

SALVATORE SCIORTINO

*Denegare iudicium e denegare actionem*

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

(AUPA)

Volume LVIII  
(2015)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

DIRETTORI

Gianfranco Purpura

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	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

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: [redazioneaup@unipa.it](mailto:redazioneaup@unipa.it)

## INDICE DEL VOLUME

### ARTICOLI

P. CERAMI, <i>Tabernae librariae</i> . Profili terminologici, economici e giuridici del commercio librario e dell'attività editoriale nel mondo romano .....	9
G. FALCONE, La trattazione di Gai 3.140-141 sul <i>pretium</i> nella compravendita, tra ' <i>regulae</i> ' e <i>ius controversum</i> .....	37
O. LICANDRO, ' <i>Restitutio rei publicae</i> ' tra teoria e prassi politica. Augusto e l'eredità di Cicerone .....	57
S. LONGO, Il credito del <i>servus</i> nei confronti di un <i>extraneus</i> : ' <i>naturale</i> ' <i>creditum</i> ? .....	131
C. RUSSO RUGGERI, <i>Lex Cornelia iudiciaria</i> e pentitismo .....	177
S. SCIORTINO, <i>Denegare iudicium</i> e <i>denegare actionem</i> .....	197

### NOTE

G. ARICÒ ANSELMO, Dal Foro al Comizio. Un amichevole confronto di idee .....	241
G. D'ANGELO, <i>Vadimonium</i> e <i>cautio se exhibiturum</i> in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 <i>ad ed.</i> ) .....	253
M. MIGLIETTA, Per uno studio palingenetico di B. 60.3: il contributo dei commentari bizantini ad C. 3.35 .....	261
A. SCHMINCK †, Die Titelrubriken der <i>Ecloga</i> , der <i>Eisagoge</i> und des <i>Prochiron</i> ...	275

### VARIE

O. DILIBERTO, Una sconosciuta monografia palermitana sulla palingenesi delle XII Tavole (e un curioso caso di omonimia) .....	291
G. FALCONE, ' <i>Fabulis</i> ', non ' <i>tabulis</i> ', in cost. <i>Imperatoriam</i> 3 .....	301
J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE, <i>In memoriam</i> Nicolaas van der Wal .....	313



SALVATORE SCIORTINO  
(Università di Palermo)

*Denegare iudicium e denegare actionem*

ABSTRACT

The expressions *denegare iudicium* and *denegare actionem* are both used to point out the refusal on the part of the *magistratus cum iurisdictione* to grant the action. However, in the opinion of the author, these expressions have different meanings. *Denegare iudicium* is used in contexts that are not compatible with the granting of a *formula* provided with *exceptiones*; while *denegare actionem* is used when the *praetor* was given the opportunity either to refuse the granting of the action or to give a *formula* provided with *exceptiones*.

PAROLE CHIAVE

Processo formulare, *denegare actionem*, *actio*, *iudicium*.



## DENEGARE IUDICIUM E DENEGARE ACTIONEM\*

SOMMARIO: 1. Presenza nelle fonti di una duplice modalità di indicare il rifiuto di concedere le azioni: *denegare (non dare) actionem* e *denegare (non dare) iudicium*: opportunità di condurre una indagine sul linguaggio adoperato nelle fonti giuridiche. 2. Analisi critica delle tesi finora elaborate in dottrina e tendenti ad individuare una differenza tra il *denegare actionem* e il *denegare iudicium*. 3. Premesse dogmatiche circa il *dare actionem* e il *dare iudicium*, nonché, sul *denegare actionem* e sul *denegare iudicium*. 4. La nostra ipotesi di lavoro: quando nelle fonti giuridiche si trova menzionato il *denegare actionem*, al magistrato giusdicente non sarebbe stato impedito di concedere di una *formula* munita di *exceptio*; diversamente, la menzione del *denegare iudicium* allude unicamente al rifiuto di concedere la *formula*. Conferme desumibili dalle fonti. 5.1 Eseggesi di D. 11.5.1 (Ulp. 23 *ad ed.*). 5.2 Eseggesi di D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 *ad ed.*). 5.3 Eseggesi di D. 10.3.7.5 (Ulp. 20 *ad ed.*). 5.4 Eseggesi di D. 10.3.29 pr. (Paul. 2 *quaest.*). 5.5 Eseggesi di D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*). 5.6 Eseggesi di D. 46.7.16 (Ner. 3 *membr.*). 5.7 Eseggesi di D. 47.6.5 (Marc. 8 *dig.*). 5.8 Eseggesi di D. 47.10.6 (Paul. 55 *ad ed.*). 5.9 Eseggesi di Gai 4.163. 6. Conclusioni. Il linguaggio delle fonti è uniforme: l'espressione *denegare (non dare) actionem* compare quando si vuole indicare la duplice possibilità per il magistrato di rifiutare la concessione della *formula* o di concederla mediante l'introduzione di una *exceptio* nel programma di giudizio. Al contrario, tutte le fonti giuridiche nelle quali sono impiegate le espressioni *denegare (non dare) iudicium* sono incompatibili con la concessione di una *formula* contenente una *exceptio* e descrivono il solo rifiuto di concedere il programma di giudizio. I concetti di *actio* e *iudicium* che rilevano, dunque, in relazione all'attività di *denegare* sono i seguenti: l'*actio* indica l'*agere* ovvero la *potestas agendi* dell'attore e non preclude al magistrato di tenere conto delle ragioni del convenuto mediante la concessione di una *exceptio*. Diversamente, il vocabolo *iudicium* – che in sé racchiude l'idea del giudizio – quando è riferito all'attività di *denegare* indica la *formula* sulla base della quale il giudice avrebbe dovuto emettere la sentenza. Questo spiega perché con l'espressione *denegare iudicium* le fonti descrivano il solo rifiuto di concedere il programma di giudizio sulla base del quale sarebbe stata emessa la sentenza.

1. Nel processo<sup>1</sup> formulare, come noto, qualunque cd. *postulatio actionis*, sia di una azio-

\* La presente ricerca si inserisce nell'ambito del P.R.I.N. 2010-2011 "L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento.

<sup>1</sup> È bene precisare che ci capiterà di discutere solo in senso atecnico di 'processo' per il diritto romano. Infatti, era estranea alla mentalità dei giuristi romani l'adesione ad una nozione di processo paragonabile alla moderna e consistente – secondo la ricostruzione largamente prevalente – in una successione di atti volti alla sentenza, come ad esempio sottolinea E. FAZZALARI, *s.v. Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*<sup>A</sup>. Sezione civile, 14, Torino 1996, 649: «il 'procedimento' consiste in una determinata sequenza di norme, nonché degli atti da esse disciplinati e delle posizioni soggettive da esse estraibili in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale. Fra le varie specie di procedimento, fa spicco quella indicata come 'processo': qui vi la sequenza è disposta in modo che all'iter di formazione dell'atto

ne civile sia di una azione pretoria, avrebbe dovuto, se accolta, trovare riscontro in un *decretum* di cd. *datio actionis*,<sup>2</sup> con il quale il magistrato aderiva allo schema di azione proposto dall'attore e accolto dal convenuto.

Del resto, la stessa terminologia presente in Gaio e nei passi del Digesto<sup>3</sup> secondo la quale solo le azioni pretorie *dantur*, mentre quelle civili *competunt*, non viene applicata con rigore dai giuristi romani,<sup>4</sup> i quali ammettono che anche l'esercizio delle azioni civili dipendeva dalla cd. *datio actionis*.

Pertanto, come giustamente è stato notato da Antonino Metro,<sup>5</sup> di *denegare actionem* si può parlare e si parla sia con riferimento alle azioni pretorie che con riferimento a quelle civili.

partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l'atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti». L'idea che la sentenza sia la conclusione inevitabile del processo si riscontra anche nel pensiero di G. CHIOVENDA, *Sulla influenza delle idee romane nella formulazione dei processi civili moderni*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII)*, II, Pavia 1935, 414 s., il quale, con specifico riferimento al diritto romano, osservava: «E già la particolare struttura del processo classico, colla sua caratteristica separazione nei due stadi, *in iure* e *in iudicio*, aveva posto in tutta evidenza tutta la finalità del processo come specializzazione della legge: la formula è la legge del caso concreto, applicata ai fatti, prima potenzialmente, e poi, colla *condemnatio* o colla *absolutio* ... Coerentemente a questa idea dello scopo processuale, tutto il processo romano gravita verso la emanazione d'un atto di volontà statale, l'atto in cui è formulata la volontà concreta della legge ... un atto di volontà, di natura finale, che è la volontà stessa della legge nel caso concreto, formulata dal giudice nel dispositivo della sua sentenza». Nella dottrina romanistica una identica nozione emerge dalla definizione che del processo danno M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., I: «... das Prozeßverfahren im eigentlichen Sinn, zielt auf die Entscheidung über den Gegenstand des Streits in einem Urteil ab».

Come noto i giuristi romani, ed innanzi tutto Gaio nel quarto commentario delle Istituzioni, discorrevano di *actiones* e manca nella terminologia dei giuristi un segno corrispondente a quello moderno di processo. Ciò dipende dalla mancanza di natura processuale dell'*actio* romana, la quale non ha necessariamente sbocco nel giudizio: sia nell'*agere per certa verba* sia nell'*agere per concepta verba* l'azione avrebbe potuto interrompersi in un qualunque momento realizzando la pretesa dell'attore anche a prescindere dalla sentenza. Tali aspetti sono stati ben messi in luce in diversi contributi da R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in AUPA 41, 1991, 283 s. (= *Scritti minori*, II, cur. M. VARVARO, Torino 2009, 411 s.); ID., *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium: D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.) - I. 4.6. pr.*, lezione per i dottorati di ricerca in "Scienze Giuridiche" dell'Università degli Studi di Milano Bicocca (11 aprile 2011) e in "Discipline romanistiche" dell'Università degli Studi di Palermo (1 dicembre 2011); ID., *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in AUPA 55, 2012, 613 e, da ultimo, ID., *Perpetuari obligationem*, in AUPA 57, 2014, 200 s.

<sup>2</sup> Sul *decretum* di cd. *datio actionis* ci permettiamo di rinviare alla letteratura richiamata nel nostro «*Denegare actionem*» *decretum e intercessio*, in AUPA 55, 2012, 666 nt. 8.

<sup>3</sup> Gai 4.112 [KRÜGER-STUEDEMUND<sup>7</sup>]: *Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent*. Altre fonti giuridiche nelle quali ricorre la contrapposizione tra azioni civili, che *ipso iure competunt*, e azioni pretorie, che *a praetore dantur*, sono indicate A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, 85 nt. 38.

<sup>4</sup> Sul punto si vd. A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 85 s. nt. 39, con indicazione delle fonti nelle quali il verbo *competo* è utilizzato anche con riferimento alle azioni e ad altri rimedi pretori. Un quadro ragionato ed esaustivo della letteratura su questo tema è presente in M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*. I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 226 nt. 625, con ulteriore indicazione di fonti.

<sup>5</sup> Da parte di A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 89 s.



A fronte, dunque, della unitarietà della funzione di *denegare* che abbraccia tutte le azioni, sia le azioni civili sia le azioni pretorie, stupisce che tale attività venga descritta nelle fonti giuridiche in modo duplice talvolta con riferimento all'*actio* (*denegare actionem*) e talaltra al *iudicium* (*denegare iudicium*).<sup>6</sup>

Si tratta allora di capire se queste due espressioni, sebbene equivalenti sul piano lessicale ed entrambe aventi ad oggetto il rifiuto di concedere l'azione, non nascondano piuttosto una sfumatura di significato che i giuristi intendevano rimarcare quando impiegavano una locuzione piuttosto che l'altra.

L'indagine che stiamo per intraprendere, allora, verterà sull'analisi del linguaggio delle fonti giuridiche per comprendere se la *nuance* linguistica<sup>7</sup> che abbiamo segnalato, in realtà, non nasconda una differenziazione sul piano sostanziale interna all'attività di *denegare*<sup>8</sup> svolta *in iure* dai magistrati giudicanti.

2. Cominciamo dal tentativo risalente a Theodor Ludwig von Helmolt.<sup>9</sup> Lo studioso sosteneva l'equivalenza sul piano lessicale delle espressioni *denegare actionem* e *denegare iudicium*, basandosi su D. 12.2.9 (Ulp. 22 *ad ed.*), D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*), D. 12.2.37 (Ulp. 33 *ad ed.*) e D. 46.8.15 (Paul. 14 *ad Plaut.*). Tuttavia, nella sostanza, in alcune occasioni, secondo lo studioso, il *denegare actionem* avrebbe indicato il rifiuto dell'azione da parte del pretore nei casi di azioni *contra bonos mores*, non fondate o relative a pretese non tutelate dall'ordinamento e sempre senza sentire il convenuto. Mentre il *denegare iudicium* avrebbe presupposto una valutazione della fondatezza della pretesa dell'attore che avrebbe imposto anche un accertamento della posizione del convenuto: nei casi, ad esempio, nei quali costui avesse confessato il proprio debito il pretore avrebbe rifiutato il *iudicium*, non l'*actio*.

Tuttavia, si tratta di una tesi che, benché non priva di riflessioni condivisibili, come ci accorgeremo, presta il fianco da più parti ad obiezioni e rilievi. Già sul piano lessicale cercheremo di dimostrare che i segni *actio* e *iudicium* quando sono riferiti all'attività pretoria di *non dare* o *denegare*

<sup>6</sup> Si tratterà naturalmente anche di verificare la tesi di Moriz Wlassak (*infra*, § 2, nt. 15) secondo il quale i nostri sintagmi avrebbero fatto riferimento l'uno (*denegare actionem*) al rifiuto di concedere un'azione civile e l'altro (*denegare iudicium*) al rifiuto di concedere un'azione pretoria.

<sup>7</sup> Il rapporto, non sempre simmetrico, tra il linguaggio dei giuristi romani e il rigore del loro ragionamento giuridico è indagato da B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz*, 2, Napoli 1953, 72-103 (= *Scritti giuridici*, I. *Diritto romano. Problemi generali*, Milano 1965, 181-212).

<sup>8</sup> Abbiamo preferito impiegare l'espressione *denegare actionem* o *iudicium* in luogo della più diffusa *denegatio actionis* o *iudicii* per adeguarci al linguaggio delle fonti. Infatti, come risaputo, l'espressione *denegatio actionis* non ricorre se non dopo il IV sec. d.C. nelle fonti le quali, piuttosto, attestano le locuzioni '*denegare actionem*' [ad es. D. 37.5.3.6 (Ulp. 40 *ad ed.*)] e '*actionem denegare*' [ad es. D. 50.17.102.1 (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 di tali locuzioni 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 richiamiamo, inoltre, la letteratura citata in S. SCIORTINO, «*Denegare actionem*», cit., 661 nt. 1, cui *adde* F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, 217 nt. 15, con indicazione di ulteriore letteratura.

<sup>9</sup> TH. L. VON HELMOLT, *Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast. Eine civilistisch-processualische Abhandlung*, Giessen 1852, 69 nt. 5.

non possono essere considerati sinonimi, né lo sono alla luce delle fonti addotte dallo studioso. Inoltre, muovendo dalla prospettiva adottata da von Helmolt, contrariamente alle sue conclusioni, si consideri che *denegare l'actio* senza sentire le ragioni del convenuto, avrebbe comunque determinato anche un *denegare il iudicium*, inteso come *formula*, allo stesso modo di un *denegare* preceduto da una valutazione della posizione del convenuto. Simmetricamente, *denegato il iudicium* sentito il convenuto, sarebbe stata parimenti *denegata l'actio* nei confronti dell'attore.

Una efficace critica alla ricostruzione di von Helmolt si deve a Reinhold Mewaldt.<sup>10</sup> Quest'ultimo studioso, pur riconoscendo in linea di massima l'indistinguibilità di *denegare actionem* e *iudicium*, proponeva di identificare il *denegare iudicium* con il *denegare* in astratto il mezzo di tutela, senza cioè indicarne il fondamento, e il *denegare actionem* con un materiale diniego di giustizia, che presuppone anche l'indicazione della ragione del diniego. Tuttavia, lo studioso finiva per ammettere che si tratta di una distinzione solo apparente poiché il pretore che *denega il iudicium* *denega* nel contempo anche *l'actio*, di modo che il *denegare actionem* non potrebbe esistere senza il *denegare iudicium*, tanto che, conclude Mewaldt, non si tratterebbe neppure di atti separati.<sup>11</sup>

Da un canto, la mancata indicazione di fonti a sostegno dell'asserita distinzione tra *denegare iudicium*, inteso come rifiuto in astratto dell'azione, e *denegare actionem*, inteso come rifiuto in concreto dell'azione e, dall'altro canto, la stessa ammissione da parte di Mewaldt che il profilo differenziale in questione in realtà è solo apparente, rende la proposta di quest'ultimo studioso non condivisibile.

Ciò anche per un'altra ragione. A differenza di quanto sostenuto da Mewaldt, non è affatto vero che il *denegare iudicium* implichi o, peggio presupponga, in ogni caso il *denegare actionem*; infatti, il pretore ben avrebbe potuto *denegare il iudicium* senza per questo avere intenzione di *denegare l'actio*;<sup>12</sup> come nel caso in cui il pretore, pur disposto a concedere l'azione, fosse costretto a non concederla di fronte al rifiuto opposto dall'attore a *dictare* un *iudicium* acconciato, ad esempio, mediante l'inserimento di una *exceptio* non gradita.

Né miglior fortuna ha avuto il tentativo di Otto Gradenwitz,<sup>13</sup> il quale proponeva di identificare, specie con riferimento al linguaggio dell'editto del pretore, il *denegare actionem* con il rifiuto di concedere genericamente un'azione già prevista nell'editto e il *denegare iudicium* con il rifiuto di concedere uno specifico mezzo di tutela di nuova creazione. Tuttavia, lo stesso studioso era costretto ad ammettere che le espressioni talvolta sono impiegate alla stessa maniera per descrivere entrambi i concetti, tanto che in parecchi testi dei giuristi classici *actio* e *iudicium* sono impiegati nello stesso significato.

Proprio su questo punto interveniva la critica di Otto Lenel,<sup>14</sup> il quale rilevava, giusta-

<sup>10</sup> R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 82 ss.

<sup>11</sup> R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 91.

<sup>12</sup> In questo senso vd. N. BELLOCCI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», in *Labeo* 18, 1972, 333.

<sup>13</sup> O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 103-105; Id., *Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts*, in *ZSS* 8, 1887, 252 ss.

<sup>14</sup> O. LENEL, Rec. di O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, cit., in *ZSS* 9, 1888, 179 s. In questo lavoro Lenel propone la seguente distinzione concettuale tra *actio* e *iudicium*: mentre in diritto classico *l'actio* avrebbe indicato l'intera controversia, dunque sia la fase *in iure* sia la fase *apud iudicem*, il *iudicium* sarebbe solo una parte di questo procedimento, segnatamente quello che si svolge innanzi al giudice. Tuttavia, vedremo (*infra*,

mente, che l'espressione *iudicium non dabo* è impiegata anche con riferimento ad azioni già esistenti, come le azioni civili *ex delicto* nell'editto *de aleatoribus*.

Ancora, si segnala il tentativo di Moriz Wlassak,<sup>15</sup> secondo il quale nel linguaggio dell'editto l'espressione '*iudicium non dabo*' avrebbe indicato il rifiuto delle azioni pretorie, mentre l'espressione '*actionem non dabo*' avrebbe indicato il rifiuto delle azioni civili: tuttavia, lo stesso studioso austriaco era costretto a riconoscere che talvolta il rifiuto di azioni onorarie è reso mediante l'impiego del segno *actio*.

Ed è puramente congetturale un ulteriore tentativo di Wlassak di spiegare questo fenomeno invocando una origine più recente degli editti nei quali *actio* e *iudicium* non sono impiegati in modo conforme alla tesi dello studioso; ancora, risulta indimostrabile che editti del genere non siano transitati nell'editto giuliano in modo corretto.

L'ultima proposta in ordine di tempo è quella di Antonino Metro.<sup>16</sup> Si tratta di un tentativo di spiegazione per un verso di più ampio respiro, perché prende in considerazione tanto il *dare* quanto il *denegare actionem* (e *iudicium*), per altro verso più limitato, perché vengono prese in esame solo fonti che riportano i *verba edicti*. Procederemo con l'esame di quest'ultima proposta interpretativa e solo in seguito addurremo argomenti che rendono preferibile limitare la ricerca alle sole fonti in tema di *denegare*, escludendo invece quelle sul *dare actionem*.

Premessa la vanità degli sforzi volti a rintracciare «una differenza fra due diversi tipi di azioni, ai quali corrisponderebbe una diversa terminologia edittale», lo studioso propone di accantonare ogni criterio di differenza sostanziale tra le azioni. Secondo Metro, *denegare actionem* e *denegare iudicium* nel linguaggio edittale presenterebbero solo una differenza formale: l'editto si servirebbe del lemma '*actio*' quando si pone dal punto di vista dell'attore, mentre impiegherebbe il segno *iudicium* nei confronti del convenuto. In particolare, l'espressione *actionem (non) dare* si troverebbe impiegata con riferimento al potenziale attore al dativo, mentre, relativamente all'espressione *iudicium (non) dare*, sarebbe frequente l'impiego di *in* con l'accusativo per riferirsi al possibile convenuto.

