

SALVATORE SCIORTINO

*«Denegare actionem», decretum e
intercessio*

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio.	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i>	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res incorporales</i>	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i>	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano.	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i>	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i>	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117.	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes.	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano.	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i>	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i>)	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale.	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i>	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i>	705

SALVATORE SCIORTINO

«*Denegare actionem*», *decretum* e
intercessio

ABSTRACT

Could a plaintiff appeal to the *tribuni plebis* or to the *par maiorve potestas* *intercessio* against a decision of *denegare actionem*? The paper analyzes some sources [D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*); D. 2.2.3.5 (Ulp. 3 *ad ed.*); Plin., *Ep.* 1.23.3; Iuv., *Sat.* 7.228] which can demonstrate that the *denegatio actionis* took the form of a *decretum*. The plaintiff could appeal to the *intercessio* against it, in order to obtain its annulment and, consequently, the so-called *datio actionis*.

PAROLE CHIAVE

Denegare actionem; *decretum*; *intercessio*; processo formulare; editto cd. di ritorsione.

SOMMARIO: 1. La controversa questione della opponibilità dell'*intercessio* alla decisione magistratuale di *denegare actionem*: lo stato della dottrina e le ragioni che rendono opportuna una nuova indagine. 2. Insufficienza degli argomenti finora addotti a sostegno della tesi secondo cui la decisione magistratuale di *denegare actionem* era contenuta in un *decretum*. 3. L'editto 'quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur' [D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*) e D. 2.2.3.5 (Ulp. 3 *ad ed.*)] fornisce una prova del fatto che la *denegatio actionis* consisteva in un *decretum* possibile oggetto di *intercessio*. 4. Conferme desumibili da Plin., *Ep.* 1.23.3 e Iuv., *Sat.* 7.228. 5. Gli effetti prodotti dalla *intercessio* nei confronti di un provvedimento di *denegatio actionis*. 6. Conclusioni.

1. L'identificazione della forma assunta dalla decisione di *denegare actionem*,¹ presa dal magistrato munito di *iurisdictio* nella fase *in iure*

¹ Sotto il profilo terminologico, come opportunamente segnalato da A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, 2 nt. 1, va rilevato che l'espressione *denegatio actionis*, benché di consolidata tradizione, non ricorre nelle fonti le quali, piuttosto, attestano le locuzioni '*denegare actionem*' [D. 37.5.3.6 (Ulp. 40 *ad ed.*)] e '*actionem denegare*' [D. 50.17.102 (Ulp. 1 *ad ed.*)], oltre ad innumerevoli altri costrutti utilizzati per esprimere il concetto del rifiuto da parte del magistrato *in iure* di concedere l'azione. Una elencazione, esemplificativa, è presente in: R. MEWALDT, *Denegare actionem im römischen Formularprozeß (Zur Lehre vom Verfahren in iure und der Interzession)*, Greifswald 1912, 3 s. Sul punto vd. anche M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi Biondi*, I, Milano 1965, 129 nt. 230. Pertanto, è solo per ragioni di comodità espressiva e in aderenza ad un linguaggio ormai diffuso che si discorrerà di *denegatio actionis*.

E. JOBBÉ-DUVAL, *Les decreta des magistrats pourvus de la iurisdictio contentiosa inter privatos. Interdits, «missiones in possessionem», «bonorum possessiones», stipulations prétorienes, «restitutiones in integrum»*, in *Studi Bonfante*, III, Milano 1930, 166, ammette che il modo normale nel quale la *iurisdictio* veniva esercitata era mediante *decreta*, i quali, a loro volta, potevano assumere una forma che poteva variare.

Per un primo approccio al tema della *denegatio actionis*, si vd.: J. C. NABER, *De actionis denegatione. Observatiunculae de iure romano, LXXXIV. Mnemosyne. Bibliotheca Philologica Batava*, 28, 1900, 62 ss.; E. I. BEKKER, *Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht*, in *ZSS* 24, 1903, 344 ss.; R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Civilprozess*, Jena 1903, 9 ss.; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 1-151; R. DÜLL, *Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion*, Eichstätt 1915, 1 ss.; ID., *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von arbiter, actiones arbitrariae, Verfahren in iure und exceptio*, München 1931, 212 ss.; ID., *Eröffnungsakt in iure und die tria verba praetoris*, in *ZSS* 57, 1937, 77 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis sous la Procédure Formulaire*, Lille 1924, 3 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, 59 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1938, 33 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, rist. Napoli 2006, 133 ss. (= 147 ss.) e 159 ss. (= 173 ss.); ID., *Il processo formulare. II. Lezioni dell'Anno Accademico 1948-49*, Torino 1950, 149 ss.; V. COLACINO, v. "*denegatio actionis*", in *NNDI*, 5, Torino 1960, 453 s.; V.

del processo formulare, ha creato non pochi dissensi in dottrina.

Infatti, mentre alcuni autori hanno manifestato l'avviso che tale decisione sfociava in un *decretum*,² altri autorevoli studiosi hanno affermato che il rifiuto di concedere l'azione, sebbene qualificabile nei termini di 'provvedimento', non consisteva in un *decretum*, ma si traduceva in un atteggiamento omissivo di renitenza o di mancato accoglimento della cd. *postulatio actionis* dell'attore.³

POLÁČEK, *Zur Frage der Denegationsentscheidungen der römischen Jurisdiktionsmagistrate*, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, 677 ss.; M. SARGENTI, *Studi sulla «restitutio in integrum»*, in *BIDR* 69, 1966, 201 ss.; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 66 ss.; W. J. ZWALVE, *Proeve ener theorie der denegatio actionis, een onderzoek naar de positie van de magistraat in het Romeinse burgerlijk procesrecht*, Kluwer-Deventer 1981 (l'opera è in lingua olandese, salvo un sommario finale in lingua tedesca. Si vd. le recensioni di: B. SCHMIDLIN, *Rec. a W. J. ZWALVE, Proeve ener theorie*, cit. in *TR* 52, 1984, 53 ss.; H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in *ZSS* 102, 1985, 453 ss.); N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 107; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 240 ss.

² A. F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1859, 230; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 135; H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 15; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 59 ss.; L. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, 41 nt. 2; R. DÜLL, *Denegationsrecht*, cit., 54; ID., *Eröffnungsakt*, cit., 77; A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in *RISG* 3, 1949, 472; G. PUGLIESE, *Il processo formulare. II*, cit., 149 ss.; D. MEDICUS, v. 'Decretum', in *Der kleine Pauly*, I, Stuttgart 1964, 1413; O. BEHREND, *Der assessor zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, in *ZSS* 86, 1969, 202 nt. 49. A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 161 nt. 201, con letteratura, pensa ad un provvedimento rivestito da una forma scritta, se non altro *ad probationem*. ID., *Decreta praetoris e funzione giudicante*, in *Ius Antiquum* 6, 2000, 69 ss., discorre espressamente di *decreta*; H. ANKUM, *Denegatio actionis*, cit., 456 nt. 12; M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*², sotto la direzione di M. TALAMANCA, Milano 1989, 146; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI* 62, 1996, 58 (= *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, 125); G. MANCUSO, *Decretum praetoris*, in *SDHI* 63, 1997, 381. F. TAMBURI, *I decreta frontiana di Aristone*, in *Studi Martini*, III, Milano 2009, 731, precisa che per mezzo di *decreta* si applicavano i rescritti contenenti l'ordine della cancelleria imperiale rivolto al magistrato di *denegare actionem*.

³ Ovvero ancora di accoglimento della cd. *postulatio* della parte avversa a quella che aveva chiesto il provvedimento denegato, così: C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II: il processo formulare*, Torino 1982, 162 e 42, dove lo studioso precisa che la *denegatio* consisteva nella semplice omissione di *dare iudicium* e non in un formale decreto di rifiuto; M. KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, in *ZSS* 84, 1967, 10 ss.; B. SCHMIDLIN, *Rec. a W. J. ZWALVE, Proeve ener theorie*, cit., 55; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 217 nt. 11.3.3., il quale in ID., *La*

La questione, in sé considerata, potrebbe apparire come puramente formale; tuttavia, ove si allarghi lo sguardo, coinvolge la dinamica dei controlli esterni nei confronti del corretto esercizio della *iurisdictio* da parte dei magistrati giudicanti.

Viene in considerazione, in particolare, la discussa facoltà dell'attore di invocare l'*intercessio* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas*⁴ e, specialmente, dei tribuni della plebe,⁵ al fine di 'annullare'

formazione dell'editto perpetuo, in ANRW, II.13, Berlin-New York 1980, 68 nt. 28 (= PDR, IV, Napoli 1994, 304 nt. 28) aveva ritenuto che la giurisdizione decretale «va ben al di là delle ipotesi espresse di *decretum*»; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 240, secondo cui questa soluzione si spiegherebbe con il fatto che la *denegatio* poteva essere sempre ribaltata dal magistrato stesso o dal suo successore; V. CARRO, ... *Et ius et aequum postulas ... Studio sull'evoluzione del significato di postulare*, Napoli 2006, 78 s.

⁴ Nelle fonti esistono testimonianze sia di *abrogatio iurisdictionis* disposta dai consoli nei confronti del pretore urbano (Val. Max., 7.7.6), sia di *intercessio* opposta dal pretore peregrino al pretore urbano (Caes., *Bell. civ.* 3.20.1-2; Dio Cass., 4.22.2-4; Cic., *In Verr.* 2.1.46.119). Esse sono relative agli ultimi due secoli dell'età repubblicana, l'unico arco temporale nel quale è comunemente riconosciuta l'operatività del principio di collegialità tra i due pretori. Per il periodo precedente la *lex Aebutia*, F. SERRAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano 1954, 24 ss., ritiene che la *sortitio provinciarum*, determinando ambiti di giurisdizione esclusiva, precludesse l'operatività del principio di collegialità e, di conseguenza, la possibilità che un pretore potesse opporre l'*intercessio* nei confronti del collega. Escludono il principio di collegialità tra il pretore urbano e il pretore peregrino anche: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1885, 140, sebbene l'autore ritenga che ciò non precludesse l'esercizio dell'*intercessio*, e F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli 1972, 428. Nonostante l'istituzione delle *provinciae*, sono favorevoli alla operatività del principio di collegialità e all'*intercessio* tra pretori: F. BONIFACIO, *Rec. a F. SERRAO, La «iurisdictio» del pretore peregrino*, in IURA 6, 1955, 240 s.; G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo pretore giudicante alla progressiva autonomizzazione della "iurisdictio peregrina". Corso di dir. romano 1994-95*, s.l., 130 ss. (= *Sillog. Scritti 1956-1996*, II, Catania 1998, 674 ss., paginazione che abbiamo seguito); W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik II. Die Magistratur, hrsg. u. fortgef. von H. Galsterer, Ch. Meier, R. Wittmann*, München 1995, 189 s. e ntt. 331 e 335; 201; C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, Napoli 2000, 299; R. BUNSE, *Die klassische Prätur und die Kollegialität (par potestas)*, in ZSS 119, 2002, 29 ss.

Per una puntuale indicazione di fonti che informano della *intercessio* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* e dei tribuni della plebe in materia giurisdizionale, si vd.: F. FABBRINI, v. 'tribuni plebis', in NNDI 19, Torino 1973, 802; D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi, ne Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile* (Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto - Napoli, 18-20 ottobre 2001), Napoli 2003, 81 ss. e ntt. 102-107. Quest'ultimo studioso, incidentalmente (132

il provvedimento con il quale il magistrato munito di *iurisdictio* denegava l'*actio*, nel corso della fase *in iure* del processo formulare.⁶

s. nt. 225), si occupa del *praeiudicium de capite libero* nella *lex Irnitana*: siamo rammaricati del fatto che il contributo ci sia sfuggito nel corso del nostro lavoro sulle liti di libertà (*infra*, nt. 77).

⁵ Sulla *intercessio* dei tribuni della plebe si vd.: F. STELLA MARANCA, *Il tribunato della plebe dalla "lex Hortensia" alla "lex Cornelia"*, Lanciano 1901, 72 ss.; E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe en procédure civile*, Paris 1910, 46 ss. e 106 ss., con specifico riferimento alla *intercessio* esercitata nel processo privato; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe e la sua autorità giudiziaria studiata in rapporto colla procedura civile*, Napoli 1917, 387 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano 1932, 119 ss.; U. COLI, v. '*intercessio*', in NNDI 8, Torino 1962, 787 ss.; J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*², München 1968, 5 ss. e 78 ss.; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982, 56 ss.; L. THOMMEN, *Das Volkstribunat der späten römischen Republik*, Stuttgart 1989, 207 ss.; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 207 ss., in riferimento a tutte le magistrature; 594 ss., con specifico riguardo ai tribuni della plebe; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti" alla loro competenza giurisdizionale civile straordinaria nel principato*, in *Studi Metro*, V, Milano 2010, 557 ss. e nt. 1, cui rinviamo per ulteriore indicazione di letteratura.

L'intervento dei tribuni della plebe pare che dovesse essere sollecitato dall'*appellatio* della parte in causa, che si riteneva lesa dalla decisione magistratuale, vd.: TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, I, trad. franc. P. F. Girard, Paris 1887, 312 s.; E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 119 ss.; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 123; G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 119; U. COLI, v. '*intercessio*', cit., 789; J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat*, cit., 5; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 211; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 558.

⁶ Circoscriveremo le nostre osservazioni al solo processo formulare, poiché ad esso si riferiscono le fonti di cui ci occuperemo. Del resto, la configurabilità stessa della *intercessio* contro un decreto di *denegatio actionis* nelle *legis actiones*, oltre a non essere suffragata dalle fonti, è complicata dalla dubbia esistenza del potere discrezionale del magistrato di *denegare legis actionem*. Intorno a questo tema si è sviluppato un vivace dibattito, vd.: P. F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in ZSS 14, 1893, 1 ss. (= NRHDFE 21, 1897, 249 ss.; ID., *Mélanges de droit romain. I. Histoire des sources*, Paris 1912, 75 ss., la cui paginazione abbiamo seguito); ID., *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia*, in ZSS 29, 1908, 113 ss. (= *Mélanges*, cit., 127 ss., la cui paginazione abbiamo seguito); ID., *Histoire de l'organisation judiciaire des romains. I. Les six premiers siècles de Rome*, Paris 1901, 195 ss.; M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis*, in ZSS 28, 1907, 107 ss.; ID., *Der Ursprung der römischen Einrede*, in *Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff*, Wien 1910, 11 ss. (= *Labeo* 13, 1967, 237 ss.); ID., *Praescriptio und bedingter Prozess*, in ZSS 33, 1912, 136 ss.; O. LENEL, *Der Prätor in der legis actio*, in ZSS 30, 1909, 329 ss.; E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, ne «Il Filangieri», Settembre-Ottobre 1914, 12 nt. 1; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 277 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 72

Poiché, come generalmente riconosciuto, l'*intercessio* poteva rivolgersi solo nei confronti di atti magistratuali e, segnatamente, di *decreta*,⁷ si capisce quanto le due questioni siano strettamente connesse.

Ed infatti, se si nega che la *denegatio actionis* consistesse in un *decretum* occorre – a prescindere da ulteriori valutazioni che potrebbero svolgersi circa il contenuto negativo della *denegatio* – escludere anche la opponibilità dell'*intercessio* nei suoi confronti.⁸

ss.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, 67 ss. nt. 61 e 104 s.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare. I. Introduzione - Nozioni fondamentali - I soggetti del processo. Lezioni dell'anno accademico 1947-48*, Torino 1948, 61 ss.; ID., *Il processo civile romano, I. Le legis actiones. Corso di diritto romano. Anno Accademico 1961-62*, Roma 1962, 383 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, Parte II. Le legis actiones. Dalle lezioni tenute nell'Università di Padova. Anno accademico 1947-48*, Bologna 1948, 295 ss.; A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano 1956, 21 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 176 ss. e nt. 16 (= 78 ss. e nt. 16 del volume); A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 3 ss.; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 92 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 115 s.; M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana* (Atti del Convegno di diritto romano – Copanello 1992), Napoli 1994, 26 ss. (= AUPA 42, 1992, 209 ss.) (= *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, 472 ss.); M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 40 nt. 25 e 70 s. ntt. 7 e 8.

