

**«Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris»  
(D. 17.1.12.11, Ulp. 31 ad ed.)**

1. In un noto passo di Ulpiano in materia di mandato, tratto dal trentunesimo libro del suo commentario all'editto, è presente una frase che suscita delle perplessità, non essendo chiaro il suo significato:

D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 ad ed.): *Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.*

Il giurista severiano contempla il caso seguente: un adolescente lussurioso aveva dato mandato ad un soggetto di fare una fideiussione a favore di una meretrice. Il mandatario non avrebbe avuto a disposizione l'*actio mandati contraria*: il caso era infatti analogo («*quia simile est*»)<sup>1</sup> a quello in cui un tale avesse prestato del denaro, sapendo che il mutuatario lo avrebbe sperperato («*perdituro*»)<sup>2</sup>. Ma anche se – afferma Ulpiano – il minore avesse dato mandato direttamente di prestare denaro alla meretrice non sarebbe stato obbligato, come se il mandato fosse stato conferito contro la buona fede.

Si tratta quindi di due fattispecie in cui l'*adulescens luxuriosus*<sup>3</sup> non risul-

<sup>1</sup> La frase «*simile est quasi*» non è estranea alle fonti, trovandosi in altri due luoghi: Cic. *Ad Att.* 1.16.10: ... *quid? hoc simile est? inquam 'quasi in aperto dicas fuisse?' ...*; Pomp. *Atell. Fragm.* 74: *Simile est, quasi cum in caelo fulgit propter lunam Lucifer.*

<sup>2</sup> Sul termine «*perdituro*», v. Ch.G. Wenzel, *Disputatio juridica de pecunia statim perdituro credita, ex l. 12 §. 11. D. Mandati*, Lipsiae 1715, 8: «*Vocabulum Perdituro quod attinet, illud a verbo perdere descendit, quod mihi heic idem est, ac bona sua turpiter dataque opera dissipare aut consumere. ... Ideoque Leges de Perdituro mentionem facientes hominem indignant prodigum, atque luxuriosum*».

<sup>3</sup> Secondo S.A. Fusco, «*Adulescens luxuriosus*». Ulp. *D. 17.1.12.11 – ein Mandat contra bonos mores?*, in D. Norr, Sh. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1993, 403 ss., seguito da A. Maffi, «*Adulescentes' e meretrices fra Plauto e la giurisprudenza*», in E. Cantarella, L. Gagliardi, *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 224, l'adolescente lussurioso sarebbe un *filius familias*. Tuttavia, tale tesi è senz'altro da escludere non solo perché non vi è alcun cenno nel testo ad un *filius familias* ma solo ad un *adulescens*, ma perché nel passo viene esclusa l'*actio mandati*, né si può pensare che l'azione si intendesse nei confronti del *pater*, dato che nella seconda parte del testo si esclude che l'*adulescens* fosse obbligato per il mandato («*non obligabitur mandati*»), segno evidente che non si stava

tava obbligato con l'*actio mandati contraria*<sup>4</sup>: mandato di prestare fideiussione nel primo caso<sup>5</sup>; mandato di credito nel secondo<sup>6</sup>. La giustificazione è diversa: «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*»<sup>7</sup> nel primo caso; «*quasi adversus bonam fidem mandatum sit*» nel secondo.

Tralasciando la seconda fattispecie, che pure risulta interessante nella giustificazione della negazione del vincolo per il minore<sup>8</sup>, ciò su cui vorrei soffermar-

riferendo affatto ad un *filius familias*. Escludono che si tratti di un *filius familias*, tra gli altri, J.J. Hallebeek, *Si ob stuprum datum sit, cessat repetitio. The palinogenesis of an early responsum*, in ZSS. 112, 1995, 408; A.J.B. Sirks, *Luxuriosus: Losbol, Zwelger, Dandy?*, in Aa.vv., *Viva vox iuris Romani, Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Utrecht 2002, 262; F. Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*». Protezione edittole dei minori e mezzi pretori adottati per la sua attuazione, in *Studi per Giovanni Nicosia* 5, Milano 2007, 473 nt. 80; Id., *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale*, Torino 2013, 196 nt. 84; A. Wacke, *In pecuniam ludere: Die Rechtsfolgen verbotener Glücksspiele nach dem prätorischen Edikt*, in ZSS. 135, 2018, 321 s. nt. 206. L. Pasetti, *Tre momenti del dialogo tra retorica e diritto in età imperiale*, in C. Buzzacchi, I. Fagnoli [a cura di], *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano 2021, 290, invece, non esclude che si possa trattare di un figlio di famiglia.

<sup>4</sup> Non sono affatto d'accordo con C. Herreros González, *Las meretices romanas: mujeres libres sin derechos*, in *Iberia* 4, 2001, 115, secondo cui dal passo si evincerebbe che in caso di fideiussione, per mandato, a favore di una meretrice il fideiussore non avrebbe contratto alcuna obbligazione («Ulpiano también recoge la norma de que ser fiador de una meretriz por mandato equivale a no ser fiador, a no contraer ningún tipo de obligación y por lo tanto, no estar obligado hacia la meretriz»). Nel passo, infatti, non solo si prende in considerazione la fattispecie particolare in cui la fideiussione era stata fatta su incarico di un mandante adolescente lussurioso qualora il mandatario fosse stato *sciens* (in mancanza di *scientia* è da supporre, invece, che avrebbe potuto agire contro il mandante), ma viene semplicemente esclusa la possibilità da parte del fideiussore che avesse pagato al creditore di agire mediante *actio mandati contraria* contro il mandante, lasciando quindi inalterata la validità della fideiussione.

<sup>5</sup> È probabile che la fideiussione fosse relativa ad un mutuo concesso da un terzo alla meretrice. In tal senso, v., tra gli altri, A. Guarino, *Mandatum credendi*, Napoli 1982, 73; Fusco, «*Adulescens luxuriosus*» cit. 404; Hallebeek, *Si ob stuprum* cit. 405; Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 474; Id., *Protezione pretoria* cit. 196.

<sup>6</sup> M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani. 'Leerformel' e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a c. di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* 2, Padova 2003, 231, evidenziava come vi fosse «un'inversione nell'ordine logico della trattazione, vale a dire di discutere prima del *mandatum a fideiubere* e poi di quello a *credere*».

<sup>7</sup> Il «*quasi*» non è da collegare a «*perdituro*» – come sembra fare il Maffi, «*Adulescentes*» cit. 224 – ma a «*credideris*», come giustamente ha evidenziato il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 198 nt. 88.

<sup>8</sup> Molti ritengono che il riferimento alla buona fede presente nel testo andrebbe letto come *bonos mores* (v., per tutti, G. Beseler, *Textkritische Studien*, in ZSS. 53, 1933, 25, che riteneva però l'intera parte finale non genuina; V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma nell'anno 1948-1949*, Napoli 1949, rist. anast. 1965, 107 s.; Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74 ss.). Secondo il Talamanca, *La bona fides* cit. 232:

mi è la frase posta a fondamento del mancato riconoscimento dell'*actio mandati contraria* della prima fattispecie.

Secondo il Bortolucci<sup>9</sup> questa non sarebbe genuina, ma probabilmente una

«il *mandatum* è *adversus bonam fidem*, evidentemente perché *contra bonos mores*, anche se ciò non venga detto». V. anche S. Di Maria, *Cari e 'vecchi' boni mores. Primi spunti per una comparazione diacronica*, in *Historia et Ius* 20, 2021, 8, «il mandato è nullo perché contrario alla *bona fides*, essendone l'oggetto *contra bonos mores*». Favorevole alla genuinità del riferimento alla *bona fides* anche A. Watson, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 90. S. Randazzo, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 175 s. Il Fusco, «*Adulescens luxuriosus*» cit. 389 ss., tuttavia, ha evidenziato come, da un confronto con altri testi (Gai 3.157; D. 17.1.6.3 [Ulp. 31 *ad ed.*]; D. 17.1.22.6 [Paul. 32 *ad ed.*]; I. 3.26.7), un mandato *contra bonos mores* fosse diverso rispetto al caso in questione, in cui risulterebbe difficile intravedere, a suo avviso, una *causa turpis*. Egli ritiene, pertanto, che il minore fosse in realtà un figlio di famiglia e che, con tale mandato, si sarebbe aggirato il sc. Macedoniano: la *fraus legi* avrebbe portato il mandato ad essere contrario alla *bona fides* e quindi invalido. Tuttavia, la ricostruzione del Fusco, se pure suggestiva, non può essere accolta, in quanto nel testo non vi è alcun elemento che possa far pensare che l'*adulescens* fosse un figlio di famiglia (sul punto, v. *supra*, nt. 3). Tuttavia, la circostanza, evidenziata dal Fusco, che non si tratti di una *causa turpis*, e che quindi non ci si trovi di fronte ad un mandato *contra bonos mores*, risulta convincente (in tal senso, v. anche T.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York 1998, 23. Secondo il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 321 s. nt. 206, troppo semplicemente il Fusco esclude che si tratti di contrarietà ai *boni mores*. Secondo lo studioso, infatti, ci si sarebbe aspettati proprio come giustificazione l'essere contrario alla morale, in quanto permettere a un giovane ozioso di condurre una vita dissoluta a credito violerebbe, a suo avviso, certamente i *boni mores*; tuttavia, lo studioso sostiene che una violazione della buona fede fosse sufficiente perché l'*actio mandati* non avesse successo, perché apparteneva ai *bonae fidei iudicia*, ed è per questo motivo che Ulpiano si sarebbe accontentato di questo modo di esprimersi. La contrarietà alla buona fede è, a mio avviso, rinvenibile nella consapevolezza, da parte del mandatario, che l'*adulescens* avrebbe sperperato il suo denaro, in quanto di sicuro non avrebbe proceduto, una volta rimborsato il denaro dato a mutuo mediante l'*actio contraria*, a rivalersi nei confronti della meretrice. Alcuni però ritengono che in questa fattispecie mancherebbe la *scientia* del terzo: v., per tutti, Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 108; Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 475; Id., *Protezione pretoria* cit. 198. Tra coloro che invece sostengono che anche in questa seconda fattispecie venisse considerata la *scientia* del mandatario, v. Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74; Randazzo, *Mandare* cit. 174; Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 322 nt. 207, 24. Sul punto, v. anche *infra*, § 4 e nt. 84.

<sup>9</sup> G. Bortolucci, *Il Mandato di credito*, in *BIDR.* 28, 1915, 183: «Il periodo segnato tra parentesi quadre è forse un'aggiunta (glossema postclassico?)». Favorevoli alla non genuinità del testo, tra gli altri, v. Beseler, *Textkritische Studien* cit. 25, che riteneva la frase una sciocchezza, perché colui che prestava denaro ad uno scialacquatore avrebbe avuto comunque un diritto pienamente valido («*Quia – credideris* ist Unsinn, shon deshalb, weil *qui perdituro pecuniam creditit* selbstverständlich einen vollgültigen Darlehensanspruch hat»); H. Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 4, Milano 1930, 121 e nt. 50, secondo cui «dass es 'a fonds perdu' gegeben und deshalb nicht rückforderbar sei ..., ist gewiss nicht römische Anschauung» (p. 121 nt. 50).

glossa postclassica. Per lo studioso, infatti, il mandato sarebbe stato comunque nullo per l'obiettivo immoralità dell'oggetto, a prescindere da qualsiasi consapevolezza del mandatario. Tuttavia, come ha efficacemente messo in luce il Sanfilippo, «la critica testuale del Bortolucci non persuade»<sup>10</sup>. La *scientia* del mandatario, infatti, è prevista anche nella stessa fattispecie analizzata («*idque tu sciens mandatum susceperis*») ed è presupposta come condizione per la negazione dell'*actio mandati*; pertanto, la decisione risulterebbe sempre fondata sulla *scientia* del mandatario, anche eliminando la frase «*quia simile ... credideris*», con la conseguenza che, qualora il mandatario fosse stato *ignorans* gli sarebbe stata riconosciuta l'*actio mandati contraria*<sup>11</sup>. Inoltre, come evidenziato dal Siber<sup>12</sup> e dall'Arangio-Ruiz<sup>13</sup>, nel testo non viene dichiarata l'invalidità del contratto, ma soltanto l'impossibilità da parte del mandatario *sciens* di poter agire contro il mandante per il rimborso di quanto versato<sup>14</sup> («*non habebis mandati actionem*»)<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> C. Sanfilippo, *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte I*, Catania 1947, ora in *Rivista di diritto romano* 4, 2004, 19.

<sup>11</sup> In tal senso, Sanfilippo, *Corso di diritto romano* cit. 19 s. Secondo lo studioso si tratterebbe di un'*actio mandati utilis* («precisamente di un'*actio ficticia* '*ac si utile mandatum esset*'»), dato che «l'*actio mandati* sarebbe stata in ogni caso esclusa dalla nullità obbiettiva del contratto» (p. 20). L'ipotesi non mi persuade. A ben guardare, infatti, il mandato di prestare fideiussione ad una meretrice non mi pare si possa considerare di per sé come un atto nullo per immoralità dell'oggetto, e ciò a prescindere dalle reali intenzioni dell'adolescente lussurioso (magari un eventuale compenso larvato sotto forma di fideiussione) e dalla 'professione' della debitrice. D'altronde, la nullità del contratto di mandato non è sancita dal testo, in cui si legge invece che il mandatario *sciens* «*non habebis mandati actionem*», cioè era solamente esclusa la possibilità di agire contro il minore.

