattuale così rivoluzionario rispetto alle regole fino ad allora invalse (che poteva trovare forse un suo prodromo solamente nelle *pactiones* volte ad evitare l'inflizione di sanzioni corporali per l'illecito commesso).

Generò tuttavia problemi un profilo che non dovette tardare ad affermarsi nella prassi, una volta diffusosi il prestito informale di denaro, nel corso della seconda metà del III secolo. Naturalmente non esistevano all'epoca mutui decennali, ventennali o addirittura trentennali, ma sarebbe irragionevole escludere l'esistenza di mutui biennali o triennali, vale a dire pluriennali, sebbene con un termine finale non troppo lontano nel tempo. Ebbene risponde ad un'esigenza spontaneamente avvertita nella prassi del credito che il mutuante volesse esigere una restituzione frazionata, dunque parzialmente anticipata, del mutuo, senza dovere attendere la scadenza del termine di adempimento per la restituzione dell'intero capitale, al di là delle accessorie *usurae*, da corrispondere mensilmente oppure annualmente. Una

concluse tramite *sponsio*). Si veda in tema, anche per la sempre vivace tesi dell'origine civilistica dei *iudicia bonae fidei*, S. BARBATI, *Sul problema d'origine*, cit. (nt. 7), p. 220 s. e nt. 165 s.

⁵⁹) In una prospettiva sostanziale, incentrata sul diritto materiale protetto dal rito formulare (I secolo a.C. - II secolo d.C.), A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità del mutuo reale*, Torino, 2020, p. 50-54, sostiene la liceità degli accordi informali circa il tempo dell'adempimento, nell'ambito dello stesso mutuo reale (l'autore non prende però in specifica considerazione il frazionamento del *tempus solutionis* e fa peraltro – A. SACCOCCIO, *op. cit.*, p. 52 nt. 64 – un riferimento alla *pluris petitio tempore* che è qui risultato piuttosto generico).

simile possibilità è stata data per pacifica in letteratura⁶⁰, ma proprio il carattere informale del mutuo, se non versato in una *sponsio*, non consentiva di accordare tutela a simili pattuizioni, assente come detto un generale riconoscimento dell'autonomia privata, tanto che si potrebbe pensare che lo stesso mutuo reale, in alternativa al suo riconoscimento consuetudinario (con proiezione processuale nella *legis actio sacramenti*), cominciò a essere protetto giudizialmente soltanto grazie alla *lex Silia*, qualora nella *legis actio sacramento* si fosse dovuta indicare la *causa petendi* (e un informale accordo di prestito poteva ingenerare difficoltà in proposito, che la parimenti informale *traditio* non riusciva forse a supplire *in toto*).

È naturale che, a fronte di un inadempimento parziale (a una rata), il mutuante pretendesse l'adempimento totale (la restituzione dell'intero mutuo), nonostante ogni differita scadenza finale.

Ciò non era però consentito (al contrario di quanto riconoscono gli ordinamenti moderni, in Italia all'art. 1819 *codice civile*) e se il convenuto avesse provato che la *pecunia* era richiesta *ante tempus* la domanda dell'attore sarebbe stata respinta, come emerge bene dal brano di Cicerone in esame.

L'accordo, informale, di rateazione del mutuo sarebbe stato inefficace e non avrebbe generato azione, né per la parte corrispondente né per l'intero, determinando in entrambi i casi il respingimento della *legis actio per conditionem*. Peraltro occorre altresì considerare le rigidità del processo *per legis actiones*, tale per cui se il credito da mutuo era di dieci, ma il creditore, sulla base dell'accordo di rateazione, chiedeva cinque prima della scadenza finale, si esponeva comunque al respingimento dell'azione: infatti, a fronte della domanda (tesa o meno a provocare il giuramento) di dovere o meno cinque, il debitore avrebbe potuto provare che egli doveva effettivamente dieci, non cinque, e come tale la sua negazione era fondata⁶¹.

Al tempo stesso una simile soluzione creava difficoltà alle contrattazioni, in cui nell'ambito dello stesso mutuo informale poteva frequentemente pattuirsi una restituzione frazionata del mutuo, ad esempio la metà alla scadenza del primo anno del prestito biennale, per evidenti esigenze di tutela del creditore.

Qui allora si può inserire l'antico e sperimentato mezzo di tutela relativo al denaro scaduto.

Si può supporre che uno dei primi giuristi laici (piuttosto che un pontefice) avesse suggerito una soluzione ardita, ma che aveva il pregio di venire incontro alle esigenze della prassi creditizia, da sempre diffusa e che non era il caso di ostacolare,

⁶⁰ Da M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 172 nt. 646 e p. 173.

⁶¹ Si tratta di un aspetto correttamente sottolineato da alcuni autori, prima che, nell'ambito del rito formulare, si giungesse alla conclusione che il meno comprendeva il più, e che dunque le richieste parziali (il *minus intendere* o *petere*) erano di per sé lecite. Si vedano infatti G. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, I, cit. (nt. 14), p. 37 nt. 19 e p. 82 nt. 91, e T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, p. 23.

una volta che la garanzia che il creditore avrebbe potuto farsi prestare sarebbe stata essenzialmente quella di beni che il debitore o un terzo gli avesse dato in pegno, dal momento che uno *sponsor* si sarebbe potuto aggiungere solamente se il prestito fosse stato consacrato con un formulario verbale. Formulario verbale che avrebbe peraltro attribuito automaticamente meritevolezza di tutela all'accordo di rateazione del mutuo ivi eventualmente contenuto, il che avrebbe dovuto riflettersi sulla sua protezione giudiziaria.