⁷ Cfr.: F. STELLA MARANCA, *Il tribunato della plebe*, cit., 73; TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, I, Leipzig 1887, 274 (= 261); J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat*, cit., 5; ID., *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin-New York 1975, 314 s. nt. 142; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 202 e 210, i quali ritengono che l'*intercessio* tribunizia si sarebbe potuta rivolgere «nur gegen jurisdiktionelle Dekrete»; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni «imperiti»*, cit., 558. Sui *decreta praetoris* rinviamo all'aggiornata bibliografia citata da F. TAMBURI, *I decreta frontiana di Aristone*, cit., 717 ss. ntt. 12-15 e 722 ss.

⁸ Proprio in questo senso il ragionamento di C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 43: «Naturalmente, come ogni provvedimento magistratuale, anche quelli giurisdizionali potevano essere impediti dalla *intercessio* di un altro magistrato di grado pari o superiore (per il *praetor*, altro pretore o il console) o dei tribuni della plebe, e tale *intercessio* poteva essere provocata da un ricorso della parte interessata; ma l'*intercessio* (che per altro era interposta per moventi politici e non conosceva regole giuridiche sostanziali) era possibile contro un provvedimento formale, e quindi non sarebbe servita in caso di *denegatio*; poteva semmai soccorrere la generale (ma praticamente difficile a realizzarsi) responsabilità che i magistrati romani avevano, in sede civile e penale anche per gli atti compiuti in adempimento del loro ufficio, quando, cessato il periodo della loro carica, tornavano privati cittadini». Secondo A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., 217 nt.

Viceversa, se si riconduce la decisione magistratuale di denegare l'azione al *decretum*, si potrebbe congetturare la possibilità per l'attore, convinto di essere stato lesa da una *denegatio actionis* illegittima o iniqua, di appellarsi all'*intercessio* dei magistrati titolari di *par maiorve potestas* o dei tribuni della plebe al fine di ottenere il suo 'annullamento'.⁹

11.3.3.: «la *denegatio actionis* ... il più delle volte non consisteva in un esplicito *decretum*, ma si riassumeva in un atteggiamento omissivo di renitenza (socialmente deprecabile se ingiusto, ma giuridicamente mai perseguibile)». Ancora, secondo D. MANTOVANI, *Praetoris partes*, cit., 100 nt. 151: «Naturalmente, il veto si poteva opporre a un provvedimento positivo, non, ad es., alla *denegatio actionis*». Inoltre, lo studioso ritiene che la decisione di *denegare actionem* si traduceva in decreti (88): «le fonti attestano, pur dopo la *lex Cornelia*, e anche dopo Adriano, la facoltà legittima del pretore (legittima nel senso che i giuristi gliela riconoscevano e anzi l'invitavano a farne uso) di emettere decreti non conformi in positivo o in negativo all'albo»; e (88 nt. 119): «S'intende, sia che concedano giudizi non previsti dall'editto, sia che neghino giudizi promessi nell'editto ...». E. I. BEKKER, *Streitfragen*, cit., 360, ritiene che l'*intercessio* fosse possibile solo contro atti di contenuto positivo e, quindi, non sarebbe stata configurabile nei confronti della *denegatio actionis*. In quest'ultimo senso vd. anche B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustinianea*, in *Scritti giuridici*, II. *Diritto romano. Fonti - diritto pubblico - penale - processuale civile*, Milano 1965, 533. Infine, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 142, e R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes*, cit., 130 ss., ritengono che solo il convenuto potesse appellarsi alla *intercessio* dei tribuni della plebe ed escludono, pertanto, la sua invocabilità da parte dell'attore contro i provvedimenti pretori per lui pregiudizievole tra i quali, in primo luogo, va annoverata la *denegatio actionis*.

Non pare invece dubbio che la cd. *datio actionis* o *iudicii* consistesse in un *decretum*. Di recente, si vd.: W. SIMSHÄUSER, *Stadrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana*, in *ZSS* 109, 1992, 181 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 287 s. Nei confronti della cd. *datio actionis* il convenuto avrebbe potuto appellarsi ai tribuni della plebe, in questo senso si vd.: C. VENTURINI, *Un caso di «appellatio»*. *Note in margine ad Ascon. 65 s. Stangl = 84 Clark*, in *Index* 26, 1998, 41 ss.

⁹ Ammettono l'*intercessio* nei confronti della *denegatio actionis*: J. MERKEL, *Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts*, II. *Ueber die Geschichte der klassischen Appellation*, Halle 1883, 17; B. W. LEIST, v. *Denegare actionem*, in *PWRE* 9, Stuttgart 1903, 219; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 135 ss., sebbene lo studioso consideri ciò sempre possibile solo sul piano teorico: in pratica, egli ritiene dubbia l'*intercessio* contro una *denegatio actionis* nel caso di magistrati non dotati di una *eadem iurisdictione*; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 395; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, cit., 149; F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano 1992, 34 nt. 3; N. PALAZZOLO, *Storia giuridica di Roma in età imperiale. Sotto la direzione di N. PALAZZOLO. Contributi di: F. Arcaria - S. Giglio - O. Licandro - C. Lorenzi - L. Maggio - N. Palazzolo*, Perugia 1995, 133; F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 58 (= *L'officium del pretore*, cit., 125). Infine, H. ANKUM, *Denegatio actionis*, cit., 460, giudica «untauglich» la tesi di Zwälve, secondo cui contro i decreti

L'attore, rimossa la decisione magistratuale di *denegare actionem* per mezzo dell'*intercessio*, avrebbe potuto intentare nuovamente l'azione, certo, questa volta, di ottenere la concessione della formula.¹⁰

La presenza in dottrina di opinioni diametralmente opposte è una spia dello stato delle fonti che le giustifica. Le convinzioni espresse dagli studiosi, infatti, sono raramente fondate su dati testuali e risultano conseguenti a più ampie ricostruzioni, relative alla individuazione del ruolo del pretore rispetto alle parti in lite e al suo potere discrezionale di discostarsi dall'editto.

Ebbene, pure se non si possono invocare testimonianze esplicite in relazione alla forma esteriore della *denegatio actionis* e alla facoltà dell'attore di invocare l'*intercessio* contro di essa – che, ove esistenti, non avrebbero comportato le gravi incertezze che abbiamo segnalato – ci sembra di potere rintracciare alcuni preziosi indizi in grado di sorreggere l'idea che la decisione magistratuale di *denegare* l'azione sfociava in un *decretum* e che ai fini della rimozione dei suoi effetti l'attore poteva appellarsi all'*intercessio*, in particolare a quella dei tribuni della plebe.¹¹

2. È opportuno ripercorrere gli argomenti fin ora addotti in

pretori di *denegatio actionis* non sarebbe stata opponibile l'*intercessio*, attesa la loro efficacia uguale a quella delle sentenze emesse dai *iudices* al termine della fase *apud iudicem*.

¹⁰ Sulle dibattute conseguenze 'caducatorie' (dette in dottrina anche cassatorie o rescissorie) della *intercessio*, vd. *infra* § 5. Se discutiamo di 'annullamento' dei decreti dei magistrati colpiti da *intercessio*, lo facciamo solo per uniformarci ad una terminologia diffusa in dottrina (cfr.: U. COLI, v. '*intercessio*', cit., 790). Tuttavia, come indicato da P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel diritto pubblico e nel diritto privato*, in *Rivista di diritto commerciale* 10, 1912, I, 1040 ss., e in *Rivista di diritto commerciale* 11, 1913, I, 602 ss. (= *Scritti giuridici vari. IV. - Studi generali*, Roma 1925, 114, paginazione che abbiamo seguito) l'*intercessio* non produceva alcun 'annullamento' in senso tecnico, ma solo la sospensione del provvedimento colpito: infatti, nel caso di *remissio intercessionis* l'atto colpito da *intercessio* tornava a produrre effetti, ciò dimostra che non era stato 'annullato'.

¹¹ Le fonti sull'*intercessio* dei magistrati titolari di *par maiorve potestas* sono pochissime e discutibili secondo U. COLI, v. '*intercessio*', cit., 789, il quale ritiene che: «questo silenzio delle fonti ha fatto supporre a qualche studioso che per lo meno l'intercessione fra consoli fosse stata ufficialmente abolita. Ma è preferibile supporre che in generale l'intercessione dei magistrati diversi dai tribuni fosse caduta in disuso per la concorrenza dell'intercessione tribunizia».

dottrina per vagliare la fondatezza della configurazione della *denegatio actionis* nei termini di *decretum*.

In passato, si è invocato¹² quel poco che si legge in:

P. Cattai, *recto I* (= BGU 1, 114 = MITTEIS, *Chrest.* n. 372), l. 11: κριτὴν οὐ δίδωμι.

Il testo papiraceo riporta sette decisioni giudiziarie in tema di matrimonio di soldati e la linea undici, che a noi interessa, riferisce il rifiuto, opposto da parte del *praefectus Aegypti M. Rutilius Lupus*, di nominare un giudice al fine di decidere una questione relativa alla restituzione di certi beni dotali.¹³ Il testo, secondo gli editori, risale agli ultimi mesi del regno di Traiano e, precisamente, al 5 gennaio del 117 d.C.: esso è stato identificato¹⁴ con il verbale di un processo formulare concluso, già nella fase *in iure*, dalla decisione di denegare l'azione.

Tuttavia, a nostro avviso, la testimonianza non è in grado di fornire la prova di un *decretum* di *denegatio actionis* formulare. Non è infatti dimostrabile che il processo formulare trovasse applicazione nell'Egitto romano nel corso del principato,¹⁵ piuttosto, attesa

¹² Da parte di: R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes*, cit., 22 nt. 12; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 285 s.; L. WENGER, *Praetor*, cit., 41 s. nt. 2. Di recente, vd. A. H. M. JONES, *Imperial and Senatorial Jurisdiction in the Early Principate*, in *Studies of Roman Government and Law*, Oxford 1960, 69 ss.

¹³ Si vd.: M. HUMBERT in F. BURDEAU, N. CHARBONNEL ET M. HUMBERT, *Aspects de l'Empire romain*, Paris 1964, 118 nt. 2; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit. 188 ss.

¹⁴ Da parte degli studiosi citati *supra*, nt. 12.

¹⁵ Secondo un passo di Tacito, Augusto aveva disposto che si potesse *lege agere* innanzi ai cavalieri ai quali era stato affidato il governo dell'Egitto romano, come se si trattasse di magistrati romani, e che anche i loro *decreta* avrebbero avuto lo stesso effetto di quelli dei magistrati romani: Tac., *Ann.* 12.60.2: *Nam divus Augustus apud equites, qui Aegyptio praesiderent, lege agi decretaque eorum proinde haberi iusserat, ac si magistratus Romani constituissent . . .*

L'espressione '*lege agi*' presente nel passo di Tacito potrebbe far credere al conferimento ai funzionari locali sia della *iurisdictio* cosiddetta contenziosa, sia della *iurisdictio* cosiddetta volontaria, ma in realtà, solo quest'ultima è testimoniata dalle fonti con riferimento alla provincia d'Egitto, come si ricava da un passo di Modestino comunemente ricondotto alla *manumissio vindicta*: D. 40.2.21 (Mod. 1 *pand.*): *Apud praefectum Aegypti possum servum manumittere ex constitutione divi Augusti*. In letteratura si vd.: C. LÉCRIVAIN, *L'appel des juges-jurés sous le Haut-Empire*, in *Mélanges*

l'esistenza della *denegatio actionis* anche nelle *cognitiones extra ordinem*,¹⁶ in dottrina¹⁷ si è esclusa la riferibilità del papiro al processo formulare, e lo si è ritenuto relativo al solo processo provinciale egiziano celebrato innanzi al *praefectus Aegypti*.

E si deve, in effetti, riconoscere che nel dibattito recente questa fonte, data anche la sua stringatezza, non è stata più richiamata: occorre concludere per la sua insufficienza al fine di dimostrare che la decisione di *denegare actionem* sfociasse in un *decretum*.

2.1. Potrebbe, a prima vista, sembrare più persuasivo l'argomento desumibile da un passo di Ulpiano, in virtù del quale la *denegatio actionis* si può identificare con un atto di *iurisdictio* che comporta una pronuncia magistratuale:

D. 4.6.26.4 (Ulp. 12 ad ed.): *Ait praetor: 'sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur'. hoc quo? ut, si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio. sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam. per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin, si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat: et ita Servio videtur rel.*¹⁸

d'archeologie et d'histoire 8, 1888, 196; O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung*, Göttingen 1970, 126 nt. 3; O. LICANDRO, *La praefectura Aegypti fra conservazione e innovazione istituzionale*, in *MEP* 10, 2007, 66 e nt. 148 (= *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, 460 nt. 148) con indicazione e discussione di letteratura. A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 178, ritiene che il processo egiziano faccia da *trait d'union* fra il processo formulare e le *cognitiones*. Mentre M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 165 s. e ntt. 23-24, da un canto ammettono che innanzi al *praefectus Aegypti* potessero compiersi la *manumissio vindicta*, l'*in iure cessio*, l'*adoptio* e l'*emancipatio*, dall'altro negano che le controversie potessero svolgersi secondo il processo formulare. Sul punto vd. anche K. HACKL, *Der Zivilprozeß des frühen Prinzipats in den Provinzen*, in *ZSS* 114, 1997, 144 ss. e 158 ntt. 85-88 con indicazione di letteratura: lo studioso esclude che il processo formulare abbia mai trovato applicazione in Egitto nel corso del principato.

¹⁶ U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 11 ss.; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 178 ss.

¹⁷ M. HUMBERT, *Aspects de l'Empire romain*, cit., 118 e nt. 2; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 191.

¹⁸ Sul passo vd.: R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 95 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 173 e nt. 1; R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*,

Il frammento, della cui genuinità nelle parti che a noi interessano non è lecito dubitare,¹⁹ è tratto dal commento ulpiano all'editto 'Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur'.²⁰

In particolare, nel tratto per noi rilevante, si concede la *in integrum restitutio* all'attore, oltre che in alcuni casi che qui non interessano,²¹ quando l'azione è estinta²² per fatto del magistrato che *ius non dixit*,²³

Milano 1960, 43 s.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, 99 s., con indicazione di letteratura; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 75; G. PUGLIESE, *Il processo formulare. II*, cit., 75 ss.; ID., *Rec. a C. A. CANNATA, Profilo istituzionale del processo privato romano. II*, in *IURA* 33, 1982, 173; C. GIOFFREDI, «*Ius dicere*» e «*cognitio*» pretoria, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 5, Napoli 1984, 2060; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 232 nt. 3; E. METZGER, *Litigation in Roman Law*, Oxford 2005, 119; V. CARRO, ... *Et ius et aequum postulas ...*, cit., 76 ss.; A. TRIGGIANO, 'Nascita' dell'azione e problemi di tutela processuale: diritto romano e tradizione romanistica, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova 2011, 398 s.

¹⁹ Nonostante non siano mancati sospetti di alterazione del testo, non si è generalmente posta in dubbio la genuinità del riferimento né alla *denegatio actionis causa cognita*, quale atto di *iurisdictio*, né al *ius non dicere*, quale sinonimo di cd. *denegatio iurisditionis*. In dottrina sono stati attaccati tratti per noi privi di interesse, vd.: G. VON. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, 77; S. SOLAZZI, *Sull'«exceptio» in diminuzione della condanna*, in *BIDR* 42, 1934, 268 ss. [= *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli 1960, 463 ss., paginazione che abbiamo seguito]. Solo F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 173 nt. 1, diffida della genuinità formale della chiusa, che a noi interessa, ma la motivazione fornita è che «la spiegazione è molto banale». In realtà, a noi pare che la genuinità del passo sia provata dalla menzione del giurista Servio, che non c'è motivo di attribuire ai compilatori giustinianei, sebbene ciò non dia garanzia che già «nel testo originale del giureconsulto repubblicano figurasse l'espressione 'denegare actionem'; potrebbe darsi che Ulpiano, parafrasandone il pensiero, lo abbia fatto impiegando una locuzione diversa ...», così: A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 75. Inoltre, questo tratto si armonizza con il contenuto del successivo paragrafo sesto (*infra*, nt. 23) del passo, che lo stesso Francesco De Martino (175 s.) ritiene genuino: «nel pensiero di Ulpiano *iurisdictio* e *actionem reddere* erano una sola cosa. Una unificazione analoga proverebbe D. 4.6.26.4, se il testo non fosse estremamente sospetto».

