

**Bernardo Albanese**

***La vetus atque usitata exceptio***  
**di Cic., *De orat.* 1,37,168**

1. Tempo fa, in uno studio sulle idee di Cicerone in materia di *ars* (o *scientia*) *iuris civilis*,<sup>1</sup> avevo notato incidentalmente che gli esempi di svarioni giuridici da parte di oratori in *De orat.* 1,36,166-37,169 meritassero, forse, un rinnovato esame approfondito.

Oggi, mi si dà l'occasione di prospettare qualche riflessione sul caso esposto in

Cic., *De orat.* 1.37,168: *Quid? In his paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei praetoris urbani familiaris nostri sedentibus, homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET? Quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut, si ille infitiator probasset iudici ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, QUOD EA RES IN IUDICIUM ANTE VENISSET.*<sup>2</sup>

Salvo un paio di dettagli assolutamente irrilevanti, il passo è riferito in modo eguale in tutti i manoscritti; ed è limpido, almeno in apparenza, pur nella sua struttura estremamente sintetica, anche se, per vero, al lettore sarebbe servito assai di più qualche altro dato sul caso giuridico vero e proprio, invece, ad es., del dettaglio relativo all'identità del pretore.

Cicerone fa dire a Licinio Crasso – il celebre oratore che fu console nel 95a.C, avendo per collega Q.Mucio Scevola pontefice, il grande giurista – che qualche giorno prima, mentre sedeva nel *consilium* del pretore urbano Q.Pompeo, aveva avuto occasione di assistere ad una grave dimostrazione d'ignoranza giuridica da parte di un oratore, pur ritenuto di ottimo livello (*ex numero disertorum*). Esporrò questo caso di ignoranza, attendendomi strettamente alle indicazioni del testo, anche se, in tal modo, mi troverò in contrasto con quella che è la interpretazione, unanime che io sappia, del passo da parte dei romanisti che l'hanno studiato.

L'oratore ignorante, patrocinando un debitore convenuto (cfr. *illi unde peteretur*) dal quale un attore (*petitor*) pretendeva una somma di denaro (cfr. *petitam esse pecuniam* e *cuius pecuniae dies fuisset*), insisteva con il pretore per ottenere, certo in

---

<sup>1</sup> In *AUPA* 47, 2002, 24.

<sup>2</sup> Su questo testo, che però non viene esaminato specificamente sotto il profilo dell'analisi formale, e sulle numerose questioni ad esso collegate, e da gran tempo discusse in dottrina, cfr., da ultimo, l'attenta indagine di L.PELLECCHI, *La praescriptio – Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, 2003, 278-294. A questo volume rinvio per tutte le questioni, spesso non di poco rilievo, che dovrò soltanto accennare nelle poche pagine che seguono.

occasione della redazione della formula, la concessione (cfr. *daretur*) al suo cliente d'una antica e comune (*vetus atque usitata*) *exceptio CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET* (sono certo *verba* formulari). E Cicerone, per bocca di Crasso, sottolinea che quell'oratore non capiva che l'*exceptio* menzionata (non vi è dubbio che al fatto della concessione di essa si riferisca il *quod* che inizia l'ultimo periodo del passo trascritto) era un rimedio apprestato certo nell'editto pretorio, dato l'uso del verbo *comparare* (per cui basti citare, ad esempio, Gai 4,116: *comparatae sunt exceptiones*) e soprattutto data la qualifica di *vetus atque usitata exceptio* che conviene ad un istituto edittole.

Infine, Cicerone spiega sinteticamente come il *petitor*, in effetti, e non mai il convenuto difeso dal patrono ignorante, avrebbe potuto giovare della *exceptio* in questione. Ciò sarebbe avvenuto se, nel processo in corso, il convenuto (la locuzione *ille infitiator* rinvia palesemente al processo attuale) avesse provato che la *pecunia petita* veniva pretesa dallo stesso attore prima del momento in cui essa avrebbe effettivamente costituito una *pecunia debita*, cioè, è da ritenere, prima della scadenza d'un termine iniziale o dell'avveramento d'una condizione sospensiva. In questo caso, conclude Cicerone, ovviamente sottintendendo che l'attore avrebbe perduto l'attuale lite (per *denegatio actionis*, per rinunzia alla pretesa, per sentenza d'assoluzione, non importa), in un nuovo processo intrapreso (*rursus cum peteretur*), questa volta (si può supporre, ma non è necessario) a tempo debito, l'attore avrebbe conseguito mediante l'inserzione nella formula dell'*exceptio CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET*, l'effetto di neutralizzare un'eventuale (cfr. *ne ...excluderetur*; il congiuntivo mostra la prospettazione eventuale della circostanza) *exceptio* del convenuto fondata sul fatto che la *res* in questione *in iudicium ante venisset* (quale un'eventuale *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*).