Se tale mezzo di tutela era, nel 91 (non nel 55, come detto), *vetus atque usitatus*, si deve necessariamente risalire a prima del 150, e viene pertanto spontaneo pensare ad una soluzione suggerita da Publio e/o Sesto Elio ancor più che dai Catoni.

Uno dei due, intorno al 200, sostanzialmente in contemporanea oppure poco dopo l'approvazione della *lex Silia*, a fronte delle richieste dei mutuanti su come essi potessero tutelarsi, pattuita la restituzione parzialmente anticipata del capitale, contro gli inadempimenti parziali del mutuatario, senza perdere il credito oppure senza dovere aspettare il termine di scadenza del mutuo, quando era piuttosto evidente che non avrebbero potuto ripetere con successo la somma nemmeno scaduto il termine finale, uno dei due Elia, si diceva, rispose suggerendo, in via cautelare, un rimedio accolto dai pretori o che forse loro stessi inaugurarono, quando furono chiamati dall'elezione popolare a ricoprire la pretura e gli si presentò *in iure* la fattispecie appena descritta.

Previa prova *in iure* al pretore dell'esistenza dell'accordo di restituzione frazionata del capitale (se non vi era accordo di rateazione, sarebbe stato invece il mutuatario a dovere provare l'unico termine, differito, di adempimento), l'attore mutuante avrebbe chiesto al magistrato di potere limitare il formulario della *legis actio per condictioem* all'importo scaduto del credito: in tal senso il brano di Cicerone farebbe riferimento alla concessione (*dari*) dell'antico e sperimentato mezzo di tutela relativo al denaro scaduto. Pronunciata così la *legis actio*, l'attore avrebbe ribadito, a chiusura del rito innanzi al pretore (*litis contestatio*, secondo la tesi più credibile circa la portata di tale atto nel processo *per legis actiones*), davanti a testimoni, che la causa era intentata solamente per la rata scaduta, precisando che l'importo totale del suo credito era di ammontare più elevato e così riservandosi la possibilità di agire in futuro per fare valere il diritto alla riscossione dello stesso, a fronte di spiacevoli – ma prevedibili – futuri ulteriori inadempimenti del mutuatario.

L'elemento che fa ritenere che nel caso di Cic. De orat. 1.168, ci si trovasse di fronte ad un mutuo reale piuttosto che trasfuso in una *sponsio*⁶² è appunto quello

⁶²) Anche l'epoca di conclusione del contratto (la prima decade del I secolo) orienta in tal senso, visto che il perfezionamento del prestito tramite *sponsio/stipulatio* (o chirografo) sembra affermarsi come abituale nella prassi contrattuale romana poco dopo. Di qui nascerà l'applicazione specifica

che la pacifica tutela delle pattuizioni versate nella richiesta dello *sponsor* si sarebbe estesa altresì all'accordo di rateazione del mutuo ivi contenuto. La solenne promessa di versare tot si dica il 1° giugno e tot si dica il 1° dicembre avrebbe senz'altro legittimato lo *sponsor* ad esperire *ex sponsione* la *legis actio per iudicis postulationem*, una volta inadempito il primo versamento nel termine promesso. Il punto è complicato, ma forse ciò degenerò a causa delle rigidità da cui non era alieno il processo formulare, traducendosi nel nuovo rito in quella promessa di pagamento di somme periodiche, che determinavano l'incertezza dell'*intentio* e dunque la necessità della *praescriptio pro actore* onde evitare il *bis in idem*, secondo quanto attesta Gaio (*inst.* 4.131). Tutto ciò ben poteva, al contrario, essere estraneo al rito più antico, nel quale doveva essere chiaro che se il creditore si era fatto promettere di farsi versare tot il 1° giugno non poteva essere pregiudicato dall'aver esercitato giudizialmente il proprio diritto (nulla avendo ricevuto il 1° giugno), se poi non avesse ricevuto tot nemmeno il 1° dicembre. A ben vedere quest'ultimo doveva essere proprio il meccanismo, in forma verbale, alla base del funzionamento degli interessi – che ovviamente accedevano al mutuo reale e che non sempre sarebbero stati da versare in unica soluzione –, senza che sia il caso di fare retroagire al II secolo schemi negoziali di epoca imperiale, in cui gli interessi paiono inglobati nel capitale, vendendo il tutto protetto dalla *condictio certae (creditae) pecuniae*⁶³.