²⁰ Ricostruito da O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*,³ Leipzig 1927, rist. Aalen, 1974, 120 ss.

²¹ Si tratta delle ipotesi in cui l'attore non abbia potuto intentare un'azione a causa della sua estinzione per fatto del giudice o del magistrato: ciò può accadere, commenta Ulpiano, in virtù di dilazioni concesse dal giudice, ma anche, come pensa Labeone, quando non vi sia stata la possibilità (*copia*) di trattare la causa con il magistrato.

²² Sulla questione della perdita dell'azione per decorso del tempo, vd. Gai 4.110-111; D. 44.7.35 (Paul. 1 *ad ed.*); C. 7.35.5 (Diocl. et Maxim., a. 293); I. 4.12 pr. In

mentre, diversamente, la *restitutio cessat* quando il magistrato giudicante ha denegato l'azione *causa cognita*.²⁴

Pertanto, il passo contrappone²⁵ il *ius non dicere*, ossia la cd. *denegatio iurisdictionis*,²⁶ alla *denegatio actionis causa cognita* che, invece, è un atto di *iurisdictionis*,²⁷ il quale impedisce l'applicazione del nostro editto quando, per sua causa, si è verificata l'estinzione dell'azione.

Se, dunque, la *denegatio actionis causa cognita* è un atto di *iurisdictionis* che comporta una pronuncia del tipo '*dicere non esse actionem*' in aderenza al suo carattere brachilogico,²⁸ si potrebbe

letteratura, si vd.: M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, 1 ss.; ID., v. '*Prescrizione (dir. rom.)*', in Enc. dir. 35, Milano 1986, 36 ss., con ampia indicazione di letteratura; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. Profili generali*, in TSDP III, 2010 (= *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storia e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011, 75 ss., e 93 nt. 51).

²³ Sempre che la cd. *denegatio iurisdictionis* non sia servita a sanzionare la mancata ottemperanza ad un *decretum praetoris* da parte dell'attore, vd.: D. 4.6.26.6 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Sed et si, dum decreto praetoris non obtemperat, iurisdictionem ei denegaverit, non esse eum restituendum Labeo scribit; idemque, si ex alia iusta causa non fuerit ab eo auditus.*

²⁴ Sulla *causae cognitio* pretoria vd.: R. MARTINI, *Il problema*, cit., 15 ss.; ID., '*Causae cognitio*' e discrezionalità, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, II, Milano 1973, 707 s.; ID., *Causae cognitio pretoria e lex Cornelia de iurisdictione*, in *Praesidia libertatis. Garantisimo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana* (Arti del Convegno di diritto romano – Copanello 1992), Napoli 1994, 229 ss.

²⁵ A nostro avviso, l'avverbio *alioquin* qui ha il significato di 'al contrario', vd.: G. B. CONTE - E. PIANEZZOLA - G. RANUCCI, v. '*alioqui(n)*', sub 2.1, in *Il dizionario della lingua latina*, Milano 2000, 67.

²⁶ Sulla cd. *denegatio iurisdictionis* vd.: R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 109 ss., il quale precisa che la cd. *denegatio iurisdictionis* si ha quando l'attore non ha effettuato la cd. *postulatio actionis*: essa si traduce nel non *audire* l'attore e il convenuto da parte del magistrato. In senso analogo si sono espressi: R. DÜLL, *Eröffnungsakt*, cit., 77 s.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare. II*, cit., 75 ss.

²⁷ In questo senso, vd.: R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 95 ss.; R. DÜLL, *Eröffnungsakt*, cit., 77 s.; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano. (Note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano 1947, 9 ss.; ID., '*Ius dicere*' e '*cognitio*' pretoria, cit., 2059 s.; R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 78 ss. (= 176 ss.) nt. 16; G. PUGLIESE, Rec. a C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 173.

²⁸ E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 284 ss., ricorda che l'espressione *denegare actionem* non significa affatto ricusare o opporsi ma, piuttosto, esprime la necessità di una pronuncia in positivo del tipo '*dicere non esse actionem*', ovvero

credere che, come è stato sostenuto,²⁹ essa sfociasse normalmente in un *decretum* a differenza della cd. *denegatio iurisdictionis*, la quale consisteva in un comportamento omissivo, appunto in un *ius non dicere*.

Tuttavia, ciò non è sufficiente a provare che tutti gli atti e i provvedimenti magistratuali espressione della *iurisdictionis*, benché comportanti una pronuncia espressa, venissero formalizzati in *decreta*; ed infatti, giustamente, pur riconoscendo alla *denegatio actionis* la natura giuridica di atto di *iurisdictionis*, autorevoli studiosi³⁰ non hanno ravvisato in questo alcun ostacolo all'identificazione della *denegatio actionis* con un semplice rifiuto opposto dal magistrato *in iure* all'attore e non con un decreto.

In conclusione, la debolezza degli argomenti fin ora addotti impone di cercare altrove l'esistenza di indizi capaci di orientare la ricostruzione della *denegatio actionis* come *decretum* e in grado di

(dicere) 'non dari actionem'. Di recente U. MANTHE, *Agere und aio: Sprechakttheorie und Legisactionen*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wien 2002, 442 s., sottolinea come *negare* implichi una pronuncia di contenuto negativo. Ciò potrebbe trovare fondamento nella possibile etimologia del verbo *denego*, composto di *nego*, a sua volta derivante da *aio* (*ago*) e di significato equivalente a 'dire di no': A. ERNOUT - A. MEILLET, v. 'negō', in *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, 436. Ma si tratta di una etimologia non certa, si vd.: A. WALDE - J. B. HOFMANN, v. 'negō', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*⁴, II, Heidelberg 1965, 157.

²⁹ R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 95 ss., secondo il quale la *denegatio actionis* era un atto di *iurisdictionis* e veniva formalizzato in un *decretum* rilasciato *in iure* alle parti.

³⁰ C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., 42 s.; V. CARRO, ... *Et ius et aequum postulas* ... , cit., 76 ss. La studiosa adduce (79 nt. 78) anche D. 3.1.1.1 (Ulp. 6 *ad ed.*) in cui si discorre dell'attività pretoria di *permittere* e *prohibere postulare*, senza riferimento a *decreta* di *denegatio actionis*: «la *denegatio actionis*, pare si concretizzasse per lo più non in decreti determinati, quanto in un semplice atteggiamento omissivo di renitenza, visto che lo stesso Ulpiano parla semplicemente di *permittere postulare* in contrapposizione al *prohibere postulare*». Tuttavia, l'argomento desumibile da questo passo finisce per essere *e silentio*, né il giurista chiarisce come si manifestasse tale *prohibitio*. Inoltre, si consideri che la *denegatio actionis* presuppone la cd. *postulatio actionis* dell'attore, mentre un divieto di *postulare actionem* opposto dal pretore all'attore ci pare che vada ricondotto piuttosto alla cd. *denegatio iurisdictionis* che certamente consisteva in un comportamento omissivo e ostruttivo della volontà della parte di agire in giudizio (*supra*, nt. 26). Né crediamo che rechino argomenti utili al fine di ricondurre la *denegatio actionis* ad un semplice atteggiamento omissivo di renitenza i passi addotti dalla studiosa a p. 78 nt. 76.

dimostrare la sua esposizione all'*intercessio*.

3. Prima di prendere in esame i testi, ci sembra opportuno segnalare un argomento di carattere generale a favore dell'idea che la decisione di *denegare actionem* fosse contenuta in un *decretum*. Come noto, non avendo la *denegatio actionis* effetti preclusivi o consuntivi dell'azione,³¹ essa lasciava all'attore la possibilità di proporre nuovamente l'azione innanzi allo stesso magistrato che l'aveva denegata, ovvero al suo successore. Tuttavia, il provvedimento di *denegatio actionis* poteva produrre effetti deterrenti e orientare la decisione magistratuale su una successiva cd. *postulatio actionis*, principalmente per valutare se erano venuti meno i motivi che avevano dato luogo la prima volta alla *denegatio actionis*. Era, pertanto, quanto meno opportuno che tale decisione venisse formalizzata in un decreto scritto, meglio se motivato, per essere archiviato e reso consultabile in futuro.³²

³¹ Sugli effetti non preclusivi né consuntivi della *denegatio actionis*, vd. per tutti: A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 160 ss.

³² Purtroppo, le informazioni a nostra disposizione sulla archiviazione dei documenti magistratuali sono molto scarse. Tuttavia, sappiamo dell'esistenza di *tabulae publicae* e *privatae* per la custodia dei documenti fin da età repubblicana (Cic., *pro Sulla*, 15.42). In particolare, M. PUMA, *La conservazione dei documenti giuridici nell'antica Roma*, Palermo 1934, 31, ricorda che: «insieme con gli atti, i magistrati solevano registrare precedenti, istruzioni e norme relative alla carica da essi occupata. Tutto ciò costituiva i 'commentarii magistratuuum'». Varro, *de lingua Lat.* 6.88 ci fa conoscere un frammento dei 'commentarii consularis'; da altre fonti veniamo a conoscenza anche di 'commentarii aedilium' e di 'commentarii censorii': tutto lascia congetturare che anche i pretori, e in genere i magistrati titolari di *iurisdictio*, archiviassero i provvedimenti emanati nell'esercizio della *iurisdictio* e, in particolare, che archiviassero i documenti dei processi la cui fase *in iure* avevano presieduto, in questo senso vd.: H. KRÜGER, *Die Worte 'qua de re agitur' und (res) 'qua de agitur' in den Prozeßformeln*, in ZSS 29, 1908, 384. Altre indicazioni in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, vol. II-1, v. 'Commentarii', Roma 1900, 539 ss., con specifico riferimento ai *commentarii* o *acta* dei magistrati, secondo il quale «tali commentari dagli archivi privati passarono al pubblico»; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 417 s. e 423 ss. nt. 192, sulla conservazione dei protocolli dei processi.

Di recente, sugli archivi pubblici e privati in età repubblicana, vd.: E. POSNER, *Archives in the Ancient World*, Cambridge 1972, 160 ss.; PH. MOREAU, *La mémoire fragile: falsification et destruction des documents publics au I^{er} s. av. J.-C.*, in *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique*, Avant-propos de C. NICOLET, Paris 1994, 132 ss. Sull'archiviazione dei documenti, specialmente delle

Passiamo alle fonti. Cominciamo da un passo di Ulpiano, tratto dal terzo libro del commentario edittale, dedicato all'editto 'Quod quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur'.³³

Questo editto stabiliva che al privato o al magistrato,³⁴ i quali si fossero trovati coinvolti in una controversia caratterizzata dai medesimi fatti posti a base di quella per la quale avessero, rispettivamente, ottenuto o pronunciato un *novum ius* rivelatosi *iniquum*, andava applicato quello stesso diritto.³⁵

Sulla base della identificazione del *novum ius* con il diritto

costituzioni imperiali, in età del principato, vd. per tutti: M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in AUPA 51, 2006, 381 ss. (= *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli 2007, 5767 ss., paginazione che abbiamo seguito), con accurata indicazione di letteratura.

³³ D. 2.2.1.1 (Ulp. 3 ad ed.): *Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet. si quis apud eum qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decerneretur, scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset id in ipsius quoque persona valere patiatur.* Per la ricostruzione del testo edittale, si vd.: A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*², Lipsiae 1869, rist. Pamplona 1997, 32; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., 59; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. III Palingenesia y reconstrucción*, Santiago de Compostela 1995, 70 ss.

³⁴ Resta dubbio se l'editto si riferisse ai magistrati ancora in carica o agli ex magistrati. Per la prima possibilità propendono: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, II.1. Il processo formulare*, Milano 1963, 180 s.; C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giurisdicente nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorsione e l'abrogatio iurisdictionis*, in *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 423, al cui lavoro rinviamo anche per l'esatta individuazione dei magistrati implicati dall'editto: certamente si doveva trattare di magistrati che esercitavano la *iurisdictionis*. Pensano agli ex magistrati: B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, 165 s. nt. 222; G. PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli 2007, 161.

³⁵ Per una descrizione maggiormente dettagliata del contenuto dell'editto 'quod quisque iuris in alterum statuerit ...', si vd.: D. F. HOHEISEL, *De edicti pretorii quod quisque iuris in alterum etc. iniquitate et non usu tam antiquo quam hodierno*, Halae Magdeb. 1724, 4-20; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, II.1. cit.*, 177 ss.; A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio Cass. 36.40.1-2*, in IURA I, 1969, 520-525; M. SIXTO, *Algunos aspectos del llamado «edicto de ritorsión»*, in *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona 2006, 943 ss.; C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità*, cit., 419 ss., al cui lavoro rinviamo anche per l'ampia indicazione di bibliografia.

iniquo,³⁶ si ritiene comunemente che il nostro editto fosse relativo all'*iniquum ius* creato *ex novo* dal magistrato munito di *iurisdictio*.

Ciò è senz'altro vero, tuttavia, crediamo che possa cogliersi una sfumatura di significato capace di differenziare il *novum ius* dall'*iniquum ius*. Infatti, come ben messo in luce da Giuseppe Falcone,³⁷ l'aggettivo 'novus', nel linguaggio dei giuristi classici poteva

³⁶ Fin dalla Glossa (si vd.: Accursius, gl. *si quis*, D. 2.2.1.1, *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*, l. *hoc edictum*, ed. Venetis 1584, 176) si è avvertita la necessità di interpretare il *novum ius* come sinonimo di *iniquum ius*. In particolare, si vd. le riflessioni di: J. CUIACIUS, *Recitationes solemnes*, T. VII, Neapoli 1722, 100; G. A. STRUVIUS, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem pandectarum*, I³, Francofurti & Lipsiae 1738, 220; A. SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, I, Lugduni Batavorum 1804, 255; H. DONELLUS, *Opera omnia. Commentariorum de iure civili*, T. 5, lib. 18, cap. II, § 31, Florentiae 1844, 27 s., secondo il quale l'editto si applicava solo ai pretori e non a tutti i magistrati titolari di *potestas*; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, T. II, trad. ital. e annot. G. DE MARINIS, Milano 1888, 227 ss. e nt. 38, dove si precisa che il diritto nuovo si diceva iniquo, semplicemente perché si allontanava da quella regola che un magistrato, entrando nel proprio ufficio, rendeva nota mediante la pubblica affissione dell'Editto; H. LÉVY-BRUHL, *Une application originale du talion en matière de procédure civile: l'édit: quod quisque juris ...*, in *Mélanges G. Cornil*, II, Paris 1926, 67 ss., il quale, correttamente, sottolinea che, poiché porre da parte dei pretori diritto nuovo non era un'attività illecita, per intendere il senso dell'editto *quod quisque iuris ...* occorre attribuire all'espressione *ius novum* il significato di *ius iniquum*. Opportunamente C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità*, cit., 423, precisa che il «magistrato che dovesse subire l'applicazione di un *novum ius* non iniquo, non ne avrebbe infatti sofferto».

Per una riflessione sul significato di *novum* nella tradizione giuridico-teologica medievale, vd.: C. ZENDRI, *Novitates pariunt discordias. A proposito della nozione di novum nella tradizione giuridica fra medio evo ed età moderna*, in *Laboratoire italien. Politique et société* 6, 2006, 37 ss. [consultabile on line all'indirizzo: <http://laboratoireitalien.revues.org>].