La fattispecie proposta da Cicerone come esempio di ... inserzione nella formula d'un secondo processo eventuale della *exceptio CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET* mostra chiaramente, a mio avviso, come questa *exceptio* non fosse altro che una *replicatio* dell'attore alla *exceptio rei iudicatae* del convenuto.

E che la inconsueta qualificazione di *exceptio*, per di più *vetus atque usitata*, sia adoperata da Cicerone, non già in ordine ad una clausola formulare a favore del convenuto con intento esclusorio della pretesa dell'attore, cioè non già secondo l'uso terminologico corrente e tecnico di *exceptio* (cfr. ancora Gai 4,116: *comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur*), bensì in ordine ad una *replicatio*, non è certo fenomeno assurdo, o sorprendente. Possediamo almeno due attestazioni generali che spiegano come la *replicatio* non fosse altro che una *exceptio*.

La più autorevole è in D.41,1,2,1 (Ulp. 74 *ad ed.*): *Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones et a parte actoris veniunt*; la più vivace è tratta da una discussa operetta di Paolo in D.41,1,22,1: *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*.

E' da notare, crediamo, quanto finemente Cicerone qui chiami *exceptio* una clausola formulare che funziona da *replicatio*. Se avesse parlato di *replicatio* (ammesso che questo termine fosse d'uso corrente in età ciceroniana, in ordine alla clausola formulare opposta ad una *exceptio*), avrebbe rappresentato una situazione improbabile anche per il più ignorante degli oratori. Un difensore d'un convenuto non avrebbe mai chiesto esplicitamente una *replicatio*, clausola che nel nome stesso mostra la sua nozione di rimedio in favore d'un attore. Avrebbe ben potuto chiedere invece una determinata *exceptio* edittale credendo erroneamente che, come tutte le *exceptiones*, secondo il linguaggio corrente, si trattasse d'un rimedio apprestato in favore d'un convenuto, come era colui per cui egli prestava il suo patrocinio.

2. Il caso nel suo complesso, secondo la prospettazione fin qui fatta, è chiaro.

Si trattava d'una lite tra un presunto creditore ed un presunto debitore. Oggetto della lite era una *pecunia* assunta come *debita*, come risulta dalle parole usate da Cicerone.

Il fatto che nella clausola formulare mal richiesta fosse menzionata una *pecunia* (*CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET*), e ancor più l'esplicito cenno di Cicerone ad una *pecunia debita* costituiscono argomenti solidi, a mio avviso, per ritenere che Cicerone riferisse una situazione caratterizzata da una pretesa creditoria contro un debitore d'una somma determinata. Quindi, occorre pensare ad un'azione *in personam*, con *intentio* relativa ad un *certum* (Gai 4.50) e con *condemnatio certae pecuniae* (Gai 4,49; 52); e pertanto non ad un'azione per la quale si parlava di *incerta formula* (Gai 4,54; cfr. *formula, qua incertum petimus* in Gai 4,131; *incerti actio* in Gai 4,131a), in corrispondenza, correlatamente, con una *condemnatio incertae pecuniae* (Gai 4.49; 51). Non si può determinare, invece, se si trattasse di azione con *intentio in ius* (*civile*: Gai 4,45) o *in factum* (ad es., Gai 4,46) o, più in generale, se si trattasse d'una azione civile o d'una azione pretoria. La circostanza sottolineata da Cicerone della possibilità di una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (cfr. Gai 3,181; 4,106-107; 121) parrebbe, a prima vista, far pensare ad una azione pretoria, dato che, nelle azioni *in ius* (se connesse ad un *iudicium legitimum*: quindi con *intentio in personam*, con parti e *iudex unus* cittadini romani, esperita a Roma: Gai 3,180-181; 4,103ss.), non si doveva ricorrere all'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: Gai 3,181; 4,107. Ma niente esclude, come vedremo meglio tra poco, che Cicerone

parlasse di un'azione *certa, in personam* e però non integrante un *iudicium legitimum*.