<sup>12</sup> Siber, *Schuldverträge* cit. 121.

<sup>13</sup> Arangio-Ruiz, *Il mandato* cit. 107 s.

<sup>14</sup> In tal senso, v., tra gli altri, Halleebeck, *Si ob stuprum* cit. 408; Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 474 nt. 83; Id., *Protezione pretoria* cit. 197 nt. 87, secondo il quale «se il mandato fosse stato davvero nullo, nemmeno il mandatario *ignorans* avrebbe dovuto avere la possibilità di esperire l'*actio mandati contraria* (possibilità la cui esistenza si desume, invece, implicitamente dal nostro testo)»; inoltre, secondo l'autore, la circostanza che viene accostato questo particolare mandato ad un mutuo fatto al minore dissipatore, sulla cui validità non vi sono dubbi, dimostrerebbe che anche il mandato fosse valido. Per l'invalidità del mandato, v. Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74; Talamanca, *La bona fides* cit. 232; Randazzo, *Mandare* cit. 168 ss. (il quale parla di «radicale inesistenza dell'obbligazione» [p. 168] e di «radicale nullità, in quanto il contratto è certamente invalido» [p. 170]).

<sup>15</sup> Secondo il Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 474 nt. 83, 476; Id., *Protezione pretoria* cit. 197 nt. 87, 199, l'espressione alluderebbe ad una *denegatio actionis* nei confronti del mandatario dell'*actio mandati contraria*, così come troviamo nel passo gaiano D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*) (per il testo v. *infra*, in questo stesso paragrafo).

2. Escludendo il carattere insiticio della frase «*quia simile ... credideris*»<sup>16</sup>, ci si chiede, in particolare, che cosa intendesse Ulpiano con tale espressione.

Secondo il Musumeci<sup>17</sup>, la frase farebbe riferimento ad un mutuo effettuato ad un adolescente sperperatore. Secondo lo studioso, Ulpiano avrebbe accostato il mandato a *fideiubere* a favore di una meretrice al mutuo fatto al minore nella consapevolezza che fosse scialacquatore<sup>18</sup>.

In effetti tale ipotesi sembrerebbe trovare esplicita conferma in un testo di Gaio:

D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit, denegare debet proconsul creditori adversus eum actionem. ...*

Il giurista, nel commentario all'editto provinciale, afferma che, qualora il

<sup>16</sup> Non è totalmente da escludere che nel testo vi siano delle mende formali. Secondo il Siber, *Schuldverträge* cit. 121, che ritiene l'intero inciso insiticio (v. *supra*, nt. 9), la frase avrebbe dovuto essere «*quia similis es ei, qui perdituro pecuniam sciens crediderit*»; secondo il Talamanca, *La bona fides* cit. 233, il testo avrebbe subito delle modifiche formali, limitandosi a segnalare «*crediderit*» al posto di «*credideris*». Secondo il Randazzo, *Mandare* cit. 171, invece, «questa parte di D. 17.1.12.11 non sembra presentare anomalie tali da far dubitare della sua genuinità», anche se, a proposito dell'inciso, in altro luogo (p. 169 nt. 23), sembra essere più incerto: «è possibile ... che l'aggiunta sia dello stesso giurista, anche se non credo si possa escludere che questo passo sia stato complessivamente riassemblato, sia pure su materiali probabilmente ulpiane».

<sup>17</sup> F. Musumeci, *Quod cum minore... gestum esse dicitur*. Formulazione editale e sua concreta attuazione in età imperiale, in *RH.* 84, 2006, 520 nt. 32; Id., «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit., 474 s. nt. 83; 476 nt. 84; Id., *Protezione pretoria* cit. 197 nt. 87, 198 e ntt. 87 s.

<sup>18</sup> In tal senso, v. anche, tra gli altri, A. Faber, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum* 3, Lugduni 1663, 37; W.A. Lauterbach, *Collegii theoretico-practici*, Tubingae 1726, 633 (il quale era dell'avviso che si trattasse di un adolescente, sulla base di D. 4.4.24.4 [Paul. 1 *sent.*], e che la conferma che fosse escluso il maggiore d'età si potesse rinviene in D. 15.3.3.6 [Ulp. 29 *ad ed.*]. In questo testo, che riguarda un mutuo fatto da uno schiavo per comprare cose lussuose al *dominus*, però manca la *scientia* del creditore e la qualità di *perditurus* del *dominus*); Randazzo, *Mandare* cit. 169 (il quale parla di «giovane prodigo»); Maffi, «*Adulescentes*» cit. 224 (secondo il quale la frase, così come l'intero brano, farebbe riferimento ad un *filius familias*); S. Di Maria, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti* 1, Torino 2020, 81 nt. 7; Ead., *Cari e 'vecchi' boni mores* cit. 8.

Riguardo alla *ratio* della decisione ulpiana, secondo il Fusco, «*Adulescens luxuriosus*» spec. 404, poiché l'adolescente sarebbe – a suo avviso – un *filius familias*, entrerebbe in gioco il *Sc. Macedonianum*. Il Maffi, «*Adulescentes*» cit. 224, che è dell'avviso, al pari del Fusco, che il passo faccia riferimento ad un *filius familias*, non ritiene, a differenza sua, che la *ratio* della soluzione ulpiana si fondi su una frode al *sc. Macedonianum*: «la *ratio*, che sottende la soluzione del giurista, consiste nell'esigenza di rafforzare la tutela preventiva del patrimonio paterno contro il rischio derivante da spese del figlio per una causa turpe». Tuttavia, si tratta di una mera illazione non confortata dal dato testuale, non essendovi alcuna traccia nel passo che possa far pensare ad un sottoposto. Sul punto, v. anche *supra*, nt. 3.

minore avesse dissipato il denaro dato a mutuo, il proconsole avrebbe dovuto denegare l'azione al creditore contro il minore<sup>19</sup>.

Tuttavia, dei dubbi su tale interpretazione vi sono. A ben guardare, infatti, nel testo ulpiano vi è una particolarità che non compare in quello di Gaio: il riferimento alla *scientia* del creditore. Gaio infatti sostiene che si dovesse denegare l'azione, senza affatto considerare la consapevolezza del creditore, cosa che invece per Ulpiano sembra essere un dato indispensabile, senza il quale non vi sarebbe stato il mancato riconoscimento dell'azione<sup>20</sup>. Si potrebbe pensare che la soluzione di Gaio fosse isolata; tuttavia, un testo di Papiniano porta ad escludere tale ipotesi:

D. 46.3.95.3 (Pap. 28 *quaest.*): *Quod volgo iactatur fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus dumtaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. E contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem: nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit isque nummos acceptos perdidit et intra tempora in integrum restitutionis decessit here-de fideiussore, difficile est dicere causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit et cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussoris qui adulescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.*

<sup>19</sup> Su tale tipologia di tutela pretoria, che si andava aggiungere ai rimedi tradizionali dell'*in integrum restitutio* e dell'*exceptio*, v., per tutti, Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 470 ss.; Id., *Protezione pretoria* cit. 194 ss. Secondo lo studioso, in tal caso, la mancata menzione dell'*exceptio* troverebbe giustificazione nel fatto che, di fronte alla richiesta avanzata da parte del mutuante, il minore «si limitava unicamente a rilevare di non essere in condizione di restituire tale denaro avendolo dissipato ... Si comprende, perciò, che un rinvio al giudice mediante l'*exceptio* non sarebbe stato qui necessario» (Id., «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 471 nt. 76; Id., *Protezione pretoria* cit. 195 nt. 80. Sulle varie forme di tutela al minore, v., per tutti, sempre Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 443 ss.; Id., *Protezione pretoria* cit.

<sup>20</sup> Lo stesso Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 201 s. nt. 98, mette in evidenza questa discrasia tra le fonti, ipotizzando che Ulpiano o avesse una tesi meno intransigente di quella di Gaio, oppure che avesse indicato la *scientia* del mutuante «solamente perché nel brano in oggetto, il confronto che egli intendeva operare era proprio con il caso – da cui prendeva le mosse – del mandatario anche lui *sciens*: ed è allora evidente che, in questa seconda ipotesi, nulla impedisce di pensare che la sua posizione fosse, in generale, radicale quanto quella di Gaio e che, perciò, egli negasse l'azione al mutuante pure con riguardo al caso in cui questi non fosse stato *sciens*». Questa seconda ipotesi non convince. Nonostante infatti Ulpiano stesse considerando il caso del mandatario *sciens*, l'indicazione della *scientia* anche nel caso del mutuante non può essere giustificata se non dalla sua necessità al fine della soluzione. Per quanto riguarda la prima ipotesi, v. quanto riferito *infra*, in questo stesso paragrafo.

Papiniano sta analizzando l'ipotesi in cui il fideiussore fosse diventato erede del debitore principale e dell'eventuale confusione che ne sarebbe conseguita. La parte che a noi interessa è quella in cui il giurista prende in considerazione il caso in cui ad un minore di venticinque anni si fosse prestato denaro «*bonae fidei*»<sup>21</sup> e quello lo avesse perso («*isque nummos acceptos perdidit*») e, entro il tempo in cui avrebbe potuto chiedere la *in integrum restitutio*, fosse morto e il fideiussore fosse diventato suo erede.

L'*in integrum restitutio* del minore avrebbe portato verosimilmente non alla restituzione di quanto avuto dal creditore – non essendo di grande ausilio per il minore – ma semplicemente all'estinzione dell'atto, senza che il minore dovesse restituire quanto ottenuto, avendolo perso. Il minore, quindi, avrebbe potuto porre nel nulla il negozio, anche qualora il creditore fosse stato in buona fede, che è presumibilmente da intendersi che non fosse consapevole della minore età del debitore<sup>22</sup>. Escluderei invero che la buona fede fosse relativa alla non consapevolezza che il minore fosse dedito a sperperare denaro<sup>23</sup>: nel passo, infatti, viene semplicemente riferito come il minore avesse perso il denaro, a prescindere da una sua eventuale specifica predisposizione a perderlo. Ritengo, invece, che la stessa minore età fosse di per sé idonea a considerare il soggetto come generalmente propenso a perdere il denaro<sup>24</sup>.

Per Papiniano quindi il minore avrebbe avuto tutela in caso di prestito di denaro anche qualora il creditore non fosse stato *sciens* non solo della sua specifica propensione a sperperare il denaro, ma anche della sua maggiore età<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Verosimilmente «*bonae fidei*» sta per «*bona fide*» (in tal senso, v. R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* 8, ed. it., Venezia 1830, 136 nt. 4). Non vedo, infatti come il riferimento alla buona fede possa riferirsi al minore (minore di buona fede) né tantomeno al denaro (denaro di buona fede).

<sup>22</sup> In tal senso, v., tra gli altri, M. Colamonico, R. Zingarelli, *Le garanzie delle obbligazioni. Lezioni di diritto romano*, Napoli 1897, 179; C. Jiménez Salcedo, *Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en derecho romano*, Madrid 2017, 68; Ead., *Reflections about confusion as means of extinction of obligations guaranteed by bond*, in *Ius Romanum* 1, 2021, 388. Il Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 477 nt. 86, 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 199 nt. 90 e 202 nt. 98, appare cauto nel ritenere che nel testo si stesse considerando un compratore in buona fede: «Ad esso [= provvedimento restitutorio] infatti fa, in particolare, esplicito riferimento Papiniano in D.46.3.95.3 ... , dove il giurista considera forse il caso in cui il mutuante era in buona fede; «Va infine notato che Papiniano, in D.46.3.95.3 (28 *quest.*) ammette la protezione del minore che aveva scialacquato il denaro ricevuto dal mutuante (sembrebberne) in buona fede» (Id., *Protezione pretoria* cit. 202 nt. 98; Id., «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92).

<sup>23</sup> In tal senso, v. invece Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* 8 cit. 136 nt. 4.

<sup>24</sup> Sul punto, v. *infra*, § 3.

<sup>25</sup> Verrebbe però, a questo punto, da chiedersi come mai Papiniano specificasse che il prestito era fatto in buona fede se le conseguenze sarebbero state le stesse anche in sua mancanza. È probabile che il giurista avesse voluto specificare, per dissipare i dubbi, che anche qualora il creditore non sapesse che il soggetto a cui stava prestando il denaro fosse minore di età le conseguenze sarebbero state le stesse.