³⁷ G. FALCONE, *L'esordio del commento ulpiano all'editto sui patti (D.2.14.1pr.) tra critica testuale e studio dei percorsi concettuali*, in *AUPA* 53, 2009, 250 e nt. 54, con indicazione di fonti. Le conclusioni dello studioso possono essere confermate dall'uso dell'aggettivo 'mirus', come sinonimo di 'novus', per esprimere l'idea della straordinaria e insolita applicazione di una regola o di un principio giuridico, come accade nell'espressione 'nec novum aut mirum esse' che si riscontra in D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*). L'impiego di 'mirus' nel senso di abnorme o sorprendente si riscontra in: D. 9.2.51.2 (Iul. 86 *dig.*); D. 13.7.26 pr. (Ulp. 3 *disp.*); D. 21.1.4.5 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 21.1.63 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 21.2.51.3 (Ulp. 80 *ad ed.*); D. 23.2.14.4 (Paul. 35 *ad ed.*); D. 23.3.59 pr. (Marc. 7 *dig.*); D. 31.82.2 (Paul. 10 *quaest.*); D. 32.55.5 (Ulp. 25 *ad Sab.*); D. 33.7.12.13 (Ulp. 20 *ad Sab.*); D. 37.10.5.3 (Ulp. 41 *ad ed.*); D. 38.16.1.1 (Ulp. 12 *ad Sab.*); D. 38.16.15 (Pap. 29 *quaest.*); D. 40.5.24.6 (Ulp. 5 *fideicomm.*); D. 40.12.15.2 (Gai. *ad ed. pr. urb. tit. de liberali causa*); D. 43.1.2.2 (Paul. 63 *ad ed.*); D. 43.24.3 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*); D. 49.15.12.3 (Tryph. 4 *disp.*). In accezione

esprimere «la singolarità, l'anomalia o la deviazione di un regime o di una soluzione» rispetto ad un dato di partenza. Pertanto, nel concetto di *novum ius* doveva essere compreso non solo il diritto iniquo creato *ex novo* dal magistrato, ma ogni abnorme o sorprendente applicazione dei mezzi processuali già contenuti nell'editto.

L'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*' apprestò una prima forma di controllo nei confronti dell'attività del magistrato *in iure*, del pretore principalmente, e risale forse al 79 a.C.:³⁸ dunque sarebbe anteriore di circa dieci anni alla *lex Cornelia (rectius, plebiscitum)* cosiddetta *de iurisdictione* o *de edictis*.³⁹

negativa '*mirus*' è presente anche nelle fonti letterarie indicate da: P. G. W. GLARE, *Oxford Latin Dictionary*, II, v. *mirus*, sub 2, Oxford 1976, 116.

³⁸ Secondo la datazione che ci sembra più probabile e proposta da: A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione*, cit., 520 ss., per il quale, il nostro editto sarebbe stato introdotto non nel 61 a.C. dal pretore *Cn. Octavius* (il padre di Augusto) come si riteneva da parte della dottrina dominante sulla scia di F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken röm. Recht*, in *ZSS* 43, 1922, 217 s., ma da *Cn. Octavius*, pretore nel 79 a.C. e autore della *formula Octaviana*. In senso adesivo, sebbene con cautela, si vd.: B. ALBANESE, *Riflessioni sul 'ius honorarium'*, in *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernandez-Tejero*, II, Madrid 1992, pubbl. 1994, 11 nt. 44 (= *Scritti giuridici*, III, Palermo 2006, 243 nt. 44); R. DOMINGO, *Estudios*, cit., 66 ss.; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 79 nt. 70, con ampia indicazione di letteratura sul punto; M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 948; C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità*, cit., 425 s. Inclino, invece, per la data più recente: N. PALAZZOLO, *L'edictum 'de albo corrupto' e il problema della pubblicità delle norme edituali in età postadrianea*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 602 nt. 29 (= *IVS E TEXNH. Dal diritto romano all'informatica giuridica, I Diritto romano*, Torino 2008, 274 nt. 29); M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 237 nt. 40.

³⁹ Invero, la denominazione della *lex Cornelia* del 67 a.C. non è stata individuata con esattezza in dottrina, si vd., per tutti: A. M. GIOMARO, *Per lo studio della lex Cornelia de edictis del 67 a.C.: la personalità del tribuno proponente Gaio Publio Cornelio*, in *Studi Urbinati* 43, 1974-1975, 269 ss.; G. MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività editale del pretore in età repubblicana*, in *AUPA* 37, 1983, 397 ss. (= 93 ss. dell'estratto); P. PINNA PARPAGLIA, *Per una interpretazione della lex Cornelia de edictis praetorum del 67 a.C.*, Sassari 1987, 29 ss., il quale ritiene che la nostra legge fosse una *lex de aere alieno*; F. GALLO, *Un nuovo approccio*, cit., 16 nt. 38 (= *L'officium del pretore*, cit., 72 nt. 38).

Circa i rapporti tra l'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*' e la *lex Cornelia* del 67 a.C., da tempo messi in luce (vd. ad es. J. C. HEINECCIUS, *Historia iuris civilis*,

La motivazione della disciplina dell'editto, denominato talvolta dagli studiosi 'di ritorsione',⁴⁰ è fornita da Ulpiano in questi termini: D. 2.2.1.1 (Ulp. 3 *ad ed.*): *scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur.*⁴¹

Ciò premesso, ai nostri fini interessa il commento condotto da parte del giurista e che comincia con l'analisi del termine edittoale 'statuerit' contenuto in:

D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Haec autem verba: 'quod statuerit, qui iurisdictioni praeest', cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia⁴² cessare edictum putamus: quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*

Premettiamo che, a nostro avviso, gli argomenti addotti per dimostrare la natura insitica del frammento, nel tratto 'quod statuerit non coeptam' che a noi interessa principalmente, non sono conducenti e, pertanto, ci pare che occorra affermare la sostanziale genuinità del passo.

Venetii 1764, 75 ss.) vd.: A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione*, cit., 523; M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 948 ss. e 950 ss.

⁴⁰ Si tratta di una denominazione risalente: di *retorquutio* discorre Bartholus de Saxoferrato, *Omnia quae extant opera*, I, D. 2.2.1.2, *quod quisque iuris l. hoc edictum*, ed. Venetiis 1615, 52; di *ius retorsionis* parla A. SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, I, cit., 255.

⁴¹ A giudizio di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., 58, queste parole non ricorrevano nella formulazione dell'editto 'quod quisque iuris in alterum statuerit ...', poiché è da ritenere estranea alla tecnica edittoale la motivazione delle clausole.

⁴² Secondo G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla "cognitio extra ordinem"*. Corso di diritto romano, Milano 1960, 309 s., nella versione originaria del testo doveva ricorrere la parola *decretum*, considerato dall'autore il mezzo ordinario con il quale il pretore esercitava la *iurisdictione*. Sarebbero stati i compilatori giustiniani a sostituire questa parola con *sententia*, a loro cara perché i magistrati erano ormai organi competenti ad emettere sia i *decreta* sia le *sententiae*, in un processo che non conosceva la bipartizione caratteristica del processo formulare. Ritiene genuina la parola *sententia*: G. MANCUSO, *Decretum praetoris*, cit., 385.

Prescindendo da alcune mende di natura formale o che riguardano tratti per noi di minore importanza,⁴³ occorre soffermarsi sulle più incisive critiche mosse da Gerhard von Beseler. Lo studioso, ritenendo interpolati i seguenti tratti: ‘*cum effectu-tenus*’, ‘*et ideo*’, ‘*nec-decretum habuit*’ ed ‘*et ideo*’, ricostruisce il testo come segue: ‘*quod statuerit qui iurisdictioni praeest, si cum vellet statuere prohibitus sit <item dicendum est> cessat edictum*’.⁴⁴

Tuttavia, tale ricostruzione non ci sembra che possa essere accolta, per le seguenti ragioni:

(1) il periodo risulta sconnesso, poiché si apre con l’asserzione ‘*quod statuerit qui iurisdictioni praeest*’, che rimanda ad una decisione già presa dal magistrato giurisdicente, mentre prosegue mettendo in dubbio che la stessa decisione sia stata adottata: ‘*si cum vellet statuere*’;

(2) seguendo la detta ricostruzione, il nostro editto non si sarebbe applicato (*cessat edictum*) ai soli casi nei quali il magistrato, avendo manifestato la propria volontà di *statuere* (quindi prima di emettere il *decretum*), abbia subito l’*intercessio* di un altro magistrato. Mentre l’editto si sarebbe applicato a tutti i casi di *decreta* comportanti un *iniquum ius*, a prescindere dal fatto di essere efficaci e provvisti di portata lesiva. Così ragionando, tuttavia, il caso del magistrato che abbia emesso un decreto⁴⁵ privo di effetto per difetto di *iurisdiction* rientrerebbe nel campo di applicazione dell’editto cd. di ritorsione. Al contrario, invece, proprio il caso di un *decretum* privo di effetto per difetto di *iurisdiction* del magistrato viene addotto da Ulpiano ad esempio (ad avviso di Gerhard von Beseler genuino) di *decreta* esclusi

⁴³ Per i quali rinviamo a: B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano 1930, 72, il quale sospetta del tratto *et ideo-effectum*, quindi della seconda parte del passo, comprendente la chiusa, per noi di secondaria importanza. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*,³ cit., 58, prende in esame il profilo della rispondenza del testo al tenore letterale dell’editto. Inoltre, ID., *Textkritische Miscellen*, in *ZSS* 39, 1918, 123, sospetta della chiusa e della frase ‘*nec effectum decretum habuit*’, che a noi interessa. Tuttavia, i sospetti sono fondati solo su ragioni formali, legate al mutamento del modo dei verbi, dal congiuntivo all’indicativo, mentre lo studioso ritiene il passo genuino nella sostanza.

⁴⁴ G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, 177; ID., *Miscellen*, in *ZSS* 45, 1925, 457.

⁴⁵ Sul probabile carattere insiticio della parola *sententia* in D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*) vd. *supra*, nt. 42.

dal campo di applicazione dell'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*'.⁴⁶

Ritenuto il testo genuino, volgiamoci al suo contenuto. Secondo il giurista, ciò che il magistrato aveva stabilito (*statuerit*) andava inteso come produttivo di effetti giuridici (*cum effectu*) e non solo a parole (*verbo tenus*); ossia, prosegue Ulpiano, l'attività del magistrato non doveva essersi arrestata al semplice tentativo, privo di capacità lesiva, di applicare un *novum ius* iniquo, ma doveva avere avuto effetto. Il verbo *statuo*, infatti, imponeva di considerare ai fini dell'applicazione dell'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*' solo l'*iniuria consummata*, e non anche l'*iniuria* semplicemente *coepta*.⁴⁷

Infatti, il nostro editto non si applica quando il magistrato, che aveva manifestato la volontà di *statuere*, avesse subito una *prohibitio*, termine sinonimo di *intercessio*,⁴⁸ da parte dei magistrati titolari di *par*

⁴⁶ La necessità che il frammento, per avere una coerenza logica, faccia riferimento ad un *cum effectu statuere*, era già stata avvertita da H. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in ZSS 24, 1903, 83.

⁴⁷ Il passo è stato, infatti, studiato con particolare riguardo alla tematica del tentativo, anche per la connessione palinogenetica – generalmente ammessa (vd. per tutti: A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, II.1*, Halle 1895, 106, con indicazione di letteratura) – con D. 49.19.18 (Ulp. 3 *ad ed.*): *cogitationis poenam nemo patitur*. In dottrina, si vd.: Bartholus de Saxoferrato, *Omnia quae extant opera*, I, cit., 52; W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch*, Leipzig 1844, 131; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 95 nt. 2; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, 65 ss. e nt. 2 e 210 ss.; ID., *Il conato criminoso nel diritto romano*, in BIDR 31, 1921, 24 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano, II. La giustizia - le persone*, Milano 1952, 307 nt. 5; J.-C. GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (contribution a l'étude de la subjectivité repressive a Rome)*, Lyon 1968, 266-273; L. RODRÍGUEZ ALVAREZ, *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, in AHDE 49, 1979, 6 nt. 2, con indicazione di letteratura, e 20 ss.; O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, London 1995, 18 nt. 38; A. RODGER, *The Praetor Hoist with his Own Petard: The Palingenesia of Digest 2.1.10*, in *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law & Legal History*, rist. Oxford-Portland 2004, 133 ss.

Non sono mancati sospetti di alterazione di questo specifico tratto, vd.: E. GENZMER, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht? Erwägungen über Ursprung und Grundgedanken des Edikts Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, in ZSS 62, 1942, 139 s.

⁴⁸ Risale a TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, I, cit., 294 ss., la distinzione tra *prohibitio* e *intercessio*: la prima avrebbe riguardato atti del magistrato ancora da compiere

maiorve potestas o del tribuno della plebe, per effetto della quale il suo *decretum* non avrebbe prodotto effetti.

Ciò poteva verificarsi, oltre che per effetto dell'*intercessio*, anche, secondo l'esempio fornito più avanti da Ulpiano, nel caso di difetto di *iurisdictio* del magistrato giurisdicente: in un caso del genere il suo decreto, a prescindere dal contenuto, sarebbe stato nullo.⁴⁹

In effetti, era proprio attraverso i *decreta* che i magistrati potevano applicare il *novum ius* iniquo ai singoli, adattando anche al caso di specie, ma in modo scorretto, le regole e i principi generali di diritto inseriti nel programma editale.

Nel passo, del resto, ricorre l'inciso '*eodem iure adversus eum decerneretur*' che rimanda proprio all'attività decretale. Ancora, in questo senso, è stato affermato autorevolmente che: «l'editto «*quod quisque iuris*», quando parla di nuovi provvedimenti adottati dai magistrati, si riferisce evidentemente ai *decreta* e non agli *edicta repentina*, come prova la chiara ed inequivocabile terminologia delle fonti».⁵⁰

e sarebbe stata dotata di effetti sospensivi; la seconda avrebbe riguardato solo decreti magistratuali, quindi atti già portati a compimento, e sarebbe stata dotata di effetti cassatori, o di annullamento. Tuttavia, già lo stesso studioso (294 nt. 1) riconosceva il carattere vischioso del linguaggio delle fonti, che presentano impieghi di *intercessio* privi di effetti cassatori. Una serrata critica a questa impostazione è stata mossa da Pietro Bonfante, alle cui limpide osservazioni non ci resta che rinviare: P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi»*, cit. (= *Scritti giuridici vari. IV.*, cit. 139, paginazione che abbiamo seguito): «Tanto la *potestas impediendi*, quanto la *potestas intercedendi* (formule e distinzioni ignote ai Romani), sono emanazioni del *ius prohibendi*; tanto per l'una, quanto per l'altra si adoperano i termini *intercedere*, *vetare*, *fieri non pati*, e soprattutto *prohibere*. Il MOMMSEN stesso riconosce a malincuore che il termine *intercedere* si usa per gli atti della prima categoria, che non sarebbero di vera intercessione, e viceversa non nega che il termine *prohibere* sia egualmente usato per quella che il MOMMSEN chiama in senso più ristretto *intercessio*».

⁴⁹ D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia, cessare edictum putamus.*

⁵⁰ A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione*, cit., 522. Anche N. PALAZZOLO, *L'edictum 'de albo corrupto'*, cit., 601 nt. 29 (= *IVS E TEXNH*, cit., 274 nt. 29); B. ALBANESE, *Riflessioni sul 'ius honorarium'*, cit., 12 nt. 46 (= *Scritti giuridici*, III, cit., 244 nt. 46); M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 950; C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità*, cit., 422, sono convinti che l'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*' si riferisse all'attività decretale del magistrato giurisdicente.

Dunque, i *decreta* sono gli atti con i quali normalmente si esplica l'attività magistratuale di applicazione del *novum ius* iniquo e alla quale si rivolge l'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*',⁵¹ sempre che, naturalmente, tali decreti fossero efficaci e non avessero subito l'*intercessio* o la *prohibitio* magistratuale.

Dobbiamo, a questo punto, chiederci se anche la *denegatio actionis*, una volta stabilita dal magistrato *in iure*, in quanto atto di *iurisdictio*, rientrasse nella sfera di applicazione del nostro editto. In altri termini, una decisione di *denegare actionem* iniqua avrebbe potuto comportare l'applicazione dell'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*'? Se così fosse, avremmo trovato, da un canto, la prova che la *denegatio actionis* era contenuta in un decreto e, dall'altro, un preciso indizio circa il fatto che la stessa era suscettibile di *intercessio* la quale, ove intervenuta, avrebbe privato di effetti la decisione magistratuale e precluso l'operatività dell'editto cd. di ritorsione.