La *vetus atque usitata exceptio 'cuius pecuniae dies fuisset'* serviva poi ad evitare che si compissero gli effetti pregiudizievoli del *bis in idem*, se si vuole che si producessero le conseguenze preclusive derivanti dal giudicato. A questo allude Cicerone nel menzionare l'*exceptio 'quod ea res in iudicium antea venisset'*. Al funzionamento di quest'ultima e dunque al complessivo meccanismo processuale che, in assenza della richiesta del mezzo difensivo rappresentato dall'*exceptio cuius pecuniae dies fuit*, si sarebbe attuato nel rito *per legis actiones*, sono dedicate queste ultime osservazioni.

sul mutuo della *condictio certae pecuniae*, denominata in tal caso *condictio certae creditae pecuniae*, con la multa processuale del terzo, che le accedeva: si veda A. SACCOCCIO, *Il mutuo*, cit. (nt. 59), p. 107 s.

⁶³) Per la prassi di inglobare nel capitale mutuato – seppure in quel caso tramite un collegamento negoziale complesso, che realizza la causa di credito – il saggio di interessi è particolarmente indicativa «TLond.» 44, sulla quale si veda R. LAURENDI, *La fattispecie negoziale «pecunia debita ex pretio mercis venditae et traditae» in una tabella cerata da 'Londinium' e nella riflessione giurisprudenziale*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, 16-17, 2013-2014, p. 19-39, specialmente p. 39. In «TLond.» 9 (del 158), il mutuo è concesso in forma reale e gli interessi sono invece pattuiti a parte (sebbene non rivestiti forse delle solennità verbali): si veda R. LAURENDI, *'Mutuum' con 'pactum adiectum' e nuovi formulari contrattuali in una tabella cerata londinese*, in *Iuris Antiqui Historia*, 9, 2017, p. 75-98, specialmente p. 92-94. Riguardo ai documenti campani, che sembrano preferire il mutuo verbale rispetto a quello reale, esiste una vasta letteratura, la cui citazione avrebbe qui scopo meramente esornativo.

L'esistenza e l'operatività *ipso iure* nel rito *per legis actiones* della preclusione derivante si dica genericamente dal precedente processo *de eadem re* è attestata da Gaio («Diverso regime vigeva in passato nelle *legis actiones*: infatti una volta che si era agito su una determinata fattispecie, poi su quella fattispecie non si poteva *ipso iure* agire»; *Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat*), il quale conclude come già visto che «in quel periodo non si faceva minimamente l'uso delle eccezioni che si fa oggi» (*nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum*): complessivamente Gai. *inst.* 4.108.

«Genericamente dal precedente processo» perché è come noto discusso se la preclusione fosse integrata dalla sentenza, dalla *litis contestatio* o dalla recitazione del formulario, ma sono stati di recente ribaditi gli stringenti argomenti, che portano ad optare per quest'ultima tesi e dunque ad individuare la *res acta* di Gaio nella pronuncia dei *verba* solenni, come tale irripetibile⁶⁴.

Non si nutrono poi dubbi sull'esistenza della preclusione derivante dal precedente processo – ossia dalla recitazione del formulario, come appena visto – già agli inizi del II secolo⁶⁵. Alle attestazioni che si sono ravvisate nelle commedie di Plauto e Terenzio si può aggiungere la menzione della *cautio amplius non agi* da parte di Catone figlio, nel quindicesimo libro della sua opera giuridica pubblicata tra il 155 e il 154 (composta forse di dodici volumi di *interpretatio*, comunque basata sulle XII Tavole, e di tre dove i formulari sostanziali allora in uso venivano riportati e corredati di annotazioni marginali dell'autore, come doveva essere nel caso di specie)⁶⁶. Senz'altro parafrasando il compendio civilistico di Sabino ivi commentato, Paolo (12 Sab., D. 45.1.4.1) rende noto come, per quanto qui interessa, secondo Catone (s'intende figlio, il Liciniano)⁶⁷, qualora uno dei coeredi avesse infranto la *sponsio*, promessa dal *de cuius*, di *amplius non agi*, ci si trovava di fronte ad un'obbligazione per sua natura divisibile, tale per cui soltanto il coerede colpevole avrebbe dovuto pagare la penale che rafforzava *ab origine* l'obbligazione eredi-

⁶⁴ Si veda S. SCIORTINO, 'Res acta', cit. (nt. 25), p. 211-229. Beninteso, come mostra Cic. *De orat.* 1.166-168, nessuna preclusione interveniva prima della pronuncia del formulario dell'azione, che era preceduta dall'esposizione informale dei fatti di causa al magistrato: diverso discorso, ovviamente, per la *manus iniectio*, ma ci si trova in quel caso di fronte a un differente campo di applicazione dell'azione, di natura esecutiva.

⁶⁵ Trattasi di una conclusione consolidata, alla luce di attestazioni in tal senso che si sono riscontrate già nelle commedie plautine, per cui si veda, per tutti, A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit. (nt. 32), p. 20 nt. 47, con ivi gli estremi dei passi del commediografo attivo a cavallo tra il III e il II secolo.

⁶⁶ Per questa articolazione dell'opera giuridica, unica, del Liciniano, sia consentito rinviare a S. BARBATI, *Studi sul pensiero giuridico dei 'tres, qui fundaverunt ius civile'*, 1, di prossima pubblicazione.