Vi è inoltre un passo di Paolo, che sembra confermare quanto riscontrato in Gaio e Papiniano:

D. 4.4.24.4 (Paul. 1 *sent.*): *Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur, sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse. Nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emptor damno adficiendus est.*

Il giurista, dopo aver enunciato la regola secondo cui la *restitutio* doveva essere fatta in modo tale che ciascuno recuperasse integralmente il suo diritto, prende in considerazione la *restitutio* a un minore<sup>26</sup> *circumscriptus* in una vendita di un fondo, in cui il pretore avrebbe ordinato al compratore di restituire il fondo con i frutti e di recuperare il prezzo, a meno che lo avesse pagato non ignorando che il minore fosse uno sperperatore («*cum eum perditurum non ignoraret*»<sup>27</sup>)<sup>28</sup>, così come – e questa è la parte che maggiormente ci interessa – avveniva riguardo al denaro dato in prestito a quello che fosse scialacquatore («*sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*»). Viene sottolineato poi che si sarebbe dovuto procedere con maggiore moderazione nella vendita,

<sup>26</sup> Che si tratti di un minore si evince chiaramente dai precedenti paragrafi, che riguardano appunto la *restitutio* in caso di atti del minore. In tal senso, v., per tutti, Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 39 e nt. 33. Sembra che per il Sirks, *Luxuriosus* cit. 264, si tratti di un minore figlio di famiglia, avendo sottolineato che il prezzo non poteva essere recuperato dal *pater familias* del minore: «Had de koper echter geweten, toen hij de koopsom gaf, dat de *minor* het geld zou uitgever, dan kreeg hij de prijs niet terug (van de *pater familias*)». Tuttavia, non c'è nulla che faccia pensare ad un *alieni iuris*.

<sup>27</sup> Il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 325, sembra scorgere una differenza tra il sapere (*scio*), che troviamo nel testo ulpiano, e il 'non ignorare' (*non ignoro*) del testo di Paolo: nel primo caso si tratterebbe di dimostrare una cosa positiva; nel secondo una cosa negativa. Tuttavia, come è riscontrabile dalle fonti (v., ad es., D. 42.8.25 [Ven. 8 *interd.*]; D. 47.6.5 [Marc. 8 *dig.*]), i due termini vengono utilizzati come sinonimi.

<sup>28</sup> Sembrerebbe che Gaio non consideri la *scientia* del compratore come elemento rilevante per la mancata restituzione del prezzo da parte del minore: D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): ... *item ex diverso si minore pretio quam oportet vendiderit adulescens, emptor quidem iuberi debet praedia cum fructibus restituere, iuvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est*. Egli infatti pone come condizione per la restituzione del denaro la circostanza che il minore «*locupletior est*», con la conseguenza che, qualora non si fosse arricchito, avendo perduto o malamente consumato il denaro, non avrebbe dovuto restituire il denaro, a prescindere dalla consapevolezza del compratore riguardo alla qualità di scialacquatore del minore.

poiché viene pagato un debito, che è necessario fare, mentre il prestito non è necessario («*sed parcius in venditione, quia aes alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse*»). Infine, si legge che anche se l'origine del contratto fosse tale da doverlo rendere inefficace, qualora fosse necessario pagare il prezzo, il compratore non avrebbe dovuto subire il danno in ogni caso.

Il testo, dunque, analizzando una particolare fattispecie (compravendita ad un minore *circumscriptus*), presenta un riferimento al mutuo fatto ad uno sperperatore<sup>29</sup>, in maniera del tutto simile al passo ulpiano. A differenza di quest'ultimo, però, non troviamo nel testo paolino l'esplicita menzione della consapevolezza da parte del mutuante. Si potrebbe pensare che ci sia un implicito richiamo – sorretto da «*sicuti*» – al «*non ignoraret*» che troviamo in precedenza, in relazione alla compravendita; cioè si potrebbe ipotizzare che nel testo si volesse far presente che, nella compravendita, così come nel mutuo, qualora colui che avesse dato il denaro al minore sapesse della sua indole a sperperare, non avrebbe avuto indietro il denaro<sup>30</sup>. A ben guardare, però, c'è un dato che mi porta ad escludere tale ipotesi. Nella seconda parte del testo, infatti, viene sottolineata la differenza di trattamento che doveva essere riservata alla compravendita rispetto al mutuo («*parcius*»). Ora mi chiedo: questa maggiore moderazione che si doveva avere al riguardo in che cosa consisteva? Nella prima parte del testo, infatti, viene fatto un chiaro distinguo a seconda che il compratore ignorasse o

<sup>29</sup> Secondo il Sirks, *Luxuriosus* cit. 265, non è chiaro se il riferimento al mutuo sia nei confronti di un minore («en uit de tekst blijkt niet of deze een *minor* moet zijn of niet»), anche se nella traduzione che egli fa del testo leggiamo che il prestito era fatto a un minore: «zoals dit het geval is met geld dat hij leent aan een minderjarige die van plan is het uit te geven». Io sono dell'avviso che la frase «*sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*» faccia riferimento al minore, così come la fattispecie relativa alla compravendita, come si può evincere dal paragone che Paolo fa tra i due negozi – affermando che «*parcius in venditione*» –, che si giustifica solo se si riferiscono entrambi al minore. Ritengono che si tratti di minore, tra gli altri, Lauterbach, *Collegii* cit. 633; Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 39.

<sup>30</sup> Favorevole a tale ipotesi sembra essere il Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 202 nt. 98, il quale la pone in alternativa a quella della posizione analoga a Gaio: «la mancanza di un espresso riferimento alla esistenza, nel mutuante, della consapevolezza circa il successivo sperpero del denaro da parte del minore potrebbe, certo, accostare la sua posizione a quella di Gaio. C'è da dire, però, che anche lui muoveva dalla considerazione del caso in cui chi aveva dato il denaro al minore (e cioè il compratore) era stato consapevole del fatto che questi lo avrebbe, di lì a poco, sperperato («*cum eum perditum non ignoraret*»), sicché, potrebbe pure pensarsi che nel tratto «*sicut facit – consumpturo creditur*» il giurista, per coerenza, intendesse fare ugualmente riferimento, seppure in via implicita, alla esistenza nel mutuante di una analoga consapevolezza». Favorevole alla *scientia* del mutuante è anche il Sirks, *Luxuriosus* cit. 265: «Uit de vergelijking met de verkoop door een *minor* mogen we een hiervan weten bij de uitlener veronderstellen».

meno l'indole del minore: solo nel primo caso avrebbe potuto riavere il denaro; mentre nel secondo lo avrebbe inevitabilmente perso. Pertanto, se si ritiene che anche nel mutuo al minore vi fosse questa distinzione, non vedo in che cosa potesse consistere questa differenza di trattamento tra i due negozi giuridici<sup>31</sup>.

3. Dall'analisi dei testi si riscontra quindi che in caso di prestito fatto al minore, questi, qualora avesse perso o sperperato il denaro, non sarebbe stato costretto a restituirlo, a prescindere dalla consapevolezza o meno del creditore della sua propensione allo sperpero. Si potrebbe però pensare che Ulpiano avesse una posizione personale diversa dagli altri giuristi<sup>32</sup>. Tuttavia, questa ipotesi sembra non collimare con quanto leggiamo in un altro suo testo:

D. 4.4.7.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit vel proprio et hanc perdidit, dicendum est ei subveniri, quasi gestum sit cum eo. Et ideo si minor convenit debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia: ceterum non ei compelletur solvere. ....*

Qui il giurista ci riferisce che se a un minore fosse stato dato del denaro in pagamento da parte di un debitore paterno o proprio, e lo avesse perso, sarebbe stato soccorso, come se si fosse contratto con quello<sup>33</sup>. E se il minore avesse convenuto il debitore avrebbe dovuto far intervenire i curatori, affinché gli venisse pagata la somma di denaro, altrimenti il debitore non sarebbe stato costretto ad adempiere.

<sup>31</sup> È da escludere che la differenza consistesse nella richiesta di una prova più rigorosa della consapevolezza del maggiore d'età nella compravendita rispetto al mutuo. Non credo, inoltre, che ci si stesse riferendo al fatto che nella compravendita il pretore dovesse valutare in modo più rigoroso la *circumscriptio* (dato che, sempre nelle *sententiae* pauline riportate nei *Digesta* – D. 4.4.24.1 [Paul. 1 *sent.*] – veniva richiesta comunque una *manifesta circumscriptio*) o se effettivamente ci fosse stato un danno per il minore. Secondo il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 39 s. nt. 35, la differenza starebbe nel fatto che nella compravendita il minore avrebbe dovuto restituire ciò che ancora non era stato consumato a differenza del mutuo. Tuttavia, anche nel caso del mutuo il minore avrebbe dovuto restituire quanto non consumato, come dimostrerebbe D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*).

<sup>32</sup> Questa è una delle ipotesi formulate dal Musumeci, «*Uti quaeque res erat, animadvertam*» cit. 479 nt. 92; Id., *Protezione pretoria* cit. 201 s. nt. 98. Sul punto, v. *supra*, nt. 30.

<sup>33</sup> «Una soluzione che può forse sorprendere, ma è l'unica consentita dalla lettera del testo. Non sembra infatti interessare i nostri giuristi il modo in cui quel credito riscosso sia stato dilapidato dal minore: neppure vi è cenno ad un '*gestum*' con altri che sia stato causa del detrimento patrimoniale e che renda la controparte soggetta a *restitutio in integrum*» (E. Stolfi, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio 2. Contesti e pensiero*, Milano 2012, 271 nt. 100). V. anche quanto evidenzia il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 40 nt. 37: «Quello del minore che godeva della protezione pretoria avendo dissipato il denaro ricevuto dal debitore doveva essere un caso in pratica assai frequente: a tal punto che si rese necessario adottare delle misure che servissero a premunire contro una simile evenienza».

Nonostante la fattispecie analizzata da Ulpiano sia diversa dal prestito di denaro, tuttavia possiamo ricavare un dato significativo: il minore che avesse sperperato il denaro ricevuto ad estinzione di un debito sarebbe stato tutelato a prescindere dalla consapevolezza del debitore della sua propensione a sperperare. Ora, se consideriamo che il pagamento di un debito, essendo un atto necessario, dovrebbe essere valutato in misura più rigorosa rispetto al prestito di denaro – stando a quanto abbiamo visto in D. 4.4.24 –, ne consegue che anche per il prestito di denaro secondo Ulpiano non avrebbe dovuto essere necessaria la conoscenza da parte del mutuante che il minore fosse uno sperperatore.

Ciò sembra trovare conferma in un altro testo ulpiano:

D. 4.4.11.6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus. et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. Puto autem inspiciendum a praetore, quis captus sit: proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium eius, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit.*

Ulpiano, qui, dopo aver riferito l'opinione di Pomponio, che negava la *restitutio* al minore nei confronti di un altro minore, sostiene che invece il pretore dovrebbe verificare chi si fosse ingannato («*quis captus sit*»)<sup>34</sup>, in modo che, qualora entrambi si fossero ingannati («*si ambo capti sint*»), come ad esempio nel caso in cui il minore avesse dato denaro ad un altro minore e questi lo avesse perso, sarebbe stata migliore la situazione, conformemente a quanto osservato da Pomponio, di colui che avesse ricevuto il denaro e lo avesse dilapidato o perso («*qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit*»).

<sup>34</sup> In tema di *restitutio in integrum* a favore del minore, il riferimento a *capio* è frequente: v., ad es., D. 4.4.3.3-4 e 7 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 4.4.11.3-5 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 12.2.9.4 (Ulp. 22 *ad ed.*). V. M. Brutti, *Le violenze politiche e il valore del passato. Un'ipotesi su Giulio Paolo*, in *AUPA*, 63, 2020, 74: «L'espressione '*minor captus*' è assai ampia. Indica certamente una lesione, un pregiudizio, ma prima una situazione di sviamento (che la *facilitas*, la leggerezza dell'adolescente favorisce). Il dolo della controparte o di un terzo può agire ed essere determinante, ma non è indispensabile». In tal senso, v. già H. Ankum, *Le minor captus et le minor circumscriptus en droit romain classique*, in *Liber amicorum. Études offertes à Pierre Jaubert*, Bordeaux 1992, 35 ss., spec. 42. Per il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 69, il termine faceva «allusione – in via del tutto generica – e al pregiudizio nel quale il minore era incorso e al condizionamento da questi subito nel suo processo decisionale: a un condizionamento, però, che poteva pure provenire dall'altrui condotta astuta e non, come altri ha ritenuto, soltanto dalla sua inesperienza». Da D. 4.4.11.4, mi pare risulti chiaramente che il termine *captus* si riferisse ad un inganno dovuto a quella «*inconsulta facilitas*», che per lo stesso Ulpiano, e per Pomponio prima di lui, avrebbe portato alla *restitutio ob aetatem*. Non sarebbe altro che «una mancanza di consiglio, di saggezza, di prudenza, il che è conseguenza della sua età» (R.-Th. Troplong, *Del mandato della fidejussione e delle transazioni. Commenti dei Tit. XIII, XIV e XV del Lib. III del Cod. Civ.*, ed. it., Napoli 1847, 31).

Anche se nel testo non si parla esplicitamente di denaro dato a mutuo, è verosimile che si faccia riferimento proprio ad esso<sup>35</sup>. In questo caso, il minore che avesse perso il denaro ricevuto sarebbe stato tutelato nei confronti delle pretese del creditore, pure se minore. Anche qui non viene fatto alcun riferimento alla consapevolezza o meno di colui che avesse dato il denaro riguardo alla propensione a sperperare di chi lo avesse ricevuto. Anzi, il fatto che il minore che aveva dato il denaro fosse *captus* («*si ambo capti sint*») fa arguire che non sapesse affatto della propensione del minore accipiente.