3.1. A nostro avviso la risposta affermativa che discende dalla considerazione generale della *denegatio actionis* quale strumento privilegiato di applicazione di un *iniquum ius*, poiché il magistrato giudicante era libero di rifiutare la concessione di un'azione promessa all'inizio dell'anno di carica,⁵² trova riscontro nelle fonti.

Proprio nel commento ulpiano all'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*', e precisamente alle parole edittali '*eodem iure uti*', infatti, leggiamo:

D. 2.2.3.5 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur, an etiam ad heredem haec poena transmittatur? Et scribit Iulianus, non solum ipsi denegari actionem sed etiam heredi eius.*⁵³

⁵¹ Proprio alla luce di D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*), G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo*, cit., 310., afferma che: «il provvedimento in cui – come si è detto – si sostanzia il '*ius dicere*' è un '*decretum*'».

⁵² Sulla discrezionalità del pretore nel denegare le azioni civili e le azioni pretorie, in quest'ultimo caso anche in mancanza di espressa riserva di *causae cognitio* nell'editto, vd., per tutti: D. MANTOVANI, *Praetoris partes*, cit., 89 ss. e 98 s.

⁵³ Il passo non ha destato sospetti circa la sua autenticità, esso non viene segnalato né in E. LEVY - E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar 1929; né nei *Beiträge* di Gerhard von Beseler. Del resto, in favore della sua genuinità depone la citazione del pensiero di Giuliano. Di D. 2.2.3.5 (Ulp. 3 *ad ed.*) si

Il nostro editto conteneva una *poena* che si trasmetteva agli eredi, di modo che se un magistrato avesse denegato un'azione iniquamente, egli stesso e i suoi eredi, nella stessa situazione, non avrebbero potuto pretendere di valersi della medesima azione.

Naturalmente, doveva ricorrere il presupposto generale che Ulpiano aveva indicato all'inizio del commento all'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*': ossia che i provvedimenti magistratuali fossero dotati di efficacia lesiva e non fossero stati resi, ad esempio, inefficaci dall'esercizio del *ius intercessionis*.

Ne consegue, a nostro avviso, che leggendo congiuntamente i due tratti del terzo libro del commento di Ulpiano all'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*', e oggi contenuti in D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*) e D. 2.2.3.5 (Ulp. 3 *ad ed.*), si può riconoscere che la decisione di denegare l'azione era contenuta in *decreta* contro i quali era possibile invocare l'*intercessio*. Quest'ultima li avrebbe resi inefficaci e, perciò, esclusi dall'ambito di applicazione del nostro editto nei confronti di un magistrato dotato di *iurisdictio*, che si era allontanato iniquamente dal contenuto del programma editto.⁵⁴

Tiriamo le fila del discorso fin qui condotto:

- (1) i provvedimenti oggetto dell'editto '*quod quisque iuris in alterum statuerit ...*' potevano essere solo i *decreta* dotati di efficacia lesiva;
- (2) anche i provvedimenti di *denegatio actionis* rientravano nell'ambito di applicazione dell'editto, ne consegue che la decisione di *denegare actionem* era contenuta in *decreta*;
- (3) i *decreta* potevano essere privati di capacità lesiva se caducati dall'*intercessio* dei magistrati titolari di *par maiorve potestas* o dei

occupano specificamente: J. CUIACIUS, *Recitationes solemnes*, cit., 109; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 230, il quale ricorda che agli eredi andava denegata l'azione che il magistrato aveva perduto in forza del diritto di ritorsione; H. LÉVY-BRUHL, *Une application originale du talion*, cit., 75; O. BEHREND, *Der assessor*, cit., 202 nt. 49, il quale ritiene il nostro passo capace di provare che la *denegatio actionis* fosse contenuta in *decreta*; M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 954.

⁵⁴ Sulla questione della *propositio in albo* degli editti pretori all'inizio dell'anno di carica, prima e dopo la *lex Cornelia*, vd.: N. PALAZZOLO, *La «propositio in albo» degli «edicta perpetua» e il «plebiscitum Cornelianum» del 67 a.C.*, in *Sodalitas*, cit., 2427 ss. (= *IVS E TEXNH*, cit., 225 ss.); A. GUARINO, «*De albo corrupto*», in *Index* 18, 1990, 275 ss. (= *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 347 ss.).

tribuni della plebe: ciò induce a credere che anche le decisioni di *denegare actionem* potessero essere eliminate dall'*intercessio*.

Infine, anche da altro punto di vista l'*edictum* 'quod quisque iuris in alterum statuerit ...' può essere addotto a conforto della tesi che le decisioni di *denegare actionem* consistessero in *decreta*, in particolare scritti.⁵⁵ Infatti, se al magistrato *qui iurisdictioni praeest* andava applicato l'editto cosiddetto 'di ritorsione', occorreva che la decisione di applicare un *novum ius* iniquo, compresa la *denegatio actionis* naturalmente, venisse conservata in un documento scritto proprio per renderla reperibile e applicabile contro il magistrato. Infatti, tale documentazione rappresentava il presupposto per l'applicazione dell'editto cd. di ritorsione nei confronti di colui il quale aveva disposto un *ius iniquum* o della parte che ne aveva beneficiato: solo archiviando le decisioni pretorie inique si sarebbe avuta la certezza di renderle reperibili, in futuro.⁵⁶

D'altra parte, ad un *decretum* di *denegatio actionis* ci pare che alluda anche un passo della *Rhetorica ad Herennium*, nel quale la concessione o negazione del *iudicium* da parte del pretore – ossia il *iudicium (non) reddere* – viene descritto proprio quale attività comportante un *decernere*.

Rhet. ad Her., 2.13.19: *Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tr. pl. placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicavit, quod genus: M. Drusus pr. urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit rell.*⁵⁷

⁵⁵ Sul punto, vd. anche *supra*, § 3 e nt. 32.

⁵⁶ Invero, è discusso se l'editto cd. di ritorsione si applicasse in futuro senza limiti temporali ovvero entro l'anno di carica del magistrato che aveva disposto il *novum ius* iniquo, sul punto, vd.: M. SIXTO, *Algunos aspectos*, cit., 958 ss., con discussione delle varie opinioni dottrinali.

⁵⁷ I seguenti studiosi hanno rinvenuto nel passo una allusione ad un *decretum* di *denegatio actionis*: H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 42 ss., sebbene l'autore escluda che il caso possa essere ricondotto ad una *denegatio actionis* in senso proprio; H. ANKUM, *Denegatio actionis*, cit., 462 s.

4. Le conclusioni alle quali abbiamo creduto di potere pervenire ci pare che possano essere confermate, sul versante della esposizione della *denegatio actionis* alla *intercessio*, dalla testimonianza proveniente da due fonti letterarie. Certo, si tratta di testi che adduciamo solo a rincalzo della fonte principale rappresentata dall'editto cd. di ritorsione: esse ci pare che possano fornire almeno un indizio in ordine alla facoltà dell'attore di appellarsi all'*intercessio* dei tribuni della plebe,⁵⁸ al fine di ottenere l'eliminazione di una decisione pretoria illegittima o iniqua, compresa, per noi, quella di *denegare actionem*.

Cominciamo da:

Plin., *Ep.* 1.23.3: *Erat hic quoque aestus ante oculos, si forte me appellasset vel ille, cui adessem, vel ille, quem contra, intercederem et auxilium ferrem, an quiescerem sileremque et quasi eiurato magistratu privatum ipse me fecerem.*⁵⁹

Plinio⁶⁰ risponde alla seguente domanda che gli aveva rivolto l'amico Pompeo Falcone: se il tribuno della plebe durante la sua carica debba occuparsi delle cause (Plin., *Ep.* 1.23.1: *causas agere debere*). Plinio, attingendo alla sua personale esperienza di tribuno, risponde che si astenne dal trattare cause: Plin., *Ep.* 1.23.2: *abstinui causis agendis*.

Per motivare questa decisione, nel passo trascritto, si fa l'ipotesi che ad appellarsi all'*intercessio* del tribuno sia la parte in causa da lui

⁵⁸ Il cui intervento nei processi civili doveva essere frequente, si vd. D. MANTOVANI, *Praetoris partes*, cit., 83 nt. 107, con indicazione di fonti e letteratura.

⁵⁹ Sul passo vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plebe*, cit., 129 ss., con indicazione di letteratura; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 124; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 395; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 253 nt. 4 e 594 nt. 124.

⁶⁰ Per la datazione del primo libro dell'epistolario di Plinio il Giovane si vd.: TH. MOMMSEN, *Zur Lebensgeschichte des jüngeren Plinius*, in *Hermes* 3, 1869, 31 ss. (= *Gesammelte Schriften*, IV.1, Berlin 1906, 371 ss., il quale è dell'avviso che il primo libro delle epistole sia stato scritto, in parte, alla fine del 96 d.C. e ultimato nel corso del 97 d.C., anno in cui venne pubblicato). Specificamente, G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 175, propone di datare l'epistola ventitreesima del primo libro dell'epistolario di Plinio nel 92 d.C.

assistita (*cui adessem*) o la controparte (*ille, quem contra*). In un caso del genere, a prescindere dal suo realizzarsi all'interno del medesimo processo, il tribuno della plebe si troverebbe 'vittima' di un conflitto di interessi, potendo le ragioni della professione forense venire in contrasto con le prerogative dell'*auxilium* tribunizio.

Ora, ai nostri fini ciò che più interessa è che al tribuno della plebe avrebbero potuto rivolgersi entrambe le parti in lite⁶¹ e, poiché la fonte non limita in alcun modo i provvedimenti avverso i quali l'attore può chiedere l'intervento dei tribuni, crediamo che correttamente il passo sia stato richiamato⁶² a sostegno della tesi per la quale l'attore avrebbe potuto appellarsi ai tribuni della plebe nei confronti di un provvedimento di *denegatio actionis*. Infatti, la decisione pretoria di *denegare actionem* era particolarmente lesiva degli interessi dell'attore, poiché, ove mantenuta, lo avrebbe privato della possibilità di perseguire giudizialmente le proprie pretese.

⁶¹ Non riteniamo di potere condividere la lettura della fonte proposta da E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plebe*, cit., 129 ss. e nt. 1. Secondo questo studioso, il passo non potrebbe attestare la facoltà dell'attore di appellarsi all'*intercessio* dei tribuni della plebe poiché le due ipotesi prospettate da Plinio non è detto che si realizzassero all'interno del medesimo processo. Ora, a prescindere dalla circostanza per la quale la parte assistita dal tribuno fosse proprio l'attore, ipotesi che il tenore letterale della fonte non permette di scartare, esiste un passo di Valerio Massimo, non considerato dall'autore sotto questo profilo (vd. 46 nt. 1) che, invece, dimostra come gli attori (nel caso di specie si tratta di alcuni creditori del tribuno della plebe L. Cotta) potessero appellarsi all'*intercessio* dei tribuni della plebe, qui per sollecitare la *prensio* nei confronti del loro collega: Val. Max., 6.5.4: *Magnam laudem et illud collegium tribunorum tulit, quod, cum unus ex eo L. Cotta fiducia sacrosanctae potestatis creditoribus suis satis facere nollet, decrevit, si neque solveret pecuniam neque daret cum quo sponsio fieret, se appellantis creditoribus auxilio futurum, unicum ratum maiestatem publicam privatae perfidiae obtentu esse.*

La fonte ci pare che privi di fondamento la tesi (sostenuta anche da: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 142 e R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes*, cit., 130 ss.) secondo la quale solo i convenuti avrebbero potuto appellarsi all'*intercessio* dei tribuni della plebe, sebbene si debba riconoscere che le fonti più numerose sono quelle che si riferiscono all'*appellatio* di convenuti contro una cd. *denegatio exceptionis* o contro la redazione della formula congegnata dal pretore: Cic., *pro Tull.* 16.38-39; Cic., *pro Quinct.* 7.29; 20.63-64; Cic., *inv.* 2.20; Cic., *Acad. quaest.* 2.30.97; Liv., 6.27.10, relativo, invero, ad un caso di *intercessio* con la quale i tribuni della plebe, nel 380 a.C., impedirono che i debitori *addicti* in esito ad una *legis actio per manus iniunctionem* venissero condotti con sé da parte dei creditori.

⁶² Da parte di E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 395.

4.1. Un discorso più ampio merita una satira di Giovenale, probabilmente scritta durante il principato di Adriano⁶³ e ben nota in dottrina, nella quale il poeta descrive lo stato di crisi attraversato dagli *studia liberalia*. Con specifico riferimento al pagamento del compenso pattuito, i precettori degli *studia liberalia* erano accomunati dal rifiuto che veniva loro normalmente opposto al momento di pagare la mercede, come Giovenale ricorda nel v. 157, dedicato ai maestri di declamazione: ‘*mercedem solvere nemo*’. Normalmente si adduceva da parte dei discenti e delle loro famiglie che costoro non avevano imparato nulla, a causa dello scarso livello di preparazione dei maestri: v. 158: ‘*Mercedem appellas? Quid enim scio?*’.⁶⁴

In particolare, a partire dai vv. 215 ss. Giovenale descrive la condizione di degrado in cui versa l’attività del *grammaticus*⁶⁵ e, con riferimento al pagamento della mercede, osserva:

Iuv., *Sat.* 7.228 s.: *Rara tamen merces quae cognitione tribuni non egeat.*⁶⁶

⁶³ G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994, 289 nt. 258.

⁶⁴ Altre indicazioni di fonti relative alle difficoltà cui andavano incontro gli insegnanti in ordine al pagamento del compenso in: G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 258 s. nt. 206.

⁶⁵ Sulle molteplici problematiche relative al lavoro intellettuale in età del principato, rinviamo, per tutti, al lavoro di G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 73 ss., con specifico riferimento agli studi di grammatica. Con particolare riguardo al tratto della nostra satira relativo al lavoro dei *grammatici*, vd.: L. PERELLI, *Per una nuova interpretazione di Giovenale 7,228-243*, in Maia. Rivista di letterature classiche 25, 1973, 107 ss., secondo il quale era intento di Giovenale invitare i genitori dei discenti a sottoporre i *grammatici* a prove di cultura preventive, al fine di evitare di motivare pretestuosamente il rifiuto di pagare la mercede con l’ignoranza e l’inettitudine dei maestri. Viceversa, solo disponendo di un alto livello di preparazione, i *grammatici* avrebbero potuto pretendere adeguati compensi.

⁶⁶ In letteratura si vd.: TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II.1, Leipzig 1885, 291 nt. 1; É. CUQ, v. ‘*Honorarium*’, in DS III/1, Paris 1900, rist. Graz, 1969, 241 ss.; A. H. J. GREENIDGE, *Roman Public Life*, London 1901, 371 nt. 3; E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 159 ss. e nt. 3, con indicazione di letteratura; F. KLINGMÜLLER, v. ‘*Honorarium*’, in PWRE 8.2, Stuttgart 1913, 2273; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 506 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 530; G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 175 s.; A. BERNARD, *La Rémunération des Professions Libérales en Droit Romain Classique*, Paris 1936, 36 s. e 241; R. VILLERS, *Les tribuns de la plebe sous le Principat*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, 668 s.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.1, Napoli 1974, 628 nt. 45; G.

Certamente il verso fa riferimento alla *cognitio* del tribuno della plebe, nell'ambito del faticoso tentativo dei maestri di *studia liberalia* di ottenere il pagamento della mercede pattuita: tuttavia, l'esatta individuazione del contesto processuale nel quale intervengono i tribuni è controverso. Dal canto nostro, proporremo una interpretazione alternativa alle due fin ora fornite in dottrina e accomunate dal riferimento del verso di Giovenale alla procedura *extra ordinem*. Infatti, ci convince di più l'idea che i *grammatici* erano soliti invocare l'*intercessio* dei tribuni della plebe durante il processo formulare, almeno ai tempi di Giovenale, per ottenere l'eliminazione della *denegatio actionis*, che di solito si vedevano opposta dal pretore.

Ma prima di esporre la nostra idea, occorre occuparci delle due diverse letture fin ora fornite del passo di Giovenale.