Tuttavia, in tre fonti tali costruzioni appaiono rovesciate: in D. 12.2.7 (Ulp. 22 *ad ed.*) e D. 14.5.2 (Ulp. 29 *ad ed.*) compare *actionem dabo* con *in* e l'accusativo e in D. 47.10.17.10 (Ulp. 57 *ad ed.*) *iudicium dabo* è costruito con il dativo; tali circostanze fanno credere a Metro che queste fonti potrebbero essere state, almeno formalmente interpolate. Ci piace sottolineare l'esemplare onestà intellettuale dello studioso siciliano: «tale circostanza, anche se priva della certezza assoluta la spiegazione avanzata, non mi pare sufficiente a toglierle un forte grado di probabilità che la fa preferire alle altre varie ipotesi avanzate fin oggi dalla dottrina».<sup>17</sup>

ntt. 21-23) che anche questa non è una distinzione sempre valida e che *actio* e *iudicium* nelle fonti giuridiche presentano una varietà di significati talmente ampia che sarebbe vano pretendere di differenziarle fuori da specifici ambiti di applicazione. A mero titolo di esempio si consideri che nel variegato pensiero di Wlassak si trova l'affermazione, opposta a quella di Lenel, ossia che è la parola *iudicium* ad indicare l'intero processo: M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig 1888, 29. Lo stesso studioso, peraltro, ricorda (84 s.) che ai tempi di Cicerone *actio* e *iudicium* erano impiegati nello stesso significato, e *actio* compare anche nel significato di *formula* scritta, significato tipico invece del segno *iudicium*.

<sup>15</sup> M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, cit., 77.

<sup>16</sup> A. Metro, *La «denegatio actionis»*, cit., 72 s. nt. 13.

<sup>17</sup> A. Metro, *La «denegatio actionis»*, cit., 73 nt. 13.

Il punto debole della proposta da ultimo analizzata è stato posto in luce dallo stesso Studioso che l'ha avanzata. Le espressioni (*non dare actionem* con il dativo e (*non dare iudicium* con l'accusativo nel linguaggio dell'editto si trovano mischiate. Non crediamo, francamente, che questa circostanza possa addebitarsi anche a presunte interpolazioni o, aggiungiamo noi, a glosse postclassiche le quali, peraltro, andrebbero caso per caso dimostrate sul piano sostanziale.<sup>18</sup>

In termini generali, infatti, è stato notato<sup>19</sup> che le espressioni *denegare* (ovvero *non dare actionem* (ovvero *iudicium*) compaiono in contesti non sospettabili nella parte che a noi interessa, perché i giustinianeî non avevano interesse ad intervenire nei confronti di un rimedio pretorio che aveva ormai perso il suo significato, specifico solo per il processo formulare.

Fin da epoca postclassica, e con riferimento alle *cognitiones extra ordinem*, le espressioni '*denegare actionem*' e '*denegare iudicium*' facevano ormai semplicemente riferimento al rifiuto della tutela giurisdizionale o della autorizzazione a citare il convenuto, come dimostrano anche i corrispondenti passi dei Basilici, nei quali le nostre espressioni cadono o vengono tradotte in termini sostanziali, ossia di assenza o rifiuto di tutela giurisdizionale. E aggiungiamo noi che in questi contesti anche i lemmi *actio* e *iudicium* erano ormai impiegati in maniera del tutto equivalente, a differenza di quello che doveva accadere nel linguaggio dei giuristi classici, come ci sforzeremo di provare.

3. Il carattere insoddisfacente delle soluzioni fin ora proposte ci spinge a proporre una ipotesi alternativa al problema della individuazione del discrimine tra '*denegare actionem*' e '*denegare iudicium*'.

Prima di esporre la nostra ipotesi di lavoro ci sembra opportuna qualche premessa di carattere dogmatico, utile al fine di giustificare il percorso di indagine che abbiamo deciso di intraprendere.

Occorre dire che in questa fase preliminare dell'indagine siamo costretti ad accogliere un significato convenzionale dei lemmi *actio* e *iudicium* di cui ci serviremo. Si tratta di segni polisemici, non di rado impiegati in modo equivalente nelle fonti giuridiche e il cui significato potrà essere precisato, in riferimento all'attività di *denegare*, solo al termine della ricerca.

Per il momento intenderemo con '*actio*' sia la *potestas agendi* o l'*agere posse*<sup>20</sup> dell'attore, sia il concreto esercizio dell'azione (*agere*) secondo prescritte modalità;<sup>21</sup> e impiegheremo

<sup>18</sup> Sebbene in sé non provi nulla, ci pare comunque significativo segnalare che i tratti dei passi contrari alla ricostruzione di Metro, nei quali compaiono le espressioni '*iudicium (non) dare*' con il dativo e '*actionem (non) dare*' con l'accusativo, non sono stati sospettati e, ad esempio, non vengono segnalati né nell'*Index interpolationum* né nei famigerati *Beiträge* di Beseler.

<sup>19</sup> U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 11 ss. In precedenza, già M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 276 nt. 455, aveva sottolineato che i compilatori giustinianeî non avrebbero avuto alcun interesse ad interpolare i testi nelle parti relative ad un rimedio processuale ormai per loro privo di significato sul piano della tecnica processuale.

<sup>20</sup> Identifica le due nozioni C. GIOFFREDI, '*Ius*' e '*actio*', in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Romae 1980, 223 s. In ordine al rapporto tra *agere* e *potestas agendi* si vd. C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, *cufr. L. GAROFALO*, I, Padova 2011, 310 ss.

<sup>21</sup> G. PUGLIESE, *s.v. "iudicium"*, in *NNDI* 9, Torino 1963, 336 s.: «le parole *actio* e *agere* si adattarono

*iudicium*, in uno dei suoi tanti significati,<sup>22</sup> forse il più diffuso, ossia quello di *formula*, programma di giudizio.<sup>23</sup>

Solo al termine della ricerca che stiamo per intraprendere potremo precisare il significato che i segni *actio* e *iudicium* assumono in riferimento all'attività di *denegare*, convinti come siamo, del resto, che è solo in relazione a determinate attività che possono essere individuati i precisi contorni che assumono i lemmi *actio* e *iudicium*, i quali sono impiegati in varie accezioni nelle fonti.<sup>24</sup>

Rivolgeremo la nostra attenzione solo al *denegare*, mentre lasceremo fuori dal nostro angolo visuale l'attività di *dare*. Non perché siamo convinti che *dare actionem* e *dare iudicium* indichino attività sempre equivalenti, come pure si è creduto,<sup>25</sup> seppure è vero – si deve riconoscere – che, almeno con riferimento al linguaggio edittale, *actionem dabo* e *iudicium dabo* sono impiegati in modo equipollente.<sup>26</sup>

La ragione della nostra scelta è un'altra e dipende dal linguaggio vischioso delle fonti, alla luce delle quali si deve riconoscere che la cd. *datio actionis* tende a coincidere con la cd. *datio iudicii*.

Sul piano dogmatico è già stata rilevata la non coincidenza tra le due nozioni. Così si è notato da parte di Max Kaser e Karl Hackl che il *dare iudicium* è più esteso del *dare actionem*, poiché il *iudicium* può comprendere anche le *exceptiones*, le *replicationes* e così via.<sup>27</sup>

benissimo alla nuova procedura (*scil.* formulare), naturalmente nel loro particolare significato di (potere di esercitare l') attività processuale e schema predisposto per l'esercizio di tale attività». Naturalmente l'attività di *agere*, racchiusa nel segno *actio*, impone di considerare che essa si sarebbe dovuta svolgere secondo modalità o forme precise, sul punto si vd.: A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli 2001, 197 nt. 10.1. Sul concetto di *actio*, condivisibilmente ricostruito nei termini di «contenuto esclusivo dell'*obligatio*», si vd. di recente l'ampio contributo di C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 129 ss. e 136 s., per una rassegna di definizioni del concetto di *actio* e valutazione critica della *difficultas definiendi* riscontrata in dottrina.

<sup>22</sup> F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 5, trad. it. B. Brugi, Milano 1893, 1 ss., propone la seguente classificazione dei significati di *iudicium*: (1) l'intero processo, dalla *in ius vocatio* alla sentenza; (2) l'azione; (3) il luogo dove si svolge la lite.

<sup>23</sup> G. PUGLIESE, s.v. "*iudicium*", cit., 337: «quel che deve essere messo in rilievo circa l'uso di *iudicium* nel processo formulare è l'assunzione di nuovi significati da parte di questa parola. L'essenziale sviluppo semantico fu quello che portò *iudicium* a indicare la formula, su cui quel processo si imperniava». Lo studioso aggiunge al significato di *formula* anche quelli di programma astratto (ossia, edittale) di azione, programma concreto del giudizio, sulla base del quale il giudice veniva chiamato a giudicare la controversia. A questi significati va aggiunto anche quello di azione, come ricordato da F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*. I. *Translatio iudicii*, Napoli 1956, 22 ntt. 1-2. La diffusione e l'importanza dell'impiego di *iudicium* nel senso di formula scritta (*Schriftformel*), in contrapposizione ad *actio*, segno che indicava anche l'azione orale (*Spruchformel*) è particolarmente sottolineata da M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*. I, cit., 72-85; ID., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum von Bernhard Windscheid am 22. Dezember 1888*, Rostock 1888 [rist. Aalen 1979], 65 ss. [= 13 ss.]; ID., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis*, in *ZSS* 28, 1907, 79 nt. 2. Sulla polisemia del termine *iudicium* cfr. anche R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 179 e nt. 219, con letteratura.

<sup>24</sup> Cfr., *infra*, § 6.1.

<sup>25</sup> E. I. BEKKER, *Ueber das Verhältnis von Actio zu Obligatio*, in *ZRG* 9, 1870, 366 ss.

<sup>26</sup> Come dimostra l'*edictum de sepulchro violato* [D. 47.12.3 pr. (Ulp. 25 ad ed.)] richiamato da A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 72 nt. 13, proprio a questo fine.

<sup>27</sup> M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 288 s. La differenza tra il *dare actio-*

Da altro punto di vista, si è affermata da Raimondo Santoro, la non coincidenza tra la cd. *datio actionis* e la cd. *datio iudicii*.<sup>28</sup> Secondo quest'ultimo studioso, alla del luce del dettato delle fonti,<sup>29</sup> l'*actio* esisteva fin dalla *editio actionis* stragiudiziale, tanto che in seguito ad essa sarebbe potuta intervenire una *confessio* (anch'essa stragiudiziale)<sup>30</sup> che avrebbe reso superflua la *in ius vocatio*, alla quale di solito la *editio actionis* si accompagnava. Secondo lo studioso palermitano occorre collocare, allora, fin dagli esordi della fase *in iure* e, precisamente, subito dopo la cd. *postulatio actionis*, un provvedimento (aggiungiamo noi, tacito) magistratuale di *dare actionem* che avrebbe consentito la prosecuzione della fase *in iure* fino alla *litis contestatio*.<sup>31</sup>

Nella prospettiva adottata da Santoro tale provvedimento avrebbe avuto ad oggetto l'*actio*, mentre la cd. *datio iudicii* sarebbe intervenuta solo alla fine della fase *in iure* e avrebbe avuto ad oggetto il programma di giudizio, sempre che il convenuto avesse deciso di *defendere* e, perciò, di *litem contestari*.

Vere queste premesse, tuttavia occorre ammettere che, non verificatisi fatti interruttivi della fase *in iure* (ossia la *confessio certae pecuniae*, il *ius iurandum in iure delatum* e l'*indefensio*) e avendo la lite seguito il suo *iter* normale, giunti alla fine della fase *in iure*, dato il *iudicium*, inevitabilmente veniva anche data l'*actio*: *dare actionem* e *dare iudicium* finivano per coincidere e non deve stupire allora il linguaggio ibrido delle fonti nel quale le due espressioni sono impiegate entrambe per indicare la concessione della *formula* che, a sua volta, prelude all'apertura della fase *apud iudicem*.

*nem* e il *dare iudicium* è rilevata, da altra angolazione, anche da I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 100: «Potrebbe anche distinguersi, nella nuova procedura, tra un *dare actionem* da intendere come concessione dello schema processuale chiesto dall'attore e un *dare exceptionem*, come concessione dell'eventuale difesa opposta dal convenuto ... ed è comunque chiaro che il *dare iudicium* indica la complessiva istruzione impartita al *iudex* nel suo insieme, comprendente sia la '*pars pro actore*' sia la '*pars pro reo*'».

<sup>28</sup> R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium*, cit., s.p.

<sup>29</sup> D. 2.13.1 pr. (Ulp. 4 *ad ed.*): *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequisimum videtur eum qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debet et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur*. Sul passo vd.: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano 1963, 354 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 302; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, 35 ss.; I. BUTI, *Il «praetor»*, cit., 203 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 220 nt. 1; R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium*, cit., s.p. Il passo fa riferimento non all'*actor* ma a *qui acturus est*, tuttavia ciò non impedisce di considerare già intentata l'*actio*, tanto che il convenuto viene denominato con il termine tecnico-processuale '*reus*'. Sul punto, e nel senso che il processo potesse considerarsi già intentato al momento della *editio actionis* e della contestuale *in ius vocatio*, si vd. M. ZABŁOCKA, *La costituzione del «cognitor» nel processo romano classico*, in *Index* 12, 1983-1984, 145 [= 6]; I. BUTI, *Il «praetor»*, cit., 203 nt. 52.

<sup>30</sup> D. 5.1.21 (Ulp. 70 *ad ed.*); D. 30.71.2 (Ulp. 51 *ad ed.*), testi sui quali vd., per tutti, R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio* II. *Il iudicium facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH* I, 2009, 91 ss. [*Scritti minori*, II, cit., 700 ss.].

<sup>31</sup> È bene precisare che, di solito, in dottrina (per tutti, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 288) non si individua il momento esatto nel quale interveniva la cd. *datio actionis*, sia per il silenzio delle fonti su questo punto sia, forse anche, per la diffusa convinzione in base alla quale solo alla conclusione della fase *in iure*, con la *litis contestatio*, interveniva una pronuncia di *dare* da parte del magistrato, avente ad oggetto la formula (*iudicium*).

Il profilo della tendenziale coincidenza della cd. *datio actionis* e della cd. *datio iudicii* è particolarmente sottolineato nel manuale di Kaser-Hackl,<sup>32</sup> nel quale si precisa che preferibilmente le fonti descrivono la concessione della formula ricorrendo, oltre all'espressione 'dare iudicium', anche alla locuzione 'dare actionem'.

Alla luce di questa circostanza abbiamo deciso di accantonare l'esame delle fonti relative alla cd. *datio actionis* e alla cd. *datio iudicii*, e di restringere il campo di indagine alle sole attività di *denegare actionem* e *denegare iudicium*.

4. È già stato sottolineato da Nicla Bellocchi<sup>33</sup> che *denegare actionem* e *denegare iudicium* rinviano a concetti non coincidenti: si può infatti *denegare* il *iudicium* senza per questo *denegare* il modello di *actio* edittale corrispondente, essendo *iudicium* termine dotato di un significato più esteso di *actio*, potendo esso comprendere parti della formula come l'*exceptio*, la *replicatio* e così via.

Noi siamo convinti che le nostre espressioni siano utilizzate non casualmente nelle fonti poiché esse, benché equivalenti sul piano lessicale<sup>34</sup> in quanto esprimono il rifiuto di concedere l'azione, tuttavia, possono anche alludere ad attività di diverso contenuto.

Prendiamo le mosse da uno spunto che abbiamo rinvenuto per la prima volta nel pensiero di Ernst Immanuel Bekker,<sup>35</sup> il quale notava proprio con riguardo alla coppia *denegare actionem-denegare iudicium*, che il *denegare actionem* si può realizzare tanto con il *denegare* la formula, quanto con il concedere un programma di giudizio munito di *exceptio*.

Peraltro, occorre precisare, dal nostro punto di vista, in parziale correzione rispetto al pensiero di Bekker,<sup>36</sup> che il *denegare* non contiene il *dare*: si tratta di attività distinte.<sup>37</sup> Infatti, la concessione di una *exceptio* presuppone la cd. *datio actionis* (o *iudicii*), poiché l'*exceptio* tecnicamente si oppone non all'azione, ma a ciò che è dedotto nella *intentio* e nella *condemnatio*<sup>38</sup> e non può, perciò, considerarsi una semplice modalità del *denegare actionem*, quanto

<sup>32</sup> M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 288 s. La coincidenza delle espressioni *dare actionem* e *dare iudicium* è sostenuta anche da N. BELLOCCHI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», cit., 333. Per una indicazione dettagliata delle fonti giuridiche in cui compaiono di due costrutti basti rinviare alla lunga elencazione del VIR, *s.v. do e actio*.

<sup>33</sup> N. BELLOCCHI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», cit., 334.

<sup>34</sup> Come già notato da von Helmolt, *supra*, nt. 9.

<sup>35</sup> E. I. BEKKER, *Überschaudes geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Actionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen*, in ZSS 15, 1894, 184 s.; Id., *Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht*, in ZSS 24, 1903, 346. Sebbene nel contesto di una più ampia critica del pensiero di Bekker, su questo punto è concorde anche R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 82-85.

<sup>36</sup> E. I. BEKKER, *Streitfragen*, cit., 346: «non dari actionem» in doppelter Weise, durch Verweigerung von Richter und Formel oder durch Einsetzung des Richters und Gewährung der Formel mit eingerückter Exzeption sich hätte verwirklichen lassen».

<sup>37</sup> Sul punto, ci appaiono conducenti i rilievi di R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., 88: «Die Eigenschaft, die Bekker der Exception zum Zwecke des denegari a. beilegt, ist quellenmässig mit keinem Worte überliefert und ist daher unannehmbar».

<sup>38</sup> D. 44.1.2 pr. (Ulp. 74 ad ed.): *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemue deductum est*. Sul passo si vd. R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 102 e 103 nt. 124,

piuttosto dal nostro punto di vista, un rimedio alternativo al *denegare actionem*.<sup>39</sup>

Tornando a Bekker, egli non individuava in cosa consistesse il *denegare iudicium*. Noi siamo convinti che tale espressione, laddove compare nelle fonti giuridiche, indichi unicamente il rifiuto ‘radicale’ di concedere l’azione, senza che residui la possibilità di un distinto atto di *dare* un programma di giudizio munito di *exceptio*, come accade quando nelle fonti troviamo impiegata la locuzione *denegare actionem*.

Insomma, crediamo che le espressioni *denegare (non dare) actionem* ovvero *denegare iudicium* siano impiegate nelle fonti giuridiche in modo tecnico: viene impiegata la locuzione *denegare iudicium* in contesti incompatibili con la concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio*; compare la locuzione *denegare actionem* allorché il magistrato veniva posto di fronte ad una alternativa: rifiutare la concessione dell’azione ovvero concedere un programma di giudizio munito di *exceptio*.

In effetti, occorre riconoscere che una promessa editale espressa in termini di *actionem non dare (denegare)* avrebbe potuto condurre tanto al rifiuto di concedere la formula dell’azione, specie quando l’accertamento riguardava circostanze cosiddette liquide, tali cioè da potere essere agevolmente valutate direttamente dal pretore *in iure*, quanto alla concessione di una *formula* munita di *exceptio*. Tale ultima evenienza doveva riguardare le circostanze non liquide, tali da imporre accertamenti più approfonditi: il magistrato giudicante poteva demandarli al giudice attraverso la concessione di una *formula* dotata di *exceptio*, nella quale era dedotta come condizione negativa della condanna proprio l’accertamento di certi fatti che, ove esistenti, avrebbero condotto all’assoluzione del convenuto.<sup>40</sup>

con letteratura. D’altra parte, anche nella prospettiva adottata da Gaio l’*exceptio* presuppone l’avvenuta *datio* dell’azione: Gai 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur*.

<sup>39</sup> R. QUADRATO, *Sulle tracce dell’annullabilità*, cit., 101 e G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile e giustiniano*, II, Torino 1989, 408, riportano ad una tendenza degli ambienti postclassici l’assimilazione della mancata spettanza dell’*actio* alla sua neutralizzazione attraverso l’*exceptio*, come accade in D. 50.17.112 (Paul. 8 *ad ed.*): *Nibil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*, passo nel quale la mancata spettanza dell’*actio* (che ben avrebbe potuto sfociare nel rifiuto di concedere l’azione) e l’*exceptio* sono poste sullo stesso piano. A dimostrazione della non rispondenza dei concetti espressi in quest’ultimo passo con i principi del diritto classico, si vd. D. 34.4.22 (Pap. 6 *resp.*): *... hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submouebitur* rell. Da questo frammento di Papiniano risulta chiaramente come l’inserimento della *exceptio doli* nella formula delle *actiones hereditariae* ha come presupposto che esse non vengano denegate.