3. Prima di tentare di precisare in qualche modo le caratteristiche della *replicatio CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET* della quale può supporre che parlasse Cicerone utilizzando la qualifica di *exceptio* (e, secondo noi, pensando alla funzione di *exceptio exceptionis* della *replicatio*: D.41,1,21,1 cit.), occorre discutere della interpretazione completamente diversa proposta per il caso di Cic., *De orat.* 1,37,168 dalla dottrina romanistica pressoché unanime.

Certo perché impressionata dalla marcata analogia tra le parole formulari riferite da Cicerone *CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET* con le parole *CUIUS REI DIES FUIT* usate da Gai 4,131 e 136-137, la dottrina<sup>3</sup> ha ritenuto che Cicerone parlasse d'una *praescriptio pro actore CUIUS REI DIES FUIT*, chiesta erroneamente dall'avvocato del convenuto. La dottrina, naturalmente, si rappresenta il caso in modo da poterlo adattare alla descrizione della *praescriptio pro actore* contenuta nei tre paragrafi gaiani ora citati; quindi, come un'*actio incerti ex stipulatu* o, comunque, come un'azione con *intentio incerta* per crediti rateali. Insomma, seguendo Gaio, essa si rappresenta l'ipotesi d'un credito pecuniario relativo ad una somma dovuta a determinate scadenze. Gaio parla di *certa pecunia stipulata in singulos annos vel menses* (Gai 4,131).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr., da ultimo, con letteratura L.PELLECCHI, *La praescriptio* cit., 279 nt. 16; anche questo studioso segue la dottrina dominante, ed approfondisce i problemi connessi. Qui osservo soltanto che soprattutto non posso seguire l'A. nel tentativo di escludere (contro la testimonianza costituita dal cenno ciceroniano alla *pecunia debita*, che comunque anch'egli ritiene locuzione usuale in caso di *agere certae pecuniae*) che *De orat.* 1,37,168 riferisse un'ipotesi di un'azione con *intentio certa*. L'obiezione connessa al fatto che il testo ipotizza una *exceptio rei iudicatae*, mentre in caso di *condictio certae pecuniae* in un *iudicium legitimum* vi sarebbe stata consumazione della pretesa *ipso iure* (Gai 4,107) è, praticamente, considerata non decisiva dallo stesso Pellecchi, allorché (283 nt. 27) ammette un riferimento ad una pretesa di *certa pecunia* in *iudicia imperio continentia* (e si potrebbero agevolmente aggiungere altre azioni a quella che viene citata dal Pellecchi). La seconda obiezione (p. 283ss.), ritenuta decisiva, che fa leva sul fatto che il caso descritto da Cicerone doveva essere facilmente percepibile e di frequente applicazione, cade se si considera quanto frequente possa esser stato un processo, ad es., con uno dei soggetti non cittadino; o una pretesa fondata sul *ius honorarium*, ad es., in caso di *compensatio* d'un debito rateale, o di debito rateale chiesto in un'azione con trasposizione di soggetti o con  *fictio*. In sostanza, si può immaginare frequente l'ipotesi di una azione con *intentio* contenente una pretesa di *certa pecunia* e però non ricompresa nelle fattispecie del *iudicium legitimum*, sì da prevedere la possibilità d'una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

<sup>4</sup> E ovviamente, seguendo Gai 4,131, la dottrina, per lo più, prospetta un'*actio* con *formula qua incertum petimus* con *intentio* al *quidquid dare facere oportet*; la *praescriptio EA RES AGATUR CUIUS REI DIES FUIT* è necessaria per impedire che con una siffatta *intentio* l'attore, pur potendo richiedere solo una rata, deduca *in iudicium totam obligationem, id est etiam futuram*; e così non possa più

Ma pur essendo affine a quello della *praescriptio CUIUS REI DIES FUIT*, il caso accennato in Cic., *De orat.* 1,37,168, a nostro avviso, era diverso.

Intanto, come ho accennato, nel caso ciceroniano sembra configurarsi, non già un'azione con intentio incerta, bensì un'azione con intentio relativa ad una somma certa di denaro (*pecunia debita*; e soprattutto *cuius pecuniae*). Poi, la redazione della clausola formulare riferita da Cicerone a me sembra tale da rendere improbabile un caso di *praescriptio pro actore*.