4.1.1. Secondo una prima interpretazione risalente a Robert Joseph Pothier, ripresa da Otto Karlowa, ma sviluppata in pieno solo da Bernhard Kübler, la cui lettura del passo continua a riscuotere successo in dottrina,⁶⁷ i tribuni della plebe sarebbero stati i giudici di un processo *extra ordinem* di primo grado, instaurato dai *grammatici* per ottenere la mercede che i discenti si rifiutavano di pagare.

Tuttavia, ad accogliere l'idea di un intervento dei tribuni nella qualità di giudici *extra ordinem* competenti in materia di compensi dei precettori degli *studia liberalia* ostano alcuni argomenti.

COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 287 ss. nt. 258; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 210 nt. 384; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 570 ss., al cui lavoro rinviamo per ulteriori indicazioni di letteratura.

⁶⁷ R. J. POTHIER, *Pandectæ justinianæ in novum ordinem digestæ: cum legibus codicis, et novellis, quæ Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, T. 3, Lugduni 1782, 630 nt. a); O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 530; B. KÜBLER, *Privatrechtliche Kompetenzen der Volkstribunen in der Kaiserzeit*, in *Festschrift zu Otto Hirschfelds sechzigstem Geburtstag*, Berlin 1903, 54 ss., la cui ricostruzione, tuttavia, è stata criticata puntualmente da É. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 226-261; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, 141 nt. 3; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. R. ORESTANO, Milano 1938, 51 nt. 82; L. PERELLI, *Per una nuova interpretazione di Giovenale*, cit., 107 ss. e nt. 1, in cui lo studioso adduce argomenti volti ad escludere che i tribuni menzionati da Giovenale siano i *tribuni aerarii*; G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 289 nt. 258; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 570 ss.

Resta, per noi, insuperato il rilievo di Giovanni Niccolini, secondo il quale non avrebbe senso pensare ad un *decretum* emesso *extra ordinem* in primo grado dai tribuni della plebe, poiché sarebbe stato non definitivo ma appellabile e, comunque, non in grado di assicurare la mercede ai *grammatici*, come invece recita il verso di Giovenale.⁶⁸

Per accogliere l'interpretazione che criticiamo, inoltre, occorrerebbe riconoscere che i tribuni della plebe furono titolari della giurisdizione civile *extra ordinem* in età del principato. Ora, noi non vogliamo certo mettere in discussione – né potremmo farlo in questa sede – che, a seguito della recezione di una prassi, forse anche di abusi perpetrati dai tribuni in età repubblicana, in età del principato sia stata riconosciuta tale giurisdizione ai tribuni della plebe in specifiche materie. Del resto, ciò è stato di recente sostenuto con ottimi argomenti da Agatina Stefania Scarcella.⁶⁹

Tuttavia, ci pare difficile credere che tale giurisdizione sia mai stata esercitata dai tribuni della plebe nelle controversie *de mercedibus* in materia di *studia liberalia*. Infatti, le fonti riferiscono, per il periodo compreso tra il primo secolo a.C. e il primo secolo d.C., solo di abusi della *in ius vocatio*, alla quale avevano diritto solo i consoli e gli altri magistrati *cum imperio*, mentre ai tribuni era riservata unicamente la *prensio*.⁷⁰

⁶⁸ G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 175: «Va poi osservato che il passo di Giovenale ha un senso soltanto se la *cognitio* era definitiva; infatti, se fosse stata in prima istanza, sarebbe stata soggetta, in base al senatoconsulto del 56, all'appello dei consoli».

⁶⁹ A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 557 ss.

⁷⁰ Si vd.: Gell., 13.12.1-9, in cui Gellio, tra gli altri riferimenti, ricorda il pensiero di Varrone espresso nel ventunesimo libro delle *Antiquitates rerum humanarum*: Gell. 13.12.6: «*Tribuni plebis vocationem habent nullam, neque minus multi imperiti proinde atque haberent ea usi sunt*». Più avanti, sul potere di *in ius vocare* da parte dei tribuni, ancora Gellio precisa: Gell., 13.12.9: «... *quod tribuni plebis antiquitus creati videntur non iuri dicundo nec causis querelisque de absentibus noscendis, sed intercessionibus faciendis quibus usus praesens fuisset, ut iniuria quae coram fieret arceretur* ...». Sul lungo passo di Gellio, vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plebe*, cit., 14 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 172 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², rist. Napoli 1984, 130 ss.; C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999, 147 s. e 157 nt. 289; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 561-564.

Di un simile caso di usurpazione in tema di *in ius vocatio*, avvenuta nel 46 d.C. e perpetrata contro un patrono da parte dei tribuni della plebe appositamente invocati da un liberto, informa Dio Cass., 60.28.1. Sul passo si vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns*

Del resto, tali usurpazioni sarebbero state represses da un senatoconsulto emesso nel 56 d.C.,⁷¹ il quale aveva vietato ai tribuni di avocare a sé il diritto dei pretori e dei consoli ovvero di *vocare* dall'Italia soggetti contro i quali si potesse *lege agi*. Quest'ultima espressione induce a collocare gli abusi relativi alla *vocatio* da tribuni della plebe nel contesto del processo dell'*ordo* e non nella *extraordinaria cognitio*.⁷² E anche a volere credere, come è stato autorevolmente sostenuto,⁷³ che il senatoconsulto abbia riconosciuto il potere dei tribuni della plebe di *vocare in ius* nell'ambito della giurisdizione cittadina e non italyca, tale potere dovette probabilmente riguardare i soli processi dell'*ordo*.

de la Plèbe, cit., 232 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 173, secondo il quale il fatto «comunque si voglia spiegare, è sempre un chiaro esempio di usurpazione di *vocatio* da parte dei tribuni della plebe»; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 565 s., la quale sottolinea che il risentimento dell'imperatore Claudio riguardava non tanto «l'intervento giurisdizionale in sé e per sé considerato ma l'umanità dell'atto di protezione accordato dal tribuno».

⁷¹ Di cui informa Tac., *Ann.* 13.28.2: *Simul prohibiti tribuni ius praetorum, et consulum praeripere aut vocare ex Italia, cum quibus lege agi posset*. Secondo i seguenti studiosi il senatoconsulto avrebbe limitato l'*intercessio* dei tribuni della plebe: A. H. J. GREENIDGE, *Roman Public Life*, cit., 447-451; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 496 ss.; É. CUQ, v. '*intercessio*', in *DS III/1*, Paris 1900, rist. Graz 1969, 550 e nt. 15; F. ARCARIA, *Senatus censuit*, cit., 114 nt. 182. In senso critico nei confronti della detta opinione si vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 191 ss. Inoltre, si vd.: G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 173 ss.; M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie*², cit., 136 ss. e nt. 19, secondo il quale, dopo il senatoconsulto, i tribuni continuarono ad esercitare la *in ius vocatio* almeno «entro la sfera cittadina e nei casi non compresi nel decreto senatorio»; di questo avviso anche: A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 566 ss. e 568, la quale ritiene che si possa «congetturare un riconoscimento implicito da parte del senatoconsulto della liceità della prassi tribunizia di esercitare la *in ius vocatio* a Roma»; A. GUARINO, *Labeone giurista meridionale*, in *PDR*, 5, Napoli 1994, 117 ss. Da segnalare anche l'originale opinione di O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 530, secondo il quale il senatoconsulto avrebbe limitato i poteri dei tribuni della plebe solo in campo penale.

⁷² Per la riconduzione al processo dell'*ordo* dell'espressione *lege agi* usata da Tac., *Ann.* 13.28.2, vd., per tutti: TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, III, Paris 1893, 357 nt. 1; ID., *Le droit public romain*, VI.1, Paris 1889, 353; ID., *Le droit pénal romain*, I, Paris 1907, 9 nt. 4. Infine, anche E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 234 e nt. 1, pensa che l'espressione *lege agi* faccia riferimento alla procedura ordinaria.

⁷³ M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie*², cit., 136 ss. e nt. 19; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 566 ss.

Successivamente al riferito senatoconsulto, comunque, venne ripristinato lo stato normale delle competenze dei tribuni della plebe nella materia della giurisdizione civile, le quali sarebbero rientrate nei limiti della sola *intercessio*,⁷⁴ come testimoniato dall'epistola di Plinio, di cui ci siamo occupati poco sopra:⁷⁵ in questa fonte, in effetti, si menziona solo l'*intercessio*, con riferimento alle funzioni esercitabili dai tribuni della plebe nell'ambito della giurisdizione civile.

Escluse queste testimonianze, l'unica fonte a prima vista in grado di attestare una giurisdizione civile *extra ordinem* dei tribuni della plebe parrebbe essere:

D. 1.2.2.34 (Pomp. lib. sing. enchiridii): *Ergo ex his omnibus decem tribuni plebis, consules duo, decem et octo praetores, sex aediles in civitate iura reddebant.*

Tuttavia, il passo – pur volendo prescindere sia dai sospetti sulla sua genuinità,⁷⁶ sia dal più generale limite, a tutti noto e relativo alla attendibilità sotto il profilo cronologico delle ricostruzioni storiche proposte dal giurista antonino⁷⁷ – contiene una sconnessione evidente.⁷⁸ Infatti Pomponio, pur presentando le funzioni magistratuali, oggetto del lungo excursus storico precedente, come attuali ai suoi tempi, utilizza l'imperfetto '*reddebant*', tempo che farebbe pensare ad una attribuzione di *iurisdictio* ai tribuni della plebe già in età anteriore.

⁷⁴ Di «ritorno allo stato normale primitivo» discorre G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 174.

⁷⁵ Plin., *Ep.* 1.23.3, su cui vd. *supra* § 4 e la nt. 60 per la questione della sua datazione.

⁷⁶ Sospetti nutriti da: F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II.2, Lipsiae 1901, rist. Roma 1967, XVIII.

⁷⁷ Ci permettiamo di rinviare a quanto abbiamo osservato in: S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino 2010, 171 ss. e ntt. 423 e 427.

⁷⁸ Sottolineata da D. NÖRR, *Pomponius oder "Zum Geschichtverständnis der römischen Juristen"*, in ANRW, II.15, Berlin-New York 1976, 581 nt. 376 (= «Pomponio o della «intelligenza storica dei giuristi romani». Con una «nota di lettura» di Aldo Schiavone, a cura di M. A. FINO ed E. STOLFI, in RDR 2, 2002, 230 nt. 385) il quale ha pensato ad una modifica testuale avvenuta in tempi successivi alla stesura del passo in età classica. Dello stesso avviso è J. CAIMI, *Un citazione di Pomponio in Lido Mag. I 48*, in *Diritto e società nel mondo romano*, 1. *Atti di un incontro di studio. Pavia 21 aprile 1988*, Como 1988, 222 ss.

Ma così interpretato, il passo di Pomponio contrasta con la notizia fornita da Gellio, e della quale non vi è ragione di dubitare, secondo cui i tribuni della plebe vennero creati ‘non iuri dicundo ... sed intercessionibus faciendis’.⁷⁹

Inoltre, la fonte attribuisce ai tribuni della plebe la funzione di *iura reddere* in maniera troppo generica. E se certo è possibile credere che si faccia riferimento ad una *iurisdictio* civile *extra ordinem* di primo grado dei tribuni,⁸⁰ tuttavia la sua stringatezza ha permesso la nascita di una varietà di interpretazioni tale da sconsigliare, a nostro avviso, l’impiego della testimonianza a fondamento di qualunque ipotesi si voglia preferire.

A titolo esemplificativo, si pensi che l’inciso pomponiano ‘*iura reddebant*’ è stato inteso anche come allusivo in termini generici all’amministrazione della giustizia⁸¹ o, ancora, alla competenza dei tribuni nel campo della repressione criminale, in virtù del *ius coercitionis* e della *multae dictio* loro spettante.⁸² Infine, la presenza dei

⁷⁹ Si tratta di Gell. 13.12.9, fonte ci siamo occupati *supra*, nt. 70. Il contrasto tra i due passi, peraltro, andrebbe approfondito per chiarire sia l’esatto significato di ‘*antiquitus*’ usato da Gellio, sia se le espressioni ‘*iuri dicundo*’ e ‘*iura reddebant*’, usate rispettivamente da Gellio e Pomponio, abbiano o meno lo stesso significato, sul punto, vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 249 s., il quale nega che i passi possano provare un conferimento di giurisdizione civile *extra ordinem* ai tribuni della plebe in età posteriore ad Augusto.

⁸⁰ In questo senso si vd.: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 530; B. KÜBLER, *Privatrechtliche Kompetenzen der Volkstribunen*, cit., 58; H. SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr 1952, 347; L. PERELLI, *Per una nuova interpretazione di Giovenale*, cit., 107 ss. nt. 1; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.1, cit., 628 nt. 45; G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 289 nt. 258; W. KUNKEL - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis*, cit., 210 nt. 384; A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni “imperiti”*, cit., 569 s.

⁸¹ Da parte di G. NOCERA, “*Reddere ius*”. *Saggio di una storia dell’amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976, 10 ss. L’autore precisa che *reddere ius* equivale a concedere un’azione giudiziaria, autorizzare un’istanza o un processo.

⁸² F. D. SANIO, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen*, Leipzig 1867, 12 ss. e nt. 29, il quale mette in luce che Pomponio, nella trattazione compiuta nei paragrafi precedenti, prende in considerazione l’esercizio della giurisdizione criminale, precisamente nei §§ 16; 18; 23; 30 e 32. Rinviando al lavoro dello studioso anche per un tentativo di conciliazione (24 s.) tra il passo di Pomponio e Gell. 13.12.9. R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes*, cit., 132 s. nt. 17, giustifica la menzione dei tribuni in virtù della *coercitio* e della *multae dictio*.

tribuni della plebe nel passo di Pomponio è stata spiegata anche facendo riferimento, non ad una *iurisdictio* specificamente attribuita ai tribuni, ma al *ius reddere* insito nella *cognitio* che i tribuni svolgevano nell'esercizio della *intercessio* a favore dell'attore o del convenuto in giudizio.⁸³

Pertanto, essendo tutte le riferite interpretazioni teoricamente accoglibili, noi crediamo che D.1.2.2.34 (Pomp. *lib. sing. enchiridiū*) non possa fornire alcuna solida base né per affermare una giurisdizione generale *extra ordinem* dei tribuni della plebe in età del principato, né per orientare l'interpretazione di Iuv., *Sat.* 7.228 nel senso di una *iurisdictio extra ordinem* dei tribuni della plebe nelle controversie in materia di compensi dovuti ai maestri di *studia liberalia*.

L'unico dato certo in materia è rappresentato dalla competenza *extra ordinem* a Roma del pretore (o di un pretore speciale?), testimoniata per l'età dei Severi da un passo di Ulpiano,⁸⁴ nel quale la genuinità del riferimento al *praetor*, in luogo di una asserita originaria menzione dei tribuni della plebe, ci pare sia stata definitivamente dimostrata.⁸⁵

⁸³ E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 16 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 175 nt. 2.

⁸⁴ D. 50.13.1.14 (Ulp. 8 *de omnib. trib.*): *Ad nutricia quoque officium praesidis vel praetoris devenit*. Sul passo vd., per tutti: G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 287-289 nt. 258, con puntuale indicazione di letteratura.

⁸⁵ In particolare da parte di: A. PERNICE, *L'ordo judiciorum e l'extraordinaria cognitio durante l'impero romano*, in AG 36, 1886, 135 s., secondo il quale il riferimento al *praetor* sarebbe stato dimenticato nel § 14 dai compilatori, che lo avrebbero eliminato sistematicamente negli altri paragrafi del passo; E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 257, il quale difende la genuinità del riferimento al *praetor*, osservando che ai tempi di Giustiniano il pretore non è più competente in materia di onorari, per cui, se i compilatori hanno modificato il testo, certo non lo hanno fatto per introdurre la menzione di pretori che ai loro tempi non erano più competenti nella nostra materia: il lemma *praetor* deve essere stato scritto da Ulpiano; F. KLINGMÜLLER, v. '*Honorarium*', cit., 2275; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 621 nt. 3; G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 289 nt. 258, la quale ritiene genuina la menzione del *praetor* accanto al *praeses*, certamente competente in provincia nella nostra materia. Mentre gli autori appena citati pensano ad un pretore speciale, A. BERNARD, *La Rémunération des Professions Libérales*, cit., 35, afferma la *iurisdictio* del pretore urbano.