A ben riflettere, inoltre, sembrerebbe che quest'ultimo non necessariamente dovesse avere tale propensione: nel testo infatti viene semplicemente ipotizzato che il minore avesse perso il denaro («*et ille perdidit*»), ben potendolo fare a prescindere da una specifica propensione allo sperpero<sup>36</sup>, come dimostrerebbe la chiusa, in cui vengono fatte le ipotesi della perdita in senso stretto («*vel perdidit*») e dello sperpero («*vel dilapidavit*»)<sup>37</sup>.

Ad ulteriore conferma che per Ulpiano, in caso di mutuo al minore, questi era comunque tutelato, può porsi un altro suo testo:

D. 4.4.7.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Proinde si emit aliquid, si vendidit, si societatem coit, si mutuam pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur.*

Il giurista sta elencando una serie di atti realizzati dal minore – comprare o vendere qualcosa, costituire una società – tra cui appunto prendere a mutuo del denaro («*si mutuam pecuniam accepit*»), che, qualora si fosse ingannato («*si captus est*»), avrebbero portato ad un suo soccorso.

<sup>35</sup> Musumeci, «*Quod cum minore... gestum esse dicitur*» 519 nt. 30; Id. *Protezione pretoria* cit. 38 nt. 32; 203 nt. 100. Anche a voler negare il riferimento specifico al mutuo, si deve riconoscere che questo rientrerebbe comunque tra le ipotesi previste nel testo.

<sup>36</sup> Che il minore non fosse tenuto alla restituzione in caso di mutuo, a prescindere da una particolare propensione allo sperpero si evince da un altro passo: D. 4.4.34 pr. (Paul. 1 *resp.*): *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.* Anche qui vi sono due minori, ma il mutuatario è un *filius familias*, il quale non doveva restituire nulla, salvo quanto ancora non avesse dissipato al momento della *litis contestatio*. Che in questo caso non trovasse applicazione il sc. Macedoniano lo si deduce chiaramente da D. 22.6.9 (Paul. lib. *sing. de iur. et de fac. ignor.*): ... *si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse*; v. anche D. 14.6.3.2. Non sono quindi d'accordo con il Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 189 nt. 67, 203 nt. 100, secondo cui, invece, nel caso in cui il mutuatario *filius familias* fosse stato *minor* avrebbe trovato applicazione il sc. Macedoniano, «salvo il caso in cui si riscontrasse al momento della *litis contestatio* un arricchimento del mutuatario in conseguenza del prestito ricevuto (p. 189 nt. 67). La soluzione prevista in D. 4.4.34 pr., infatti, risulta del tutto analoga a quella di D. 4.4.11.6., in quanto anche in questo caso, qualora il mutuatario non avesse del tutto sperperato il denaro, avrebbe certamente dovuto restituire il residuo.

<sup>37</sup> Sul significato di tali termini, v. Musumeci, *Protezione pretoria* cit. 36 nt. 26.

Ora, il «*captus est*» riferito ad una accettazione di denaro a mutuo è a mio avviso da intendersi nel senso che il minore avesse preso a mutuo del denaro e lo avesse consumato ‘*male*’<sup>38</sup>, non avendo utilizzato quel denaro assennatamente, come, ad esempio, per acquistare un fondo ad un giusto prezzo<sup>39</sup>. Sarebbe stato quindi soccorso anche, verosimilmente, qualora avesse sperperato il denaro. Soccorso consistente nella non restituzione del denaro preso in prestito. Non vi è alcun riferimento, anche qui, alla *scientia* del mutuante.

Per Ulpiano dunque il minore che avesse preso il denaro e poi lo avesse perso avrebbe ricevuto tutela a prescindere dalla sua propensione allo sperpero e, a maggior ragione, dalla conoscenza di questa da parte di colui che gli avesse dato il denaro. D'altronde, lo stesso giurista<sup>40</sup>, nel considerare la possibilità di reintegro in caso di accettazione di eredità non lucrosa, riteneva che il minore dovesse garantire la restituzione di ciò che gli fosse pervenuto dall'eredità e non fosse andato perduto «*per aetatis inbecillitatem*», segno evidente che la perdita delle cose fosse dovuta non ad una propensione specifica allo sperpero, ma alla debole capacità di giudizio tipica dell'età.

4. Ci si chiede, a questo punto, per quale motivo sia presente la parola «*sciens*» nella frase «*quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» di D. 17.1.12.11 e se effettivamente Ulpiano si stesse riferendo, con tale frase, al minore<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> V. l'espressione «*male consumpsit*» che troviamo in D. 4.4.32 (Paul. 1 *quaest.*), a proposito del denaro ricevuto ad estinzione di un debito e speso dal minore.

<sup>39</sup> Che in tal caso il minore non sarebbe stato soccorso (nel senso di non dover più restituire il denaro) si evince chiaramente dal testo di Gaio, la cui parte iniziale abbiamo visto: D. 4.4.27.1 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): ... *Quod si egenti minor crediderit, ulterius procedendum non est, quam ut iubeatur iuvenis actionibus suis, quas habet adversus eum cui ipse credidisset, cedere creditori suo. Praedium quoque si ex ea pecunia plura quam oporteret emit, ita temperanda res erit, ut iubeatur venditor reddito pretio recipere praedium, ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum consequatur. Ex quo scilicet simul intellegimus, quid observari oporteat, si sua pecunia plura quam oportet emerit, ut tamen hoc et superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat, et fructus, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat. Item ex diverso si minore pretio quam oportet vendiderit adulescens, emptor quidem iuberi debet praedia cum fructibus restituere, iuvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est.*

<sup>40</sup> D. 4.4.7.5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei ut se possit abstinere: nam et hic captus est. idem et in bonorum possessione vel alia successione. Non solum autem filius, qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis, simili modo restitutionem impetrabit, veluti si servus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subveniri aetatis beneficio, ut habeat bonorum suorum separationem. plane qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem eius pervenit nec periit per aetatis inbecillitatem.*

<sup>41</sup> Sembra che McGynn, *Prostitution* cit. 323, sia dell'avviso che Ulpiano non si stesse

Si è sostenuto che in tale espressione «si deve ritenere... sottinteso che il creditore abbia concluso il contratto in esecuzione di un incarico e che sia l'incaricante che l'incaricato fossero consci del fatto che il debitore avrebbe scialacquato il denaro»<sup>42</sup>. Tuttavia, la spiegazione non convince affatto. Sia dal punto di vista formale che sostanziale. Innanzi tutto, nella frase non vi è alcun riferimento ad un eventuale mandato a fare un mutuo. Certo, vi è la circostanza che nella fattispecie analizzata ci sia un mandato a prestare garanzia, ma nell'inciso è indicato un caso autonomo, oltre al fatto che un mandato di fare un mutuo è analizzato nella seconda fattispecie. Inoltre, in caso di mandato di credito, in cui il mandatario avesse accettato l'incarico, lo avrebbe fatto per compiacere il mandante e, a prescindere dalla consapevolezza o meno della solvibilità e dell'indole a scialquare del debitore, ben avrebbe potuto rivolgersi al mandante; anzi, proprio in virtù della garanzia fornita da quest'ultimo sarebbe stato spinto ad accettare l'incarico. Inoltre, la consapevolezza del mandante che il terzo fosse uno scialacquatore a maggior ragione avrebbe dovuto comportare l'esperimento dell'*actio mandati contraria* da parte del mandatario contro il mandante.

Il Glück<sup>43</sup> riteneva che l'espressione si potesse riferire a chi avesse prestatato del

riferendo ad un minore: «Ulpian compares such behavior to the act of someone who knowingly lends money to a person about to squander» (v. anche quanto riportato nella traduzione della frase «*quia ... credideris*»: «The reason is that this case is like that of knowingly lending money to someone about to squander it»; oltre a Id., *Courtesans in the Roman legal sources*, in *The Roman courtesan. Archaeological reflections of a literary topos*, Roma 2018, 70: «Ulpian compares the situation of the person accepting such a mandate to that of a person knowingly lending money to someone about to squander it and denies the claim»). Il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 322 s., nel sottolineare l'ambiguità del linguaggio di Ulpiano («Dabei kann offenbleiben, ob mit *perditurus* selbiger im ersten Halbsatz genannter Heranwachsender, oder nicht vielmehr jeder beliebige verschwenderisch lebende Mensch gemeint ist» [p. 322]), ritiene che la frase faccia riferimento a chiunque, a prescindere dall'età (comprendendo quindi sia il minore che il maggiore d'età): «Das Alter des Geldempfängers ist unerheblich; ausschlaggebend ist seine dem Geber bekannte ausschweifende Lebensweise» (p. 323).

<sup>42</sup> V. Calzavara, *Accessorietà e autonomia delle garanzie personali nel diritto romano*, Padova 2017 (tesi di dottorato) 181 [https://www.research.unipd.it/retrieve/e14fb26f-9ec0-3de1-e053-1705fe-0ac030/Calzavara\_Valerio\_tesi.pdf]. V., in tal senso, già il Watson, *Contract of Mandate* cit. 90.

<sup>43</sup> F. Glück, *Commentario alle Pandette* 11, Milano 1903, 549. Già il Wenzel, *Disputatio juridica* cit. 14 ss., faceva rientrare il mutuo *ad ludos*, in caso di *scientia* del mutuante, nella frase in questione, che, a suo avviso, esprimeva una regola generale. Anche il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 324, 332, fa rientrare nella frase il prestito fatto per giocare d'azzardo. Dubbiosa è P. Ziliotto, *Disciplina privatistica classica del gioco d'azzardo*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 10, 2017, 13 nt. 36: «Amnesso che la parte finale del passo possa riferirsi (anche) al caso del prestito fatto a fini di gioco, il silenzio del testo spingerebbe però a credere che la pretesa del mutuante sarebbe stata paralizzata non già con una *denegatio actionis*, bensì con una *exceptio in alea gesti*, così come la pretesa del compratore evitto (Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1)».

denaro al giocatore d'azzardo sapendo che lo avrebbe speso appunto per il gioco.

Tale tesi, se pure molto suggestiva, tuttavia, non mi convince del tutto. Nel testo, infatti, si parla di *perditurus*, cioè di un soggetto che avrebbe perso/sperperato il denaro ricevuto. Ora, se pure colui che avesse giocato d'azzardo avrebbe potuto sicuramente perdere tutto il denaro ricevuto a mutuo<sup>44</sup>, non è detto che ciò avvenisse necessariamente, ben potendo invece vincere. Inoltre, credo che non bastasse sapere che il denaro sarebbe stato immediatamente consumato<sup>45</sup>, ma fosse necessario che il mutuatario fosse uno sperperatore.

Certo, il gioco d'azzardo, salvo qualche eccezione<sup>46</sup>, era vietato<sup>47</sup> e, stando anche la disposizione che escludeva la possibilità di agire da parte del compratore contro il venditore per evizione qualora sapesse che la vendita fosse finalizzata a giocare d'azzardo<sup>48</sup>, ci si aspetterebbe che in caso di mutuo fatto a tal fine, quindi per realizzare qualcosa di vietato, sapendolo il mutuante, venisse esclusa la restituzione<sup>49</sup>. Tuttavia, a meno che non si trattasse di un giocatore 'incallito', tanto da essere considerato uno sperperatore (*perditurus*), non credo che

<sup>44</sup> Il denaro perso al gioco, anche se passibile di ripetizione (sul punto, v. per tutti, Ziliotto, *Disciplina privatistica* cit. 13 ss.), era comunque nelle fonti indicato col verbo 'perdo': D. 17.2.59.1 (Pomp. 12 *ad Sab.*): *Quod in alea aut adulterio perdiderit socius ...*; C. 3.43.1 pr. (Iust., a. 529): *... Quidam enim ludentes nec ludum scientes, sed nominationem tantum, proprias substantias perdiderunt ...*

<sup>45</sup> Si pensi al caso in cui un soggetto chiedesse un prestito per fare una donazione a qualcuno che versasse in condizioni di povertà e il mutuante lo sapesse. Che il donare a qualcuno comportasse 'perdita' di denaro si evince chiaramente da D. 39.5.7 pr. (Ulp. 44 *ad Sab.*): *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur, libera peculii administratio, ut perdat.*

<sup>46</sup> Era ammesso giocare e scommettere riguardo a competizioni *virtutis causa*, cioè gare agonistiche che esaltavano la prestantza fisica degli atleti: il lancio dell'asta o del *pilum*, la corsa, il salto, la lotta e il pugilato (D. 11.5.2.1 [Paul. 19 *ad ed.*]: *Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat*). Sul punto, v., tra gli altri, G. Greco, *Ludi, sponsiones e autonomia privata*, in *Ludi universum gioco pubblico, sport e tempo libero* 1, 2016, 121 s.; Id., *Derive economiche, mentali e religiose in C. 3.43 (De aleae lusu et aleatoribus)*, in *teoria e Storia del Diritto Privato* 14, 2021, 5 ss.; A. Bottiglieri, *Le scommesse sui giochi virtutis causa in diritto romano*, in F. Fasolino, A. Palma (a c. di), *Il gioco nell'antica Roma. Profili storico-giuridici*<sup>2</sup>, Torino 2018, 81 ss.

<sup>47</sup> Sembra fosse stato vietato da un *senatus consultum* (v. D. 11.5.1 [Paul. 19 *ad ed.*], per il testo v. *supra*, nota precedente) e dalle *leges Titia, Publicia e Cornelia* (D. 11.5.3 [Marcian. 5 *reg.*]: *In quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet*).