In effetti, allorché la *praescriptio* trattata in Gai 4,131 e 136-137 (*CUIUS REI DIES FUIT*, ripetiamo) accenna ad un *dies* della *res* che dovrà essere considerato dal giudice, il richiamo alla *res* precedentemente espresso con il pronome relativo *cuius* è perfettamente ragionevole, dato che la *praescriptio* si apre con le parole *Ea res agatur*. E' a questa *res* (termine generico che, in questo caso, secondo un corrente linguaggio formulare – cfr. specialmente le parole formulari *qua de re agitur* – indica la sostanza del processo: quindi, la pretesa, il debito) che si collega il discorso successivo mediante *cuius rei* (come se si avvisasse il giudice: “questa pretesa, questo debito siano trattati per quel che ha riferimento al loro termine di scadenza”).

Ad applicare lo stesso criterio formale, le parole *cuius pecuniae dies fuisset* di Cic., *De orat.* 1.37.168 presupporrebbero assai probabilmente, se inserite in una *praescriptio*, un precedente cenno alla *pecunia*, che è formalmente richiesto dal *cuius*: ad es., *De ea pecunia agetur...* Ma tutte le *praescriptiones* accennate in Gai 4,130ss. si aprono immancabilmente con le parole *Ea res agatur* (o *agetur* in Gai 4,137, ma forse è errore di amanuense). E' vero che in Gai 4,136 si riferisce il testo d'una *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis*<sup>5</sup> in cui le parole *cuius rei*

---

utilmente agire per le rate successive. Con l'occasione, osservo che probabilmente in Gai 4,131 dopo la parola *annorum* devono esser state omesse da un copista disattento le parole *vel mensium*: la duplice possibilità di redazione è esplicitata in precedenza, due volte. Aggiungo che, nel più dettagliato discorso di Gai 4,137 che sviluppa il cenno di Gai 4,131, tutte e tre le strutture formulari addotte hanno esplicito riferimento alla *stipulatio* di un *incertum*. Certo, non si può escludere, crediamo, che anche in altri crediti rateali giovasse la *praescriptio* in questione (non però, credo, per quelli costituiti da contratti che danno luogo a *iudicia bonae fidei*; in questi una richiesta prima del tempo non avrebbe impedito una riproposizione dell'azione a tempo debito: ciò è connesso alla *bona fides*).

<sup>5</sup> Il caso è quello d'un credito da *stipulatio* con promessa d'un *incertum* (caso già previsto in Gai 4,131, in sede di esempio iniziale della funzione della *praescriptio*), fatto valere contro lo stesso stipulante. La parte iniziale della formula riferita da Gai 4,136 in questo caso è: *IUDEX ESTO. QUOD A<sup>S</sup> A<sup>S</sup> DE N<sup>O</sup> N<sup>O</sup> INCERTUM STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM N<sup>M</sup> N<sup>M</sup> A<sup>O</sup> A<sup>O</sup> DARE FACERE OPORTET...* Subito dopo Gai (4,137) propone le formule della stessa azione se esperita contro lo *sponsor* e il *fideiussor* di *qui incertum promisit*. In questi due casi la formula è con *praescriptio* vera e propria (non *inserta loco demonstrationis*), e quindi premessa alla *iudicis nominatio*: *EA RES AGATUR* (o *AGATUR?*), *QUOD ....* (nel primo caso, *QUOD A<sup>S</sup> A<sup>S</sup> DE L<sup>O</sup> T<sup>O</sup> INCERTUM STIPULATUS EST, QUO NOMINE N<sup>S</sup> N<sup>S</sup> SPONSOR EST*; nel secondo caso: *QUOD N<sup>S</sup> N<sup>S</sup> PRO L<sup>O</sup> T<sup>O</sup> INCERTUM*

*dies fuit* non si riferiscono ad un precedente *Ea res agatur* (dato che siamo nel pieno di una *demonstratio*); e però esse si riferiscono chiaramente al precedente *Quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> de N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> incertum stipulatus est*: la relazione è questa volta non *ea res, cuius rei*, ma *quod, cuius rei*. Comunque, ripetiamo, se fossero state parte d'una *praescriptio*, le parole *cuius pecuniae* avrebbero dovuto essere precedute da qualche cenno alla *pecunia*, il che non sembra conforme al tenore delle *praescriptiones*.