Diversamente, ritengono insiticia la parola *praetor* nel passo: M. KASER, *Gli inizi della «cognitio extra ordinem»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano 1968,

Per tutte le ragioni esposte, non crediamo sia possibile riferire la satira di Giovenale ad un intervento dei tribuni della plebe nella qualità di giudici *extra ordinem* di primo grado in processi intentati da *grammatici* per ottenere il pagamento dei compensi.

4.1.2 Né crediamo si possa accogliere l'altra interpretazione della satira di Giovenale che è stata sostenuta in dottrina sulla scia di Theodor Mommsen. Secondo quest'altra possibile lettura del passo, Giovenale avrebbe voluto riferirsi all'*intercessio* dei tribuni della plebe invocata dai discenti contro un *decretum extra ordinem* di condanna emesso in primo grado nella materia dei compensi, nei confronti degli insegnanti di *studia liberalia*.⁸⁶

A nostro avviso, non si può credere che, una volta condannati, fossero i discenti ad appellarsi alla *intercessio* tribuni della plebe, poiché costoro non ne avrebbero avuto interesse, atteso che l'*intercessio* era lasciata alla valutazione discrezionale del tribuno (che, quindi, poteva anche rifiutarla),⁸⁷ mentre il condannato avrebbe certo preferito appellare la sentenza nella speranza di ottenerne la riforma e, dunque, l'assoluzione.⁸⁸ D'altra parte, ci pare preferibile interpretare la satira ritenendo che gravasse sul *grammaticus* l'onere di appellarsi

180 nt. 42; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 456 nt. 42, con indicazione di letteratura, cui *adde.* O. ROBINSON, *The Sources of Roman Law. Problems and Methods for Ancient Historians*, London-New York 1997, 23 nt. 51.

⁸⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II.1, cit., 291 nt. 1; É. CUQ, v. '*Honorarium*', cit., 241, ma l'autore segnala la difficoltà di concepire l'*intercessio* tribunizia al fine di ottenere una riforma della sentenza, a causa del suo carattere puramente cassatorio; E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 159 ss. e nt. 3; 251; F. KLINGMÜLLER, v. '*Honorarium*', cit., 2273; E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 506 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato*, cit., 119 ss. e 171 ss.; A. BERNARD, *La Rémunération des Professions Libérales*, cit., 36 s.; R. VILLERS, *Les tribuns de la plebe*, cit., 668 s.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.1, cit., 628 nt. 45, sebbene lo studioso riconosca che i casi di giurisdizione tribunizia siano molto incerti nella loro configurazione giuridica.

⁸⁷ Su questo aspetto, proprio con riguardo all'*intercessio* nei confronti delle pronunzie dei magistrati, si vd.: G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 352 (= 366).

⁸⁸ Specifiche critiche a questa impostazione in: A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 571 s.

alla *intercessio* dei tribuni della plebe.⁸⁹

Lo stesso ragionamento vale nel caso dell'insegnante soccombente in primo grado: costui avrebbe appellato la sentenza, mentre non avrebbe avuto interesse ad invocare l'*intercessio*, poiché essa era lasciata alla discrezione del tribuno e non era dotata di efficacia soddisfattoria, di modo che non avrebbe potuto consentire al maestro di ottenere il pagamento della mercede,⁹⁰ mentre l'intervento del tribuno è presentato come funzionale proprio a questo scopo da Giovenale.

Infine, non è possibile credere neppure ad un intervento dei tribuni nella qualità di giudici in grado di appello contro le sentenze emesse in primo grado *de mercedibus* in materia di *studia liberalia*, poiché una giurisdizione di secondo grado dei tribuni della plebe non è attestata dalle fonti e non ci risulta che sia stata congetturata da nessuno studioso.⁹¹

4.2. Per quanto appena detto è possibile, a nostro avviso, collocare la satira di Giovenale nel contesto del processo formulare.⁹² Proprio le difficoltà di ottenere il pagamento degli onorari denunciate dal poeta, di per sé sono significative in questo senso. Infatti, l'introduzione di una tutela *extra ordinem* per assicurare agli insegnanti degli *studia liberalia* il pagamento dell'onorario fu occasionata proprio dalla necessità di eliminare questo tipo di difficoltà, e a dare tutela anche a

⁸⁹ In questo senso, si vd.: A. S. SCARCELLA, *Dalla vocatio di tribuni "imperiti"*, cit., 571 s.

⁹⁰ Sul punto, vd., *infra* § 5. Per la stessa ragione non crediamo che il passo di Giovenale possa avere fatto riferimento ad una *intercessio* tribunizia avverso una sentenza di secondo grado: anche in questo caso l'*intercessio* non avrebbe prodotto alcuna efficacia soddisfattoria.

⁹¹ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II.2, Leipzig 1887, 980 ss. (= *Le droit public romain*, III, cit., 335 nt. 1); ID., *Le droit public romain*, V, Paris 1896, 275 ss.; TH. KIPP, v. '*appellatio*', in PWRE 2, Stuttgart 1896, 195 s.; G. HUMBERT, v. '*appellatio*', in DS I/1, Paris 1877, rist. Graz 1969, 329 s.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, 2 s. nt. 3, con indicazione aggiornata di letteratura in materia di *appellatio*.

⁹² In questo senso si vd.: M. A. GREENIDGE, *Roman Public Life*, cit., 371 nt. 3, il quale ritiene che non occorre pensare alla giurisdizione *extra ordinem*, poiché un caso del genere si sarebbe potuto verificare pure in età repubblicana, quando l'unica tutela processuale era assicurata dal processo formulare.

pattuizioni atipiche non tutelabili in via d'azione nel processo formulare.⁹³

D'altra parte, è Giovenale stesso a orientare nel senso del processo formulare, poiché testimonia che ai suoi tempi era la *stipulatio* ad essere utilizzata dai precettori degli studi di grammatica per pattuire il compenso per il loro insegnamento:

Iuv., *Sat.* 7.165 s.: *Quantum vis stipulare et protinus accipe: quid do ut totiens illum pater audiat?*

Il riferimento è ironico, poiché qui è il precettore che si obbliga con il padre del discente a pagare una qualunque somma di denaro, affinché costui acconsenta ad ascoltare il figlio tante volte quante è costretto a farlo il maestro. Ma il richiamo evidente è alla promessa del pagamento dell'onorario a cui si obbligava il padre del discente: il contesto è indubbiamente indicativo dell'impiego della *stipulatio* al fine pattuire le mercedi dei *grammatici* ai tempi di Adriano, quando la satira venne scritta. Inoltre, la testimonianza di Giovenale è suffragata da alcune fonti giuridiche che attestano il ricorso da parte degli avvocati alla *stipulatio* per assicurarsi il pagamento di un lauto *honorarium*.⁹⁴

⁹³ Si tratta di questioni approfondite, da ultima, da parte di: G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 252 ss. e 284 ss. La studiosa sottolinea che il ricorso alla procedura *extra ordinem*, ormai diffusa in età dei Severi, assicurava maggiori e più spedite possibilità di attuare le pretese alla mercede di determinate categorie di lavoratori intellettuali, sebbene analoghe difficoltà saranno denunciate ancora da S. Agostino e Libanio.

⁹⁴ Cfr.: C. 2.6.3 (Gord., a. 240); C. 4.6.4 (Valerian. et Gallien., a. 259); D. 50.13.1.2 (Ulp. 8 *de omnib. trib.*), passi che attestano diversi espedienti, specialmente *cautiones* tutelate dalla *condictio*, volti ad assicurare il pagamento dell'onorario e sui quali si vd.: G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 200 ss. e *praecipue* 210: «Ci si avvaleva così della *stipulatio* alla quale si soleva attribuire, come si è visto a proposito di C.I. 4.6.4 e 2.6.3, una causa apparente per dissimulare la *causa advocacionis* che, pur essendo lecita, se fosse venuta alla luce avrebbe in certo qual modo screditato la posizione del professionista in quanto avrebbe provato che egli prestava i suoi servizi per ottenere un contraccambio economico spesso addirittura superiore al limite legale previsto».

Più incerto è, invece, l'uso della *locatio-conductio* per la pattuizione dell'onorario dei precettori. Ad una *publica conductio* di insegnanti di retorica si riferisce in Iuv., *Sat.* 15.110 ss., e secondo G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 173 ss., la *locatio conductio* era un contratto sovente utilizzato per appaltare la prestazione di lavoro intellettuale e, in particolare, l'insegnamento. L'autrice crede che i giudizi *de mercedibus* sarebbero stati attratti nell'area della *cognitio extra ordinem* nei casi in cui i compensi fossero previsti in

Se, dunque, la richiesta di mercede del *grammaticus*, almeno nel racconto di Giovenale, doveva essere attivata verosimilmente attraverso l'esperimento dell'*actio ex stipulatu*, noi crediamo che la *cognitio* dei tribuni derivasse dall'*appellatio* che i *grammatici* rivolgevano loro, non certo nel caso di una sentenza di assoluzione del discente, poiché l'*appellatio* ai tribuni non poteva più intervenire *apud iudicem* ma *in iure*,⁹⁵ quando aveva luogo la *denegatio actionis* disposta dal magistrato giusdicente sulla base delle pretestuose difese dei discenti che abbiamo segnalato.⁹⁶

Solo così ragionando la categoria dei *grammatici* si staccerebbe da quella degli altri creditori che intentano un'*actio* e si darebbe continuità sul campo processuale alla particolare fatica che caratterizza

meri accordi informali atipici, non attivabili con azioni formulari. Diversamente, escludono l'impiego della *locatio-conductio* al fine di pattuire le mercedi: K. VISKY, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, in IURA 15, 1964, 18; ID., *Esclavage et artes liberales à Rome*, in RIDA 15, 1968, 476; ID., *Geistige Arbeit und die «artes liberales» in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest 1977, 61 e 152 nt. 30. Con riferimento alla professione medica, vd.: K.-H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht*, München 1953, 83 ss.; H. T. KLAMI, *Mandatum and Labour in Roman Law*, in ZSS 106, 1989, 576 ss. In provincia, in materia di onorari, ci pare che F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, 73 s. e ntt. 98-99, abbia dimostrato come, almeno a partire da un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero [riferito in D. 50.13.1.9 (Ulp. 8 *de omnib. trib.*) su cui vd. M. SCARLATA FAZIO, *Principii vecchi e nuovi di diritto privato nell'attività giurisdizionale dei Divi Fratres*, Catania 1939, 151] «l'avvocatura, similmente alle altre attività intellettuali, non poteva essere oggetto di un contratto di *locatio-conductio* e che quindi contro un avvocato non poteva esperirsi l'*actio locati*, dovendosi ricorrere alla *cognitio extra ordinem*, che, evidentemente, rispetto al processo formulare, garantiva l'attuazione di una migliore giustizia sostanziale».

Dal canto nostro, notiamo che anche ad accogliere l'idea, sostenuta con ottimo fondamento in dottrina (vd.: R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in SDHI 34, 1968, 202 e nt. 81; F. ARCARIA, *Oratio Marci*, cit., 74 nt. 98, ove indicazione di altra letteratura), secondo la quale il rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero avrebbe imposto per le controversie sull'onorario degli avvocati l'impiego della *cognitio extra ordinem*, ciò non potrebbe fare testo per l'età di Adriano, quando verosimilmente è stata scritta la satira 7 di Giovenale, la quale, nel passaggio che ci riguarda, non si occupa degli avvocati, bensì dei *grammatici*.

⁹⁵ Per tutti, vd. E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 132 ss.; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università degli Studi di Genova*, Torino 1952, 84 ss.

⁹⁶ Si vd. Iuv., *Sat.* 7.157-158, di cui ci siamo occupati all'inizio del § 4 e le fonti indicate da G. COPPOLA, *Cultura e potere*, cit., 258 s. nt. 206.

il lavoro del *grammaticus*. Anche per ottenere l'onorario il grammatico avrebbe dovuto faticare più degli altri creditori: infatti, di fronte al rifiuto del pagamento della mercede, non solo egli avrebbe dovuto intentare l'azione, come tutti i creditori insoddisfatti, ma raramente avrebbe potuto fare a meno di invocare anche l'*intercessio* dei tribuni della plebe, evidentemente contro la *denegatio actionis* decisa dal magistrato *in iure*.

Ciò avrebbe aggravato la loro posizione, poiché solo dopo avere ottenuto l'*intercessio* favorevole dei tribuni, i *grammatici* avrebbero potuto agire al riparo da denegazioni pretestuose al fine di ottenere finalmente una sentenza di condanna al pagamento dei compensi pattuiti.⁹⁷

Né si obietti, infine, che anche nel caso di azione data dal magistrato il grammatico non avrebbe avuto alcuna garanzia di una sentenza favorevole di condanna al pagamento dell'onorario. Infatti, la medesima obiezione vale pure per le ricostruzioni che abbiamo criticato. Essa potrebbe opporsi alla tesi di un intervento di primo grado *extra ordinem* dei tribuni della plebe (*supra*, § 4.1.1), perché la loro sentenza sarebbe stata appellabile dalla controparte, nel caso in cui costoro avessero condannato i discenti al pagamento dell'*honorarium*. La stessa obiezione vale pure per la tesi (*supra*, § 4.1.2) secondo cui i tribuni della plebe sarebbero intervenuti, non nella qualità di giudici, ma prestando l'*intercessio* nei confronti di un *decretum* di condanna al pagamento della mercede su *appellatio* dei discenti: l'*intercessio* non avrebbe assicurato il pagamento del compenso al grammatico, né avrebbe eliminato l'eventualità di un giudizio di secondo grado.

5. Resta un ultimo profilo da trattare, prima di tirare le somme della presente indagine.

A volere convenire con le nostre conclusioni e credere che l'attore potesse appellarsi alla *intercessio*, specialmente dei tribuni della plebe, contro la decisione magistratuale di *denegare actionem*, occorre capire,

⁹⁷ Sul punto, vd. *infra*, § 5.

pur nel silenzio delle fonti, quale utilità pratica derivasse dalla *intercessio*.⁹⁸

Sappiamo già che, per il magistrato giudicante, l'*intercessio* avrebbe reso inefficace la sua decisione di *denegare actionem*, impedendo l'applicazione contro di lui dell'editto cd. di ritorsione.

Quanto all'attore, gli studiosi hanno proposto le seguenti soluzioni al problema degli effetti della *intercessio* nei confronti di un provvedimento di contenuto negativo.

Nel caso in cui ad opporre il veto sia un altro pretore dotato di una *eadem iurisdictio* a quella di chi subisce l'*intercessio*, ci troviamo nel caso di un veto proveniente da un magistrato dotato di *par potestas*.⁹⁹ In questo caso, anche grazie al conforto delle fonti,¹⁰⁰ si ammette generalmente che il magistrato intercedente potesse adottare il provvedimento positivo contrario a quello oggetto del divieto: nel caso di *denegatio actionis*, la cd. *datio actionis*.¹⁰¹

Diversamente, se mancava al magistrato intercedente la stessa *iurisdictio* che gli avrebbe permesso di adottare da sé il provvedimento

⁹⁸ Attesa la sua efficacia 'cassatoria' o di rescissione degli atti magistratuali che le viene comunemente riconosciuta. Si tratta di una nozione talmente radicata in dottrina, da esimerci da una puntuale indicazione di letteratura, non di meno, si vd., da ultimo: W. LITEWSKI, *Zwischenbescheide im römischen Prozeß*, in RIDA 44, 1997, 261 e nt. 474, con bibliografia. Tuttavia, si ammette anche che l'*intercessio*, oltre che comportare la proibizione di un atto, impedisse pure che da esso derivassero conseguenze dannose: F. FABBRINI, v. 'tribuni plebis', cit., 790.