⁶⁷ Come si argomenta nella monografia in corso di pubblicazione rammentata nella nota precedente.

taria. Sulla natura convenzionale piuttosto che imposta dal pretore e sull'ambientazione nelle *legis actiones* piuttosto che nel processo formulare della predetta *sponsio* non si possono nutrire sensati dubbi⁶⁸. Essa è ben lungi dal dimostrare che il principio della preclusione non esisteva intorno al 150, dovendo essere supplito da una promessa convenzionale di non ripetere l'azione *de eadem re*⁶⁹, testimoniando al contrario di come la prassi negoziale, in tipico stile romano, predisponesse strumenti che già a livello convenzionale scoraggiavano la controparte dal violare l'ordinamento e in tal senso rafforzavano le già esistenti regole processuali con un'aggiuntiva tutela risarcitoria (né più né meno di quanto poteva fare la promessa di adempiere la sentenza del giudice). È poi discusso se la regola della preclusione avesse origine legislativa – nelle XII Tavole o in una legge del IV secolo – oppure si fosse formata consuetudinariamente, senza che qui interessi approfondire la questione⁷⁰, una volta che si sia ricavata conferma di come Cic. *De orat.* 1.168, si inserisca in schemi processuali collaudati. Se si vuole, *rectius*, che il mezzo di difesa che qui si è ricondotto all'ingegno di Publio o Sesto Elio, proprio intorno al 200 (poco dopo l'approvazione della *lex Silia*), era volto ad evitare gli effetti derivanti dalla preclusione *de eadem re*, che in quel periodo era già operante, come mostra il contemporaneo Plauto. Cic. *De orat.* 1.168, si ambienta e riflette bene questo schema processuale, molto meglio di quanto fa la pressoché unanime collocazione nel rito formulare della causa di cui ivi si dà conto.

⁶⁸) Non riesce a superarli, anzi contribuisce ad eliminarli, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario 'ad edictum'*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario*, Torino, 1996, p. 61-133, specialmente p. 102 s. e nt. 143, il quale lascia aperta la questione se la *cautio* fosse già prevista o meno nell'albo, ma comunque stima che Catone si rifacesse al processo formulare (F. GUIZZI, *In tema di origini della 'cautio de rato'*, in *Labeo*, 7, 1961, p. 330-341, specialmente p. 336 s., pensa ad una *cautio* puramente negoziale, ma parimenti ambientata nel rito formulare).

⁶⁹) Se non si fraintende il pensiero dell'autore, è uno degli argomenti addotti da F. GUIZZI, *In tema di origini*, cit. (nt. 68), p. 336 s., per escludere che Catone si riferisse alla promessa di non riproporre una *legis actio*, per le quali valeva invece l'effetto estintivo *ipso iure* attestato in Gai. *inst.* 4.108, ma è già significativo come esso non sia ripreso da D. MANTOVANI, *Gli esordi*, cit. (nt. 68), p. 102 nt. 143. La garanzia convenzionale di non riproporre la *legis actio* non implica che non esistesse da tempo tale divieto, bensì, semplicemente, che in caso di riproposizione l'improvvido attore avrebbe dovuto pagare la pena prevista nella *sponsio* medesima invece di sottoporsi ad un risarcimento dei danni determinato giudizialmente, oltre a vedersi l'azione negata dal pretore, come si dice nel testo. Non vale poi la pena soffermarsi sull'orientamento che ha ristretto alle azioni reali oppure a quelle personali l'affermazione generale di Gai. *inst.* 4.108, con un'impropria applicazione di quanto scrive Gai. *inst.* 4.107, relativamente al processo formulare: si tratta di un indirizio giustamente superato (si vedano F. GUIZZI, *op. cit.*, p. 336 nt. 18 e S. SCIORTINO, *'Res acta'*, cit. [nt. 25], p. 228 s.).

⁷⁰) Gli estremi, con i riferimenti bibliografici, in D. LIEBS, *Die Herkunft der «Regel» 'bis de eadem re ne sit actio'*, in *ZSS*, 84, 1967, p. 104-132, specialmente p. 106 nt. 10, anche per chi ha sostenuto che si sarebbe trattato di un principio introdotto piuttosto dalla giurisprudenza.

Si può pertanto concludere traducendo questi principi processuali nella fattispecie descritta da Cicerone, come detto un mutuo reale con restituzione a rate del capitale, precisando come doveva operare l'*exceptio*, 'quod ea res in iudicium antea venisset', collegandola alla sua operatività *ipso iure* attestata da Gaio e mettendo in risalto come i due casi descritti in *De orat.* 1.166-168, fossero basati sulla conoscenza di regole processuali che, se padroneggiate dai difensori dei convenuti, avrebbero consentito ai loro assistiti non soltanto di liberarsi senza ulteriori disagi dell'ansia causata da una chiamata in giudizio, ma altresì, impiegando un linguaggio comune che può restituire la prospettiva del concreto convenuto, di non pagare nulla all'attore, nemmeno quello a cui sarebbe stato legalmente tenuto.