<sup>48</sup> D. 44.5.2.1 (Paul. 71 *ad ed.*): *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor.*

<sup>49</sup> Il Wenzel, *Disputatio juridica* cit. 14 ss., riteneva che in caso di prestito finalizzato al gioco, o comunque ad attività illecite in generale, non fosse concessa l'azione per la ripetizione se il mutuante ne fosse stato a conoscenza.

si potesse far rientrare tra coloro che non avrebbero dovuto restituire il denaro consumato secondo quanto riferito da Ulpiano.

Ora, appare peculiare che il mutuante, per il semplice fatto che sapesse di prestare del denaro ad uno scialacquatore (*perditurus*), non potesse riaverlo nel caso in cui fosse andato perduto. Certo, se fosse stato prodigo, con conseguente interdizione e nomina del curatore<sup>50</sup>, non ci sarebbero problemi, dato che la sua incapacità avrebbe portato ad una impossibilità di riavere il denaro qualora lo avesse consumato. Qui, però, non sembra che il *perditurus* fosse un soggetto dichiarato ufficialmente prodigo e appare assodato che l'eventuale interdizione avesse valore *ex nunc*<sup>51</sup>, senza che andasse ad inficiare gli atti precedentemente compiuti dal prodigo<sup>52</sup>.

Vediamo però se nelle fonti vi siano altri casi in cui la qualità di sperperatore venisse presa in considerazione, comportando delle conseguenze, a prescindere da un'eventuale dichiarazione di prodigalità.

Iniziamo da un passo di Ulpiano:

D. 15.3.10.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus*

<sup>50</sup> Sul prodigo, v., per tutti, P. Domínguez Tristán, *El 'prodigus' y su condición jurídica en derecho romano clásico*, Barcelona 2000; F. Pulitanò, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano 2002.

<sup>51</sup> Ciò sembra dedursi da un passo di Ulpiano (D. 12.1.9.5 e 7 [Ulp. 26 *ad ed.*]: *Idem erit, si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi: nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione. ... 7. Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi adquiri*), in cui il giurista sta discutendo della possibilità di agire tramite *condictio* per la restituzione del denaro dato a mutuo (anche se non viene espressamente indicato che si tratti di mutuo, mi sembra che non ci siano dubbi che si tratti di tale tipo di atto: in tal senso, v. Pulitanò, *Studi sulla prodigalità* cit. 101) in caso di *stipulatio* novativa non valida. Dopo aver preso in considerazione il caso del pupillo che avesse promesso *sine tutoris auctoritate* la somma ricevuta a mutuo con l'intervento del tutore, ritenendo che il creditore potesse agire mediante la *condictio* per la restituzione del denaro dato a mutuo, il giurista afferma che la stessa soluzione si sarebbe dovuta applicare nel caso in cui si fosse prestato del denaro a colui al quale successivamente fosse stata interdetta l'amministrazione dei beni e immediatamente dopo avesse stipulato.

<sup>52</sup> In tal senso, v., tra gli altri, J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 4, Venetiis 1827, 213: *«at gesta a prodigo, patrimonium jam inutiliter consumente, antequam decretum praetoris est interpositum, adeoque interdictione vetustiora, rata ac firma maneant, nulla sub obtenta prodigalitatibus restitutione concedenda»*; Lomonaco, *Della condizione giuridica del prodigo* cit. 30 s.; Pulitanò, *Studi sulla prodigalità* cit. 104: *«Prima dell'interdictio ... il prodigus è ugualmente prodigo, ma i suoi atti sono validi sotto tutti i punti di vista. Solo dopo la pronuncia pretoria sarà possibile applicare regole precise alle disposizioni patrimoniali poste in essere»*.

*patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur.*

Nel testo il giurista severiano, dopo aver escluso la possibilità di agire con l'*actio de in rem verso* qualora il *dominus* avesse pagato un debito naturale al servo o al *filius*, analizza il caso in cui, in danno del creditore («*in necem creditoris*»), il *dominus/pater* avesse pagato ad un servo o un figlio scialacquatore («*perdituro servo vel filio*»). In tal caso, sebbene si fosse pagato e pertanto non fosse più riversato nel patrimonio, tuttavia il giurista ritiene *aequissimus* che contro il *pater* o *dominus* si potesse agire con l'*actio de dolo*<sup>53</sup>. Infatti – si legge nella chiusa – anche il debitore peculiare che fraudolentemente avesse pagato al servo ciò che gli doveva non era liberato.

Vi erano quindi delle conseguenze dovute al fatto che il servo o il figlio fosse uno scialacquatore (e qui ovviamente non si poteva trattare di un vero e proprio prodigo, dato che erano persone *alieni iuris*): in particolare, il *dominus/pater*, che ovviamente sapeva dell'indole dello schiavo o del figlio, pagando a lui non si sarebbe comunque liberato dalla responsabilità nei confronti del creditore, che, dato il suo comportamento scorretto, avrebbe potuto agire *de dolo* contro di lui. Anche la seconda parte del passo, in cui viene preso in considerazione il caso debitore che avesse pagato «*fraudulenter*» ciò che avrebbe dovuto dare al servo, sembra possa far riferimento ad un servo scialacquatore e alla consapevolezza che fosse tale (come suggerisce il «*fraudulenter*») da parte del debitore.

Che la condizione di scialacquatore fosse presa in considerazione dal diritto a prescindere dalla prodigalità dichiarata, è riscontrabile in altri passi. Vediamo in materia di dote:

D. 23.3.73.1 (Paul. 2 *sent.*): *Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum<sup>54</sup> fratrem sororemve sustineat.*

<sup>53</sup> Il riconoscimento dell'*actio de dolo* contro il *dominus/pater* è evidentemente giustificato dal fatto che non vi era possibilità, da parte del creditore, di poter agire *de peculio*, avendo lo schiavo speso tutto il patrimonio dato in gestione. Ciò è deducibile sia dal fatto che il servo o il figlio era *perditurus*, sia dalla circostanza che l'*actio de dolo* era sussidiaria, potendosi quindi esercitare solo in mancanza di altre azioni esperibili. Sul punto, v. T. Chiusi, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001, 181 s.

<sup>54</sup> Il Mommsen. sostituiva «*virum*» con «*filium ex alio viro*», in analogia con D. 24.3.20, in cui si legge «*liberis ex alio viro*» (Th. Mommsen, P. Krüger, *Iustiniani Digesta*<sup>16</sup>, Berlin 1954, 341 nt. 16). In tal senso, v. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (rist. cur. G. Bonfante, G. Crifò), Milano 1963, 457 nt. 1 e 458 («scorrettezza insostenibile»); J.F. Stagl, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien, Köln, Weimar 2009, 198 s., 219 s. e nt. 1; R. Lambertini, *In tema di volontaria restituzione della dote*, in *Scritti per Alessandro Corbino* (a c. di I. Piro), Lecce 2016, 198 s.

Nel passo si legge che, in costanza di matrimonio, la dote poteva essere restituita alla moglie, che non fosse scialacquatrice («*non perditurae uxori*»), per una di queste cause: per alimentare sé e i suoi, per comprare un fondo idoneo, per prestare gli alimenti a un ascendente in esilio o relegato in un'isola, o per sostentare un figlio avuto da altro marito, un fratello o una sorella, che versassero in povertà<sup>55</sup>.

Dal testo si ricava dunque che il presupposto per restituire la dote in costanza di matrimonio alla donna fosse la sua non propensione allo sperpero. Qualora cioè, pur in presenza di cause che permettevano la restituzione, la donna fosse 'perditura', la restituzione non era consentita.

Ciò trova conferma in un passo di Ulpiano:

D. 24.3.22.1 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si post solutum matrimonium filia familias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat, patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur. quod ita verum est, si perditurae solvatur: ceterum si non perditurae et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio. Sed mortuo patre nec eius heredes agent nec mulier.*

In questo testo viene presa in considerazione la fattispecie in cui una figlia di famiglia, dopo la cessazione del proprio matrimonio, avesse ottenuto la dote comune col padre («*exactam communem dotem*»)<sup>56</sup> senza il suo consenso e l'avesse poi consumata<sup>57</sup>. Secondo Ulpiano, qualora la donna fosse stata una scialacqua-

<sup>55</sup> Nel testo non viene menzionato il pagamento di un debito della donna, che invece troviamo nell'elencazione che fa Paolo (D. 24.3.20 [Paul. 7 *ad Sab.*): *Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur: idque et in filia familias observatur*), ma evidentemente si deve ritenere ammesso. Anche per tale motivo, l'elenco non credo fosse propriamente tassativo (in tal senso, v., tra gli altri, Lambertini, *In tema di volontaria restituzione* cit. 199).

<sup>56</sup> Nelle fonti troviamo che la *dos profecticia* data dal *pater* a una *filia familias* era definita come *dos communis* della *filia* e del *pater*: v. D. 24.3.2.1 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est*; D. 24.3.3 (Paul. 7 *ad Sab.*): *... dote, quae communis est patris et filiae ...* V. anche D. 46.3.34.6 (Iul. 54 *dig.*): *... in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset*. Alcuni autori hanno ritenuto non genuino il concetto di *dos commune*: v., tra gli altri, S. Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano* 1, Roma 1928 (rist. anast. Roma 2002) 397 nt. 4; H.J. Wolff, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in *ZSS.* 53, 1933, 310 nt. 2. A favore della sua genuinità, v., tra gli altri, J. Baron, *Die Gesamtrechtsverhältnisse in Römischen Recht*, Marburg, Leipzig 1864, 392 ss.; A. Burdese, «*Dos patris et filiae communis*», in *Labeo* 5, 1959, 284 ss. («idea, rispondente alla valutazione sociale, di un comune interesse del padre e della figlia alla restituzione della dote» [p. 303]); M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote* 1. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 249 nt. 693.

<sup>57</sup> Ritengo che la volontà contraria del padre non si riferisca semplicemente alla consumazione

trice («*si perditurae solvatur*»), al padre, viva o morta la figlia, sarebbe rimasta l'azione per la restituzione, mentre se la donna non fosse stata scialacquatrice, e si fosse pagato per una giusta causa, l'azione non sarebbe rimasta, e, in caso di morte del padre, non avrebbero potuto agire né i suoi eredi né la donna.

Il marito, quindi, che avesse restituito la dote alla moglie *perditura* non si sarebbe liberato dall'obbligo di restituzione, né avrebbe potuto recuperare in alcun modo il denaro che la donna avesse consumato.

Vediamo anche un passo di Modestino:

D. 26.7.32.3 (Mod. 6 *resp.*): *Item respondit, si minus a servo tutor percepit, quam bona fide ex fundo percipi potuit, ex eo, de quo pupillae sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere, scilicet si non perdituro servo administrationem credidit.*

Il giurista analizza il caso in cui un tutore avesse affidato l'amministrazione di un fondo ad uno schiavo e questi non avesse percepito quanto richiedeva la buona fede: in tal caso il tutore avrebbe potuto prendere dal peculio del servo quanto avrebbe dovuto dare alla pupilla, a meno che non avesse affidato l'amministrazione ad un servo *perditurus* («*si non perdituro servo administrationem credidit*»)<sup>58</sup>.

Occorre evidenziare che qui non si sta discutendo della responsabilità per colpa del tutore per ciò che un proprio sottoposto incaricato avesse fatto, dato che il tutore rispondeva comunque alla pupilla («*pupillae sit obstrictus*»)<sup>59</sup>, ma

della dote da parte della figlia, bensì all'esazione della dote. Sappiamo, infatti, che per riscuotere la dote profetizia era necessario il consenso del padre e della *mulier, filia familias* (v., ad es., D. 24.3.2.1 [Ulp. 35 *ad Sab.*]: *Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est: denique pater non aliter quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest. ...*; D. 24.3.3 [Paul. 7 *ad Sab.*]: *Non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote, quae communis est patris et filiae, utriusque voluntas exquiritur nec alter alterius deteriorem condicionem facere potest. sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur*; D. 46.3.34.6 [Iul. 54 *dig.*]: *Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus, sed condicere socero potest, nisi ratum filia habuisset ... et propemodum similis est gener ei, qui absentis procuratori solveret, quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset*), essendo la dote comune ad entrambi («*quae communis est patris et filiae*»), e non credo che, una volta dato il consenso, potesse il padre agire per avere la figlia dilapidato la dote. Per quanto riguarda la consumazione della dote come elemento della fattispecie, sappiamo da D. 24.3.3 che, qualora la dote fosse invece pervenuta al padre, l'azione di questo si sarebbe estinta («... *Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur*»).

<sup>58</sup> Non condivisibili sono i sospetti di interpolazione di A. Guarneri Citati, *Miscellanea esegetica I*, in *AUPE*, 37, 1924, 33 (dell'estr.), soprattutto riguardanti la frase finale da «*scilicet*», che egli riteneva essere segno distintivo di interpolazione.