Inoltre, nella clausola formulare citata da Cicerone il verbo è al congiuntivo, con riferimento al passato, *fuisset*. Mentre l'uso di un tempo al passato concorda con ciò che si nota nella *praescriptio CUIUS REI DIES FUIT*,<sup>6</sup> l'uso del congiuntivo al perfetto<sup>7</sup> sembra chiaramente indicare una ipotesi, e quindi non sembra convenire alla natura d'una *praescriptio* quale possiamo intuirlo dai cenni di Gai 4,130ss. (pur se gravemente lacunosi, in tratti vitali), cioè alla natura d'una clausola che, prima ancora della nomina del giudice, dà per certo, o precisa alcunché, in via preventiva. Quel *fuisset* sembra convenire con la struttura d'una vera e propria *exceptio*, che è, per natura, discrezionale.

Contro la tesi dominante che vede nella clausola citata in *De orat.* 1,37,168 una *praescriptio* vi è un ultimo, e non lieve, ostacolo. Nessuna fonte, a mio avviso, conforta un uso linguistico di *exceptio* per designare la *praescriptio*.

A partire, almeno, dal Wlassak, si è considerato come esempio di uso ciceroniano di *exceptio* in luogo di *praescriptio* il noto e importante passo di *De inv.* 2,20,59-60. Il caso è quello d'un convenuto con *actio iniuriarium* che *postulat* al pretore l'*exceptio extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*. Ma non si vede perché non si debba trattare proprio di una *exceptio* e non d'una *praescriptio*. Cicerone contrappone l'attore che *iudicium purum postulat* al convenuto che afferma *exceptionem addi oportere*, con terminologia perfettamente tecnica e adatta alla *exceptio*. Inoltre, la fattispecie può bene ricostruirsi come quella in cui un convenuto chiede, con l'inserzione d'una *exceptio*, che il giudice lo assolva se accerta che vi è in corso una *quaestio de sicariis ex lege Cornelia* dell'81a.C. In *De inv.* 2,20,60 si dice che l'ipotesi è d'un processo privato per un illecito *de quo inter sicarios quaeritur*; e si

---

*FIDE SUA ESSE IUSSIT*), *CUIUS REI DIES FUIT*. Evidentemente, si tratta dell'identica *praescriptio* già sommariamente enunciata in Gai 4,131. L'espressione di Gai 4,136 relativa alla *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis* ha offerto occasione per celebri discussioni, sulle quali cfr., da ultimo, L.PELLECCHI, *La praescriptio* cit., 294ss.; a me non pare dubbio che, almeno formalmente, si tratti d'una vera *demonstratio* con inserzione di parole tipiche della *praescriptio*: sarà stata una innovazione rispetto ad un più antico schema con una *praescriptio*.

<sup>6</sup> Gai 4,131 e 137.

<sup>7</sup> Nella *praescriptio EA RES AGATUR, SI IN EA RE* (cfr. D.10,2,1,1) *PRAEIUDICIUM HEREDITATI NON FIAT* (poi trasformata in *exceptio*) esposta in Gai 4,133, si ha il presente congiuntivo, con evidente riferimento al futuro.

spiega: *dum de ea re iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum, sit...* Non potrebbe essere più netta la previsione d'una possibile simultaneità dell'*actio iniuriarium* e della *quaestio de sicariis*. Stando così le cose, l'*exceptio* di cui parla Cicerone è ragionevolissima: una condanna nel giudizio recuperatorio (assai più rapido del complesso meccanismo delle *questiones perpetuae*) potrebbe costituire un precedente dannoso. Pertanto, il convenuto ha ragione di chiedere d'essere assolto nel giudizio recuperatorio. Questo potrà essere ripreso dopo la sentenza nella *quaestio*, penso, anche se non posso certo qui sfiorare i problemi del concorso di azioni e procedimenti.