L'avvocato del mutuante non aveva precisato *in iure* che soltanto una o più rate del prestito erano scadute senza essere state onorate. In assenza di una norma all'epoca che legittimasse il mutuante alla ripetizione dell'intera somma mutuata all'inadempimento di una rata del mutuo stesso, ciò avrebbe determinato la perdita della causa per l'inesigibilità del credito (non il suo accoglimento parziale, rispetto alle rate scadute, al contrario di quanto si è sostenuto)⁷¹, qualora, come ricorda Cicerone, il debitore avesse provato *apud iudicem* che la somma veniva richiesta anteriormente alla sua scadenza, termine – in quell'ottica unico – di adempimento, che il mutuatario stesso aveva l'onere di provare.

Come nella vicenda narrata appena prima (Cic. *De orat.* 1.166 s.) l'avvocato del convenuto si opponeva alla tattica masochistica del patrocinatore dell'attore, invece di lasciarlo fare e liberare così senz'alcuno sforzo il proprio assistito da qualsiasi assillo, così qui il difensore del mutuatario faceva improvvidamente valere che il processo avrebbe dovuto vertere soltanto sulla parte del mutuo scaduta.

In Cic. *De orat.* 1.166 s., il patrocinatore del pupillo lamentava danni meramente patrimoniali subiti a causa della gestione tutelare (come per alienazioni a prezzo inferiore al valore di mercato dei beni tutelari), che avrebbe poi fatto dichiarare dalla malcapitata parte sostanziale da lui difesa nella *legis actio sacramento in personam*, intesa a fare valere sottrazioni (i furti) dei beni mobili del pupillo compiute dal tutore: l'avvocato del tutore, invece di lasciare fare, intendeva prevenire l'autorete della controparte, la quale avrebbe automaticamente portato alla perdita della causa, perché il pupillo avrebbe pronunciato il formulario della *legis actio sacramento* in maniera difforme dal modello legale, inserendovi il riferimento a irrilevanti diminuzioni patrimoniali, non scaturenti da furti del suo patrimonio mobiliare. Un caso di *pluris petitio re, ante litteram*, nel processo *per legis actiones*.

In Cic. *De orat.* 1.168, il causidico dell'attore-mutuante non insisteva per sovvertire l'*ordo iuris* – e per questo Cicerone non si sofferma sul suo errore, senza che il silenzio dell'Arpinate implichi che il difensore dell'attore non commise alcuno

⁷¹ Da parte di G. PAPA, *Sulle dinamiche processuali*, cit. (nt. 8), p. 42 e p. 45, nella prospettiva dominante del credito rateale da obbligazione verbale, quale descritto in Gai. *inst.* 4.131.

sbaglio, al contrario di quanto si è ritenuto –⁷², ma si limitava a chiedere l'intera restituzione del mutuo, sebbene ne fosse scaduta soltanto una parte, ciò che tuttavia egli non aveva precisato, né la cosa poteva particolarmente interessare il pretore (quale mera *quaestio facti*). Non versandosi in un caso di erronea pronuncia del formulario, la causa non si poteva ovviamente interrompere davanti al pretore, ma, se innanzi al giudice il mutuatario avesse provato che la *pecunia*, cioè l'intera somma mutuata, veniva ripetuta anteriormente alla sua scadenza, avrebbe per ciò solo vinto la causa, mandando respinta la *legis actio per condictionem* dell'attore. Quest'ultimo sarebbe pertanto incorso non in una *pluris petitio re*⁷³, bensì in *pluris petitio tempore*, esigendo un credito anteriormente alla sua scadenza, secondo quanto emerge da Cic. *De orat.* 1.168, con il suo riferirsi alla *petitio pecuniam ante quam*, anteriormente cioè alla sua scadenza, mentre in Cic. *De orat.* 1.167, si menziona la *petitio plus quam quantum (lex in XII Tabulis permiserat)* e *quod (erat in actione)*, a denotare univocamente una *pluris petitio re*. Di qui, allora, la stigmatizzazione dell'ignoranza del pur quotato avvocato del debitore convenuto, il quale pretendeva che la domanda dell'attore fosse limitata alle rate di mutuo scadute. Tale integrazione non soltanto avrebbe fatto vincere al mutuante la causa (se avesse provato al giudice l'esistenza del contratto), ma avrebbe pure impedito di opporre ad una successiva ripetizione dell'azione concernente lo stesso rapporto di mutuo (venute a scadere infruttuosamente ulteriori rate) l'obiezione che la cosa era già stata portata in giudizio e quindi il rapporto sostanziale consumato. Argomentazione che, in assenza di limitazione della causa alle rate scadute, il convenuto avrebbe potuto opporre a qualsiasi successiva richiesta concernente le future rate, in tal modo liberandosi «tout court» dall'obbligazione di adempiere il mutuo (come nel precedente caso di pagare il doppio del valore dei beni mobili di cui il pupillo fosse riuscito a provare la sottrazione da parte del tutore, con annessa *infamia* a carico di quest'ultimo).