<sup>59</sup> J. Vážný, *Un esempio dello svolgimento dottrinale classico: la responsabilità del tutore*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVII-XXVII aprile*

del rapporto ‘interno’ tra lui e il suo servo: nel caso in cui avesse affidato l’amministrazione ad un *perditurus*, non avrebbe potuto rivalersi sul peculio del servo, il quale, quindi, non sarebbe stato responsabile della mala gestione. Anche se non è detto esplicitamente che il tutore fosse a conoscenza che lo schiavo fosse *perditurus*, credo sia implicito<sup>60</sup>, anche in considerazione del fatto che si trattava del proprio schiavo<sup>61</sup>.

Analizziamo ora un altro passo, tratto dall’*ex Minicio* di Giuliano, in cui sembra ci fosse *ius controversum*:

D. 41.4.8 (Iul. 2 *ex Min.*): *Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? Nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto datur pecuniam servos emit, non usucapiet.*

Viene esaminato il caso di un soggetto che avesse comprato degli schiavi da un venditore sapendo che questi avrebbe sperperato immediatamente («*statim con-*

*MCMXXXIII*) 2. *Roma*, Pavia 1935, 534, evidenziava come nel primo caso si tratterebbe di una responsabilità per *culpa*, in particolare una *culpa in eligendo* da parte del tutore, mentre nel secondo caso si tratterebbe di una responsabilità dolosa. Non sarei del tutto convinto, soprattutto per quanto riguarda la responsabilità per dolo. Certo, se il tutore, sapendo che il servo era un *perditurus*, gli avesse affidato comunque l’amministrazione del fondo ci sarebbe stata un *culpa in eligendo* talmente grave da essere quasi equiparata al dolo; ma la volontarietà di arrecare un danno alla pupilla, con la conseguenza che avrebbe comunque dovuto risarcirla, non mi sembra possa sinceramente ammettersi. Anche per quanto riguarda una sua responsabilità per colpa nutro dei dubbi. Potrebbe essere infatti che il tutore rispondesse semplicemente per il fatto di aver incaricato di amministrare una persona (in questo caso il servo, ma avrebbe potuto essere anche una persona *sui iuris*: v., ad es. D. 26.7.5.3 [Ulp. 35 *ad ed.*]), con la conseguenza di assumersi il rischio di tutto quanto avesse fatto tale persona, a prescindere da una sua *culpa in eligendo* (si pensi al caso in cui avesse scelto il miglior amministratore esistente e questi avesse comunque commesso degli errori nella gestione). Riteneva che in questo caso non ci fosse colpa del tutore J. Cuiacius, *In lib. VI. Responsorum Herennii Modestini*, in *Opera* 4, Pratii 1860, 1374 («... *quoniam tutor culpa vacat, cum, ut posuimus, strenuo homini et diligenti, non perdituro rem villicationis officium crediderit*»). Che in caso di delega della tutela a terzi – anche se in riferimento a terzi *sui iuris* – il tutore rispondesse non per colpa è dell’avviso R. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 181 ss., secondo il quale la responsabilità si «connota come un’ipotesi di responsabilità fondata su un criterio oggettivo di attribuzione di essa» (p. 181).

<sup>60</sup> Sembra essere di tale avviso Vážný, *Un esempio* cit. 534, nel ritenere che vi fosse, in tal caso, una responsabilità dolosa del tutore (sul punto, v. *supra*, nota precedente).

<sup>61</sup> Non credo che ci siano dubbi sul fatto che si tratti del proprio schiavo e non di uno schiavo altrui o facente parte del patrimonio della pupilla (in quest’ultimo caso, il tutore avrebbe comunque saputo, o dovuto sapere, che lo schiavo era *perditurus*).

*sumpturum*)<sup>62</sup> il denaro ricevuto come prezzo. Molti («*plerique*») risposero che il compratore fosse comunque in buona fede. Segue un giudizio di approvazione – «*idque verius est*»<sup>63</sup> – con una spiegazione: come si può ritenere aver acquistato in mala fede colui che avesse comprato dal proprietario?<sup>64</sup> Nella chiusa vi è però una eccezione: qualora il compratore avesse acquistato i servi da un lussurioso che avesse dato immediatamente il denaro avuto dalla vendita ad una prostituta («*protinus scorto*<sup>65</sup> *datuto pecuniam*»), non vi sarebbe stata usucapione<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Mi sembra evidente che ci si stesse riferendo non ad una semplice consumazione del denaro (come potrebbe essere, ad esempio, il comprare qualche altra cosa o pagare i propri debiti), ma ad un '*male consumere*'. In tal senso, v. Riccobono, *Studi critici sulle fonti del diritto romano* 2, in *BIDR.* 7, 1894, 259 nt. 1.

<sup>63</sup> È del tutto verosimile che con l'espressione «*idque verius est*» iniziasse la nota di Giuliano alle parole di Minicio (in tal senso, v., tra gli altri, S. Riccobono, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*. Βιβλία ἐξ *Julianus ad Minicium*, in *BIDR.* 7, 1894, 256; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt* 2.2, Lipsiae 1901, rist. anast. Roma 1967, 177) essendo tale opera, così come l'*ad Urseium Feroce* (sulla natura di tale opera, v. L. Parenti, *Urseius Ferox* 1. *Materiali per una palingenesi*, Lecce 2023, 125 ss.), un commento lemmatico. In tal senso, v. Riccobono, *Studi critici* cit. 226 ss.

<sup>64</sup> Secondo il Riccobono, *Studi critici* cit. 256 ss., tale spiegazione sarebbe una glossa marginale (p. 258), che conterrebbe «una asserzione gratuita, un malinteso» (p. 257), in quanto nel testo si stava discutendo di un acquisto *a non domino*. Tuttavia, si potrebbe ipotizzare che qui, trattandosi di un *servus*, si stia considerando un acquisto fatto *a domino*, ma senza le formalità della *mancipatio*. Oppure, ma forse è una forzatura, si potrebbe ipotizzare che nella frase fosse da intendersi nel senso non di chi compra *a domino*, ma di chi pensa di comprare *a non domino*.

<sup>65</sup> Secondo J.N. Adams, *Words for 'prostitute' in Latin*, in *Rheinisches Museum für Philologie* 126, 1983, 325, il termine '*scortum*' sarebbe usato spesso in un significato peggiorativo rispetto al termine *meretrix* per indicare la prostituta. In tal senso, v. anche B.E. Stumpp, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlin 1998, 20; McGynn, *Courtesans* cit. 70. Sull'uso del termine *scortum* v., oltre a J.N. Adams, *Words for 'prostitute'* cit. 321 ss., F. Mencacci, *Scortum. La pelle, il sacco e la 'prostituta'*, in *Micrologus* 13, 2005, 91 ss.

<sup>66</sup> Secondo alcuni autori, la chiusa non conterrebbe una limitazione alla regola, ma, anzi, la confermerebbe, ragionando per assurdo. In tal senso, v., tra gli altri, G. Carozzi, *La vera teoria dei contratti discussa secondo la lettera e lo spirito del codice civile generale austriaco ed applicata ai casi di controversia più frequenti che nascono nelle private contrattazioni. Commentario teorico-pratico*, Milano 1824, 41 s.; Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*<sup>5</sup> 25, Bruxelles 1827, 351 (s.v. *Prodigue* §5); J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* 2, Venetiis 1827, 267 («*Etenim verba posteriora non tam priorum restrictionem continent, aut quamdam exceptionem, sed magis praecedentium confirmationem*»); G. Lomonaco, *Della condizione giuridica del prodigo. Studi di giurisprudenza e legislazione comparata*, in *Il Filangieri*, 7, 1882, 31; Hallebeck, *Si ob stuprum* cit. 403 s.; Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 318 s. Viene richiamato (in particolare dai i primi tre autori citati), a sostegno di tale tesi, il significato della frase, introdotta dallo stesso «*nisi forte et*», presente alla fine di un passo di Celso D. 33.10.7.2 (Cels. 19 dig.): ... *nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam καὶ τῆ ἀνάγκῃ φωνῆ dicere existimamus*. Ma se in tale passo potrebbe anche ravvisarsi un significato confirmatorio, nel passo Giuliano non vedo come possa reputarsi tale. Mentre, infatti, considerare

Dunque, per Giuliano era rilevante, ai fini della buona fede del compratore, il fatto che il venditore fosse un lussurioso<sup>67</sup> che avrebbe speso il denaro con una meretrice. Anche se non è indicato espressamente, è da ritenere che sia implicita la *scientia* del compratore dell'indole del venditore<sup>68</sup>. Se così non fosse, infatti, non vedo come il compratore ignaro potesse essere in mala fede. Inoltre, la mancata indicazione della *scientia* del compratore è giustificata dall'essere una eccezione a quella che era la 'regola' generale esposta nell'*incipit* del passo, che presupponeva appunto la conoscenza dell'*emptor* sulla immediata consumazione del denaro da parte del *vendor*.

Dal passo si possono evincere due dati. Il primo è che verosimilmente<sup>69</sup> alcuni giuristi ritenevano, a differenza di Minicio e Giuliano, che il compratore, se avesse saputo che il prezzo sarebbe stato immediatamente consumato dal venditore, fosse da considerare in mala fede<sup>70</sup>; il secondo è che per Giuliano il

parole i suoni e le voci disarticolate dei muti può ritenersi effettivamente eccessivo – e quindi non è da escludere che Celso stesse ragionando per assurdo – non mi sembra la stessa cosa riguardo alla compravendita fatta con un lussurioso. In tal caso, infatti, rispetto ad un acquisto fatto con chi, in modo generico, sperpererà immediatamente il denaro, quello con un lussurioso che andrà a spendere subito il denaro con una prostituta potrebbe effettivamente avere delle connotazioni diverse (si pensi alla *turpitudine* di chi paga la prostituta), tali da considerarsi una limitazione alla regola appena pronunciata. Inoltre, negli altri due testi dei *Digesta* (D. 13.6.5.2 [Ulp. 28 *ad ed.*]; D. 32.52.4 [Ulp. 24 *ad ed.*]) in cui sono presenti le parole «*nisi forte et*», queste introducono una eccezione rispetto a quanto riferito precedentemente. Tra coloro che ritengono invece si tratti di un'eccezione, v. Wenzel, *Disputatio juridica* cit. 8; R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* 5, ed. it, Venezia 1835, 565 nt. 1; Riccobono, *Studi critici* cit. 259 s.; McGinn, *Prostitution* cit. 323 ss.; Maffi, 'Adulscentes' cit. 221; G. Rizzelli, *Sen. contr. 2.4 e la legislazione matrimoniale augustea. Qualche considerazione*, in *Index* 40, 2012, 286 nt. 58.

<sup>67</sup> Non mi sembra affatto condivisibile l'opinione di chi (v., tra gli altri, McGinn, *Prostitution* cit. 323; Maffi, 'Adulscentes' cit. 221 s.) ritiene che qui Giuliano facesse riferimento ad un 'adolescente' lussurioso (per il Maffi, si tratterebbe addirittura di un *filius familias* adolescente: «Non è dunque tanto l'*adulscens luxuriosus* che potrà vendicare la proprietà degli schiavi malamente venduti, quanto piuttosto il suo *pater familias*» [p. 322]). Nel testo, infatti, non vi è alcun riferimento all'età del venditore.

<sup>68</sup> In tal senso, v., tra gli altri., McGinn, *Prostitution* cit. 323: «Knowledge on the part of the mandatary that the prospective debtor is a prostitute is to be inferred from the previous case»; Maffi, 'Adulscentes' cit. 222: «Che vi fosse questa consapevolezza nell'acquirente di D. 41.4.8 sembra ricavabile altresì dal fatto che la destinazione della somma allo *scortum* appare semplicemente un caso particolare dell'ipotesi generale formulata nella prima parte del frammento».

<sup>69</sup> Ciò si evincerebbe dal «*plerique*» e dal «*verius est*». Tra i favorevoli all'esistenza di una tesi di alcuni giuristi differente da Giuliano, v. Riccobono, *Studi critici* cit. 258 s.; A. Wacke, *Circumscribere und dolus*, in *ZSS.* 94, 1977, 219 s.; Hallebeck, *Si ob stuprum* cit. 403 s. Questi ultimi due autori evidenziano come per questi giuristi fosse rilevante, ai fini dell'usucapione, oltre alla 'buona fede possessoria', 'la buona fede contrattuale'.

<sup>70</sup> Non è chiaro se lo «*statim consumpturum*» fosse riferito ad un'attività estemporanea oppure presupponesse che il venditore fosse dedito allo sperpero.

compratore sarebbe stato in mala fede qualora avesse saputo che il venditore era un lussurioso che avrebbe speso il denaro per una prostituta. Giuliano, quindi, faceva differenza tra il caso in cui il denaro venisse semplicemente consumato e quello in cui venisse speso per attività turpi, come il pagamento a una prostituta, da parte di chi, tra l'altro, fosse qualificato come lussurioso, quindi dedito a spese di tal genere<sup>71</sup>.