⁹⁹ Si consideri che tali possibilità di sostituzione tra pretori nell'adozione di provvedimenti di cd. *datio actionis* dovettero aumentare in età repubblicana in misura direttamente proporzionale al numero dei pretori. Infatti, si segnalano in età repubblicana diverse *leges de praetoribus creandis*. A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹¹, Napoli 1996, 229 ss., segnala le seguenti leggi: una legge del 227 a.C. portò i pretori a quattro; un'altra del 197 a.C. li portò a sei; una *lex Baebia* del 181 a.C. (?), abrogata però nel 179 a.C., stabilì un'alternativa annuale tra il numero di sei e quello di quattro; una *lex Cornelia (Sullae)* dell'81 a.C. fece salire i pretori ad otto; alcune *leges Iuliae (Caesaris)* del 46-44 a.C., estesero i posti di pretore prima a dieci, poi a quattordici e, infine, a sedici.

¹⁰⁰ Arg. da D. 5.1.58 (Paul. 13 *ad Sab.*): *Iudicium solvitur vetante eo, qui iudicare iusserat, vel etiam eo, qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam, si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat, qui iudicare iussit*. Sul passo, si vd.: L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione civile*, cit., 82 nt. 18.

¹⁰¹ A. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁷, II, Leipzig 1871, 216 s.; J. MERKEL, *Abhandlungen*, cit., 138; TH. KIPP, v. 'appellatio', cit., 195 s.; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 136 s., sebbene l'autore precisi che un magistrato che si sostituisce ad un altro nell'adozione di un provvedimento non esercita più l'*intercessio* in senso stretto.

positivo richiesto, come nel caso dell'*intercessio* dei tribuni della plebe rispetto ad una *denegatio actionis* disposta da un pretore, in dottrina si è ritenuto che il magistrato che aveva subito l'*intercessio* potesse essere costretto a rilasciare il provvedimento di contenuto positivo corrispondente al punto di vista del magistrato intercedente.¹⁰²

Ma questa soluzione non è da tutti accolta¹⁰³ ed è stata criticata proprio con riferimento alla *denegatio actionis*: si è, infatti, obiettato che l'*intercessio* aveva un contenuto unicamente proibitorio e non poteva spingersi fino a costringere un altro magistrato ad adottare un

¹⁰² J. MERKEL, *Abhandlungen*, cit., 17 s. e nt. 6, secondo il quale il magistrato intercedente poteva costringere il magistrato che aveva subito l'*intercessio* al rilascio del provvedimento positivo negato, come una azione o l'inserimento di una *exceptio* nella formula; vd. anche 139. Similmente si è espressa la successiva dottrina tedesca: TH. KIPP, v. 'appellatio', cit., 195 s.; L. WENGER, *Istituzioni*, cit., 209 s. nt. 17, il quale riconosce all'*intercessio* una indiretta funzione positiva, perché ritiene che il pretore che aveva subito l'*intercessio* era costretto a concedere la formula gradita all'intercedente per potere essere lasciato libero dal tribuno della plebe di adempiere al suo ufficio. Nella dottrina italiana hanno aderito a questa impostazione: P. BONFANTE, *Il «ius prohibendi» nel diritto pubblico*, cit., 148 ss., E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 488, il quale ritiene che i tribuni della plebe potessero interferire nella redazione della formula, potendo anche costringere i pretori, ad esempio, a inserire una *exceptio* nella formula, dietro la minaccia di interrompere l'azione giudiziaria.

¹⁰³ Riconoscono alla *intercessio* solo una efficacia rescissoria: M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, II. *Der römische Civilprozess. 2. Formulae*, Bonn 1865, 39 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., 142 s., sebbene l'autore precisi che l'*intercessio* annullava anche gli effetti e non solo l'atto magistratuale; F. L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*⁶ (bearbeitet von A. Wach), Leipzig 1883, 420 nt. 985; F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840-1849, VI, 497, trad. ital. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino 1896, 535; R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes*, cit., 135; P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴, trad. ital. C. LONGO, Milano 1909, 1063; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 138 ss., il quale nega che un magistrato o i tribuni della plebe potessero sostituirsi al pretore e adottare un provvedimento di cd. *datio actionis* in sua vece, come conseguenza di una *intercessio* di annullamento di una *denegatio actionis*. Nessun magistrato aveva una uguale *iurisdictio* del pretore e ciò valeva anche nei rapporti tra il pretore peregrino e il pretore urbano poiché, secondo lo studioso, tali magistrati, sebbene entrambi titolari di *iurisdictio*, avrebbero avuto competenze separate. L'autore conclude per l'inutilità sul piano pratico di una *intercessio* nei confronti della *denegatio actionis*, salva una libera decisione del pretore che aveva denegato l'azione di modificare la propria decisione e convincersi a *dare actionem*. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., 88 s., nega che i tribuni avessero il potere di costringere il magistrato a disporre in luogo del provvedimento soppresso.

provvedimento contro la sua volontà.¹⁰⁴

A nostro avviso, in questo secondo caso il problema non riguarda più gli effetti della *intercessio* opposta ad una *denegatio actionis*, ma si sposta sul piano dei rapporti tra le magistrature.

Infatti, i magistrati maggiori dotati di *maior potestas* potevano imporre, in virtù del loro *imperium*, ordini positivi ai quali corrispondeva il dovere di obbedire da parte al magistrato inferiore. In linea teorica non possiamo escludere che, eliminata per mezzo di *intercessio* una *denegatio actionis* ritenuta illegittima o iniqua, al pretore recalcitrante potesse essere ordinato da parte del magistrato dotato di *maior potestas*, ossia il console, di *dare actionem*.¹⁰⁵

Similmente può dirsi con riferimento all'*intercessio* del tribuno della plebe. Pur non potendosi essa spingere fino a costringere il magistrato giudicante alla cd. *datio actionis*, atteso il suo contenuto unicamente proibitorio, tuttavia, se un ingiusto provvedimento di *denegatio actionis* veniva colpito dall'*intercessio* da parte dei tribuni della plebe, il magistrato che avesse nuovamente denegato l'azione, senza che fossero sopraggiunti nuovi motivi in grado di giustificare una seconda *denegatio*, si sarebbe reso recalcitrante all'esecuzione di un ordine tribunizio ed esposto alle relative conseguenze: ossia la *ductio in vincula* e la *prensio*.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Con specifico riferimento alla *denegatio actionis*, E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 129 ss., sul presupposto del contenuto puramente negativo dell'*intercessio* tribunizia, nega che un tribuno della plebe avrebbe potuto costringere un pretore alla cd. *datio actionis*. Proprio in base a questa considerazione di ordine pratico, lo studioso esclude l'opponibilità dell'*intercessio* nei confronti della *denegatio actionis*: anche se ottenuta una *intercessio* tribunizia, prosegue lo studioso, essa non avrebbe permesso al tribuno della plebe di costringere un magistrato titolare della *iurisdictio* alla cd. *datio actionis*. Viceversa, l'autore ammette (94 ss.) che l'*intercessio* era possibile nei confronti della cd. *denegatio exceptionis*, perché in questo caso l'*intercessio* sarebbe stata da sola sufficiente a impedire che il convenuto potesse essere costretto ad accettare il testo di un *iudicium* mancante della *exceptio*, di cui era stato chiesto invano l'inserimento.

¹⁰⁵ U. COLI, v. '*intercessio*', cit., 788. Sulla *abrogatio iurisdictionis* del console nei confronti del pretore v.: Val. Max., 7.7.6, *supra*, nt. 4. Sul passo cfr. C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, cit., 270 ss.; EAD., *A proposito di limiti e responsabilità*, cit., 426 ss.

¹⁰⁶ Riconosce il diritto di ricorrere a mezzi coercitivi per assicurare il rispetto dell'*intercessio* tribunizia contro qualunque altra magistratura, specialmente nel caso di accordo tra i tribuni: TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, I, cit., 289; In questi termini la ricostruzione di U. COLI, v. '*intercessio*', cit. 788: «l'atto materiale dell'*intercedere* dovette presto essere ridotto a gesto simbolico o sostituito da un *iussum*

Crediamo che le dette conseguenze avrebbero giocato un ruolo deterrente molto forte nell'orientare il magistrato, che aveva denegato ingiustamente o illegittimamente l'azione e al quale era stata opposta l'*intercessio*, a concedere l'azione all'attore che avesse agito nuovamente.

A conferma della tesi che proponiamo, si pensi al caso della *intercessio* opposta ad un provvedimento di contenuto negativo simmetrico alla *denegatio actionis*: la cd. *denegatio exceptionis*.

Almeno un caso del genere è attestato nelle fonti.¹⁰⁷ Qui l'«annullamento» della decisione magistratuale avrebbe prodotto effetti deterrenti diretti nei confronti dell'attività magistratuale: infatti, in virtù dell'*intercessio*, il convenuto non poteva essere considerato *indefensus* se non avesse accettato una formula priva dell'*exceptio*.¹⁰⁸ Dal canto suo, il magistrato giudicante, se avesse voluto sbloccare la propria attività, sarebbe stato «costretto» a inserire nel programma di giudizio l'*exceptio* richiesta dal convenuto. Infine, se il magistrato avesse concesso la formula senza l'*exceptio*, nonostante l'*intercessio*, si sarebbe reso inadempiente all'ordine vincolante del magistrato intercedente.

Particolarmente indicativa in quest'ultimo senso ci pare anche la testimonianza, nota ai romanisti, della *pro Tullio*. Cicerone racconta che nella fase *in iure* del processo, i cui giudici erano i *recuperatores*, la difesa della controparte – rappresentata da L. Quinzio, difensore di P. Fabio – si era appellata ai tribuni della plebe al fine di ottenere l'inserimento della parola *iniuria* nella formula del *iudicium* «de

verbale accompagnato dalla minaccia d'immediata *coercitio* contro il recalcitrante mediante *pressio* e *ductio in vincula*. In senso analogo si era già espresso E. COCCHIA DI ENRICO, *Il tribunato della plebe*, cit., 488, con indicazione di letteratura. Sulla *pressio* dei tribuni della plebe, vd., per tutti: C. CASCIONE, *Appunti su pressio e vocatio nei rapporti tra potestates romane*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, I, Varsovie 2000, 167 ss.

¹⁰⁷ Cic., *Acad.* 2.30.97: *Tribunum aliquem censeo videant; a me istam exceptionem numquam inpetrabunt*. Sul passo si vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 97 ss; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 125 s. e nt. 1, il quale adduce questo passo, insieme con Cic., *de inv.* 2.20, per provare che l'*intercessio* dei tribuni della plebe avrebbe potuto rivolgersi anche nei confronti di provvedimenti di contenuto negativo.

¹⁰⁸ Sul punto, si vd. R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., 89 nt. 1.

*damno vi hominibus armatis coactisve dato*¹⁰⁹.

I tribuni della plebe, nel caso di specie, avevano rigettato la richiesta del convenuto ma, se l'avessero accolta, si potrebbe credere che il loro intervento avrebbe prodotto un effetto diretto sulla formulazione del programma di giudizio, 'costringendo' il pretore a inserire la parola *iniuria* nel testo della *formula*, pena la paralisi del processo. P. Fabio, infatti, non sarebbe stato costretto ad *accipere* un *iudicium* privo della detta integrazione e, viceversa, Tullio sarebbe stato posto di fronte alla seguente alternativa: rinunciare alla tutela processuale o *dictare* un *iudicium* conforme alla volontà dell'intercedente.¹¹⁰

Similmente, crediamo dovesse accadere nel caso di una *intercessio* opposta ad una *denegatio actionis*: il magistrato giudicante che aveva subito l'*intercessio*, non essendo mutate le circostanze, avrebbe dovuto concedere l'azione chiesta per la seconda volta dall'attore, altrimenti avrebbe disobbedito all'ordine vincolante dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* o del tribuno della plebe.

6. Tiriamo brevemente le somme della presente ricerca.

¹⁰⁹ Cic., *pro Tull.* 16.38-39: [38] ... *a praetore postulare ut adderet in iudicium «INIURIA», et, quia non impetrasses, tribunos pl. appellare et hic iudicio quaeri praetoris iniquitatem, quod de iniuria non addiderit?* [39] ... *Quod ergo ideo in iudicium addi voluisti, ut de eo tibi apud recuperatores dicere liceret, eo non addito nihilo minus tamen ita dicis, quasi id ipsum a quo depulsus es impetraris?* Sul passo si vd.: E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 92 ss.; M. WŁASSAK, *Die klassische Prozessformel. Beiträge zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit II*, Wien-Leipzig 1924, 112 ss.; G. BROGGINI, *Introduzione all'orazione per Marco Tullio*, in *Centro di studi ciceroniani. Tutte le opere di Cicerone*, I, Verona 1964, 367-397; M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968, 321 ss.; ID., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, 179 s.; L. VACCA, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano I. L'editto di Lucullo e la «lex Plautia»*, in *Studi economico-giuridici* 45, 1965-1968, 521 ss.; EAD., *Ricerche in tema di «actio vi bonorum raptorum»*, Milano 1972, 30 ss.; EAD., *L'editto di Lucullo, in Illecito e pena privata in età repubblicana* (Atti del convegno di diritto romano – Copanello 1990), Napoli 1992, 221 ss.; S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino 1969, 73-83; G. D'ANGELO, *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione*, Torino 2007, 112.

¹¹⁰ Sul punto, vd.: I. G. HUSCHKE, *Anaclea litteraria*, II, Lipsiae 1826, 155 ss.; E. LEFÈVRE, *Du Rôle des Tribuns de la Plèbe*, cit., 96 s.

Abbiamo addotto alcune fonti¹¹¹ a nostro avviso in grado di provare che la decisione magistratuale di *denegare actionem* fosse contenuta in un *decretum*. Per ottenere l'«annullamento» di un siffatto decreto di *denegatio actionis*, era possibile invocare da parte dell'attore l'*intercessio* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* e dei tribuni della plebe, il cui intervento avrebbe svolto un ruolo deterrente nei confronti del magistrato, al fine di indurlo a concedere l'azione (*dare actionem*) precedentemente denegata.¹¹²

Le conclusioni alle quali siamo pervenuti si inquadrano nel tema di ricerca della discrezionalità dei magistrati giudicanti, e principalmente del pretore, nella concessione dei mezzi di tutela contemplati nell'editto.

Poiché l'*intercessio* poteva operare nei confronti di tutti gli atti magistratuali (compreso per noi anche il *decretum* di *denegatio actionis*) avvertiti come iniqui o inopportuni da parte dei cittadini,¹¹³ si deve ritenere che in materia processuale l'*intercessio* permettesse un controllo esterno sull'attività del pretore parecchio incisivo.

La presenza di un controllo esterno talmente penetrante sull'attività del magistrato giudicante – reso possibile dall'obbligo imposto dalla *lex Cornelia* ai pretori di pubblicare all'inizio dell'anno di carica l'*album* – può rappresentare una spia della ampia discrezionalità del pretore di disporre dei mezzi processuali contenuti nell'editto e può rinsaldare l'idea¹¹⁴ che tale denegazione discrezionale comprendesse anche i mezzi di tutela previsti nell'*album* senza la riserva di *causae cognitio*. L'ottica nella quale ci siamo posti è in grado di fornire ulteriori spunti di riflessione su questo campo di indagine, dei quali confidiamo di potere dare presto conto.

¹¹¹ D. 2.2.1.2 (Ulp. 3 *ad ed.*), *supra*, § 3; D. 2.2.3.5 (Ulp. 3 *ad ed.*), *supra*, § 3.1; Plin., *Ep.* 1.23.3, *supra*, § 4; Iuv., *Sat.* 7.228, *supra*, §§ 4.1-4.2.

¹¹² Le testimonianze sulle quali ci siamo soffermati crediamo forniscano una base testuale alla ricostruzione proposta da G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 115 nt. 2 (= 129 nt. 2): «il *decretum* di *denegatio* veniva posto nel nulla dall'*intercessio* e il privato era così nuovamente in grado di *postulare actionem* dallo stesso magistrato; l'*intercessio* non comportava invece automaticamente la concessione dell'*actio* prima denegata. Era tuttavia presumibile un'efficacia positiva riflessa, in quanto il magistrato, per evitare una seconda *intercessio*, doveva in linea di massima acconciarsi a concedere l'*actio* ...».

¹¹³ J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat*, cit., 5.

¹¹⁴ Sostenuta da: D. MANTOVANI, *Praetoris partes*, cit., 35 ss.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