Proprio con riguardo alla operatività *ipso iure*, nel rito *per legis actiones*, della seconda *exceptio* di Cic. *De orat.* 1.168, vale a dire '*quod ea res antea in iudicium venisset*', di *res in iudicium deducta*, dunque, come attestata da Gai. *inst.* 4.108, va conclusivamente detto se tale funzionamento operasse, nel successivo processo, *in iure* o *apud iudicem*, ovviamente purché sollevata dal convenuto (sarebbe assurdo pensare, in malintesi termini moderni, che il pretore la dichiarasse d'ufficio, senza che a ciò fosse stato sollecitato dalla parte interessata). Ebbene il brano di Gaio in-

⁷²) In particolare da L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. (nt. 8), p. 290-292. Invero Cicerone tace sull'errore del patrocinante perché quest'ultimo si era limitato a perorare la restituzione del mutuo, senza imitare quell'avvocato dell'attore, che nel 127/126 pretendeva che fosse modificato il formulario della *legis actio sacramento*, nella sua applicazione al furto, a beneficio del pupillo da lui difeso (Cic. *De orat.* 1.166 s.).

⁷³) Al contrario di quanto stima M. VARVARO, *Ricerche*, cit. (nt. 12), p. 173.

duce chiaramente ad escludere che la sollevazione dell'obiezione, da parte del convenuto, portasse a una sua formale dichiarazione nel formulario della *legis actio* e pertanto ad un suo accertamento davanti al giudice. Il rilievo *ipso iure* della preclusione *de eadem re* implica, come lucidamente visto, che fosse lo stesso pretore a denegare la *legis actio*, non in termini discrezionali (al contrario di quanto potrà fare nel processo formulare), bensì vincolati all'applicazione di regole, di origine legislativa o consuetudinaria che fossero, quale appunto quella *bis de eadem re ne sit actio*⁷⁴. In tal senso il rilievo *ope exceptionis* piuttosto che *ipso iure* della contestazione 'quod ea res antea in iudicium venisset' in Cic. De orat. 1.168, è meramente apparente: vertendosi nell'ambito del rito più antico, il sostantivo 'exceptio' non riveste l'accezione del processo formulare. Esso, come per la *vetus atque usitata exceptio*, indica invece il mezzo di tutela, questa volta a disposizione del convenuto, che ha onere di allegazione e prova, ma non certo di chiederne l'inserzione in una formula di giudizio. Seppure si volesse ammettere – ma non concedere – che fatti impeditivi, modificativi ed estintivi potessero farsi valere nel rito *per legis actiones* davanti al giudice, comunque senza necessità di una loro previa inserzione nell'immutabile formulario⁷⁵ (ferma la discrezionalità del giudice nell'accogliergli o meno), l'attestazione in senso contrario al rilievo *apud iudicem*, riguardo all'eccezione di «giudicato» (*rectius*, precedente pronuncia del formulario), fornita da Gaio, trova significativa conferma nella *ratio* sottesa a Cic. De orat. 1.168. Il convenuto, nel secondo giudizio (non subito, come invece in De orat. 1.166 s.), si sarebbe liberato del processo e dello stesso intero debito che egli era chiamato a saldare senza ulteriori affanni, dunque immediatamente davanti al pretore. Bastava obiettare e provare che si era già svolto un processo sullo stesso rapporto di mutuo fatto valere dall'attore, in cui questi aveva chiesto – peraltro senza successo, ma a rigore ciò non rilevava – la restituzione del debito, perché il secondo e attuale processo fosse immediatamente interrotto, senza che il pretore autorizzasse l'attore a pronunciare il formulario della *legis actio per conductionem*, in ciò consistendo la *denegatio* di

⁷⁴) Questo indirizzo è stato nella letteratura moderna sostanzialmente inaugurato da M. WLASSAK, *Der Ursprung*, cit. (nt. 33), p. 231-266, specialmente p. 234-247 nonché ID., 'Praescriptio', cit. (nt. 3), p. 81-159, specialmente p. 136-146, e incontra giustamente maggiore credito (per tutti, A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit. [nt. 32], p. 1-63, specialmente p. 26 s. e, sinteticamente, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, p. 116 s.) rispetto a quello che, in vario modo, sostiene che fatti modificativi, impeditivi ed estintivi, potessero essere fatti valere davanti al giudice (così, invece, con prospettazioni differenti e limitandosi agli autori considerati ai fini del presente studio, J. PÉTRAU-GAY, *Evolution historique*, cit. [nt. 1], p. 76-109, A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone*, cit. [nt. 32], p. 256-266 e ID., 'Legis actiones' ed eccezioni difensive, cit. [nt. 32], p. 387-400 e L. FASCIONE, *Ancora sulla 'lex Furia de sponsu'*, cit. [nt. 32], p. 363-385).

⁷⁵) Secondo l'opinione recentemente difesa da A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone*, cit. (nt. 32), p. 256-266 e ID., 'Legis actiones' ed eccezioni difensive, cit. (nt. 72), p. 387-400 (si veda già sopra nt. 32).

quest'ultima⁷⁶. Dunque senza l'ulteriore disagio causato dal doversi ripresentare in giudizio non prima di un mese per ricevere la nomina del giudice e poi dovere comparire, pena perdita della causa, davanti a quest'ultimo. Tutto si sarebbe immediatamente risolto davanti al pretore, a causa dell'insipienza dell'avvocato dell'attore, che non aveva dichiarato che era stata pattuita la restituzione rateale del mutuo. Ma, in maniera paradossale e scandalosa, a tale insipienza aveva rimediato l'avvocato del malcapitato convenuto, sostanzialmente rimettendo in termini l'attore con la richiesta, incredibilmente formulata a cavallo dell'agosto e del settembre del 91, che la causa fosse limitata alla rata scaduta del mutuo, non onorata da un cittadino, il quale pur aveva legittimamente pensato di essere in buone mani, affidandosi a un rinomato difensore, che tuttavia soffriva dell'esiziale difetto di non conoscere il diritto.