Un altro caso in cui si è affermato un uso di *exceptio* da parte di Cicerone per riferirsi ad una *praescriptio* è quello, assai più noto, di Cic., *Ad Att.* 6,1,15, passo in cui Cicerone – rispondendo ad un rammarico di Attico, a proposito d'una, per noi ignota, *exceptio* dell'editto provinciale per la Siria proposta da M.Calpurnio Bibulo, che sarebbe stata gravemente dannosa per l'ordine equestre – afferma di “avere” (il testo ha *habeo*, che può alludere probabilmente ad una recezione nel proprio editto; ma ciò non è certo, e qui non importa molto), per suo conto, come “più sicura ed egualmente efficace” una *exceptio* proposta già da Q.Mucio Scevola nel suo editto per l'Asia (del 94 o del 98 a.C.). Questa *exceptio*, come quella di cui in *De inv.* 2,20,59-60, è introdotta con le parole *extra quam*. Essa è stata lungamente e in modo approfondito studiata in dottrina; e per mio conto, contro l'opinione che sembra dominante dal Wlassak in poi, ritengo che anche in questo caso si tratti di una vera e propria *exceptio*. Si può pensare – mi limito qui solo a questo breve cenno – ad una *exceptio* da usare solo nei processi in cui sono parti i *publicani* (per lo più appartenenti, si sa, proprio all'ordine equestre). Non si tratterebbe perciò d'una creazione generale precorritrice dell'*exceptio doli* (anche se fa leva sulla gestione del *negotium* in modo che non ci si debba attenere ad esso *ex fide bona*, e quindi ha qualche affinità con l'*exceptio doli*). Stando così le cose, secondo l'ipotesi qui rapidamente accennata, non sarebbe fondato il dubbio che il rimedio muciano avrebbe potuto annullare, in pratica, la distinzione tra negozi *iuris civilis* e negozi *bonae fidei* (sicché si dovrebbe scartare ogni possibilità che si tratti di *exceptio*). La menzione nell'*exceptio* muciana della locuzione *ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona* con molta probabilità (o almeno così mi sembra) non deve far pensare all'applicabilità a processi per ogni *negotium*; ma solo per ogni particolare *negotium* relativo ai *publicani*.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Su Cic., *Ad Att.* 6,1,15 cfr., da ultimo, R.FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, 2003, 28ss., con utile valutazione della letteratura spec. dal Wlassak in poi. Per la bibl. relativa a Cic., *De inv.* 2,20,59-60 cfr., per tutti, lo stesso R.FIORI, *Ea res agatur* cit., 22



Com'è noto, del resto, le parole iniziali *extra quam* in una *exceptio* (in luogo del più comune *si*) sono attestate (D.43,12,1,16), o supposte autorevolmente in dottrina dal Lenel in poi, in altri casi. Altre forme non consuete di *exceptio* forse sono quelle introdotte dal *quod* (ad es., Afric. 9 *quaest.* D.44,1,16 e 18).

D'altra parte, nelle fonti si trova qualche esempio di uso inverso: invece di un presunto uso di *exceptio* per *praescriptio*, si trova qualche caso di uso di *praescriptio* per designare una *exceptio*. Vanno ricordati tre testi (D.40,12,42; 44,1,23 e 46,3,91), soprattutto, che potrebbero testimoniare, da parte di Labeone, un uso di *praescriptio* (o *praescribere*) per rappresentare l'*exceptio* (v.a., ad es., D.44,1,10 e 11, di Modestino). Ma da questo uso mi sembrerebbe arbitrario indurre una possibilità inversa di designare *exceptio* la *praescriptio*. In realtà, considerato che l'*exceptio* del convenuto, per natura, è diretta ad escludere (cfr., per tutti, D.44,1,2pr., ove Ulpiano dice: *exceptio .. quasi quaedam exclusio*; frequente nelle fonti è l'uso di *excludere* in ordine all'*exceptio*) la validità della pretesa dell'attore, pare di capire che, in senso atecnico, si sia potuto parlare di *praescriptio* e *praescribere* anche per l'*exceptio*, dando a quei termini un significato connesso all'idea di "escludere". Un uso di *exceptio* per *praescriptio* avrebbe vanificato il carattere più evidente della *praescriptio*: quello di essere "scritta prima" di ogni altra parola, nella *formula*.