<sup>40</sup> Rinviamo sul punto a D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in *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, 97 e nt. 141, per indicazione di letteratura, il quale rileva l’intercambiabilità tra il *denegare l’actio* e il concedere l’*exceptio* nel pensiero dei giuristi classici. Anche A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 77, aveva con altrettanta chiarezza chiarito che nel processo formulare «l’*exceptio* si è affiancata alla *d.a.*, sicché i due rimedi spesso trovano applicazione alternativa nella stessa fattispecie, presentando un evidente parallelismo di finalità». Naturalmente l’alternativa si doveva porre in termini di pratica opportunità, nel senso che se l’accertamento della circostanza incerta era agevole e poteva essere compiuto *in iure*, era lo stesso pretore a compierlo giungendo, in caso di valutazione negativa, al *denegare actionem*; diversamente, nel caso di un accertamento più complesso, occorreva affidare questo compito al giudice privato mediante l’inserimento dell’*exceptio* nella *formula*.

Precedentemente, nel pensiero di due eminenti processualisti del calibro di Wlassak e Pugliese la ri-



4.1. Con riferimento al *denegare actionem* non occorre alcuna indagine specifica sulle fonti, poiché sono stati già posti in evidenza i luoghi nei quali la locuzione *denegare actionem* è impiegata per indicare il rifiuto di dare l'azione, ma senza escludere la possibilità per il magistrato di concedere una *formula* munita di *exceptio*.<sup>41</sup>

L'esempio che ci è parso più significativo in questo senso è quello dell'*exceptio senatusconsulti Macedoniani*. Essa rappresentava il rimedio più diffuso con il quale il pretore dava attuazione al senatoconsulto che vietava di contrarre mutui in denaro con i *fili familias in potestate patris*. Eppure il testo del senatoconsulto, che conosciamo attraverso il commentario editale di Ulpiano, non menzionava affatto l'*exceptio* e discorreva solo di *denegare actionem*:<sup>42</sup> D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: ... NE CUI QUI FILIO FAMILIAS MUTUAM PECUNIAM DEDISSET ... ACTIO PETITIO DARETUR* rell.

Era stata la diuturna opera di applicazione del senatoconsulto Macedoniano nella prassi che aveva spinto i pretori a tradurre la previsione normativa '*ne actio daretur*' in modo alter-

costruzione di questo aspetto del *denegare actionem* emerge con chiarezza. M. WŁASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess* in ZSS 33, 1912, 147 ss., paginazione che abbiamo seguito [= *Ea res agatur*, in *Mélanges P. F. Girard. Etudes de droit romain dédiées à M<sup>r</sup> P. F. Girard, Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60<sup>e</sup> anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, II, Paris 1912, 615 ss.] osserva che se anche l'editto pretorio avesse contenuto una promessa di *denegare actionem* senza menzionare l'*exceptio*, ciò avrebbe comunque lasciato libero il pretore di difendere il convenuto mediante la concessione di una *formula* munita di *exceptio*, anche per essere sollevato da gravose incombenze istruttorie. Al più, conclude Wlassak, la mancata menzione dell'*exceptio* avrebbe potuto denotare lo stato della prassi, la quale in certe circostanze poteva conoscere solo esoneri dal processo. Similmente G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, rist. Napoli 2006, 134 ss., segnala che non sempre il criterio della liquidità per l'accertamento di un fatto era decisivo nella scelta tra *denegare* l'azione e inserire l'*exceptio* nella *formula*.

<sup>41</sup> A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 76 ss.; Id., *Eccezione di dolo generale e «denegatio actionis»*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cur. L. GAROFALO, Padova 2006, 399 ss., il quale analizza testi nei quali il pretore, pur potendo pervenire facilmente ad un accertamento *in iure* di certe circostanze che legittimerebbero il *denegare actionem*, invece concede il rimedio dell'*exceptio doli*.

Riportiamo le fonti che ci sono parse più significative nel senso di considerare la concessione di una *formula* munita di *exceptio* un rimedio alternativo al *denegare actionem*: D. 4.4.12 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoueri debet*; D. 4.8.21.9 (Ulp. 23 *ad ed.*): *actionem denegari aut exceptione tutum fore*; D. 12.2.9.5 (Ulp. 22 *ad ed.*): *mox bonis eius uenditis experiri uolet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur* rell. Si vd. ancora: D. 16.1.2.1 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 16.1.19.5 (Afr. 4 *quaest.*) passi che dimostrano come alla previsione del senatoconsulto Velleiano (*neve in eas actio detur*) fosse data attuazione mediante la concessione dell'*exceptio* (cd. *senatus consulti Velleiani*). Indicazione di altre fonti in F. L. KELLER, *Der römische Zivilprozess*<sup>6</sup>, Leipzig 1883, 175 nt. 390. G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 146 ss. e nt. 351. H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis sous la Procédure Formulaire*, Lille 1924, 8 ss.

<sup>42</sup> Per tutti, S. LONGO, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino 2012, 15 ss. La studiosa sottolinea che l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani* era un rimedio che «per quanto di per sé non previsto in maniera espressa nei *verba senatusconsulti*, orientati per converso a menzionare unicamente la *denegatio actionis*, fu così largamente utilizzato nella pratica – come provano i tanti riferimenti ad esso presenti nei testi giurisprudenziali di commento alla disposizione senatoria – da diventare, di fatto, il principale strumento di attuazione del senatoconsulto, ed essere in tal modo indicato nel linguaggio giurisprudenziale classico con la comune denominazione di *exceptio senatusconsulti Macedoniani*». Cfr., inoltre, 18 nt. 30, per una limpida sintesi dei rapporti tra *denegare actionem* ed *exceptio* ed ulteriori indicazioni di letteratura su questo specifico argomento e, ancora, 155 ss.

nativo e tale da permettere la concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio*.

Infine, non potrebbe essere più esplicito il titolo edittale 'QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR'<sup>43</sup> che comprendeva solo eccezioni: l'*exceptio iuris iurandi*, l'*exceptio negotii in alea gesti* e l'*exceptio onerandae libertatis causa*, parallele ad altrettante ipotesi di *denegare* previste nelle prime sezioni dell'editto.<sup>44</sup>

Ai nostri fini conta notare come a fronte della programmatica previsione di *denegare* l'*actio*, nella prassi i magistrati giudicanti dovevano per lo più concedere formule munite di eccezioni: esse si trovano tipizzate proprio all'interno di questo editto.

Si dimostra ancora una volta che il *denegare actionem* implicava per il magistrato giudicante la possibilità di concedere una *formula* munita di *exceptio*.

*Exceptio* e *denegare actionem* risultano accostate nelle fonti anche in virtù dell'intervento dei compilatori. Come notato da Biondo Biondi<sup>45</sup> «talvolta l'interpolazione deriva dalle mutate condizioni generali del processo: infatti, scomparsa la facoltà del magistrato di accordare o *denegare* l'azione in forza del suo '*imperium*', i compilatori accordano la '*exceptio*' laddove il giurista ammetteva che il Pretore dovesse '*denegare actionem*'».

Si deve essere trattato di un'evoluzione sollecitata, comunque, anche dalle richieste dei convenuti, i quali avevano tutto l'interesse, specie nei casi di azioni ritenute incardinate *non recte*, ad *accipere* un *iudicium* munito di *exceptio* per giovare degli effetti preclusivi della *litis contestatio* in caso di assoluzione. Al contrario, il *denegare actionem*, privo com'era di effetti preclusivi,<sup>46</sup> avrebbe consentito solo di eludere il giudizio legato all'azione momentaneamente *denegata*,<sup>47</sup> ma non avrebbe impedito, come noto, all'attore di riproporre la *postulatio actionis* innanzi allo stesso magistrato o ad un suo successore.

La preferenza del *denegare* a scapito dell'*exceptio* doveva porre, piuttosto, il problema di tutelare il convenuto che non si sarebbe potuto giovare degli effetti preclusivi della *litis contestatio*. Costui era infatti esposto alle chiamate in giudizio relative ad un'azione che poteva essere

<sup>43</sup> O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 512. L'intitolazione proposta da Lenel segue quella di D. 44.5, titolo oggetto della monografia di J. H. VAN STRYEN, *Diatriba juridica inauguralis ad T. D. quarum rerum actio non datur*, Trajecti Batavorum 1746. Ci pare significativo segnalare che già nel pensiero di questo studioso si rinviene l'impostazione in seguito abbracciata da Bekker e secondo la quale l'*exceptio* sarebbe una manifestazione del *denegare actionem*, si vd. J. H. VAN STRYEN, *Diatriba juridica inauguralis*, cit., 12: «quamvis enim proprie actio non dari dicatur, qua ipso iure nulla est, tamen hic actio non dari dicitur ea quae exceptione peremptoria eliditur». Eloquente è anche l'intitolazione del capitolo quinto (15): «Exceptiones ... quae efficiunt, ut actio non datur» e ancora (18): «Altera exceptio, propter quam actio non datur ...». In senso critico nei confronti di questa impostazione cfr. *supra*, § 4 ntt. 36-39.

<sup>44</sup> O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 512.

<sup>45</sup> B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei'. I. *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in AUPA 7, 1918, 10.

<sup>46</sup> Invero, è stato anche sostenuto che il *denegare actionem* fosse dotato di effetti preclusivi o esclusori da J. C. NABER, *De actionis denegatione. Observatiunculae de iure romano, LXXXIV. Mnemosyne. Bibliotheca Philologica Batava*, 28, 1900, 62 ss. e 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, 3 ss. Tuttavia, si tratta di idee che non hanno trovato alcun seguito in dottrina. In senso critico si vd. specificamente: H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in ZSS 102, 1985, 454 s.

<sup>47</sup> A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 172 s.

– per ipotesi – denegata anche infinite volte. Le fonti non ci dicono quali rimedi potessero giovare al convenuto per scongiurare conseguenze del genere; potrebbe pensarsi all'imposizione di una *cautio amplius non peti* con cui l'attore si sarebbe impegnato a non riproporre un'azione già denegata, specie se più di una volta.<sup>48</sup>

5. Sul versante del *denegare (non dare) iudicium*, manca, invece, nel panorama degli studi giusromanistici un'indagine apposita sulle fonti nelle quali compare questa espressione.

Essa si rinviene in undici testi,<sup>49</sup> tutti accomunati dalla circostanza per la quale la locuzione *denegare iudicium* è impiegata in contesti incompatibili con l'alternativa consistente nella concessione di una *formula* dotata di *exceptio*, come invece accade nei casi in cui troviamo impiegata l'espressione *denegare actionem*: il *denegare iudicium* segnala solo il rifiuto 'radicale' del programma di giudizio.

5.1. Cominciamo dall'editto '*de aleatoribus*'.<sup>50</sup> Esso potrebbe apparire di difficile conciliazione con l'ipotesi che proponiamo ma, come cercheremo di dimostrare, anche in questo caso, l'unico nel quale il *denegare iudicium* si traduce nei *verba* edituali '*iudicium non dabo*', l'attività di *denegare* il *iudicium* si dovette concretare nel solo rifiuto del programma di giudizio e non nella concessione di una *formula* dotata di *exceptio*:

D. 11.5.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: SI QUIS EUM, APUD QUEM ALEA LUSUM ESSE DICETUR, UERBERAVERIT, DAMNUM EI DEDERIT, SIUE QUID EO TEMPORE DOLO*<sup>51</sup> *EIUS SUBTRACTUM EST IUDICIUM NON DABO* rell.

<sup>48</sup> Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 329. La difficoltà di concepire la *cautio amplius non peti* in questa applicazione potrebbe discendere dal fatto di doverne postulare l'autonomia rispetto alla *cautio de rato* (Gai 4.84), imposta al *procurator ad litem* in veste di attore, autonomia negata ad esempio da A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, rist. Pamplona 1997, 254. Più cautamente, O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 541, ricostruisce la *cautio amplius non peti* quale clausola (definita *de amplius non petendo*) interna alla *cautio de rato*, pur senza escludere, sulla base di D. 46.8.14 (Paul. 3 *ad Plaut.*), la possibilità di una sua autonoma esistenza. In effetti, fuori dalla materia della cd. rappresentanza processuale, le applicazioni della *cautio amplius non peti* non mancano, si vd. le fonti, specie quelle letterarie di età repubblicana, citate da L. DEBRAY, *La cautio amplius non peti*, in NRHDFE 36, 1912, 5 nt.1, fonti che consentono di ritenere la strada proposta da Talamanca percorribile, specie se si accetta l'idea di Debray (38 s.) secondo la quale la *cautio amplius non peti* sarebbe stata più antica della *cautio de rato* (come dimostrerebbero le citazioni in Catone e Cicerone) e sarebbe stata inglobata all'interno di quest'ultima per opera della giurisprudenza, atteso che la sua applicazione nella prassi doveva essere limitata dall'operare del principio di preclusione processuale, fin dalle *legis actiones*.

<sup>49</sup> Noi raggrupperemo i frammenti all'interno di nove paragrafi (§§ 5.1-5.9) poiché abbiamo accorpato i casi (*infra*, § 5.2 e nt. 71) nei quali compare l'espressione *denegare (non dare) iudicium in heredem* per l'identità della fattispecie.

<sup>50</sup> O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 176.

<sup>51</sup> La parola '*dolo*' compare nella *Florentina*, ma non pochi studiosi preferiscono emendare il testo con la parola '*domo*' in virtù del fatto che, nel seguito del passo, Ulpiano commenta la parola '*domum*', che evidentemente doveva comparire tra i *verba edicti*: D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est*. Rinviamo per l'indicazione di letteratura all'*Index interpolationum*.

L'editto 'de aleatoribus', forse risalente al I secolo a.C.,<sup>52</sup> mirava a reprimere l'attività del *susceptor*,<sup>53</sup> cioè del tenentario di bische nelle quali era praticato il gioco d'azzardo, turpe o con scommessa,<sup>54</sup> privando costui della tutela nascente dalla concessione delle azioni derivanti dai delitti di *iniuria*, *damnum iniuria datum* e *furtum*<sup>55</sup> commessi a suoi danni e presso di lui in occasione del gioco.

L'editto era stato concepito per contrastare l'attività del gioco illecito in via indiretta, non vietando il gioco turpe o con scommessa in sé, ma intervenendo sui *susceptores* che lo organizzavano favorendone lo svolgimento. Costoro venivano privati di tutela giurisdizionale, di modo che si sarebbero dovuti accollare il rischio di fatti illeciti commessi a loro danno in occasione dello svolgimento del gioco.

Ed in effetti, tutti gli studiosi che si sono accostati allo studio dell'*edictum 'de aleatoribus'* hanno identificato la previsione edittole 'IUDICIUM NON DABO' con il solo *denegare actionem*, senza pensare all'alternativa consistente nella concessione dell'azione nascente da uno dei delitti menzionati dall'editto, munita di *exceptio*.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Sulla base dello stile, M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz*, 2, Weimar 1951, 33 s. [= *Ausgewählte Schriften*, 1, Camerino 1976, 221 s.] in parte sulla scia di J. H. DERNBURG, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts*, in *Festgaben für A. W. Heffner zum III. August 1873*, Berlin 1873, 103 ss. e 129, ritiene che l'editto risalga all'ultimo secolo dell'età repubblicana, epoca nella quale si datano anche alcune leggi *de alea*. Per l'età repubblicana si esprimono anche: M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel im römischen Recht*, in *ZSS* 102, 1985, 196 s.; A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo: dati e problemi*, in *Studi De Sarlo*, Milano 1989, 519.

<sup>53</sup> Per la ricostruzione degli esatti contorni della figura del *susceptor* rinviamo a M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212 ss. e S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam. Scommessa e giuoco nella prospettiva della dottrina e delle fonti*, in *SDHI* 75, 2009, 343 ss.

<sup>54</sup> In particolare, rinviamo al recente contributo di S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam*, cit., 331 ss., volto a porre in evidenza il fatto che a Roma non era vietato il gioco d'azzardo come tale, ma solo la scommessa collegata al gioco al fine di evitare la dissoluzione dei patrimoni, tanto che anche le *leges aleariae* di età repubblicana avrebbero avuto un campo di applicazione limitato al solo gioco con scommessa. In precedenza G. IMPALLOMENTI, *In tema di gioco*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 5, Napoli 1984, 2331 ss., aveva sostenuto, diversamente, che non ogni gioco era colpito dai divieti pretori o legislativi, ma solo quello turpe, con la conseguenza di potere considerare valido e azionabile un negozio con effetti obbligatori avente come unica causa l'*alea*, caratterizzato da una scommessa lecita, *virtutis causa* o *vescendi causa*, e non turpe. Sulla disciplina dei contratti di gioco e scommessa in diritto romano si vd.: G. IMPALLOMENTI, *Il regime del gioco nel Corpus Iuris in relazione ad alcune codificazioni europee*, in *Europa im Aufbruch. Festschrift F. Schwind zum 80. Geburtstag*, cur. F. MATSCHER und I. SEIDL-HOHENVELDERN, Wien 1993, 165 ss. [= *Scritti di diritto romano*, cit., 643 ss.].

<sup>55</sup> A queste azioni si aggiunse anche l'*actio vi bonorum raptorum* per opera dell'attività di interpretazione della giurisprudenza: D. 11.5.1.1 (Ulp. 23 ad ed.): *si rapinas fecerint inter se collusores, vi bonorum raptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit uindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni uideantur*.

<sup>56</sup> I seguenti studiosi identificano la misura adottata dall'editto *de aleatoribus* nella sola decisione di *denegare actionem* opposta al *susceptor*, senza menzionare l'*exceptio*: P. PANTOJA DE AJALA, *Commentaria in tit. V D. lib. XI de aleatoribus*, in *Thesaurus juris Romani continens rariora meliorum intepretum opuscula*, in *quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur, cum Praefatione Everardi Otonis*, IV, Basileae 1744, 916 ss. e, specialmente 919, il quale, con riferimento ai tenentari delle bische, precisa: «non solum actione destituuntur ... sed etiam iudicis officio privantur, ita ut iudex pro arbitrio non possit haec crimina inquirere, & causa cognita in aggressores animadvertere»; H. HUBER, *Praelectionum iuris civilis tomii tres*

Anche perché l'unica *exceptio* attestata nelle fonti in materia di gioco non riguarda il caso del *susceptor*; si tratta dell'*exceptio negotii in alea gesti*, contemplata sotto la rubrica editale '*Quarum rerum actio non datur*'. Quest'ultima è una eccezione nominata relativa non alle obbligazioni nascenti dai delitti commessi in occasione del gioco, ma ai negozi conclusi in occasione o al fine del gioco, volta a tutelare chi aveva perduto al gioco e fosse stato convenuto in giudizio per ottenere l'adempimento del debito.<sup>57</sup>

Solo nel pensiero di Giambattista Impallomeni<sup>58</sup> e Atilio Pollera<sup>59</sup> abbiamo rinvenuto l'idea che il pretore potesse concedere una formula dotata di una ipotetica *exceptio* '*nisi apud eum alea lusum esset*', alternativa al *denegare actionem*, nei casi in cui era dubbio se gli illeciti si fossero verificati presso il *susceptor* e in occasione del gioco.

Ora noi non vogliamo certo negare che il pretore avesse il potere di concedere *exceptiones*

*secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, II, Lovanii 1766, 360 ss.; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani iuris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et praecipue fori quaestiones excutuntur*, I, Neapoli 1827, 543 s.; G. HUMBERT, *s.v. alea*, in DS, I, Paris 1877, rist. Graz 1969, 180; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 860 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1347 s.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, tradotto ed annotato da A. Castellari-C. Ferrini-C. Manenti-A. Ascoli-C. Fadda, Milano 1903, 551; R. DÜLL, *Denegationsrecht und prätorische Jurisdiktion*, Eichstätt 1915, 29, per il quale «die *denegatio actionis* eine Strafe ist»; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, Palermo 1958, 553 s.; G. SCHERILLO, *Manuale di storia del diritto romano*, Milano-Varese 1950, 229 nt. 1; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris 1968, 45; S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam*, cit., 344: «il compimento di un giuoco, presumibilmente con scommessa ... non conduce alla condanna del soggetto presso cui si gioca o che ha raccolto le scommesse, ma si colpisce indirettamente un tale soggetto privandolo della tutela processuale per atti illeciti. Peraltro sembra probabile che un intervento di tale tipo, ottenuto per mezzo di una *denegatio*, non corrisponda ad un principio di *ius civile* ma tragga origine da una scelta del pretore che in tal modo sanziona indirettamente comportamenti riprovevoli».

<sup>57</sup> F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, cit., 553 ss., ricorda che il contratto di gioco era nullo, a tal punto che quanto pagato dal perdente poteva essere ripetuto e quanto vinto dal vincitore non poteva essere richiesto al perdente.