5. Da quanto abbiamo visto<sup>72</sup>, i giuristi prendevano in considerazione la qualità di scialacquatore (*perditurus*)<sup>73</sup>, tra cui si può comprendere il lussurioso<sup>74</sup> (il

<sup>71</sup> Viene da chiedersi se per Giuliano fosse rilevante, ai fini della buona fede per l'usucapione, la conoscenza che il denaro sarebbe stato usato per un'attività turpe o, piuttosto, che il venditore fosse un lussurioso e quindi dedito a sperperare il denaro. A mio avviso, per il giurista erano necessari entrambe i requisiti: non solo l'acquirente doveva essere lussurioso, ma avrebbe dovuto anche spendere immediatamente il denaro con una prostituta. Non bastava cioè che l'acquirente sapesse genericamente della qualità di lussurioso o comunque di *perditurus* del venditore, ma era necessario che si sapesse che il denaro ricevuto sarebbe stato speso subito per un'attività turpe, quale andare con una prostituta (ritengo sia da escludere che per Giuliano sarebbe stato lo stesso anche se il lussurioso avesse speso immediatamente il denaro per cose lussuose ed effimere anziché per una prostituta).

<sup>72</sup> Vi sarebbe anche un altro testo in cui viene presa in considerazione un *perditurus*: D. 33.1.15 (Val. 7 *fideic.*): *Iavolenus eum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam ante diem restituerat, respondit, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem fideicommissum relictum probetur et perdituro ei id heres ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse: quod si tempus heredis causa prorogatum esset, ut commodum medii temporis ipse sentiret, liberatum eum intellegi: nam et plus eum praestitisse quam debuisset*. Qui viene preso in considerazione un fedecommissato sottoposto a termine, che l'erede aveva adempiuto prima del termine previsto a favore però di un *perditurus*. Ulpiano sostiene che, qualora il termine fosse stato inserito proprio in virtù del comportamento del fedecommissario, l'erede non sarebbe liberato, mentre se fosse stato apposto a favore dell'erede, questi sarebbe liberato, avendo pagato più di quanto avrebbe dovuto. Qui però la qualità di *perditurus* comportava delle conseguenze solo qualora fosse stata presa in considerazione dal testatore e avesse costituito il motivo per l'inserimento del termine, altrimenti il pagamento fatto, anche al *perditurus*, prima del termine sarebbe stato valido. Ed è da presumere che fosse valido anche in caso di consapevolezza da parte dell'erede. Ma si tratta, è opportuno evidenziarlo, di un adempimento di un obbligo a cui appunto si era tenuti, e non, come nel caso di D. 17.1.12.11, della costituzione di un mutuo, di cui si poteva fare a meno.

<sup>73</sup> Sono assolutamente in disaccordo con il Guarneri Citati, *Miscellanea* cit. 30, 33 e nt. 6, 36, secondo il quale la maggior parte delle volte i riferimenti che troviamo nelle fonti al *perditurus* sarebbero interpolati.

<sup>74</sup> Che il lussurioso fosse anche un dissipatore lo dice chiaramente Festo: Fest., sv. *Prodiguae hostiae* (L. 296): *Prodiguae hostiae vocantur, ut ait Veranius, quae consumuntur; unde homines quoque luxuriosi, prodigi*. Che, come dissipatore, potesse essere interdetto dall'amministrazione dei beni – e pertanto diventare vero e proprio *prodigus* sottoposto a *cura* – risulta, anche se relativamente ad una donna, da D. 27.10.15 pr. (Paul. 5 sent.): *Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdicti potest*.

quale sembra essere connotato di una maggiore *turpitudō*<sup>75</sup>), riconoscendo delle conseguenze che, da un lato, miravano a salvaguardare la loro posizione, evitando che le loro azioni potessero comportare un depauperamento patrimoniale, dall'altro venivano a punire in qualche modo, per una sorta di autoresponsabilità, chi, nonostante sapesse della condizione particolare del soggetto (*perditurus*), avesse comunque contratto con lui, esponendolo a rischi patrimoniali.

In questo quadro, troverebbe una sua giustificazione il riferimento di Ulpiano al mutuo fatto al *perditurus* sapendolo tale, che avrebbe comportato un'impossibilità ad agire contro di lui<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Il lussurioso era spesso accostato al prodigo e considerato come una persona turpe. Era ritenuto persona vile e, come tale, non poteva, al pari del prodigo, agire *de dolo* contro chi conduceva una vita retta (D. 4.3.11.1 [Ulp. 11 *ad ed.*]: *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellat debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. Et ita Labeo, quid ergo est? In horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat*); era da ritenersi corrotto ai fini dell'*actio servi corrupti* (D. 11.3.2: *vel luxuriosum vel contumacem fecit: quive ut stuprum pateretur persuadet*; 1.4.6.23: *... item servi corrupti, quae competit in eum, cuius hortatu consiliove servus alienus fugerit aut contumax adversus dominum factus est aut luxuriose vivere coeperit* ...). V. anche gli accostamenti presenti in testi letterari, oltre al passo di Festo che abbiamo visto *supra*, nella nota precedente): Mart. Bracc. *Form. hon. vit.* 7.4: *Hac ergo mediocritatis linea continentiam observabis, ut nec voluptati deditus, prodigus et luxuriosus appareas nec avara tenacitate sordidus aut obscurus exsistas*; Macrob. *Sat.* 3.17.12: *... Adprime luxuriosus mihi videtur et prodigus cui haec tanta in epulis vel gratuita ponantur. ...*; Porph., *Epod.* 1.34: *... Nepotem autem Veteres prodigum ac luxuriosum dicebant, quia re vera soliores delicatiorisque vitae soleant esse, qui sub avo nutriantur*. Sulla differenza tra *luxuriosus* e *prodigus*, v. B. Sirks, *Der Playboy im römischen Recht*, in M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln, Weimar, Wien 2002, 714 s.

<sup>76</sup> Non contrasta con tale affermazione quanto si legge in D. 38.5.1.17 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Si mutuum pecuniam libertus in fraudem patroni acceperit, an Faviana locum habeat, videamus. Et quod remedium in hoc est? Accepit mutuum: si quod accepit donavit, convenit eum patronus cui donavit libertus: sed accepit et prodegit: non debet perdere qui mutuum dedit, nec ei imputari, cur dedit*. Qui Ulpiano analizza il caso di un liberto che, in frode al *patronus*, avesse preso del denaro a mutuo dandolo in donazione o sperperandolo («*prodegit*»): nel primo caso il *dominus* avrebbe potuto agire con l'*actio Faviana* contro il donatario; nel secondo caso non avrebbe potuto agire contro il mutuante («*non debet perdere qui mutuum dedit*» dice Ulpiano), né questo sarebbe stato responsabile, perché aveva dato («*nec ei imputari, cur dedit*»). In tale fattispecie, infatti, non sembra che il liberto fosse uno sperperatore e, comunque, non risulta che il mutuante sapesse che il denaro sarebbe stato sperperato.

Secondo il Wacke, *In pecuniam ludere* cit. 327, qualora il mutuante avesse saputo che il mutuatario avrebbe subito speso il denaro, come nel caso di prestiti concessi allo scopo di partecipare a giochi d'azzardo, non avrebbe potuto chiedere la restituzione. Tale affermazione, però, andrebbe ridimensionata. Non bastava sapere che il denaro si sarebbe sperperato subito, ma era

Ciò non vuol dire, però, che i *perdituri* fossero equiparati ai *prodigi* in senso tecnico (a coloro cioè che era interdetta l'amministrazione dei beni) – gli atti compiuti da loro, infatti, erano validi –, ma semplicemente erano considerati comunque come una categoria di persone, in un certo senso, da salvaguardare, qualora fosse conosciuta la loro condizione da chi contraeva con loro.

Rimane da chiarire il motivo per cui Ulpiano avesse posto come *ratio* della decisione del mancato riconoscimento dell'*actio mandati contraria* il mutuo fatto scientemente ad un *perditurus*<sup>77</sup>. Viene da domandarsi: cosa c'entra un mutuo con un mandato a prestare fideiussione? In realtà, a ben riflettere, una certa attinenza può scorgersi. Sia nel caso di mutuo sia in questo caso, il creditore (mandante o mutuante) effettuava un versamento di denaro e in entrambi i casi era uno sperperatore (*perditurus* o *adulescens luxuriosus*) a doverlo restituire. Pertanto, come nel caso di mutuo al *perditurus* non era possibile agire contro di lui qualora avesse sperperato tutto, nel momento in cui il mandatario avesse pagato, era come se l'*adulescens* avesse già sperperato il denaro, dato che a lui non era di fatto pervenuto alcunché, né, anche se fosse stato possibile<sup>78</sup>, avrebbe

necessario a mio avviso che si fosse a conoscenza anche che il mutuatario fosse un soggetto dedito allo spreco, un *perditurus*. Secondo lo studioso (p. 323), inoltre, il prestito di denaro ad un soggetto che il mutuante sapeva essere *perditurus* era da considerare a confine tra prestito e donazione («Es handelt sich um eine unbenannte Zuwendung auf der Grenze zwischen Darlehen und Schenkung»). A suo avviso, infatti, per il mutuante era indifferente che il mutuatario restituisse o meno il denaro, configurandosi una remissione implicita o, quantomeno, una rinuncia all'azione: «Ob der Empfänger das Geld (freiwillig) irgendwann oder gar nicht zurückerzahlt, ist dem Geber gleichermaßen recht. Aus dem einer Schenkung nahestehenden Verhalten folgert Ulpian einen stillschweigenden Regressverzicht, zumindest einen Klageverzicht. Die Wirkung dieses (*quasi*) rechtsgeschäftlichen Verzichts geht weiter als das bloße Risiko der Vermögenslosigkeit des Geldempfängers». Non sono d'accordo. La consapevolezza che il mutuatario fosse un *perditurus* non vuol dire necessariamente che il mutuante avesse rinunciato implicitamente all'azione, ben potendo invece cercare di ottenere quanto dato (almeno in parte), in considerazione anche del fatto che avrebbe potuto non sapere che nel caso in cui il mutuatario fosse *perditurus* e avesse perso il denaro ricevuto non avrebbe avuto azione contro di lui.

<sup>77</sup> Ci si chiede anche come mai Ulpiano per motivare la negazione dell'azione contro l'adolescente mandante avesse indicato il mutuo fatto 'scientemente' ad un *perditurus* adulto, anziché il mutuo fatto ad un'adolescente *perditurus*, per il quale non c'era bisogno, stando a quanto risulterebbe da D. 4.4.24.4, della *scientia* del mutuante per negare l'azione. Ritengo che la motivazione possa risiedere nel fatto che Ulpiano, da un lato, volesse riprendere il riferimento alla *scientia* della fattispecie analizzata, dall'altro, volesse proprio riferire quella che doveva essere una regola 'generale'.

<sup>78</sup> Mi domando se il minore avrebbe avuto un'azione contro la meretrice per richiedere il denaro eventualmente versato. L'unica azione di cui si può dubitare è l'*actio negotiorum gestorum*. In effetti, il fideiussore che fosse intervenuto non per mandato o *donandi animo* avrebbe potuto agire mediante *negotiorum gestio* contro il debitore (v., ad es., D. 3.5.4 [Ulp. 45 *ad Sab.*]; D. 3.5.5 [Ulp. 10 *ad ed.*]; D. 46.1.4 pr. [Ulp. 46 *ad ed.*]) e nelle fonti troviamo che, nel caso in cui un soggetto

voluto recuperarlo dalla meretrice, dato che i suoi scopi erano proprio quelli di ottenere i suoi favori<sup>79</sup>.

avesse dato mandato ad un altro di gestire un affare di un terzo, quest'ultimo avrebbe potuto agire contro il mandante di *negotiorum gestio* (v., ad es., D. 3.5.20.3 [Paul. 9 *ad ed.*]; D. 3.5.27 [Iav. 8 *ex Cass.*]), da cui si evince che anche il mandante a sua volta avrebbe potuto agire contro il terzo. Tuttavia, poiché l'adolescente lussurioso aveva verosimilmente agito per ottenere i favori della meretrice e, quindi, in un certo qual modo, *donandi animo*, o come compenso per i favori della meretrice, non credo gli fosse riconosciuta l'*actio negotiorum gestorum contraria*.