Comunque, a me pare che Cicerone, in *De orat.* 1.37.168, se davvero si fosse riferito ad una *praescriptio*, non avrebbe mai utilizzato la qualifica, in ogni caso impropria, di *exceptio*. E ciò tanto più in quanto, in quel luogo, egli parlava di inesattezze in materia giuridica, e quindi era certo molto attento all'uso delle parole giuridiche di cui si serviva; e, in secondo luogo e soprattutto, egli nello stesso contesto parla di *exceptio rei iudicatae* usando la qualifica tecnica di *exceptio*. Che nel corso di poche righe Cicerone abbia usato *exceptio* come *praescriptio* e come vera e propria *exceptio*, mi sembra francamente impensabile. Egli può bene, invece, aver usato, come credo e ho già detto, *exceptio*, nel primo caso che è quello che a noi interessa trattare, per indicare una *replicatio*. Ho già accennato alla convenienza di non ricorrere al termine *replicatio*. Sembra del tutto corretto e opportuno, per le ragioni esposte bene nei già citati D.41,1,2,1 e D.41,1,22,1, l'uso di *exceptio* (*exceptionis exceptio*, come dice il testo di Paolo; *exceptio ex parte actoris*, come si potrebbe dire secondo il ragionamento di Ulpiano).

---

nt. 74. Potrebbero attestare l'uso del *quod* iniziale, in luogo del *si*, in una *exceptio* D.5,3,25,17 e D.44,1,3,13; diverso avviso in R.FIORI, *Ea res agatur* cit., 24 nt. 77.

4. Nell'ottica delle riflessioni fin qui svolte, gioverà un cenno alla possibile struttura formulare d'una *replicatio (exceptionis exceptio) CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET*, della quale riteniamo parlasse effettivamente Cicerone.

Va ribadito, anzitutto, che *exceptiones* non introdotte dal comune *si* sono sicuramente attestate. D'una *exceptio* inserita nella formula con le parole iniziali *extra quam* parlano Labeone citato da Ulp. D.43,12,1,16 e Cic., *De inv.* 2,20,59-60 (cfr. *In Verr.* 2,3,152 e *Lex Irnitana* c. 84); v. anche le forme supposte dal Lenel, *EP*,<sup>3</sup> p. 581. Di *exceptiones* introdotte da un *quod* sembrerebbero parlare alcuni passi come D.44,1,16; 18; generalmente si ritiene che sussistesse, nei casi cui i passi si riferiscono, la consueta introduzione con *si*, ma ciò, a mio avviso, è tutt'altro che sicuro.

La natura complessiva di una *replicatio CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET* presuppone che, come esistevano *exceptiones* formulari non introdotte da un *si*, così siano esistite *replicationes* non introdotte dal *si* che è attestato in tutti i casi di esplicita menzione della *replicatio* nelle fonti: ad es., Gai 4,126 e 126a; D.20,1,16,5; D.44,2,9,2 (che è, come quella che supponiamo, *replicatio* ad una *exceptio rei iudicatae*); D.3,3,48.

La struttura formulare che ipotizziamo è quella di una pretesa di una *certa pecunia*, connessa ad un debito a termine, e costituita con una *intentio* del tipo *SI PARET N<sup>N</sup> N<sup>N</sup> A<sup>O</sup> A<sup>O</sup> SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE*, contro la quale il convenuto faccia valere un' *exceptio* di questo o simile tenore: *SI DE EA PECUNIA<sup>9</sup> ANTEA INTER A<sup>M</sup> A<sup>M</sup> ET N<sup>M</sup> N<sup>M</sup> IUDICATUM NON SIT* (o, se del caso, un cenno alla sola *litis contestatio*). A questa *exceptio* è pensabile fosse aggiunta la *replicatio (exceptio exceptionis*, come più volte si è rilevato): *CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET*, nella quale l'attore voleva far rilevare che il precedente giudizio *de ea pecunia* era stato instaurato in ordine ad una determinata scadenza passata (e che ora, quindi, invece, l'azione è per una nuova scadenza). Un intreccio formulare di *exceptio* e *replicatio* nei termini collegati – ripeto: *si ...antea de ea pecunia iudicatum non sit, cuius pecuniae dies fuisset* – sembra convenire all'ipotesi cui si riferiva Cicerone. Con le parole sempre dipendenti dal *si* iniziale della *exceptio rei iudicatae*: “e se di questa stessa somma, però, fu giudicato al termine in cui essa scadeva”, l'attore poteva ottenere la condanna del convenuto, a dispetto della sua *exceptio*.

---

<sup>9</sup> Nel tenore formale della *exceptio pacti* sembra certo esistesse menzione della *pecunia*: cfr. Gai 4,119: *si ... non convenit, ne ea pecunia peteretur*; non si vede perché non si possa ritenere inserita *pecunia* anche in ordine all' *exceptio rei iudicatae*, se si trattava di azioni per *pecunia debita*.