<sup>58</sup> G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco*, cit., 2345: «quando oltre alla *denegatio* l'Editto non prevedeva anche l'*exceptio*, il magistrato avrebbe avuto maggiore discrezionalità nell'accondiscendere o meno all'introduzione nella formula di un'eccezione innominata; ove l'avesse rifiutata, l'attore dimostrando i fatti asseriti avrebbe ottenuto la vittoria. Il pensiero corre agli illeciti subiti dal tenentario di bische: ove *in iure* il convenuto non fosse riuscito a convincere il magistrato giudicante, questi, lungi dal *denegare* in base all'editto di D. 11.5.1 pr., avrebbe invece accordato l'azione del caso: per giunta, se convinto che gli illeciti non fossero stati arrecati in occasione di gioco, avrebbe potuto rifiutare l'eccezione '*nisi apud eum alea lusum esset*', non enunciata nell'Editto, compromettendo così le ragioni del convenuto. Diversamente quando l'Editto espressamente prevedeva anche l'eccezione. Richiesto dal convenuto di insinuarla nella formula, il magistrato, rinviando le parti *apud iudicem*, non avrebbe potuto ometterla». In termini del tutto simili si esprime lo studioso in ID., *La "denegatio actionis" e l'"exceptio" in diritto romano*, cit., 149 ss. (= *Scritti di diritto romano*, cit., 639, paginazione che abbiamo seguito).

<sup>59</sup> A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo*, cit., 535: «Nel caso previsto da D. 11.5.1 pr. (illeciti subiti dal *susceptor*) se le asserzioni del convenuto non avessero trovato accoglienza da parte del magistrato, questi non solo non avrebbe concesso la *denegatio* ed avrebbe dato corso all'azione relativa, ma se, a suo avviso, gli illeciti non fossero stati commessi durante o in occasione del gioco avrebbe potuto rifiutare l'eccezione non prevista dall'editto. Al contrario prevedendo l'editto anche l'*exceptio* il magistrato nell'atto di rinvio delle parti davanti al giudice non avrebbe potuto rifiutarla».

cosiddette *extraedittali* o *innominate*;<sup>60</sup> il dettato di Gai 4.118 è fin troppo chiaro in questo senso: *exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat*. E sono inoltre da condividere le considerazioni di Impallomeni e Pollera, i quali ricordano che quando ai pretori era chiesto l'inserimento in una *formula* di una *exceptio* cd. *innominata*, costoro erano molto più liberi di concederla o rifiutarla, rispetto ai casi di eccezioni cosiddette *nominate* e già previste nell'editto. In quest'ultimo caso, infatti, il magistrato giudicante avrebbe, se non altro, dovuto giustificare la mancata applicazione al caso di specie della previsione edittale, esponendosi di più che nel caso delle eccezioni *extraedittali* al *ius intercessionis* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* e dei tribuni della plebe, nonché alle previsioni dell'editto cosiddetto di *ritorsione*.<sup>61</sup>

Ciò che, piuttosto, non ci convince è che la concessione di una *exceptio* cosiddetta *innominata* abbia caratterizzato il modo in cui pretori diedero attuazione all'editto *'de aleatoribus'* e, in particolare, alla previsione *'iudicium non dabo'* in esso contenuta. Già il fatto in sé che le fonti non conservino alcuna traccia di una ipotetica eccezione *'nisi apud eum alea lusum esset'* ci pare significativo nel senso che la concessione di una *formula* munita di una simile *exceptio* non aveva pratica attuazione, tanto da non avere lasciato alcuna traccia di sé.

Tanto meno tale ipotetica *exceptio* (*nisi apud eum alea lusum esset*) è stata teorizzata dai giuristi, il cui dibattito attorno a questo punto dell'editto, piuttosto, muove dal presupposto

<sup>60</sup> Sulle quali vd.: G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS 75, 1958, 256 ss. (= *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania 1998, 76 ss.); G. WESENER, *Nichtediktales Einreden*, in ZSS 112, 1995, 109 ss.; Id., *Zur ediktalen und dekretalen Exzeptionen im Interdiktenrecht*, in *Fides humanitas ius. Studii Labruna*, 8, Napoli 2007, 5909-5926.

<sup>61</sup> Questi ultimi profili abbiamo approfondito in S. SCIORTINO, *«Denegare actionem», decretum e intercessio*, cit., 659 ss. Cogliamo l'occasione per precisare che oltre ai rimedi indicati nel testo, potrebbe anche pensarsi all'*appellatio* della decisione pretoria di *denegare actionem* di fronte agli organi giurisdizionali delle *cognitiones extra ordinem* e in primo luogo al principe. Tuttavia, l'unica fonte che parrebbe deporre in questo senso è relativa al rifiuto della *restitutio in integrum* e non delle azioni: D. 4.4.38 pr. (Paul 1 *decr.*): *uicta tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocauerat ... imperator autem motus est rell.* Paolo si riferisce ad un appello (= *provocatio*) contro la decisione di *denegare* una *restitutio in integrum* rivolto all'imperatore. Tradizionalmente si è interpretato il passo ritenendo che il *praefectus urbi* fosse intervenuto quale organo di appello contro la decisione del pretore (in questo senso, fra i tanti e da ultimi, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile' del «praefectus urbi» nell'età severiana*, in Labeo, 39, 1993, 188; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, 418; V. WANKERL, *Appello ad principem. Urteilstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München 2009, 95 e 101) ma di recente e con buon fondamento, ci pare, è stato sostenuto (da E. NICOSIA, *In diem addictio e lex commissoria*, Catania 2013, 172 ss. nt. 331, con ulteriore indicazione di letteratura) che la giurisdizione del *praefectus urbi* e del pretore possano considerarsi concorrenti ed equiparate, come potrebbero fare pensare gli averbi *tam* e *quam*.

Ai nostri fini, a prescindere dal fatto che la decisione pretoria di *denegare* la *in integrum restitutio* sia stata appellata al *praefectus urbi* o all'*imperator*, la testimonianza rileva poco ai fini di individuare nell'*appellatio* un rimedio contro l'atto di *denegare actionem*. Infatti, l'oggetto del *denegare* nel passo di Paolo è rappresentato da una *in integrum restitutio* e non da un'azione: ciò non permette di riferire il passo al *denegare actionem*, atteso che l'accostamento dell'appello all'istituto della *in integrum restitutio* in età del principato fu conseguenza dell'«inserimento della *restitutio* nel sistema della *cognitio extra ordinem*», così F. FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, in Labeo 13, 1967, 220. Anzi, secondo L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 124, il principio dell'appellabilità dei provvedimenti restitutori avrebbe trovato in un primo tempo riconoscimento soltanto nella *restitutio in integrum* cognitoria, per essere estesa in un secondo momento anche alla *restitutio in integrum* pretoria.

del solo rifiuto dell'azione.<sup>62</sup> In particolare, ci appaiono assai significativi i seguenti passaggi del commento ulpiano all'editto 'de aleatoribus'.

Con riferimento all'*actio vi bonorum raptorum*, Ulpiano precisa che essa poteva essere concessa nel caso di rapine intervenute tra *collusores*, mentre al *susceptor* era proibito esercitare la rivendica:

D. 11.5.1.1 (Ulp. 23 ad ed.): *si rapinas fecerint inter se collusores, ui bonorum raptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit uindicari, non et collusores, quomuis et hi indigni uideantur.*

Ora, Ulpiano non avrebbe a nostro avviso fatto ricorso al verbo *prohibeo* se il *susceptor* avesse avuto la possibilità di ottenere la concessione della rivendica e, in particolare, un programma di giudizio acconciato mediante l'introduzione di una *exceptio* al suo interno, volta a demandare alla fase *apud iudicem* l'accertamento se le rapine erano in effetti avvenute in danno del *susceptor* e in occasione dello svolgimento del gioco d'azzardo. Piuttosto una *prohibitio* ad intentare l'azione (*prohibuit vindicari*)<sup>63</sup> si può identificare, a nostro avviso, solo con il *denegare l'actio*.

Analoghe considerazioni valgono in relazione ai delitti di *iniuria* e di *damnum iniuria datum* in qualunque tempo e in qualunque luogo commessi<sup>64</sup> in danno del *susceptor*:

D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 ad ed.): *Item notandum, quod susceptorem uerberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non uindicat rell.*

<sup>62</sup> Semmai i giuristi dibattevano intorno alla esatta individuazione delle azioni denegate al *susceptor*; ad esempio se doveva denegarsi solo l'azione penale nascente dal *furtum*, come sosteneva Pomponio, ovvero se anche le azioni reipersecutorie configurabili in caso di *furtum* (l'*actio ad exhibendum*, la *rei vindicatio* e la *condictio ex causa furtiva*) come ritenuto da Ulpiano: D. 11.5.1.3 (Ulp. 23 ad ed.): *Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, uideamus, utrum ad poenalem actionem solam pertineat, an et si ad exhibendum uelit agere, vel uindicare, uel condicere. et est relatam apud Pomponium, solummodo poenalem actionem denegatam; quod non puto verum, praetor enim simpliciter ait 'si quid subtractum erit, iudicium non dabo'. Il passo è indagato da E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 165 ss., proprio nell'ottica della divergente estensione del concetto di *iudicium* propugnata da Pomponio e Ulpiano; ci pare significativo che anche questo studioso prenda in esame solo il profilo del *denegare actionem* e non della concessione di una formula munita di *exceptio*.*

<sup>63</sup> Ulpiano più precisamente discorre di *vindicatio*. Probabilmente, sul punto va seguito M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212 ss., il quale crede che in questo caso Ulpiano abbia voluto fare riferimento specificamente alla *rei vindicatio per formulam petitoriam* volta alla restituzione della cosa o al risarcimento del danno. Ciò si potrebbe ricavare dal dibattito con Pomponio in tema di *furtum*, in occasione del quale il giurista di Tiro mostra di accedere ad una nozione ampia di *iudicium (furti)*, non comprendente solamente l'azione penale, ma anche le azioni reipersecutorie *in rem (vindicationes)* e *in personam (condictiones)*.

<sup>64</sup> Sul punto vd.: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, cit., 552; A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo*, cit., 530; S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam ut ego ludam*, cit., 344: «tale mancanza di tutela opera per le percosse e i danni subiti, se occasionati dal giuoco d'azzardo, in qualunque tempo e luogo verificatisi». Anche noi aderiamo a questa lettura del passo che potrebbe essere confermata dal confronto con la disciplina del *furtum* che restava impunito, prosegue il passo, solo se verificatosi al tempo in cui si era svolto il gioco e presso la *domus* del *susceptor*.

Qui il giurista di Tiro interpreta i *verba edicti* notando laconicamente che il *susceptor*, in relazione a queste azioni, *non vindicat*, ossia non intenta l'azione: anche questa è una terminologia incompatibile con la concessione di una *formula* dotata di *exceptio*.

Infine, la conferma più lampante alla nostra interpretazione proviene da:

D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): ... *uerum furtum factum domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit*.

Il *furtum* commesso presso la *domus*<sup>65</sup> del *susceptor* e in occasione del gioco d'azzardo, anche se non commesso da un giocatore, deve considerarsi commesso impunemente.

Ora, Ulpiano non avrebbe potuto impiegare l'avverbio *impune*, che nel linguaggio dei giuristi significa tecnicamente insuscettibile (o senza pericoli) di sanzione<sup>66</sup> se l'autore del *furtum* fosse stato convenibile dal *susceptor* con un'azione munita di *exceptio*, volta a demandare al giudice la verifica che il furto era avvenuto presso l'abitazione del tenentario della bisca e in occasione del gioco.

Infatti, sarebbe bastato che il ladro convenuto, per una qualunque ragione, non si fosse presentato *apud iudicem* per avere una sentenza di condanna nei suoi confronti, con la conseguenza che il *furtum* sarebbe stato punito.<sup>67</sup>

Ad identiche conclusioni occorre pervenire nel caso in cui il giudice avesse pronunciato una condanna ingiustamente. Dato che le parti in causa sarebbero state il ladro e il tenentario di una bisca, non possiamo escludere che l'intento dell'editto '*de aleatoribus*' fosse proprio quello di evitare che la lite giungesse *apud iudicem*, per evitare possibili interferenze che soggetti di basso profilo morale, come quelli in causa, avrebbero potuto esercitare nei confronti del giudice.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est*.

<sup>66</sup> Com'è facilmente arguibile dai lessici. L'impunità, meglio diremmo la 'impunità', dei delitti commessi nei confronti del *susceptor* è da tempo evidenziata in dottrina: G. A. STRUVIUS, *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum cum additionibus P. Mülleri*, I, Francofurti et Lipsiae 1718, 940 s.; J. F. VON MALBLANC, *Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum*, II.1, Tubingae 1802, 279; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, 11, cit., 554, il quale muove proprio dal nostro inciso '*impune fit*' per ritenere esclusa sia la tutela civile sia la tutela penale. Anche M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212 ss., pone l'accento su questo aspetto e adopera parole come '*straflos*' o '*straffrei*' per segnalare l'assoluta certezza dell'impunità dell'illecito commesso in danno del *susceptor*, impunità che poteva essere assicurata solo dal rifiuto di concedere il *iudicium*. Quanto alle fonti, i riscontri che ci sono parsi più significativi nel senso dell'identificazione del concetto di impunità con l'insuscettibilità di sanzione, perché il fatto da cui la sanzione potrebbe derivare è in realtà lecito, ci sono sembrati un paio di luoghi delle Istituzioni di Gaio. Il primo è relativo al primo capo della *lex Aquilia*, Gai 3.211: *itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*; il secondo riguarda la categoria degli *interdicta recipierandae possessionis*, Gai 4.154: .... *eum, qui a me ui aut clam aut precario possidet, impune deicio*.

<sup>67</sup> Sul punto vd. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, cit., 111. Tuttavia si segnala il recente contributo di L. D'AMATI, '*Litem deserere*', in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, cur. L. GAROFALO, II, 177-239, con riflessioni volte a porre in dubbio l'applicabilità automatica del precepto decemvirale *post meridiem praesenti litem addicito* anche al processo formulare.

<sup>68</sup> Né, forse, è un caso che Ulpiano, proprio all'interno del libro ventitreesimo *ad edictum*, esaurita la materia dell'editto '*de aleatoribus*', si occupasse del *iudex qui litem suam fecerit*.



In conclusione, dal tenore del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi attorno all'editto 'de aleatoribus' crediamo che la promessa 'IUDICIUM NON DABO' in esso contenuta trovasse pratica attuazione solo attraverso il rifiuto di concedere l'azione: proprio per questo motivo l'editto era stato formulato in termini di 'iudicium non dabo' e non mediante la più diffusa espressione 'ACTIONEM NON DABO' la quale, come detto, lasciava ai pretori la possibilità di concedere un programma di giudizio munito di *exceptio*.

Di una *exceptio* 'nisi apud eum alea lusum esset' extraeditale non vi è alcuna traccia nelle fonti le quali piuttosto considerano i fatti illeciti commessi in danno del *susceptor*, alle condizioni indicate dell'editto, non perseguibili, addirittura impunemente commessi, come nel caso del furto. Si tratta di una previsione di sottrazione a sanzione a nostro avviso inconciliabile con la concessione di un programma di giudizio caratterizzato dall'inserimento di una *exceptio* al suo interno; anche perché in quest'ultimo caso l'efficacia deterrente che l'editto 'de aleatoribus' avrebbe potuto giocare nei confronti del proliferare del gioco illecito sarebbe stata di gran lunga minore.

5.2. Proseguiamo con l'esame di un passo significativo ai nostri fini poiché vi ricorre l'espressione *iudicium in heredem non dare*, incompatibile con la concessione di una *formula* munita di *exceptio*:

D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 ad ed.): *Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt; in heredem autem non dabuntur* rell.

Il frammento è relativo al commento dell'*actio*<sup>69</sup> *damni*, penale *in duplum, in factum, adversus nautas* per i danneggiamenti subiti dai passeggeri sulla nave e provocati dall'*exercitor* o dai suoi dipendenti, liberi o sottoposti a potestà.

<sup>69</sup> Il passo fa invero riferimento a *iudicia*, tuttavia, la circostanza che subito dopo si menzioni l'azione al singolare (*de peculio non dabitur actio ... hanc actionem in solidum eos pati debere*) ha fatto sospettare della sua genuinità. La questione è trattata ampiamente da F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in BIDR 73, 1970, 180 ss., Id., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 2002, 154 ss. e 219 ss., il quale ha prospettato due possibilità: o il passo fa riferimento a *iudicia* perché Ulpiano vuole comprendere nel suo discorso anche l'*actio furti poenalis in duplum adversus nautas*, caratterizzata dagli stessi principi dell'azione di danneggiamento, ovvero il plurale è stato inserito dai maestri bizantini o da un tardo annotatore del testo.

Ai nostri fini la questione non tocca la sostanza del problema, ossia che l'espressione *iudicium (iudicia) non dare (denegare)* faccia riferimento alla sola ipotesi del rifiuto di concedere l'azione e non della concessione di una *formula* dotata di *exceptio*.

Sulla dibattuta genuinità complessiva del frammento si vd.: F. MESSINA VITRANO, *Note intorno alle azioni 'in factum' di danno e furto contro il 'nauta, il 'caupo', lo 'stabularius'*, Palermo 1909, 19 ss.; B. BIONDI, *Actiones noxales*, in AUPA 10, 1925, 151 e nt. 1; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 47, 1927, 57; G. MICOLIER, *Pécule et Capacité Patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon 1932, 689 s.; S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. I. Le azioni contro il «nauta»*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2, 1936, 113-131 (I) e 278-280 (II) [= *Scritti giuridici*, III (1925-1937), Napoli 1960, 503 ss., paginazione che abbiamo seguito]; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 116 nt. 2; F. M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano*, Bari 1952, 170 nt. 2; M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, in *Studi Albertario*, I, Milano 1953, 566; G. PUGLIESE, *In tema «actio exercitoria»*, in *Labeo* 3, 1957, 337 e nt. 55.

Tale azione – parallela a quella prevista per il caso di *furtum* – era dotata di un limitato carattere di penalità tanto che, sebbene pretoria, non era esperibile entro l'anno, ma era *perpetua*. Restava valido, tuttavia, il principio dell'intrasmissibilità dal lato passivo. Ciò a differenza dell'*actio de recepto*, la quale era *perpetua* ed era data anche contro l'erede [cfr. D. 4.9.3.4 (Ulp. 14 *ad ed.*)].

Ne conseguiva che in caso di morte del *nauta*<sup>70</sup> l'azione non sarebbe stata esperibile *in heredem* e, pertanto, a colui il quale avesse convenuto in giudizio l'erede del *nauta* sarebbe stata denegata l'azione; né sarebbe concepibile la concessione contro l'erede di una *formula* munita di *exceptio*, poiché ciò contrasterebbe con il principio di intrasmissibilità dal lato passivo delle azioni penali.

Si tratta, allora, di un altro impiego dell'espressione *non dare (denegare) iudicium* in senso tecnico, ossia rivolto al solo rifiuto di concedere l'azione e non alla concessione di una formula dotata di *exceptio*.

Similmente, anche in altri due frammenti del Digesto si ricorre al concetto di *iudicium denegare*, per esprimere il concetto del *denegare* un'azione nei confronti dell'erede, come accade in D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 *ad ed.*).<sup>71</sup> Anche in questi altri due contesti il *iudicium in heredem non dare (denegare)* non può che alludere al solo rifiuto 'radicale' dell'azione e non alla concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio*, per le ragioni già svolte.

5.3. Un altro riscontro circa l'incompatibilità del *denegare iudicium* con la possibilità per il magistrato di concedere una *formula* munita di *exceptio* è rappresentato dall'espressione '*non debere hoc iudicium dari*' che compare in:

D. 10.3.7.5 (Ulp. 20 *ad ed.*): *Iulianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum ui possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui ui deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc*

<sup>70</sup> Non rilevano ai fini della nostra indagine le ampie questioni poste dal passo e relative alla esperibilità di quest'azione di danno – che Ulpiano trattava nel diciottesimo libro *ad edictum* in calce alla trattazione dell'*actio legis Aquiliae* – in via nossale, ovvero ancora *de peculio* contro il *dominus* del *servus exercitor* che avesse provocato il danno. In argomento vd.: F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 180 ss.; Id., *Impresa e responsabilità*, cit., 154 ss.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli 1976, 126 ss. e 128 nt. 135, sulla genuinità del frammento; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los Llamados Cuasidelitos*, Madrid 1990, 149 ss.; R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino 2002, 99 ss., 234 e nt. 25, 241 nt. 50; M. F. CURSI, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composto*, in *Studi Nicosia*, III, Milano 2007, 142 nt. 75; M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*. I, Milano 2008, 307 s.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano 2008, 165 nt. 138; P. CERAMI, *Tabernae deversoriae. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale*, in *Studi Metro*, I, cur. C. RUSSO RUGGERI, Milano 2010, 451 ss.