<sup>79</sup> Resta da chiarire ancora un punto. Se il fideiussore che avesse pagato al creditore non aveva azione contro il mandante, avrebbe potuto in qualche modo recuperare la somma versata? Ci si chiede, in particolare, se avrebbe potuto agire nei confronti della meretrice (è da escludere che potesse agire nei confronti del creditore con una *condictio indebiti*, dato che la sua obbligazione era pur sempre valida). In un testo di Papiniano (D. 17.1.53 [Pap. 9 *quaest.*]: *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*), sembrerebbe che, in caso di fideiussione prestata su mandato di un terzo, il fideiussore avesse un'*actio mandati* anche contro il debitore, qualora questi fosse presente e non recusante («*praesente et non recusante*»), mentre non l'avrebbe avuta nel caso in cui il debitore non volesse o lo ignorasse («*pro invito vel ignorante*»). Ulpiano, invece, sembra avere un'opinione diversa, escludendo l'*actio mandati* contro il debitore principale – a meno che non fosse stato dato l'incarico anche da parte sua – senza fare alcuna distinzione: D. 17.1.21 (Ulp. 47 *ad Sab.*): *Cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spondit. sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habebō mandati actionem etiam adversus te, quemadmodum, si duo mihi mandassent ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum*. Se si esclude, quindi, la possibilità da parte del fideiussore di agire di mandato contro la meretrice, resta da chiarire se avesse potuto agire con l'*actio negotiorum gestorum contraria*. Certo, il fideiussore che pagava al creditore lo faceva in adempimento di una propria obbligazione. D'altronde, Papiniano in D. 17.1.53 sembra escludere che, in caso di mandato di terzi, il fideiussore potesse agire contro il debitore – salvo il caso in cui questi fosse presente e non recusante al momento della costituzione di garanzia –, come si evincerebbe dalla frase «*nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas*». Per quanto riguarda la parte finale in cui Papiniano pone il caso di chi pagasse per qualcuno su incarico di qualcun altro, nelle fonti troviamo in alcuni casi confermata l'impossibilità da parte di chi gestiva affari altrui su mandato di un altro di agire di *negotiorum gestio* contro il *dominus negotii* (cioè, ad es., è chiaramente desumibile da D. 3.5.20[21].3 [Paul. 9 *ad ed.*]), in altri, invece, si riconosce la possibilità di agire con entrambe le azioni (*actio mandati* contro il terzo e *actio negotiorum gestorum* contro l'interessato: v., ad es., D. 3.5.3.11 [Ulp. 10 *ad ed.*]). Sulla possibilità di agire con entrambe le azioni, v. G. Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Milano 1915, 339 s.). L'apparente antinomia sembra possa risolversi ritenendo che l'*actio negotiorum gestorum* fosse concessa solo nel caso in cui il proposito del soggetto fosse stato quello di gestire un negozio altrui oltre quello di eseguire un mandato. «Probabilmente, quindi, il cumulo del mandato e della gestione si fondava sulla successione cronologica dei due rapporti: quando cioè il terzo avesse già formato il proposito di gestire e fosse sopraggiunto il mandato di un altro, esso non avrebbe eliminato la gestione. Se non vi fosse stato già il proposito di gestire, colui che compiva il negozio avrebbe avuto l'animo di eseguire il mandato e non avrebbe potuto avere l'*animus negotia aliena gerendi*» (L. Parenti, *Sul pagamento del fideiussore «debitoris nomine»*, in *Index* 35, 2007, 267

Viene da chiedersi a questo punto come mai per le due fattispecie piuttosto simili Ulpiano fornisca due motivazioni differenti<sup>80</sup>. A mio avviso, la differenza

nt. 94. Sul punto, v. anche S. Solazzi, *Sulla gestione per conto d'altri*, in *RISG*. 56, 1922-1923, ora in *Scritti di diritto romano* 2, Napoli 1957, 527 ss.). Vi è invero un testo di Papiniano (D. 16.1.7 [Pap. 9 *quaest.*]), in cui al fideiussore che avesse avuto incarico da una donna di prestare garanzia per un terzo (si tratta del difensore del figlio assente della donna, come si evince dal passo precedente, D. 16.1.6 [Ulp. 29 *ad ed.*]) e che avesse pagato, di fronte alla mancata possibilità di recuperare dalla donna quanto sborsato (avendo quest'ultima, all'*actio mandati* del fideiussore, posto l'*exceptio senatus consulti Velleiani*), il giurista ritiene che non fosse iniquo riconoscere un'*actio negotiorum gestorum* contro il debitore, dato che la causa di mandato è invalidata dal *senatus consultum* e il debitore era stato liberato dalla *pecunia* del fideiussore («*sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorum, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fideiussoris liberatur*»). Tuttavia, dei dubbi sulla possibilità di riconoscere la *negotiorum gestio* al mandatario/fideiussore del nostro testo vi sono. Qui, infatti, non è sulla base di un provvedimento normativo che viene esclusa la possibilità di agire di mandato, ma dalla consapevolezza che il mandante fosse un adolescente lussurioso. Vi era tuttavia un rimedio per il garante per poter recuperare quanto versato: pagare non *ex causa fideiussionis*, ma *debitoris nomine*, come se fosse un semplice terzo. Che ciò fosse possibile da parte del fideiussore è confermato dalle fonti: v., ad es., D. 12.6.47 (Cels. 6 *dig.*); D. 46.1.51.1 (Pap. 3 *resp.*) (su tale forma particolare di pagamento del fideiussore, v. Parenti, *Sul pagamento* cit. 241 ss.). In tal modo, infatti, ben avrebbe potuto il garante – data l'assenza dell'*actio mandati* contro il minore – agire con l'*actio negotiorum gestorum* contro la meretrice (che il pagamento del terzo fatto in nome del debitore comportasse una *negotiorum gestio*, con la possibilità di agire contro il debitore è affermata chiaramente in D. 3.5.42 [Lab. 6 *post. epit. lav.*]: *Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi*). Tuttavia, per il riconoscimento di tale azione era necessario che facesse presente, al momento del pagamento, di agire appunto non nella sua qualità di garante ma in nome della meretrice. Altro rimedio, ma sempre da far valere al momento del pagamento, era il pagare *emptiois causa* (v., ad es., D. 46.1.36 [Paul. 14 *ad Plaut.*]). In tal caso, infatti, il garante, qualora fosse d'accordo il creditore (non sembra infatti che questi fosse costretto in tal senso), avrebbe 'comprato' il credito, con la conseguenza che il creditore avrebbe a lui ceduto l'azione contro la meretrice. Entrambi i rimedi, tuttavia, il garante avrebbe potuto farli valere solo al momento del pagamento; se, invece, avesse pagato *ex causa fideiussionis*, nell'errata convinzione di poter agire *ex mandato* contro il minore, allora non avrebbe avuto alcuna possibilità di recuperare quanto versato (a meno che non si voglia ipotizzare il riconoscimento dell'*actio negotiorum gestorum*, sulla base – come abbiamo visto – di D. 16.1.7), dovendo imputare alla sua *scientia* la perdita.

<sup>80</sup> Non mi sento di condividere quanto sostenuto dal Talamanca, *La bona fides* cit. 233: «Le motivazioni fatte specialmente per l'uno e per l'altro caso potrebbero, in realtà, essere fra di loro scambiate: non si vede, infatti, come potrebbe essere illecito il mandato a *credere* e non quello a *fideiubere*; e il profilo dell'autoresponsabilità, addotto per il mandato a *fideiubere* si dovrebbe applicare *a fortiori* per quello a *credere*»; egli riteneva quindi, «piuttosto che pensare a qualche errore di prospettiva del giurista» (p. 233-234), più probabile che Ulpiano «si sentisse libero nello scegliere l'una o l'altra motivazione» (p. 234). Non concordo neanche con quanto sosteneva il Watson, *Contract of mandate* cit. 91, per il quale la differenza risiedeva sulla maggiore disonestà da parte del mandante rispetto al mandatario nel secondo caso – che avrebbe portato ad un mandato dato contrariamente alla buona fede –, mentre nella prima fattispecie era la disonestà del mandatario ad essere presa in maggiore considerazione.

potrebbe così giustificarsi: nella prima fattispecie, il minore avrebbe incaricato semplicemente di prestare fideiussione a favore della meretrice, senza uno sborso diretto del denaro, che sarebbe stata solo la ‘eventuale’ conseguenza dell’obbligazione assunta dal terzo; inoltre, il pagamento del fideiussore sarebbe stato effettuato per estinguere una propria obbligazione (‘*ex causa fideiussionis*’) e la liberazione della meretrice sarebbe stata solo un effetto indiretto, essendo l’obbligazione del debitore e quella del fideiussore solidali<sup>81</sup>; pertanto, il mandato non si può considerare contro la buona fede, in quanto né il mandante avrebbe dato denaro alla meretrice né il mandatario sarebbe stato incaricato di dare denaro a lei.

Nella seconda fattispecie, invece, mal si adattava la *ratio* indicata per la prima, in quanto innanzi tutto vi sarebbe stato un vero e proprio mutuo, ma nei confronti della meretrice; inoltre, a differenza della prima fattispecie in cui il mandante sarebbe stato l’unico a dover restituire il denaro (da cui il parallelo con il mutuo), qui sarebbero state due persone a doverlo fare, di cui una, appunto, per un vero e proprio mutuo. Infine, in questa seconda fattispecie non vi sarebbe stata una perdita di denaro da parte del minore che giustificasse il diniego dell’*actio mandati*, come nel caso di mutuo al *perditurus*, dato che, a seguito dell’*actio mandati contraria*, gli sarebbe spettata la cessione dell’*actio certae creditae pecuniae*<sup>82</sup> per recuperare il denaro<sup>83</sup>.

Il riferimento alla buona fede in questa seconda fattispecie, invece, sarebbe giustificato dal fatto che il mandato avrebbe avuto ad oggetto il denaro da versare alla meretrice, che sarebbe servito ad ottenere i suoi favori (o come compenso di favori già ottenuti), e che ci sarebbe stata da parte del mandatario la consapevolezza che il mandante fosse un adolescente lussurioso che avrebbe sperperato il denaro a favore della meretrice: ciò avrebbe portato, così come si può evincere da D. 41.4.8, il mandatario ad essere in mala fede e ad inficiare l’intero mandato<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Che le obbligazioni del debitore principale e di quello accessorio fossero considerate in solido dai giuristi appare chiaro dalle fonti: sul punto, v. L. Parenti, *In solidum obligari. Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli 2012, 289 ss., spec. 312 ss.

<sup>82</sup> Sul diritto alla *cessio actionis* da parte del mandante di credito, v., ad es., D. 17.1.27.5 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 46.1.13 (Iul. 14 *dig.*).

<sup>83</sup> Sembra che il minore mandante avrebbe comunque potuto richiedere l’*in integrum restitutio*, sulla base di D. 4.4.48 pr. (Paul. 1 *sent.*): *Minor se in id, quod fideiussit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat.*

<sup>84</sup> Non credo che il mandato fosse da considerare invalido perché *contra bonos mores* (sul punto, v. anche *supra*, nt. 8). Infatti, nonostante la meretrice fosse considerata una donna turpe (v. ad es. D. 37.12.3 pr. [Paul. 7 *ad Plaut.*]), il mandato aveva ad oggetto un prestito a lei, che era sicuramente consentito e non costituiva un’attività turpe (in tal senso, v. Watson, *Contract of Mandate* cit. 91 nt. 1;

6. In conclusione, si è potuto riscontrare come la frase «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» – che Ulpiano inserisce quale *ratio* per escludere l'*actio mandati contraria* contro il minore – non si riferisca ad un minore, come è stato ipotizzato. Il giurista severiano, con tale espressione, intendeva invece riferirsi, in via generale, ad un soggetto che fosse *perditurus*, cioè uno scialacquatore, il quale, quindi, sarebbe stato sollevato dal restituire quanto ricevuto in prestito, qualora il mutuante fosse stato consapevole della sua propensione allo sperpero. Dalle fonti, inoltre, risulterebbe che la condizione di *perditurus*, in cui si potrebbe far rientrare anche quella di *luxoriosus*, giustificasse dei trattamenti particolari, da un lato miranti a tutelare la loro posizione patrimoniale, dall'altro a sanzionare chi, nonostante avesse contezza della loro indole allo sperpero, avesse comunque contratto con loro.

Inoltre, l'accostamento fatto da Ulpiano del mutuo al *perditurus* al mandato a *fideiubere* del minore troverebbe, a mio avviso, la sua giustificazione nel fatto che nella fattispecie analizzata vi sarebbe stato, così come per il mutuo, un versamento di denaro da parte del mandatario e un corrispondente obbligo di restituzione da parte del mandante, il cui denaro, non avendolo neanche ricevuto, era come se fosse già perso, così come avrebbe fatto un *perditurus*.

Lucio Parenti  
Università di Teramo  
lparenti@unite.it

Guarino, *Mandatum credendi* cit. 74 s.; Fusco, «*Adulescens luxoriosus*» cit. 393 ss.). Se le intenzioni dell'adolescente lussurioso erano, come sembra fossero, di donare o dare un compenso per i servizi della meretrice (entrambe attività ritenute disdicevoli: in particolare la seconda definita turpe – v., ad es., D. 12.5.4.3 [Ulp. 26 *ad ed.*] –; la prima *inhonesta*, anche se non proibita se fatta *affectionis gratia* – v. D. 39.5.5 [Ulp. 32 *ad Sab.*]: *Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae, honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae circa meretrices*), la turpitudine era nelle motivazioni del mandante e non avrebbero inficiato a mio avviso il mandato stesso, qualora fossero rimaste all'oscuro del mandatario. Questi, infatti, una volta prestatò il denaro avrebbe potuto agire normalmente contro la donna e, nel caso, contro il minore, sulla base delle normali regole relative al mandato di credito; che poi il minore, successivamente, non avrebbe agito contro la donna per il regresso – ma avrebbe potuto anche cambiare idea – è un fatto che esulava dal mandato in quanto tale. Cosa diversa è se il mandatario avesse saputo che il mandante era un minore lussurioso e la donna una meretrice alla quale si volesse dare del denaro per i suoi favori. In tal caso, il mandatario sapeva bene che l'operazione era finalizzata ad un'attività disdicevole che avrebbe portato, cosa di non poco conto, allo sperpero del denaro da parte di un minore *perditurus*. Pertanto, soprattutto per la consapevolezza del mandatario, che agiva lo stesso nonostante sapesse delle reali intenzioni del mandante e delle conseguenze che a questo sarebbero derivate, il mandato giustamente era da considerarsi come se fosse contro la buona fede, come riteneva appunto Ulpiano.