Il presente contributo è stato dedicato all'esame della vicenda processuale narrata da Cicerone, nel *De oratore* (1.168), che si svolge a cavallo tra l'agosto e il settembre del 91 e che viene fatta narrare, agli inizi di settembre di quell'anno, dal censore in carica, Lucio Licinio Crasso, che vi assistette di persona, sedendo nel *consilium* del pretore in carica⁷⁷.

⁷⁶) In questo senso si potrebbe accedere alla distinzione tracciata da S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit. (nt. 25), p. 230-238, tra il provvedimento interruttivo pronunciato prima della pronuncia dei *verba*, senza effetto preclusivo, e quello posteriore alla recitazione del formulario, al contrario con effetti preclusivi, ma con i dovuti adattamenti al caso descritto da Cic. *De orat.* 1.168, in cui la preclusione derivante dalla *res acta* si era già verificata e si trattava pertanto solamente di obiettarla e provarla. I due casi di *pluris petitio* descritti dall'Arpinate relativamente a *legis actiones* consentono di precisare meglio le affermazioni dell'autore: nella prima fattispecie, pronunciati in modo erroneo i *verba*, sarebbe intervenuto un decreto di estinzione del procedimento pronunciato dal pretore, forse espresso con il verbo *cadere* (preceduto da *dico*, ad esprimere una frase lievemente più articolata?), utilizzato due volte dall'Arpinate in *De orat.* 1.167. Nel secondo, prima della pronuncia dei *verba*, già provata la preclusione *de eadem re*, forse il pretore avrebbe semplicemente interrotto l'attore, intimandogli di non proseguire oltre, se del caso ricorrendo alla forza dei suoi littori per allontanarlo (come avrebbero fatto altresì i successivi rappresentanti della prestigiosissima carica). Alcuni magistrati non erano alieni da interruzioni per fatti concludenti piuttosto che con dichiarazioni espresse (come il pretore del 44 Bruto, che, girata [piuttosto che scostata, come vorrebbe invece A. GUARINO, *Il dito sulla piaga*, in *Labeo*, 44, 1998, p. 241-255, specialmente p. 247-250] la sella curule, se ne andò lasciando proseguire solitario il difensore cieco [episodio ricordato da Labeone, in Ulp. 6 ed., D. 3.1.1.5], ma in quel caso le peculiarità della vicenda – che con tutta probabilità il causidico non vedente intendeva trattare nelle forme del nuovo rito – potevano giustificare più facilmente l'allontanamento dell'antipatico pretore, il quale non aveva ovviamente effetti preclusivi sulla fattispecie che l'avvocato con deficit visivo avrebbe voluto postulare, per l'attore piuttosto che per il convenuto, al contrario di quanto stima P. TANSEY, *Publilius, Aprenas und Brutus: a Note on D. 3.1.1.5*, in *RIDA*, 64, 2017, p. 305-312, specialmente p. 311 s., altrimenti il magistrato avrebbe pregiudicato l'incolpevole attore).

⁷⁷) Non merita discussione il tentativo di negarlo, sulla base del fatto che in Cic. *De orat.* 1.168, non ricorre il sostantivo *consilium*, condotto da O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *The so-called 'consilium'*, cit. (nt. 9), p. 17 s. (si veda comunque L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit. [nt. 8], p. 278 nt. 14), la quale pensa che Crasso assistesse da spettatore alla vicenda. Per il resto l'autrice non accede

Si è visto come la questione processuale involta dovesse essere trattata nei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, ragionevolmente pubblicati l'anno dopo, da cui Cicerone apprendeva i contorni della questione giuridica involta, mentre il concreto episodio – che non si può ragionevolmente stimare frutto della fantasia dell'Arpinate – fu forse visto di persona dal giovane Cicerone, desideroso di apprendere l'arte forense, verso cui doveva già sentirsi naturalmente attratto.

Si sono portati argomenti in favore della tesi – da tempo dimenticata e comunque in passato apoditticamente espressa – che Cicerone sottintenda un processo svoltosi *per legis actiones*, precisamente una *legis actio per conductionem* avente ad oggetto un mutuo reale, con accordo di restituzione rateale del capitale mutuato.

Non, dunque, una *stipulatio incerti*, protetta da una formula con *intentio incerta*, che l'attore avrebbe dovuto limitare, per mezzo di una *praescriptio* a suo favore, alle prestazioni scadute (tesi dominante, che vede in Cic. *De orat.* 1.168, un'applicazione dei principi espressi da Gai. *inst.* 4.131), ma nemmeno un'azione *ex vendito* o *ex locato*, in cui si dovesse fare valere, sempre tramite *praescriptio pro actore*, la limitazione della causa alle rate scadute, né una *condictio* formulare, avente ad oggetto un mutuo da restituire a rate, in cui l'attore avrebbe potuto replicare all'eccezione di cosa giudicata che la nuova causa era intentata per una successiva rata (senza che consti però la limitazione della prima contesa alla rata precedentemente scaduta).