<sup>71</sup> Ci riferiamo a: (1) D. 2.3.1.4 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Hoc iudicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.* (2) D. 2.7.5.3-4 (Ulp. 5 *ad ed.*): [3] *Hoc iudicium in factum est: et si plures deliquerint in singulos dabitur et nihil minus manet, qui exemtus est obligatus.* [4] *Heredibus autem ita dabitur, si eorum intersit: neque autem in heredem neque post annum dabitur.*

*cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui prouocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.*<sup>72</sup>

Il frammento si occupa del *iudicium communi dividundo* utile, il cui campo di applicazione copriva situazioni possessorie caratterizzate da giusta causa per le quali, tuttavia, non operava la *vindicatio* ed era inapplicabile il *iudicium communi dividundo* diretto.<sup>73</sup>

Secondo il parere di Giuliano riportato da Ulpiano, il *iudicium communi dividundo* utile doveva essere rifiutato, pure se richiesto *post annum*, nel caso in cui il compossessore contro il quale era stata intentata tale azione avesse detto che l'altro possedeva viziosamente. Infatti, nei casi di *possessio vi*, *precario* e *clam* erano gli interdetti<sup>74</sup> gli strumenti volti ad accertare in via incidentale la *iusta causa possidendi* in capo a chi aveva intentato l'azione, presupposto affinché *iudicium communi dividundo* utile fosse dato.

Ai nostri limitati fini, il passo rileva poiché attesta che la locuzione 'non ... hoc iudicium

<sup>72</sup> Riportiamo il passo senza dar conto delle numerose proposte di emendazione avanzate in dottrina poiché esso, nella parte di nostro interesse relativa al *denegare iudicium*, non è stato sospettato. Di recente, G. D'ANGELO, *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione*, Torino 2007, 160 nt. 20, ha ritenuto il passo, nella sostanza, «di sicura affidabilità»; rinviando al lavoro dello studioso (161 s. ntt. 21-22) per l'analisi critica delle principali proposte di censura.

<sup>73</sup> D. 10.3.7.3-4 (Ulp. 20 *ad ed.*): [3] *Ex quibusdam autem causis uindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.* [4] *Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit, nec si clam, quia iniusta est possessio ista, precaria uero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii uigorem.* Sui presupposti di applicazione del *iudicium communi dividundo* utile vd., per tutti G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale. I. Divisio e uindicatio*, in AUPA 42, Palermo 1992, 274 ss. [= 18 ss.]

<sup>74</sup> La cui esatta individuazione divide gli studiosi. Il passo parrebbe indicare gli interdetti *de vi*, *de precario* e *de clandestina possessione*, rispettivamente per i casi di *possessio vi*, *precario* e *clam*. Tuttavia, gli studiosi che di recente si sono imbattuti nel passo si sono trovati di fronte a due ordini di difficoltà: capire se il passo possa far prova dell'interdetto *de clandestina possessione* e, specie in caso di risposta negativa, capire a quale o quali interdetti intendesse riferirsi Giuliano, con particolare riferimento all'ultima ipotesi, quella della *possessio clandestina*.

Escludono l'esistenza dell'interdetto *de clandestina possessione*: A. UBELOHDE, *Continuazione a F. Glück, Commentario alle Pandette*, 43-44, trad. it. F. Serafini, Milano 1907, 52, 56, 107 ss.; G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animo possidendi*, in BIDR 30, 1920, 28 s. nt. 2 [= *Studii varii di diritto romano ed attuale*, III, cur. P. DE FRANCISCI, Pavia 1922, 123 s. nt. 2]; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 55 nt. 19 e 301 ss.; A. BURDESE, *Possesso tramite intermediario e 'possessio animo retenta'*, in *Studi Volterra*, II, Milano 1971, 407 nt. 76. Da segnalare l'opinione di L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli 1989, 67 ss., a parere della quale l'interdetto *de clandestina possessione* potrebbe essere il frutto di una escogitazione di Giuliano.

A quale o quali interdetti, poi, Giuliano facesse riferimento resta controverso. Secondo G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo 1996, 247 s., il passo non menzionerebbe affatto l'*interdictum de clandestina possessione* e farebbe riferimento al solo interdetto *uti possidetis*, poiché l'*exceptio vitiosae possessionis* avrebbe contemplato tutte e tre i casi del possesso vizioso. Diversamente, G. D'ANGELO, *La perdita della possessio animo retenta*, cit., 161 ss., esclusa l'esistenza dell'interdetto *de clandestina possessione*, crede che il nostro passo menzionasse gli interdetti *de vi* e *de precario*, il primo sarebbe servito anche nel caso di *possessio clandestina*.

*dari* – simmetricamente all'espressione '*cessabit hoc iudicium*'<sup>75</sup> – non poteva che alludere al solo rifiuto di concedere il programma di giudizio, senza che possa pensarsi alla alternativa consistente nella concessione di una formula del *iudicium communi dividundo* utile munita di *exceptio*, nella quale il compossessore contro cui l'azione era stata intentata avrebbe in ipotesi potuto dedurre l'asserita viziosità della *possessio* dell'avversario: ai fini di un accertamento del genere giovavano solo gli interdetti.

5.4. Un altro passo in materia di *actio communi dividundo* contiene un riferimento al *non dare iudicium*:

D. 10.3.29 pr. (Paul. 2 *quaest.*): *Si quis cum existimauerit fundum communem sibi cum Maeuio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset, recte dicitur, etiam communi dividundo iudicium ei sufficere: hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem cuius socii: neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor, et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur ... diuersa causa est eius, qui putat se in rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec communi diuidundo iudicium competit, nec utile dandum est. ille enim qui scit rem esse communem vel aliena negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget et in persona labitur.*<sup>76</sup>

Nel caso in cui un comproprietario abbia sostenuto spese sulla cosa comune errando in ordine alla persona del socio, gli spetta l'*actio communi dividundo* per ottenere in sede di giudizio divisorio il rimborso delle spese effettuate, infatti: '*magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur*'.

La questione circa la spettanza dell'*actio communi dividundo*, invece, viene risolta in senso opposto da Paolo nel caso di chi abbia sostenuto le spese su una cosa ritenuta erroneamente propria. Qui il giurista nega «recisamente»<sup>77</sup> la concessione del *iudicium communi dividundo*, sia diretto sia utile, per ottenere la divisione della cosa comune e, in quella sede, anche il rimborso delle spese. Poiché, si motiva, solo colui il quale è a conoscenza che la cosa è comune compie una spesa con la volontà di obbligare l'altro nei propri confronti, anche se commette un errore circa la persona del comproprietario.

Viceversa, ne arguiamo, chi crede erroneamente la cosa propria non spende con la volontà di fare sorgere una obbligazione in capo ad un terzo.

Questo spiega perché Paolo suggerisca di *denegare* il *iudicium communi dividundo* in un caso simile, poiché non sorge nemmeno l'obbligazione al rimborso della spesa sostenuta.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> In effetti il verbo *cesso* accoppiato ad *actio* o *iudicium* indica nelle fonti sempre la mancanza del programma di giudizio, o perché non spetta o perché si preferisce non concederlo. In tutti e due i casi la situazione sarebbe sfociata nel rifiuto di concedere l'azione. Cfr.: D. 4.7.4.5 (Ulp. 13 *ad ed.*); D. 10.2.16.6 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10.2.25.1 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 10.3.1 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 19.5.1 (Pap. 8 *quaest.*); D. 47.12.3.11 (Ulp. 25 *ad ed.*).

<sup>76</sup> La classicità del tratto di nostro interesse '*huic enim-dandum est*' nel quale è compreso il riferimento al *denegare iudicium* è difesa specificamente da A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912, 210 ss.

<sup>77</sup> Così G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, cit., 339 nt. 127 [= 83 nt. 127].

<sup>78</sup> Su questo specifico aspetto vd. R. SOTTY, *Recherches sur les utiles actiones*, Grenoble 1977, 585 ss.

Ciò che più conta ai nostri fini è che la fattispecie è assolutamente incompatibile con la concessione di una formula munita di *exceptio* poiché, in aggiunta a quanto detto, a richiedere il rimborso della spesa è il comproprietario che promuove l'azione divisoria e non quello contro il quale il giudizio viene intentato.<sup>79</sup>

5.5. Al solo rifiuto di concedere l'azione, senza possibilità di ricorrere all'alternativa consistente nella concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio* può pensarsi nel caso della *facultas referendi* avente ad oggetto il *ius iurandum in iure delatum*, prevista a favore di chi fosse stato convenuto con una delle azioni, *condictio certae pecuniae* o *condictio certae*

<sup>79</sup> La questione dell'inserimento dell'*exceptio doli* nella formula dell'*actio communi dividundo* potrebbe invece porsi nel caso in cui a sostenere le spese sulla cosa comune, erroneamente ritenuta propria, sia stato colui contro il quale il giudizio divisorio viene intentato. Infatti, in un altro passo di Paolo si concede il rimborso delle spese mediante *retentio* da esercitare nel contesto del *iudicium communi dividundo*: D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*): *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam si communi diuidundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possum considerandum est.*

Questo passo, invero, deve essere valutato con estrema cautela poiché, come è stato acutamente notato [da parte di G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, cit., 339 nt. 127 (= 83 nt. 127)], esso comporta, specie in rapporto a D. 10.3.29 (Paul 2 *quaest.*) «un vero rompicapo e dà l'impressione, in generale, di essere rimasto vittima di un inspiegabile e insensato rimescolamento delle sue parti costitutive, che ne ha stravolto forse irrecuperabilmente la trama originaria». Ad ogni modo, a volere ragionare sulla base del dettato testuale a nostra disposizione, in D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*) Paolo consentirebbe al comproprietario contro il quale è stato intentato il *iudicium communi dividundo*, e che aveva effettuato spese sulla cosa ritenuta erroneamente propria, di recuperarle esercitando il *ius retentionis*. In particolare, non sarebbe stata necessaria l'inserimento dell'*exceptio doli* nella formula del giudizio divisorio – come invece sarebbe occorso nel caso di rivendica della parte del fondo comune – poiché la natura di buona fede del medesimo giudizio l'avrebbe resa superflua. Come si capisce è solo ritenendo che la qualifica di buona fede del *iudicium communi dividundo* risalga a Giustiniano che si può rinvenire nella struttura originaria del frammento una estensione della *exceptio doli* anche alla formula del giudizio divisorio.

Tuttavia, la questione dell'inserimento di una *exceptio doli* volta al recupero delle spese effettuate sulla cosa comune è estremamente dubbia e deve fare i conti, in particolare, con la circostanza che la clausola '*quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet*', inserita prima della *condemnatio* nella formula del *iudicium communi dividundo*, avrebbe reso superflua l'*exceptio* al fine di esercitare il *ius retentionis* relativo alle spese. Infatti, sebbene sia certo che in diritto classico l'*actio communi dividundo* fosse di stretto diritto, poiché assente dagli elenchi di giudizi di buona fede approntati da Cicerone e Gaio, la cd. *quidquid-Klausel* sopra trascritta, avrebbe conferito al giudice poteri di giudizio ampi quasi quanto quelli dei *iudicia bonae fidei*, a tal punto da porre il dubbio se occorresse inserire nel programma di giudizio l'*exceptio doli* per il rimborso delle spese. Sul punto vd., per tutti: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., 592 e nt. 10; A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich 1979, 211 ss. In altro senso l'interpretazione di B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', cit., III. *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, 220 ss., secondo il quale Paolo non poneva affatto la questione della inerenza della *exceptio doli* alla formula divisoria, ma al contrario se il convenuto avesse anche in questa azione la *retentio* che avrebbe avuto se l'avversario avesse esercitato la *rei vindicatio*. Anche secondo quest'ultimo studioso, infatti, le spese effettuate sulla cosa comune possono essere prese in considerazione dal giudice in virtù della stessa redazione della formula, senza alcun bisogno di *exceptio*. A favore dell'inserimento della *exceptio doli* nella formula del *iudicium communi dividundo* nel caso di D. 10.3.14.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*) si era già espresso S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto romano moderno (a proposito di D. 10,3,14 [Paul. 3 ad Plaut.])*, in AUPA, 3-4, 1917, 165 ss. [= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 1 ss., paginazione che abbiamo seguito].

rei, previste sotto il titolo edittale ‘*Si certum petetur*’:<sup>80</sup>

D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat iusiurandum: et si is qui petet condicione iurisiurandi non utetur, iudicium ei praetor non dabit. aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere condicio iurisiurandi ei qui detulit.*

La locuzione ‘*iudicium ei praetor non dabit*’, della cui genuinità non è lecito dubitare,<sup>81</sup> è impiegata da Ulpiano, forse ricacalcando i *verba edicti*,<sup>82</sup> per indicare la sanzione apprestata nei confronti dell’attore al quale fosse stato riferito il giuramento relativo all’editto ‘*solvere aut iurare cogam*’<sup>83</sup> e che avesse rifiutato di giurare.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Così M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 160. Invero, eccettuato l’unico caso sicuro di applicazione rappresentato dall’*actio certae creditae pecuniae*, l’esatta estensione dell’editto ‘*solvere aut iurare cogam*’ è tutt’altro che pacifica. È attestata l’applicazione del *ius iurandum in iure delatum* anche per l’*actio constitutae pecuniae* [D. 12.2.14 (Paul. 3 *ad ed.*)] e per il *iudicium operarum* [D. 12.2.34 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*)]; mentre è dibattuta la sua utilizzabilità nel caso di pretese aventi ad oggetto *certa res*. Per un inquadramento della questione vd.: M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 267 ss., il quale estende (268 nt. 19) il *ius iurandum* all’*actio rerum amotarum* ma non all’*actio iniuriarum*; M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 162 ss., con indicazione di letteratura, il quale è convinto che il nostro editto fosse applicabile in origine solamente alle azioni aventi ad oggetto *certa pecunia*.

<sup>81</sup> L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, 60 ss., difende la classicità dell’inciso ‘*iudicium ei praetor non dabit*’. In precedenza era stato B. BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 43 nt. 3 a sostenere che «Sul fr. 34, 7 nessun sospetto può elevarsi giacché ivi, a differenza del § 9, si trovano ancora i principi classici intorno all’ipotesi di rifiuto di giurare *ex relatione* ... A mio avviso la redazione del fr. 34, 7 e la sua connessione col § 6 prova solo che siamo in presenza di una interpretazione della giurisprudenza».

<sup>82</sup> Tanto che O. GRADENWITZ, Rec. di G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozeß*, in ZSS 8, 1887, 277, è dell’avviso che il passo riporti le parole di un editto appositamente concepito a tutela del convenuto, propone di sostituire ‘*non dabitur*’ con ‘*non dabo*’.

<sup>83</sup> Su questo editto si vd., per tutti: M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, I. *Der römische Civilprozeß*, 2. *Formulae*, Bonn 1865, cit., 572 ss.; G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozeße. Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage*, Leipzig 1887, 28 ss.; L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 55 ss.; ID., *s.v. Giuramento (diritto romano)*, in NNDI 7, Torino 1961, 937 ss.

<sup>84</sup> Invece, nel caso di giuramento decisorio del tipo ‘*se dare non oportere*’ prestato dal convenuto, l’unica fonte che espressamente informa del fatto che potesse intervenire la decisione di *denegare actionem* o la concessione di una formula munita dell’*exceptio iuris iurandi* nel caso in cui fosse controverso *an iusiurandum datum sit* ha una collocazione palinogenetica diversa da quella in cui sono contenute le riflessioni di Ulpiano sul giuramento decisorio: D. 12.2.9 pr. (Ulp. 22 *ad ed.*): *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio, aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.* Ciò non toglie, tuttavia, che Ulpiano potesse occuparsi anche in questa sede del giuramento decisorio e proprio nel senso del *denegare actionem* nel caso in cui il convenuto giurasse ‘*se dare non oportere*’ si è espresso L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 66. Tuttavia, nei confronti di questa ricostruzione si vd. le perplessità manifestate da O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 150, specie con riferimento all’*exceptio*, la cui configurazione è quanto meno curiosa, dal momento che il giuramento avveniva *in iure* davanti al pretore e doveva essere di immediata prova. In tema, cfr. in termini dubitativi anche B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 35 ss.

Nonostante la cautela che è opportuno osservare in una materia sulla quale le fonti non gettano piena luce, che il *denegare actionem* o la concessione di una formula munita di *exceptio* costituissero la conseguenza

È noto, infatti, che al convenuto cui fosse stato deferito il giuramento era data la *facultas referendi* che spostava in capo all'attore la decisione di giurare o meno. Se l'attore avesse scelto di non giurare, il pretore gli avrebbe denegato l'azione per la quale l'attore aveva scelto la via del giuramento e questa sanzione viene giudicata al massimo equa,<sup>85</sup> poiché l'attore che decide di deferire un giuramento deve essere disposto ad ammettere che lo stesso giuramento gli venga riferito, con il conseguente rischio di vedersi denegata l'azione nel caso di rifiuto di giurare su di una circostanza in ordine alla quale già il convenuto aveva deciso di non giurare e di riferire il giuramento.

Ora noi crediamo il *denegare iudicium* in questo contesto possa solo coincidere con il rifiuto di concedere l'azione; non si può pensare alla concessione di una formula munita di *exceptio*, la quale, del resto, né è attestata nelle fonti nel caso di *facultas referendi*, né è stata configurata dagli studiosi come possibile conseguenza del mancato giuramento dell'attore a seguito dell'esercizio della *facultas referendi* da parte del convenuto.<sup>86</sup>

Infatti, la concessione di un programma di giudizio, benché munito di *exceptio*, avrebbe svilito la funzione sanzionatoria della previsione edittale a carico dell'attore il quale, pur non avendo prestato il giuramento riferitogli, avrebbe avuto lo stesso la possibilità di risultare vincitore in quella lite potendo presentarsi innanzi al giudice. Mentre è logico pensare che gli

di un giuramento del tipo '*se dare non oportere*' del convenuto, non ci sembra crei poi così tante difficoltà sul piano della tecnica processuale. Il *denegare actionem* ci pare lo sbocco naturale di una *postulatio* che non poteva più essere accolta dal magistrato a causa del giuramento e non poteva sfociare, dunque, nella cd. *datio iudicii* alla fine della fase *in iure*; del resto, la mancanza di effetti preclusivi del *denegare actionem* avrebbe consentito in futuro all'attore che si fosse procurato i mezzi di prova capaci di sostenere l'azione, e non indurlo a ricorrere al giuramento, a convenire di nuovo un soggetto che aveva solo giurato di non dovere. Anche la configurazione dell'*exceptio iurisiurandi* non ci pare crei difficoltà, a patto di considerarla nell'ottica del lungo periodo; l'attore infatti, proprio in virtù di un precedente rifiuto di concedere l'azione, avrebbe potuto convenire innanzi ad un altro magistrato, e anche a distanza di molto tempo, il convenuto che aveva già giurato '*se dare non oportere*'; né si dimentichi che le azioni *in personam* nelle quali il giuramento decisivo poteva intervenire non erano soggette a termini di prescrizione. In una situazione del genere poteva accadere che si fosse persa memoria del giuramento prestato davanti ad un precedente pretore, anche perché l'archiviazione degli atti processuali era privata e affidata alla cura di ogni singolo magistrato giusdicente (E. DE RUGGIERO, s.v. '*Commentarii*', in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II.1, Roma 1900, 539 ss.; M. PUMA, *La conservazione dei documenti giuridici nell'antica Roma*, Palermo 1935, 31 ss.).

Infine, si tenga conto del fatto che, proprio sul piano palinogenetico, un altro passo proveniente dal ventiseiesimo libro *ad edictum* di Ulpiano – lo stesso da cui è tratto il frammento 34 relativo all'editto '*solvere aut iurare cogam*' – accenna all'*exceptio iurisiurandi* in favore del convenuto che abbia giurato '*se dare non oportere*': D. 12.2.23 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Si servus iuraverit, dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda est, sibi que aduersarius imputabit, qui servo delulit iusiurandum.*

<sup>85</sup> A prescindere ai nostri fini dal fatto che questo tratto sia genuino. Infatti, la notazione in questione, anche se dovesse essere una glossa postclassica con intento esplicativo scivolata nel testo, come pure con qualche fondamento potrebbe sostenersi, incarna comunque lo spirito del *denegare iudicium* edittale. Ritengono interpolato il tratto introdotto da '*aequissime*': G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen 1913, 77 e L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 60.

<sup>86</sup> In effetti pensano al solo *denegare actionem*: B. BIONDI, *Il giuramento decisivo*, 35 e L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 66 e 197, il quale mette in evidenza che, mentre gli effetti del giuramento prestato dal convenuto consistono nel *denegare actionem* e nella *exceptio*, l'unica conseguenza del rifiuto di giurare da parte dell'attore al quale il giuramento era stato riferito coincide con il *denegare actionem*.

restasse preclusa la strada che conduceva *apud iudicem*, se egli non avesse scelto di compiere quel giuramento che lui stesso aveva deciso di deferire per primo al convenuto.

Del resto, anche a volere ragionare per ipotesi, tale fantomatica *exceptio* non si accorerebbe con i principi in materia di *ius iurandum in iure delatum*. L'unico parallelo che è possibile compiere vale per l'*exceptio iurisiurandi*,<sup>87</sup> ammesso che si riferisse al giuramento decisorio, prevista nell'editto sotto la rubrica '*Quarum rerum actio non datur*', a favore del convenuto che avesse prestato il giuramento, tutte le volte in cui fosse dubbio che il giuramento fosse stato in effetti prestato.