L'ambientazione nel rito *per legis actiones* consente di spiegare perché Cicerone utilizzi due volte il termine 'exceptio' senza che esso possa semanticamente attagliarsi, in specie nel primo caso, all'*exceptio* formulare. In entrambi i casi il sostantivo indica genericamente l'«obiezione», l'«argomentazione difensiva», rispettivamente predisposta per l'attore e per il convenuto. Il processo *per legis actiones* è poi consentaneo all'indicazione, nel 91, della prima *exceptio* come 'vetus atque usitata', mentre l'individuazione del mutuo, quale rapporto sostanziale dedotto in giudizio, è conforme all'impiego che ivi si fa della locuzione *petere pecuniam*, che a tale rapporto allude negli atti difensivi dell'Arpinate.

Il passo va collegato con quanto precede appena prima (in *De orat.* 1.166 s.): si trattava in entrambi i casi di incapacità di difensori, pur rinomati, di comprendere il funzionamento della *pluris petitio, re* nella prima fattispecie, *tempore* nella seconda, nel rito *per legis actiones*. Gli errori in proposito dell'avvocato dell'attore venivano sciaguratamente contrastati dal patrocinatore del convenuto, che non comprendeva come se avesse invece lasciato fare l'avversario, la controparte sarebbe definitivamente decaduta dal suo diritto e il suo assistito sarebbe stato perciò liberato anche da quello a cui egli era invece legalmente tenuto.

all'interpretazione tradizionale del brano, ma ne prospetta una «assolutamente inverosimile», come rileva L. PELLECCHI, *op. cit.*, p. 294 nt. 50.

Conclusivamente, allora, nel primo caso il difensore del pupillo lamentava, a parte sottrazioni di beni tutelari compiute dal tutore, anche danni meramente patrimoniali subiti dal suo assistito per la *mala gestio* del convenuto, danni che se fossero stati menzionati nel formulario della *legis actio sacramento in personam*, nella sua applicazione al furto, avrebbero automaticamente comportato l'immediata estinzione del procedimento per via di una richiesta ulteriore e ultronea rispetto a quanto consentito dalla legge e dunque la decadenza del diritto del pupillo, anche di fare valere quei furti che egli, non è arduo presumere a ragione, lamentava che il tutore avesse perpetrato: l'avvocato del convenuto, invece di lasciare fare, contestava che il tutore avesse causato danni meramente patrimoniali al pupillo. Nel secondo, inadempita una rata del mutuo, come comprensibile l'avvocato del mutuante chiedeva l'immediata restituzione della somma mutuata. Invece di lasciare fare, salvo poi provare davanti al giudice che la richiesta di restituzione dell'intero capitale era stata avanzata prima della sua scadenza, e così fare non soltanto respingere la domanda dell'attore, ma comportarne anche la decadenza da successive azioni *de eadem re*, ormai dedotta la fattispecie in giudizio con la previa pronuncia del formulario della *legis actio per condictionem* per l'intero importo mutuato – ciò che si sarebbe potuto facilmente obiettare e provare in eventuali successivi processi *de eadem re*, con immediata interruzione del secondo procedimento già *in iure* –, l'avvocato del mutuatario obiettava improvvidamente che era venuta a scadenza soltanto una rata del mutuo: egli eccepiva pertanto che il processo dovesse avere ad oggetto tale debito, non l'intero importo del capitale, in tal modo rimettendo in termini l'attore e consentendogli altresì di proporre successive azioni una volta scadute le ulteriori rate, attesa la limitazione della *legis actio per condictionem* all'importo scaduto e la precisazione, davanti ai testimoni, che la lite si svolgeva solamente sulla parte del rapporto già maturato, riservandosi con ciò di esperire la medesima azione in caso di eventuali futuri inadempimenti delle ulteriori rate. Un rimedio, quest'ultimo, che, subito dopo l'approvazione della *lex Silia* introduttiva della *legis actio per condictionem* per i crediti di *certa pecunia* intorno al 204 – approvata proprio al fine di dare sicura tutela ai mutui conclusi informalmente, con *traditio*, sviluppatasi nella prassi negoziale qualche tempo prima –, fu ragionevolmente suggerito da uno dei due fratelli Elia, a fronte delle richieste dei creditori, i quali, subito l'inadempimento della prima rata di restituzione del prestito da loro concesso, volevano comprensibilmente ripetere l'intera somma, ciò che però li avrebbe altrimenti esposti al respingimento della domanda a causa della sua intempestività, con conseguente divieto di riproposizione della medesima, scadute le ulteriori rate, stante la vigente regola del *ne bis in idem*. Le cautele tecniche che Publio o Sesto Elia avevano suggerito o direttamente disposto, quali pretori giudicanti, erano state poi consacrate in una tradizione scritta (che partiva dai *tripertita*, in particolare dai formulari processuali ivi contenuti?), la quale giunse fino ai *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, abitualmente consultati da Cicerone.