Ora tale eccezione era volta ad accertare *an iuratum sit* e il relativo onere probatorio sarebbe stato assunto proprio dal convenuto che sosteneva di avere giurato: costui doveva provare di avere in effetti giurato. Ma nell'ipotesi della *facultas referendi*, non potrebbe ipotizzarsi un programma di giudizio dotato di *exceptio* nel caso in cui l'attore avesse rifiutato di prestare il giuramento che gli era riferito, poiché dovremmo credere, al contrario di quanto attestato in materia di *exceptio iurisiurandi*, che essa giovasse a favore di chi non aveva prestato il giuramento.

Invece, dal complesso della disciplina sul giuramento si ricava che l'*exceptio* è un rimedio che giova sempre e solo nel caso in cui un giuramento venga prestato ed abbia contenuto negativo, come quando si neghi la pretesa dell'attore ovvero si neghi il fatto su cui essa si fondava.<sup>88</sup>

L'*exceptio iurisiurandi* era volta, infatti, a permettere al giurante di ottenere tutela una volta convenuto in giudizio una seconda volta per la stessa pretesa o per pretesa diversa, ma fondata sullo stesso fatto precedentemente negato con il giuramento.<sup>89</sup>

Anche per questa ragione neghiamo decisamente la possibilità di ipotizzare la concessione di una formula munita di *exceptio* quale misura alternativa al rifiuto di concedere l'azione, al fine di dare attuazione alla previsione editale espressa in termini di *iudicium non dabo*, in materia di *facultas referendi* del *ius iurandum in iure delatum*.

<sup>87</sup> D. 12.2.9.1 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Iureiurando dato uel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi alii-que, actor uero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iurauerit dari sibi oportere uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit*. Sul meccanismo di funzionamento dell'*exceptio iurisiurandi* si vd.: L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 48 ss.; ID., *s.v. Giuramento*, cit., 938 s.; R. PROVINCIALI, *s.v. Giuramento. I. - Diritto processuale civile a) giuramento decisorio*, in Enc. dir., 19, Milano 1970, 104 s.

<sup>88</sup> L. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 120 ss.: «nel pensiero della giurisprudenza classica la disciplina del giuramento negativo è unitaria. E questo in due sensi. Anzitutto perché qualunque sia il tema del giuramento prestato ... l'effetto conseguente alla prestazione del giuramento è sempre l'acquisto dell'*exceptio iurisiurandi* al giurante».

<sup>89</sup> Per quanto detto non ci sentiamo di condividere quanto sostenuto M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 269, ossia che la coppia *denegare actionem-exceptio iurisiurandi* valesse anche per il caso in cui l'attore al quale era stato riferito il giuramento si fosse rifiutato di giurare: «Gleiches gilt, wenn der Kläger die Leistung des zurückgeschoben Eides ablehnt».

Del resto, discende dal noto brocardo '*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*' [D. 22.3.2 (Paul. 69 *ad ed.*)] che l'onere della prova incombe su chi afferma e non su chi nega l'affermazione dell'avversario. Nel caso dell'attore che dica di avere prestato il giuramento che gli era stato riferito e, proprio per questo, voglia esercitare la pretesa fondata sul fatto oggetto di giuramento, è sempre l'attore che deve provare di avere giurato, perché è questo il fatto da cui ormai sorge la pretesa e non potrebbe certo imporsi al convenuto – mediante l'inserimento di una *exceptio* nella formula concessa all'attore – la prova in negativo, ossia che l'attore non aveva giurato.



5.6. L'espressione '*non debet mihi in eum dari iudicium*' che si legge in un testo di Nerazio non può lasciare aperta la possibilità della concessione di una formula munita di *exceptio* accanto al rifiuto dell'azione:

D. 46.7.16 (Ner. 3 membr.): *Ex iudicatum solui stipulatione ob rem non defensam cum uno ex <sponsoribus> [fideiussoribus]<sup>90</sup> agere uolo: is quod pro parte eius fit, soluere mihi paratus est non debet mihi in eum dari iudicium. neque enim aequum est aut iudicio destringi aut ad infitiationem compelli eum qui sine iudice dare paratus est, quo non amplius aduersarius eius per iudicem ab eo consecuturus est.*

Il giurista affronta il caso di uno dei garanti disposto a *soluere pro parte* nei confronti del creditore che aveva deciso di agire contro di lui valendosi della clausola *ob rem non defensam* della *cautio iudicatum solui*.<sup>91</sup>

Nerazio, in linea con la regola valevole per il debitore che offre di adempiere,<sup>92</sup> suggerisce di seguire la via del *denegare iudicium* come soluzione equitativa. Ciò al fine di evitare che il garante, disposto a *dare* spontaneamente, venga costretto ad *accipere iudicium*, magari correndo il rischio di *infittatio*, ossia di pagare l'intero ove avesse contestato la lite,<sup>93</sup> peraltro in un processo nel quale l'attore non avrebbe potuto ottenere nulla più di quanto il garante aveva offerto spontaneamente, ossia la sua quota.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> L'espunzione del vocabolo '*fideiussores*' e la sua sostituzione con '*sponsores*' è comunemente ammessa, sulla base della sistematica sostituzione da parte dei commissari giustiniani dei riferimenti alla *sponsio* con la *fideiussio* (in questo senso M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., 661 nt. 14). Con specifico riferimento al nostro passo si vd.: F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II.2, Lipsiae 1901; rist. Roma 1967, 323; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 46, 1926, 104. Gli studiosi che successivamente si sono imbattuti nel passo (e che abbiamo citato nelle note seguenti, ad eccezione di V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 56 ss.), hanno aderito a questa proposta di restituzione del testo.

<sup>91</sup> Sulla struttura della *cautio iudicatum solui*, composta dalle clausole denominate da Lenel *de re iudicata*, *de re defendenda* e *de dolo malo*, cfr.: O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 530 ss.; F. LA ROSA, *La struttura della «cautio iudicatum solui»*, in Labeo 2, 1956, 160 ss.; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007, 156 s. nt. 95, con indicazione di fonti e discussione di letteratura.

<sup>92</sup> D. 46.3.30 (Ulp. 51 ad ed.): *Si debitor offeret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, praetor ei denegat actiones*. Sul passo, sotto il profilo del *denegare actionem*, si vd. H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 28.

<sup>93</sup> Secondo quanto leggiamo in un passo di Ulpiano, originariamente con tutta probabilità riferito alla *sponsio* (per le ragioni indicate *supra*, nt. 90): D. 46.1.10.1 (Ulp. 7 disp.): *Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non infittentur: nam infittiantibus auxilium divisionis non est indulgendum*.

<sup>94</sup> Invero, proprio quest'ultima affermazione, sempre che sia originale e non si tratti di una glossa di natura esplicativa introdotta da *neque* e scivolata nel testo, ha contribuito ad alimentare parecchi dubbi circa l'esatta fattispecie affrontata da Nerazio.

In dottrina, in particolare si dubita, da un canto, dell'applicabilità al presente caso del cosiddetto *beneficium divisionis* previsto nel caso di più garanti dalla *lex Furia de sponsu* per l'Italia (Gai 3.121) e dall'*epistula Hadriani* per le province (Gai 3.121a) e, dall'altro, dell'esatta portata dell'azione che il creditore minacciava di intentare. Il passo non dice, infatti, se il creditore volesse agire per l'intero o *pro parte* nei confronti del garante disposto a pagare. La soluzione del problema è connessa al dubbio, dicevamo, relativo all'operatività del cd. *beneficium divisionis*, dubbio a suo volta legato alla circostanza che l'obbligazione al *quantum ea res*

Il *denegare iudicium*, allora, non può che coincidere il rifiuto ‘radicale’ di concedere l’azione, né si può immaginare, in via alternativa, la concessione di un programma di giudizio dotato di *exceptio*, poiché si sarebbe instaurata proprio quella lite che Nerazio ritiene iniqua nei confronti dello *sponsor* (*fideiussor* per i giustiniane) disposto, spontaneamente e fuori dal processo, ad adempiere *pro parte* l’obbligazione assunta con la *cautio iudicatum solvi*.

5.7. Ancora una volta la possibilità della concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio* è esclusa quale alternativa al rifiuto di concedere l’azione in un frammento del Digesto in cui compare la proposizione interrogativa indiretta ‘*an ... non sit dandum iudicium*’:

D. 47.6.5 (Marc. 8 dig.): *Familia communis sciente altero furtum fecit: omnium nomine cum eo qui scit furti agi poterit, cum altero ad eum modum, qui edicto comprehensum est ... si ergo dumtaxat duos habueri <mus> servos communes ... cum eo, quo ignorante factum est, agere uolet, duplum tantum consequetur. et uideamus an iam in socium alterius serui nomine, non*

*erit* assunta con la *cautio iudicatum solvi* era divisibile, al contrario dell’obbligazione di *rem defendere* che era, invece, indivisibile.

Così alcuni studiosi hanno ritenuto che nel nostro passo il creditore intendesse agire per l’intero, essendo l’obbligazione di *rem defendere* indivisibile e la *lex Furia* non applicabile: A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, in AUPA 9, 1921, 133 ss., il quale considera il passo interpolato poiché si permette al garante di adempiere *pro parte* l’obbligazione di *rem defendere*; Nerazio, invece, in origine avrebbe suggerito di *denegare iudicium* per ragioni di equità, per evitare cioè che un garante disposto a pagare *pro quota* venisse condannato per l’intero: l’attore sarebbe stato allora indotto ad agire *pro parte* contro ciascun garante; H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis*, cit., 29; R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, 36 ss., secondo il quale non vi sarebbe altra ragione per giustificare come mai il creditore insistesse a chiedere una condanna dello *sponsor* disposto a soddisfare la richiesta di pagamento, se non ipotizzando che egli chiedesse una condanna per l’intero.

Viceversa, secondo altri studiosi, la *lex Furia de sponsu* sarebbe stata applicabile e il senso del *denegare iudicium* sarebbe stato proprio quello di evitare che il creditore chiedesse una condanna al pagamento di una quota identica a quella che il garante era disposto ad adempiere spontaneamente: J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier 1991, 79 ss., R. KNÜTEL, Rec. di R. GREINER, *Opera Neratii (Drei Textgeschichten)* cit., in IVRA 25, 1974, 148 ss.

A nostro avviso è da condividere quest’ultimo orientamento. Da un passo di Giuliano apprendiamo che il garante aveva diritto ad adempiere *pro parte* l’obbligazione assunta con la clausola *ob rem non defensam* della *cautio iudicatum solvi*. Si tratta di: D. 46.7.14 pr. (Iul. 55 dig.): *Si ex duobus fideiussoribus qui iudicatum solui sponderant, alter ob rem non defensam partem suam soluerit, nihilo minus res defendit poterit: nec tamen is, qui soluerit, repetet* rell. Ciò elimina ogni ostacolo ad ammettere che il creditore avesse agito *pro parte* nel testo di Nerazio; del resto, solo così ragionando si potrebbero spiegare le ultime due giustificazioni che troviamo nella chiusa del passo, a prescindere dalla sua possibile natura glossematica. Solo nel caso di una domanda parziale si può configurare il rischio di *infirmitas*, consistente nell’esposizione alla condanna per l’intero e derivante dalla contestazione della lite. Inoltre, il rischio di *infirmitas* a carico del convenuto potrebbe spiegare l’interesse dell’attore a convenirlo in giudizio. Sempre solo pensando ad una richiesta per la sola quota per la quale il garante si era obbligato, può avere un senso la chiusa, nella quale si chiarisce che l’esito di un eventuale processo nascente dalla cd. *datio actionis* non avrebbe potuto portare a nulla più che ad una condanna pari alla quota per la quale il garante si era obbligato e aveva dichiarato di essere disposto a pagare: una volta confessato il debito, l’attore non avrebbe ottenuto, infatti, nulla più della quota che il garante aveva offerto e per la quale era stato convenuto.

*sit dandum iudicium, quemadmodum si omnium nomine socius decidisset: nisi forte hoc casu seuerius a praetore constituendum est, nec seruorum conscio parcendum est.*<sup>95</sup>

Il caso affrontato da Marcello è relativo al *furtum* commesso da una *familia* di schiavi in proprietà tra un *dominus sciens* e un *dominus ignorans*. Il primo può essere convenuto con l'*actio furti* esperita in via nossale e risponde a nome di tutti gli schiavi (*omnium nomine*); mentre il secondo può essere convenuto solo nei limiti dell'editto '*Si familia furtum fecisse dicitur*'<sup>96</sup> ossia come se il *furtum* fosse stato commesso da un uomo libero.<sup>97</sup>

Il caso rilevante ai nostri fini riguarda il quesito se, essendo comuni due schiavi ed essendo stato convenuto il *dominus ignorans*,<sup>98</sup> possa residuare l'*actio furti noxalis* contro il *dominus*

<sup>95</sup> Il passo non è esente da dubbi circa la sua genuinità, specialmente in relazione all'ultima parte che a noi interessa principalmente. Tuttavia, anche a volere accogliere le censure più radicali (come quelle di G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen 1920, 288; ID., *Unklassische Wörter*, in ZSS 57, 1937, 51, il quale considera la chiusa del passo una parafrasi del testo originario) la domanda se *denegare* o concedere un *iudicium* posta da Marcello resta valida, cambia solo il contesto di riferimento. Dubbi vari sulla genuinità del passo sono posti da: M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto. (Furtum ope consilio)*, in Studi Senesi 16, 1899, 210 s.; F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in Studi Bonfante, I, Milano 1930, 568 e nt. 107; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti citazioni interpolate*, cit., in Studi Riccobono, I, cit., 632 s. e nt. 266. Per una lettura conservativa del frammento cfr. L. FANIZZA, *Giuristi crimi- mini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, 65 nt. 154.

<sup>96</sup> Editto ricostruito da O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, cit., 335, sulla base di D. 9.4.31 (Paul. 7 ad Plaut.): *Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur* rell.

<sup>97</sup> Siffatti limiti sono chiariti in un passo di Ulpiano nel quale si precisa che l'editto in questione permetteva al *dominus ignorans* della *familia* di schiavi di dare a nosa la *familia* di schiavi che aveva commesso il *furtum* ovvero di pagare una somma di denaro a titolo di *aestimatio* pari al valore che la lite avrebbe avuto se il *furtum* fosse stato commesso da un uomo libero: D. 47.6.1 pr.-1 (Ulp. 38 ad ed.): *... datur igitur arbitrium hoc edicto, ut, si quidem uelit dicere noxios seruos, possit omnes dedere, qui participauerunt furtum: enimvero si maluerit aestimationem offerre, tantum offerat, quantum si unus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam* [1] *Haec autem facultas domino tribuitur toties, quotiens ignorante eo furtum factum est: ceterum si sciente, facultas ei non erit data: nam et suo nomine, et singulorum nomine conueniri potest noxali iudicio, nec una aestimatione, quam homo liber sufferet, defungi poterit: is autem accipitur scire, qui scit, et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habet et uoluntatem: ceterum si scit, prohibuit tamen, dicendum est, usurum edicti beneficio.*

<sup>98</sup> Il quale, una volta condannato alla pena del *duplum*, avrebbe potuto chiedere all'altro comproprietario (*sciens*) una parte: D. 47.6.5 (Marc. 8 dig.): *... quod ille praestiterit non totius familiae nomine, ab hoc socio partem consequeretur*. Verosimilmente si doveva trattare del *simplum*, come chiarito dalla chiusa di un passo di Paolo relativo al *furtum* commesso da una *communis familia* o da un *communis seruus*: D. 9.4.9 (Paul. 39 ad ed.): *Quod si, qui ignorauit, duplum praestiterit, a socio simplum consequetur*. I rapporti interni tra i comproprietari della *familia* di schiavi sono approfonditi da P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005, 253 ss., con indicazione di letteratura.

Invece, una volta convenuto e condannato, il *dominus sciens* avrebbe potuto chiedere all'altro socio (*ignorans*) quanto pagato a nome di uno dei due schiavi: D. 47.6.5 (Marc. 8 dig.): *si ergo dumtaxat duos habueri<mus> seruos communes cum eo, quo non ignorante factum est, agetur utriusque serui nomine, sed non amplius consequetur a socio, quam si unius nomine praestitisset*. Il passo è indagato specialmente da J. C. NABER, *De concurrentibus actionibus. Observatiunculae de iure romano. CXXI. Pars altera*, in *Mnemosyne n. s.*, 53, 1925, 35 s., con specifica attenzione al diverso punto di vista espresso nel passo di Marcello oggetto

*sciens* ‘*alterius servi nomine*’, sulla base del presupposto che la condanna del *dominus ignorans* sarebbe stata limitata al *duplum*, dunque, come se si fosse agito ‘*unius nomine*’, mentre nei confronti del *dominus sciens* si sarebbe potuto agire ‘*utriusque servi nomine*’.

Il giurista, pone la domanda se si debba o meno *denegare* il *iudicium* contro l’altro comproprietario a nome dell’altro servo (*an iam in socium, alterius servi nomine, non sit dandum iudicium*) propendendo per la soluzione negativa più severa, affinché il pretore non perdoni al *dominus sciens* la consapevolezza del delitto commesso dai propri schiavi.<sup>99</sup>

Ora è evidente che l’alternativa *dandum iudicium-non dandum iudicium* allude solo al *dare* o *denegare* l’*actio furti* nossale contro il *dominus sciens*, senza alcuno spazio per la concessione di un programma di giudizio munito di *exceptio* come terza via alternativa al *denegare actionem* e al *dare* l’*actio furti* in via nossale.<sup>100</sup>

5.8. Ancora una volta al solo rifiuto di concedere l’*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria*, rinvia la locuzione ‘*denegandum est privatum (iudicium)*’ di:

D. 47.10.6 (Paul. 55 *ad ed.*): *Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari. ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.*<sup>101</sup>

Negli scritti diffamatori<sup>102</sup> nei quali non è indicato il nome della vittima, secondo quanto disposto da un senatoconsulto di prima età classica, probabilmente estensivo delle disposizioni della *lex Cornelia de iniuriis*, occorre agire in via criminale mancando chi potesse esperire legittimamente l’azione privata. Mentre, se la persona diffamata era individuabile, si

del nostro esame rispetto al passo di Paolo citato in precedenza in questa stessa nota, in base al quale il pagamento da parte del *dominus sciens* avrebbe liberato il *dominus ignorans*.

<sup>99</sup> Secondo la *glossa* ‘*Si familia*’ a.h.l. (Glossa, ed. Venetiis 1584, III, col. 1333 s.) l’azione sarebbe stata da *dare* non contro ogni *dominus sciens*, ma solo contro quello che avesse ordinato con esplicito *iussus* la commissione del *furtum*.

<sup>100</sup> Di questo avviso è E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, rist. anast. Aalen 1964, 346.

<sup>101</sup> Pur dovendosi registrare una certa varietà di opinioni, la dottrina maggioritaria è incline ad ammettere la paternità paolina del frammento e anche la classicità della soluzione ivi adottata. Per un completo quadro della letteratura e in difesa della genuinità del frammento rinviamo a M. BALZARINI, ‘*De iniuria extra ordinem statui*’. *Contributi allo studio del diritto penale romano dell’età classica*, Padova 1983, 232 ntt. 23-24.

<sup>102</sup> Si sarebbe trattato non di libri editi e divulgati, ma solo di piccoli scritti, come epigrammi o *carmina* sparsi in pubblico, di graffiti, ovvero anche di composizioni poetiche orali a scopo di diffamazione secondo A. D. MANFREDINI, *L’iniuria nelle XII Tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?) (recenti letture in materia di iniuria)*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Murga Gener*, Madrid 1994, 811. In precedenza, lo studioso aveva già affrontato la questione in A. D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell’«iniuria» in età repubblicana*, Milano 1977, 232 ss.; ID., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. L’età repubblicana*, Milano 1979, 209. Discussa, appare, in particolare, l’estensione delle disposizioni del senatoconsulto alla repressione della diffamazione orale, tende ad escluderla M. BALZARINI, ‘*De iniuria extra ordinem statui*’, cit., 94 ss.

poteva attivare sia la procedura criminale, sia l'*actio iniuriarum*, ma le due azioni sarebbero state in rapporto di concorso elettivo:<sup>103</sup> una volta esperito il *iudicium publicum* sarebbe stato necessario *denegare* quello privato e viceversa.<sup>104</sup>

Ciò spiega perché il *denegare* il *iudicium privatum* sarebbe potuto sfociare solo nel rifiuto di concedere l'azione e non avrebbe consentito al magistrato giudicante di concedere la formula dell'*actio iniuriarum* munita di una *exceptio* che la rendesse inutilizzabile se fosse stato pregiudicato il giudizio criminale.<sup>105</sup> Piuttosto, Paolo si premura di chiarire che se anche il *iudicium privatum* e il *iudicium publicum* dovessero porsi in rapporto di pregiudizialità, il *iudicium privatum* andrebbe comunque concesso poiché attiene a questioni di natura privata: *nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet*.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> Ovvero di concorrenza alternativa, secondo la terminologia preferita da D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 270, studioso che identifica il giudizio criminale con l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia*. Opportunamente, M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». Contributo allo studio del concorso tra '*actio legi Aquiliae*' e '*iudicium ex lege Cornelia de sicariis*', Napoli 2001, 258 nt. 157, segnala che nessuna fonte attesta il concorso tra *actio iniuriarum* e *iudicium ex lege Cornelia de iniuriis*: esso non sarebbe stato prospettabile in epoca classica, né vi farebbe riferimento D. 47.10.6 (Paul. 55 ad ed.).

<sup>104</sup> Tuttavia, L. DE SARLO, *Sulla repressione penale del falso documentale in diritto romano*, in Rivista di diritto processuale civile 14.1, 1937, 342, ritiene di dovere espungere le parole '*similiter ex diverso*', sostenendo che la regola della alternatività sarebbe valida solo in caso di precedenza temporale del *iudicium publicum* e non, all'inverso, nel caso di precedenza del *iudicium privatum*. Chi ha sostenuto la natura insitica del passo ha attribuito ai giustinianeî la regola che leggiamo nella chiusa. In questo senso si vd.: F. AVONZO, *Coesistenza e connessione tra «iudicium publicum» e «iudicium privatum»*. Ricerche sul tardo diritto classico, in BIDR 59-60, 1956, 174 ss. Tuttavia, la lettura conservativa del frammento è oggi largamente prevalente, allo stesso modo del rifiuto della competenza della *quaestio de maiestate* per questa specie di *iniuria*. Una dettagliata critica alla ricostruzione di Avonzo in M. A. DE DOMINICIS, *Rapporti tra «iudicium privatum» e «iudicium publicum» dal diritto classico a Giustiniano*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano 1967, 234 ss.

<sup>105</sup> Questo aspetto è specialmente approfondito da: W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig 1844, 254. Anche H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en Droit Romain*, Paris 1907, 177 s., segnala che trattandosi di un concorso alternativo di azioni non poteva giovare l'eccezione pregiudiziale. Pensano al *denegare actionem* come unico mezzo processuale capace di disciplinare il concorso tra *iudicium privatum* e *iudicium publicum*: L. DE SARLO, *Sulla repressione penale del falso documentale*, cit., 342; M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, cit., 238 nt. 38.

Risulta di difficile individuazione il rito processuale secondo il quale si sarebbe svolto il processo criminale: A. D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 232 ss., esclude che la *quaestio de iniuriis ex lege Cornelia* fosse competente per la materia degli scritti diffamatori, la cui repressione sarebbe stata affidata ai tempi di Augusto alla *cognitio senatus*, con la conseguenza che il *iudicium publicum* citato nel nostro passo non sarebbe quello *ex lege Cornelia*. Successivamente ID., *La diffamazione verbale*, cit., 236 ss., 241, ha pensato ad una *publica quaestio de iniuriis ex lege Cornelia*. Ad una procedura *extra ordinem ex senatusconsulto* pensa M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, cit., 122 ss. Diversamente, ritengono competente la *quaestio de iniuriis ex lege Cornelia*: G. MUCIACCIA, *La repressione delle opere infamanti (Dio 55,27)*, in *Studi Biscardi*, V, Milano 1984, 75 nt. 62; F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996, 94 ss.; G. MUCIACCIA, «*Libri ad infamiam*» e «*Lex Cornelia de iniuriis*», in *Index* 26, 1998, 149 ss.

<sup>106</sup> Da segnalare il punto di vista di K. HACKL, *Praeiudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München 1976, 177 s., secondo il quale il passo non si occuperebbe dei rapporti tra processo privato e pro-

Ma una volta concesso uno dei due *iudicia*, l'altro sarebbe stato da *denegare*: da ciò l'impossibilità di configurare la concessione di un secondo programma di giudizio munito di *exceptio* dopo la concessione del *iudicium publicum* o del *iudicium privatum*.

5.9. Chiudiamo<sup>107</sup> questa rassegna di fonti relative al *denegare iudicium* con un passo tratto dalle Istituzioni di Gaio:

Gai 4.163 [KRÜGER-STUEDEMUND<sup>7</sup>]: *Namque si arbitrum postulauerit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio id quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absoluitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est codemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit denegandum*<sup>108</sup> *calumniae iudicium ei qui arbitrum postu-*

cesso criminale, poiché il *iudicium publicum* menzionato da Paolo coinciderebbe con l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia*, la quale in realtà sarebbe un'azione privata esperita *pro publica utilitate*. La questione della natura giuridica dell'*actio iniuriarum ex lege Cornelia* è affrontata da A. VÖLK, *Zum Verfahren der «actio legis Corneliae de iniuriis»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 2, Napoli 1984, 561 ss. e 586 ss., con specifico riferimento a D. 47.10.6 (Paul. 55 *ad ed.*). Difende la natura criminale del *iudicium publicum* menzionato nel passo F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa*, cit., 102, non sulla base del duplice requisito comune ai *publica iudicia* e rappresentato dall'accusa popolare e dalla previsione da parte di un senatoconsulto estensivo di una *lex publica populi Romani*, poiché nel *iudicium publicum ex lege Cornelia* manca proprio l'accusa popolare. Probabilmente, prosegue lo studioso, Paolo voleva solo differenziare le strutture processuali, pubblica e privata, nelle quali l'*actio iniuriarum aestimatoria* e l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia* miravano a soddisfare il medesimo interesse ed erano sorrette dal medesimo criterio di legittimazione attiva. In precedenza aveva autorevolmente negato il carattere pubblico del *iudicium ex lege Cornelia de iniuriis* B. SANTALUCIA, *s.v. Processo penale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 36, Milano 1987, 344 nt. 151, in virtù della limitazione dell'accusa alla sola persona offesa e alla condanna rappresentata da una pena pecuniaria non destinata all'erario.

<sup>107</sup> Non merita particolare approfondimento da parte nostra Gai 4.179: *qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium dari non debet*. Sia la mancata concessione del *iudicium calumniae* sia quella del *iudicium calumniae contrarium*, nel caso in cui sia stato prestato il *ius iurandum de calumnia*, non possono che alludere al solo *denegare*, senza alcun implicito riferimento alla concessione di una formula dotata di *exceptio*.

<sup>108</sup> Occorre avvertire che il manoscritto veronese è di difficile lettura proprio nel punto in cui alcuni editori propongono di emendare il testo mediante il riferimento al *denegare actionem* (*rectius, denegare iudicium*). Per questa ragione crediamo sia preferibile non impiegare il passo per indagini di carattere linguistico relative alla risalenza del verbo *denego* nel linguaggio dei giuristi (A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 75 s.).

Infatti, basta leggere l'*editio princeps* delle Istituzioni di Gaio (*Gaii Institutionum commentarii IV e codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis*, cur. L. GÖSCHEN, Berolini 1820, 328) per rendersi conto di quanto vasta sia la lacuna che presenta il fol. 120<sup>r</sup> [Gai 4.163-165] peraltro un *folium ter scriptum*. L'impressione viene confermata leggendo l'apografo di E. BÖCKING, *Gai Institutiones codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegii Bluhmii schedas compositum*, Lipsiae 1866, 241. È sulla base del successivo apografo di G. STUEDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., 241, che si basano gli editori nel rivenire nel testo le parole '*quamquam Proculo placuit*', ma neppure in questo apografo è possibile decifrare le parole che seguono, ossia *non esse denegandum* o *permittedum*, secondo le ricostruzioni più seguite. Infatti, queste ultime parole, oltre ad essere ombreggiate nell'apografo di Studemund, compaiono tra le parentesi quadre che indicano (*proemium*, XIII) la circostanza che si tratta di parole ormai illeggibili e ricostruite, sebbene in modo ipotetico, in base alle schede di Bluhme.

Quanto detto serve a spiegare la varietà di ricostruzioni presenti nelle varie edizioni critiche delle Istituzioni di Gaio.

*lauerit quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere. sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.*

Il passo affronta la procedura dell'*agere ex interdicto sine poena*, che si poteva attivare in caso di interdetti esibitori e restitutori.<sup>109</sup> Essa si traduceva nella concessione da parte del pretore di una *formula*, detta *arbitraria*, che poteva essere richiesta *in iure* dal destinatario dell'interdetto<sup>110</sup> il quale, contestata la lite sulla base della *formula arbitraria* e risultato soccombente, avrebbe potuto evitare la condanna al *quanti ea res est* effettuando la *restitutio* o l'*exhibitio*.

Anche l'attore avrebbe agito *sine periculo* contro chi non era obbligato a *restituere* o *exhibere*, salvo che il convenuto non avesse tentato nei suoi confronti il *iudicium calumniae decimae partis*.<sup>111</sup> A questo punto Gaio ricorda il parere di Proculo, secondo il quale il *iu-*

tuzioni di Gaio. Riportano '*denegandum calumniae iudicium*' l'edizione curata da Krüger-Studemund edita a Berlino nel 1923 e trascritta nel testo, l'edizione fiorentina dei *FIRA, pars altera*, pubblicata nel 1940 e i *Textes de droit romain* editi a Parigi nel 1913 a cura di Girard. Diversamente compare '*non esse permittendum*' nell'edizione critica delle Istituzioni curata da Seckel-Kübler ed edita a Lipsia nel 1935; tale lezione è stata accolta anche nelle edizioni critiche curate da David, *editio minor* (Leiden 1964) da Arangio-Ruiz e Guarino per il *Breviarium iuris Romani*<sup>8</sup> (Milano 1998) e da Manthe (Darmstadt 2004).

Ma segnaliamo anche che nell'edizione curata da Böcking (E. BÖCKING, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>8</sup>, Lipsiae 1855, 329) – in aderenza all'apografo curato dallo stesso studioso sulla base delle schede di Göschen e Bluhme – si riporta l'ampia lacuna e non si rinviene alcun riferimento né a Proculo né al *denegare actionem*. Non è presente la menzione di Proculo neppure in P. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1874, 376, che così ricostruisce il tratto: *diversae plane scholae auctoribus placet prohibendum calumniae iudici eum qui arbitrum postulaverit quasi hoc ipso confessus uideatur*.

Non ci pare consenta di lumeggiare la questione della menzione del *denegare actionem* in Gai 4.163 neppure la riproduzione fotografica delle pagine del palinsesto veronese. Si vd. la riproduzione fototipica in bianco e nero pubblicata a cura di Antonio Spagnolo (*Gai codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis distinctus numero XV (13) cura et studio eiusdem Bibliothecae custodis phototypice expressus*, Lipsiae 1909, 120) e la più recente copia a colori curata da Filippo Briguglio (*Gai Codex rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis*, cur. PH. BRIGUGLIO, Firenze 2012, 301). Sul valore di queste riproduzioni fotografiche cfr. le osservazioni di M. VARVARO, *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, in SCDR 25, 2012, 282 ss. e ntt. 4-6.

Nonostante la varietà delle letture, tuttavia, sembra abbastanza consolidato in dottrina l'orientamento in base al quale il passo farebbe riferimento al *denegare* avente ad oggetto il *iudicium calumniae decimae partis*, a prescindere poi che tale concetto sia espresso con il verbo *denego* o con il verbo *permitto*, tanto che Gai 4.163 viene analizzato, di solito, senza neanche dare conto del guasto nella tradizione del testo. Occorre, dunque, convenire con G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 125 nt. 266, che le varianti segnalate non incidono sulla sostanza del passo. Quanto detto legittima l'analisi di Gai 4.163 ai fini della ricostruzione del concetto di *denegare iudicium*.

<sup>109</sup> G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 192, precisa che nel caso degli interdetti proibitori, mancando un ordine positivo come quello di *restituere* o *exhibere*, era preclusa la possibilità di agire con la *formula arbitraria* e non restava che la procedura *cum periculo* dell'*agere per sponionem* (et *restipulationem*).

<sup>110</sup> Non pare, invece, che chi avesse chiesto al magistrato l'emanazione dell'interdetto avrebbe potuto richiedere la nomina dell'*arbitrator*, vd. sul punto M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in AUPA 55, 2012, 710 e nt. 8, con indicazione di letteratura.

<sup>111</sup> Sul *iudicium calumniae* vd.: S. SERANGELLI, *C. 7,16,31 e le azioni contro il litigante temerario*, in BIDR 71, 1968, 217 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 137 ss.

*dicium calumniae decimae partis* non doveva essere concesso al convenuto che chiedeva la concessione di una *formula arbitraria*, poiché tale richiesta doveva essere intesa quasi come una confessione dei presupposti dell'interdetto. Gaio obietta che siffatta richiesta, invero non tradisce alcuna implicita ammissione del dovere di *restituere* o *exhibere*, ma dimostra la volontà di litigare per una via meno rischiosa (*modestiore via*).

Ora, la prospettiva dalla quale Gaio e Proculo analizzano l'intenzione del convenuto di promuovere il *iudicium calumniae* contro l'attore si risolve nell'alternativa *denegare iudicium* (Proculo) e *dare iudicium* (Gaio): non residua alcuno spazio per ammettere la concessione del *iudicium calumniae decimae partis* dotato di una *exceptio*, che sarebbe peraltro difficile da identificare e alla quale non ha pensato alcuno studioso che si è occupato del nostro passo.<sup>112</sup> Ancora più evidente è questo profilo se si accetta la lezione, accolta da alcune edizioni critiche delle Istituzioni, '*non esse permittendum calumniae iudicio uti*', in cui il verbo *permitto* rinvia unicamente alla (non) concessione dell'azione da parte del magistrato giudicante.

### 6.1. Le conclusioni alle quali perveniamo sono le seguenti.<sup>113</sup>

Dal punto di vista dal quale ci siamo posti, le attività di *denegare actionem* e di *denegare iudicium* coincidono sul piano lessicale perché entrambe indicano il rifiuto di concedere l'azione. Tuttavia, sul piano contenutistico, sia una promessa editale sia una previsione proveniente da una fonte normativa sia, infine, un parere dei giuristi espresso in termini di *denegare actionem* metteva il magistrato giudicante di fronte alla possibilità di concedere una *formula* munita di *exceptio*: si tratta di una alternativa che non abbiamo riscontrato nei casi in cui il rifiuto di concedere il programma di giudizio è indicato dalla locuzione *denegare iudicium*.

Infatti, il *denegare iudicium*, laddove compare nelle fonti, indica il rifiuto di concedere l'azione in contesti incompatibili con la concessione di un programma di giudizio dotato di *exceptio*.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Cfr.: L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, 98 s.; M. PENNITZ, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, Wien-Köln-Weimar 1991, 276 s.; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit., 125 ss.; R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 57 s.; R. SCEVOLA, *Accertamento sulla fondatezza degli interdetti: considerazioni a margine di Gai 4.161-170*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova 2011, 669 ss.; M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in AUPA 55, 2012, 110 ss.; S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli 2012, 71 nt. 98; M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria*, cit., 717.

<sup>113</sup> Si tratta, inoltre, di conclusioni confermate anche dalle fonti nelle quali l'attività di *denegare iudicium* viene indicata da espressioni equivalenti che esprimono la mancata scelta o costrizione (*non cogere, non compellere*) del convenuto a *iudicium accipere, suscipere, pati*: si tratta sempre di contesti incompatibili con la concessione di una formula munita di *exceptio* e che si traducono unicamente nel rifiuto di concedere la *formula*. Si vd.: D. 3.3.8.3 (Ulp. 8 *ad ed.*); D. 3.3.17.2 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3.3.54 (Paul. 50 *ad ed.*); D. 3.3.76 (Iul. 5 *ad Min.*); D. 5.1.2.3 (Ulp. 3 *ad ed.*); D. 5.1.8 (Gai. 2 *ad ed. prov.*); D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 16.3.1.37 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 27.3.9.5 (Ulp. 25 *ad ed.*); D. 46.7.18 (Ven. 7 *disp.*).

<sup>114</sup> Alla luce dei risultati ai quali siamo pervenuti si può tentare di dare una risposta alla domanda posta da E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 Berlin 1922, rist. anast. Aalen 1964, 197 ss., con riferimento a: D. 47.8.1 (Paul. 22 *ad ed.*): *Qui rem rapuit et furti nec manifesti tenetur in duplum, et ui bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit ui bonorum raptor-*



Così intesi il *denegare actionem* e il *denegare iudicium*, ne consegue la diversa accezione nella quale compaiono i segni *actio* e *iudicium* con riferimento all'attività di *denegare*: siamo ora in grado di precisare il significato assunto da questi due vocaboli quando sono impiegati nelle fonti giuridiche per segnalare l'oggetto dell'attività di *denegare*.<sup>115</sup>

Considerato che il *denegare iudicium* coincide con il rifiuto di concedere il programma di giudizio sia in senso astratto – ossia come modello affisso all'albo (come accade nell'editto *de aleatoribus*) – sia in senso concreto – ossia come formula autorizzata dal magistrato e concordata dalle parti –, ne consegue che il lemma *iudicium* è impiegato in un significato aderente alla sua etimologia che rinvia all'atto del giudicare.<sup>116</sup>

*rum, deneganda est furti* rell. [Conforme D. 47.2.89(88) (Paul. *l. s. de concurr. act.*)]. Lo studioso si chiede: perché nel caso di concorso tra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti nec manifesti*, le fonti dicano solo che, ove esperita la prima azione, vada denegata la seconda: non poteva essere concessa l'*actio furti nec manifesti* con l'inserimento di una *exceptio* nella formula volta a fare rilevare al giudice che era stata precedentemente esperita l'*actio vi bonorum raptorum* e che, quindi, l'*actio furti nec manifesti* si doveva considerare assorbita? Ciò avrebbe tutelato il convenuto, il quale poteva avere interesse ad instaurare la seconda lite e beneficiare degli effetti preclusivi della *litis contestatio* conclusa relativamente all'*actio furti nec manifesti*; se non altro questi avrebbe avuto la certezza di non essere più convenuto in giudizio con quest'ultima azione. Se teniamo conto del linguaggio delle fonti che abbiamo segnalato con riferimento al *denegare actionem* – e all'*actio* fa riferimento anche D. 47.8.1 (Paul. *22 ad ed.*): ... *deneganda est furti* – risulta che di fronte al suggerimento di *denegare actionem* da parte di un giurista, il magistrato giusdicente restava libero di *dare* e di concedere una *formula* dotata di *exceptio*, proprio per rispondere a certi interessi del convenuto. Ciò doveva accedere anche nel caso del frammento paolino [D. 47.8.1 (Paul. *22 ad ed.*)] oggetto dell'attenzione di Levy. Possiamo solo aggiungere che la mancata attestazione dell'*exceptio* potrebbe essere al più un segnale della sua scarsa diffusione nella prassi: una volta esperita l'*actio vi bonorum raptorum*, il magistrato giusdicente avrebbe di norma denegato l'*actio furti nec manifesti*.

L'ottica che abbiamo privilegiato può permettere di capire come mai al debitore in mora che offriva un pagamento rifiutato dal creditore si conceda l'*exceptio doli* in D. 45.1.73.2 (Paul. *24 ad ed.*), mentre si suggerisce di *denegare* l'azione al creditore in D. 46.3.30 (Ulp. *51 ad ed.*). Non vi è alcuna contraddizione tra queste fonti – come invece riteneva A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*. I. *La mora accipiendi e la liberazione del debitore*, in AUPA 11, 1923, 170 s. – solo che si riconosca che *denegare actionem* e *dare* una formula munita di *exceptio* fossero due rimedi alternativi per i giuristi classici.

<sup>115</sup> Fin ora eravamo stati costretti ad accedere ad un significato generico di *iudicium* quale programma di giudizio e di *actio* quale strumento di tutela dell'attore vd. *supra*, § 3 e ntt. 20-23.

<sup>116</sup> Alla letteratura richiamata *supra*, ntt. 20-23, *adde*: A. WALDE-J. HOFMANN, *Lateinisches etimologisches Wörterbuch*<sup>4</sup>, I, Heidelberg 1965, s.v. *iudex*, 726, dove si rinvia proprio a *iudicium* nel significato di *Urteil* risalente ai tempi di Plauto. A. ERNOUT-A. MEILLET, s.v. *'iudex'*, in *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*<sup>4</sup>, Paris 1959, 329, che rileva che il lemma *iudicium* indica il giudizio e il tribunale. Da sottolineare anche il significato principale di *iudicium* rilevato nell'*OLD*, I, s.v. *iudicium*, 978, ossia di processo innanzi ad un giudice; in ogni caso, anche con riferimento a specifiche applicazioni del lemma (ad es. *iudicium privatum*, *iudicium publicum*, *iudicium populi*) è sempre implicata la funzione di giudizio. Similmente, il significato della parola *iudicium* quale pronuncia del giudice che caratterizza la fase detta, tecnicamente, anche *'in iudicio'*, è sempre evidenziata nei lessici, cfr.: *Der kleine Pauly. Lexikon der Antike*, II, Stuttgart 1967, s.v. *iudicium*, 1504 ss.; CH. DAREMBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, III, s.v. *judex, iudicium*, Paris 1900, rist. Graz 1969, 632 ss.; *TLL*, VII.2, s.v. *iudicium*, 606 ss.; *VIR*, III.5, s.v. *iudicium*, 1363 ss.; H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, s.v. *iudicium*, 294 ss., rist. Jena 1926, 294 ss.; *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, V, s.v. *iudicium*, Stuttgart-Weimar, 1998, 1202 ss.

Il profilo dell'inerenza della funzione di giudizio sottesa dal lemma *iudicium* è particolarmente eviden-

Il *denegare iudicium* si traduce, quindi, esclusivamente nel rifiuto di concedere il programma di giudizio in base al quale si sarebbe formato il giudizio del giudice.

Diversamente, quando aveva per oggetto l'*actio*, l'attività di *denegare* avrebbe riguardato solo l'attore e la pretesa circoscritta nell'*intentio* della formula, che a sua volta rappresentava il modello d'azione intentato. Il riferimento al *denegare actionem* da parte di una fonte autoritativa o giurisprudenziale, dunque, non avrebbe precluso al magistrato giudicante di tenere conto, in altro modo, delle difese del convenuto e di instaurare la lite mediante la concessione di una *formula* munita di *exceptio*.<sup>117</sup>

ziato da M. WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig 1891, 52 s., convinto che il *iudicium* implichi sempre una funzione di giudizio, anche perché in origine *ius dicere* e *iudicare* non erano atti distinti; B. KÜBLER, *Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit*, in ZSS 15, 1894, 138 ss., 165; R. ORTU, *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in *Il giudice privato*, cit., 139 ss.

<sup>117</sup> Il segno *actio* è impiegato nelle fonti per indicare la *potestas agendi* ovvero l'*agere posse* dell'attore, oltre che il suo concreto esercizio (*supra*, § 3 e nt. 20). Attorno alla natura giuridica dell'azione romana si è sviluppata una vivace 'polemica': B. WINDSCHEID e T. MÜLLER, *Polemica intorno all'«actio»*. Prima trad. it. cur. E. HEINITZ e G. PUGLIESE. *Introduzione di Giovanni Pugliese*, Firenze 1954.

È discusso, specialmente nella dottrina italiana e tedesca, se l'*actio* abbia un valore materiale – cioè sia volta alla prestazione (*quod sibi debeatur*) a prescindere dalla sentenza –, ovvero formale, ossia si tratti di uno strumento processuale o giudiziale volto al soddisfacimento di una pretesa per mezzo della condanna. Pur se con non indifferenti varianti, e senza alcuna pretesa di citare tutta la sterminata letteratura formatasi su questo vastissimo tema, possiamo sintetizzare il dibattito in due grandi orientamenti di pensiero.

La dottrina italiana tende oggi ad attribuire all'azione un valore formale o giudiziale, soprattutto per l'influenza esercitata dai numerosi contributi dedicati al tema da Giovanni Pugliese, il quale risolveva l'azione nel potere dell'attore di agire in processo secondo lo schema predisposto per l'esercizio di tale attività al fine di promuovere una pronuncia giudiziale. Pur se con non lievi divergenze vd.: B. BRUGI, *s.v. Azione*, in *Il Digesto Italiano*, IV.2, Torino 1893-1899, 761 ss.; E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, 34 ss., definisce l'azione come un potere processuale autonomo, distinto dal diritto subiettivo sostanziale: al potere di azione era correlativa una pura e semplice soggezione giuridica, che non si concretava in alcun obbligo di condotta, neppure di contenuto negativo: rimasto insoddisfatto un diritto, nasce il diritto alla condanna e all'esecuzione; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I<sup>2</sup>, Padova 1942, 253, il quale ribadisce che l'azione coincide con il potere di attivare un processo al fine di promuovere l'accertamento vincolante o la forzata attuazione di un rapporto giuridico; B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, cit., 129 ss. [= *Scritti giuridici*, II, cit., 519 ss.], incline a riconoscere all'*actio* solo un valore materiale e ad identificarla con l'attività dell'attore formalizzata nella *formula*; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., 5 ss.; ID., *Il processo formulare*. I. *Introduzione – Nozioni fondamentali – I soggetti del processo. Lezioni dell'anno accademico 1947-48*, Genova 1948, 100 ss.; ID., *Il processo formulare*, II, cit., 92 ss.; ID., *s.v. "iudicium"*, cit., 335 s.; ID., *s.v. Azione (diritto romano)*, in NNNDI, 2, Torino 1958, 24 ss.; ID., *Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, 32 ss.; ID., *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in SCDR 6, 1994, 19 ss. [= *Scritti giuridici (1985-1995)*, cur. L. VACCA, Napoli 2007, 857 ss.]; F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, cit., 96 ss.; C. GIOFFREDI, '*Ius*' e '*actio*', cit., 217 ss.; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi Biscardi*, IV, Milano 1983, 327 ss., il quale, contestando Pugliese sul punto della distinzione tra diritto soggettivo e azione, identifica quest'ultima con il diritto di assoggettare il debitore ad una sanzione; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio'*, cit., 308, il quale identifica l'*actio* con il potere di assoggettare il debitore al processo al fine di ottenere la sua condanna alla *litis aestimatio*. Lo studioso ritiene (236 s.) «metodologicamente ozioso, quanto alla natura dell'*actio* stessa, il chiedersi se essa sia solo materiale (escluso che si possa risolvere in un diritto

Infatti, nel linguaggio delle fonti giuridiche, il *denegare actionem*, se anche poteva sfociare nel rifiuto di concedere il programma di giudizio (in maniera coincidente al *denegare iudicium*), tuttavia non impediva al magistrato giudicante di tutelare le ragioni del convenuto mediante una cd. *datio exceptionis* la quale, naturalmente, presupponeva a monte la concessione della formula dell'azione chiesta dall'attore, rispetto alla quale l'*exceptio* sarebbe stata una parte eventuale.

6.1.1. Questa alternativa non deve stupire ove si rifletta sulle seguenti circostanze.

Sul piano dell'evoluzione storica va accolta a nostro avviso la ricostruzione proposta da Wlassak,<sup>118</sup> secondo il quale l'*exceptio* si sarebbe sviluppata, nel processo formulare, a partire dal più ampio contesto rappresentato dal *denegare actionem*, esistente fin dalle *legis actiones*.

processuale astratto, ossia in un diritto che prescinde dalla verità dei fatti materiali e dalla conformità al diritto delle conseguenze traibili), ovvero se sia un diritto processuale concreto (che presuppone sempre un diritto soggettivo sostanziale), ovvero se sia un 'Anspruch' (una posizione creditoria sostanziale-processuale pretensiva). L'*actio* stessa, infatti, in Roma è tutta immersa nella sostanza dell'*obligatio*, ma ciononostante non è affatto riducibile ad un 'diritto alla prestazione', assurgendo invece essa a potere creditorio di assoggettare il debitore al processo».

R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*. III. *Actio. Iudicium*, cit., s.p., rinviene un valore anche e, fondamentalmente, materiale dell'*actio*, fuori da qualunque portata 'processuale': essa è capace di realizzare la pretesa attorea a prescindere dalla sentenza; ID., *Su D. 46.3.80*, cit., 613, il quale rileva che per l'età repubblicana l'*actio* «non è mero strumento processuale, ma conserva un valore materiale, per cui l'idea dell'*adstringi*, che la giurisprudenza classica collega all'*obligatio*, continua ad essere riferita anche all'*actio*».

Nella dottrina tedesca, furono le critiche all'idea diffusa fino a quel momento (sostenuta ad esempio da: J. C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *Rheinische Museum für Jurisprudenz* 6, 1834, 10; F. KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, I, Altona 1839, 156 ss.; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja*, 5, Torino 1893, 4 ss.) che l'*actio* consistesse nel diritto alla tutela giudiziale approntata dagli organi dello Stato e derivante dalla violazione di un diritto, che prese avvio il dibattito del quale stiamo riferendo. In particolare, a riconoscere un valore materiale all'*actio* fu per primo B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, convinto che l'*actio*, spettante a prescindere dalla violazione di un diritto, coincidesse con una pretesa (*Anspruch*) perseguibile giudizialmente (*gerichtlich*). Le idee di Windscheid prevalsero, nonostante le obiezioni che subito gli vennero mosse da TH. MÜLLER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857, per il quale l'*actio* era la pretesa, nei confronti del pretore, al rilascio della *formula* nelle ipotesi di violazione di un diritto. Infatti, seppure con non indifferenti oscillazioni, riconoscono un valore (almeno anche e fondamentalmente) materiale all'*actio*: M. A. VON BETHMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß, 2. Formulae*, cit., 207 ss.; E. I. BEKKER, *Ueber das Verhältnis von Actio und Obligatio*, in *ZRG* 9, 1870, 366 ss.; ID., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, 4 ss.; ID., *Überschau*, cit., 188 ss., il quale ricostruiva l'*actio* in modo sincretico, identificandola con una pretesa perseguibile giudizialmente e fondata sul diritto alla prestazione; O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, 14 ss.; M. WŁASSAK, *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena 1882, 59 ss.; ID., *s.v. actio*, in *PWRE* 1, Stuttgart 1894, coll. 304 ss.; L. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, 11 ss.; ID., *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 11 ss.; E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel 1955, 92 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., 483.

<sup>118</sup> M. WŁASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in *Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von Leopold Pfaff*, Wien 1910, 25 ss. (= *Labeo* 13, 1967, 247 ss.); ID., *Praescriptio und bedingter Prozess*, cit., 154 ss.; ID., *Die klassische Prozeßformel. Beiträge zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien und Leipzig, 1924, 138 e nt. 28.

La tesi dello studioso austriaco pare confermata, con riferimento alle *legis actiones*, dalla sicura attestazione di un *denegare legis actionem* discrezionale – basato cioè su di una valutazione nel merito della fondatezza delle ragioni dell'attore – che è attestato per il I sec. a.C. da un passo di Valerio Massimo e da una fonte epigrafica di età sillana.<sup>119</sup>

In questa ottica, del resto, si pongono i risultati cui è pervenuto di recente Sandro Corbino il quale ha dimostrato che già nelle *legis actiones* era permesso al giudice di tenere conto del fondamento delle difese del convenuto al fine di assolverlo: questa delega di accertamento naturalmente sarebbe derivata da una analisi del caso concreto svolta dal magistrato *in iure* e che avrebbe potuto provocare anche il rifiuto di concedere la *legis actio* richiesta dall'attore nelle ipotesi cosiddette liquide.<sup>120</sup>

D'altra parte, con specifico riferimento al processo formulare, il *denegare actionem* è sempre testimoniato come possibile sbocco della *causae cognitio* discrezionale del magistrato giudicante

Se si accoglie questa ricostruzione, per quanto riguarda il processo formulare, appare evidente che l'ampiezza degli accertamenti demandati al giudice con l'*exceptio* sia accostabile a quella posta dal magistrato giudicante a base della decisione di *denegare actionem*.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> Val. Max. 7.7.5: *Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat;*

*Lex Osca tabulae Bantinae*, ll. 23-27 [FIRA I<sup>2</sup>, 164 s.]: *Praetor sive praefectus posthac Bantiae erit, si quis apud eos cum | altero lege agere uolet aut pro iudicato manum asserere earum rerum | quae hisce in legibus scriptae sunt, ne quem prohibuerit magis X diebus proximis. Si quis contra | hoc prohibuerit, multa tanta esto: n. M.*

<sup>120</sup> Già nelle *legis actiones* il giudice sarebbe stato libero, in talune materie ed entro certi limiti, di tenere conto delle 'eccezioni difensive' del convenuto pur se non formalizzate in *exceptiones* in senso formulare, come messo in luce in modo convincente da: A. CORBINO, *Il caso di Visellio Varrone e Otacilia Lateranense* (Val. Max. 8,2,2), in *Iuris Vincula. Studi Talamanca*, II, Napoli 2001, 265 nt. 64; ID., *Legis actiones ed eccezioni difensive*, in RHDFE 80, 2002, 387 ss.; ID., *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., 19 ss.

<sup>121</sup> Così ricostruito il *denegare legis actionem*, si può provare a replicare all'obiezione che R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 42, nel contesto di una più ampia ricostruzione, muove alla tesi di Wlassak circa l'antecedenza storica del *denegare actionem* rispetto alla *praescriptio pro reo*: «Questa ricostruzione presenta alcune difficoltà. Innanzitutto vi sono forti dubbi in dottrina circa la configurabilità di una *denegatio actionis* nel processo *per legis actiones*, almeno nelle forme di un controllo discrezionale del magistrato, essendo verisimilmente possibile solo un controllo di legittimità». Ora, pur senza potere entrare nel vivace dibattito (vd. nota seguente) vertente sulla *praescriptio pro reo*, ci pare che, attestato nelle *legis actiones* un *denegare actionem* discrezionale (cfr. *supra* nt. 119), si può ammettere che il *denegare actionem* costituì, almeno a partire da una certa epoca, il modello al quale si ispirarono la *praescriptio pro reo* e l'*exceptio*.

Nella medesima prospettiva, ci sembra superabile anche un altro rilievo di R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 43: «se dovessimo immaginare una fase storica in cui il pretore poteva giudicare tutte le 'eccezioni' del convenuto – e dunque non solo nei casi di vizi di legittimità o palese infondatezza della domanda – e decidere di negare l'azione anche quando ricorressero fatti rilevanti sul piano del diritto pretorio, verrebbe da chiedersi quale fosse il ruolo del giudice: questi non potrebbe fare altro che ratificare le decisioni del pretore e condannare sempre, perché gli giungerebbero solo pretese fondate». Invero, è proprio l'evoluzione che dal *denegare actionem* conduce alla *praescriptio pro reo* e alla *exceptio* che potrebbe spiegare il senso di rinviare al giudice l'analisi di certe

Il giudice, infatti, avrebbe valutato il fondamento delle difese del convenuto al fine di assolverlo, allo stesso modo in cui il magistrato *in iure* avrebbe valutato tali difese al fine di rifiutare la concessione dell'azione.

Se dunque, con Wlassak, si ammette che l'*exceptio* (allo stesso modo della *praescriptio pro reo*)<sup>122</sup> sia una parte della formula volta a demandare al giudice accertamenti che *in iure* avrebbero potuto condurre al *denegare actionem*, non può stupire che i giuristi considerassero l'*exceptio* accanto al *denegare actionem*, quali rimedi giustapposti e alternativi.

Possiamo congetturare che, rispetto a tale nozione di *denegare actionem*, si sia ritagliato nel corso del tempo un significato più limitato e tecnico alla locuzione *denegare iudicium*, allusiva nel linguaggio dei giuristi al rifiuto esclusivo di concedere il programma di giudizio, senza la possibilità dell'alternativa rappresentata dalla cd. *datio exceptionis*.

Né possiamo escludere che nella formazione delle locuzioni *denegare actionem* e *denegare iudicium* e delle nozioni da esse richiamate possa avere giocato un qualche ruolo la natura non processuale dell'*actio* romana, alla quale abbiamo accennato e che, invece, non caratterizzava il *iudicium*.<sup>123</sup>

La natura non processuale dell'*actio* determinava che la prospettiva del giudizio fosse estranea all'*actio*. Se ci poniamo da questo punto di vista si capisce come una previsione astratta di *denegare actionem* non escludesse la *datio* di un *iudicium* munito di *exceptio*.

Infatti, una volta intentata l'*actio* ed effettuata la prima *editio actionis* (*extra ius*), solo se non si verificavano l'*indefensio*, la *confessio in iure* avente ad oggetto una *certa pecunia* e il *ius iurandum in iure delatum* – almeno con certezza nell'ipotesi in cui, riferito il giuramento decisivo all'attore, questi si fosse rifiutato di giurare<sup>124</sup> – i quali avrebbero imposto al magi-

questioni, specie relative a certe difese del convenuto che *in iure* potevano essere difficili da provare (si pensi alla irreperibilità dei testimoni della *litis contestatio*). Probabilmente fin dalle *legis actiones*, una volta bipartito il processo, il magistrato ebbe la possibilità di demandare al giudice l'accertamento di alcune questioni dal quale fare dipendere la condanna, come dimostrato da Corbino con riguardo a certe difese del convenuto che, nel processo formulare, si sarebbero tradotte in eccezioni formulari vincolanti per il giudice.

Accolgono l'idea che il *denegare actionem* stia alla base delle successive *praescriptio pro reo* ed *exceptio*: A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano 1956, 36 ss.; J. PÉTRAU-GAY, *Évolution historique des exceptions et des praescriptions*, Paris 1916, 16 ss., con inversione dell'ordine di evoluzione storica tra *exceptio* e *praescriptio pro reo*, in contrasto con quanto attestato da Gai 4.133. In senso critico su questo specifico punto si vd. P. KOSCHAKER, Rec. di J. PÉTRAU-GAY, *Évolution historique des exceptions et des praescriptions*, in ZSS 41, 1920, 336 ss.

<sup>122</sup> In ordine alla ricostruzione del meccanismo di funzionamento della *praescriptio pro reo*, specie se essa si risolvesse in una condizione negativa della *litis contestatio* (come il *denegare actionem*) o della condanna (come l'*exceptio*) gli studiosi sono divisi; l'unico elemento intorno al quale si registra un certo accordo è rappresentato dall'idea che non tutte le *praescriptiones* divennero *exceptiones* ma solo quelle cosiddette processuali o pregiudiziali, come quella attestata da Gai 4.133. Si tratta di un tema che ha di recente acceso il dibattito romanistico, si vd.: R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 18 ss.; ID., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 4, 2011, 114 e nt. 50; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 15 ss.; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 147 ss.; L. PELLECCHI, Rec. di M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, in IVRA 57, 2008-2009, 487 ss.

<sup>123</sup> Cfr. *supra* nt. 1.

<sup>124</sup> Come abbiamo avuto modo di precisare *supra*, § 5.5. nt. 84.

strato di *denegare* l'azione, si sarebbe potuta concludere la *litis contestatio* e si sarebbe potuta aprire la fase *apud iudicem*. Altrimenti la controversia si sarebbe già chiusa *in iure* e la fase *apud iudicem* sarebbe stata superflua.<sup>125</sup>

Se ci poniamo da questo angolo visuale, ci rendiamo conto che, una volta intentata l'azione, solo se non si verificavano eventi che impedivano la conclusione della *litis contestatio* sarebbe stato concesso il *iudicium*;<sup>126</sup> ciò implica che la prospettiva del giudizio era estranea all'*actio* la quale, anche se intentata non era detto che sfociasse in un *iudicium*. Per cui doveva apparire indifferente agli occhi dei giuristi romani che una previsione astratta di *denegare actionem* potesse sfociare, oltre che in un provvedimento di *denegare*, anche in un *decretum* di dare avente ad oggetto un programma di giudizio munito di *exceptio*, sulla base della quale il giudice avrebbe pronunciato una sentenza e, in particolare, una sentenza di assoluzione del convenuto se le ragioni dedotte nell'*exceptio* fossero state ritenute fondate.

Diversamente, quando l'oggetto dell'attività di *denegare* era rappresentato proprio dal *iudicium*, ossia dal programma di giudizio, non residuava spazio per una concorrente attività di *dare*, in quanto il *iudicium*, inteso sia come formula in astratto sia come formula in concreto, implica in tutti e due i casi l'atto del giudicare e, dunque, inevitabilmente, denegando il *iudicium* sarebbe stata impedita l'instaurazione del 'processo'.

<sup>125</sup> A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti*, Milano 1973, 58, identifica la *confessio in iure*, il giuramento decisorio e l'*indefensio* con «fatti capaci di escludere la lite». Ancora, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA, Torino 1991, 313, il quale precisa che solo «in mancanza di *confessio*, *indefensio* e *ius iurandum*, il processo *in iure* aveva il suo corso normale, il cui oggetto era la redazione definitiva della formula e la scelta del giudice o dei *recuperatores*, in vista della *datio iudicii* (o *actionis*) da parte del magistrato e della *litis contestatio*». Sul punto cfr. anche M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, cit., 286 e R. SANTORO, *Perpetuari obligationem*, cit. 201: «a negarle (*scil.* all'azione) questa natura non sta semplicemente la facile constatazione che nelle fonti non è dato rintracciare la nozione di 'processo', se, come si deve, ci si accorda nell'identificare il processo giurisdizionale come una serie di atti finalizzati al giudizio. Quel che nelle fonti si trova è, bensì, '*iudicium*', ma tale termine indica fundamentalmente non il procedimento, ma l'atto del giudicare. Ora, è facile osservare che l'*actio* opera anche a prescindere dal giudizio ... nei casi che non devono apparire eccezionali di *confessio in iure* (di *certa pecunia*), *indefensio* e *iusiurandum in iure delatum*. Il vero è che l'*actio* ha una natura propriamente esecutiva e il giudizio è solo un incidente nell'*actio*, che può dar luogo, ma solo in caso di *defensio*, al procedimento *apud iudicem*».

<sup>126</sup> Intendiamo riferirci alla decisione del convenuto di *non defendere*, alla *confessio in iure certae pecuniae* e al *ius iurandum in iure delatum*.



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 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: [redazioneaupa@unipa.it](mailto:redazioneaupa@unipa.it).





Finito di stampare nel mese di dicembre 2015  
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.  
Bagheria (Palermo)



