«*UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM*». PROTEZIONE EDITTALE DEI MINORI E MEZZI PRETORII ADOTTATI PER LA SUA ATTUAZIONE [*]

Por

FRANCESCO MUSUMECI
Catedrático de Instituciones de Derecho Romano
Universidad de Catania

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Romano 10 (2008)

1. SECONDO QUELLO CHE È UN ORIENTAMENTO ANCORA CONSOLIDATO FRA GLI STUDIOSI, IL PRETORE

Sarebbe intervenuto in favore dei minori di 25 anni con due particolari mezzi tecnici: accordando cioè – a seconda dei casi – una *exceptio* (alla quale da molti viene aggiunta la denominazione «*legis Plaetoriae*» o «*Laetoriae*») o una *in integrum restitutio* (espressione, quest'ultima, spesso seguita dalle parole «*propter aetatem*» o altre simili [1]). Si tratta di un'idea che non soltanto ricorre costantemente nella generalità dei manuali istituzionali [2], ma si ritrova pure nei corsi specialistici, come quelli di Bonfante [3], di

---

[*] Il presente lavoro è apparso negli *Studi per Giovanni Nicosia* V (Milano 2007) p.443-500.

[1] Ma vi sono pure studiosi i quali parlano di *in integrum restitutio ex lege Laetoria (Plaetoria)*: v. *infra*, nt. 42.

[2] Cfr., in particolare, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte.* II. 1. *Privatrecht* (Leipzig 1901) 307 s.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I[2] (Roma 1928) 534; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*. Huitième édit. rev. et mise à jour par F. Senn (Paris 1929) 247 ss.; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma 1961) 114; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*[4] (Milano 1965) 135; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14] (Napoli 1966) 505 s.; KASER, *Das Römische Privatrecht* I[2] (München 1971) 277; PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*[2] (Milano 1988) 222; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*[2], con la collaboraz. di F. Sitzia e L. Vacca (Torino 1990) 418 s. (v. pure, degli stessi studiosi, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi,* Torino 1994, 283); TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 173 (v. pure ID., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, 94); BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*[4] (Torino 1993) 142; HAUSMANINGER-SELB, *Römisches Privatrecht*[8] (Wien-Köln-Weimar 1997) 138; IGLESIAS, *Derecho romano.* Duodécima ed. revis. con la colabor. de J. Iglesias-Redondo (Barcelona 1999) 365; NICOSIA, *Institutiones*. *Profili di diritto privato romano* (Catania 1999) 90 s. (v. pure ID., *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*[4], Catania 2005, 42); FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*[3] (Torino 2000) 154; CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* I (Torino 2001) 70 ss.;

Albanese [4] e di Franciosi [5], e in altri lavori specificamente dedicati ai minori, come quelli di Wacke [6] e di Knothe [7].

Se non che a me pare che, in merito a questo intervento operato dal pretore, sia utile svolgere ancora qualche riflessione, e proprio sulla base di quanto ci viene testimoniato dalle fonti. Si tratta essenzialmente di brani di giuristi, i quali danno, sull'argomento, un apporto alle nostre conoscenze soprattutto con riguardo all'età del principato. Da essi risulta però che, almeno in quel periodo storico, l'insieme degli strumenti pretorii adottati in favore dei minori non era solamente costituito dalla *exceptio* e dalla *in integrum restitutio*, in quanto in certi casi particolari si faceva pure ricorso ad altri mezzi pretorii, secondo me da ricondurre, come i due ora menzionati, alla generica formulazione dell'editto relativo ai minori [8]. Si tratta, come può comprendersi, di un dato che riveste particolare interesse, anche perché risulta del tutto plausibile – pur in mancanza, in generale, di una diretta documentazione testuale – pensare che i mezzi suddetti, proprio perché direttamente riconducibili all'editto, abbiano trovato applicazione anche in un'età più risalente, magari con riguardo a casi diversi da quelli considerati dalle fonti a noi pervenute.

Debbo dire che, in tempi non lontani, dall'orientamento dominante in dottrina si è discostato l'Ankum, il quale, in alcuni scritti nei quali si è occupato di minori di 25 anni, non si è limitato a richiamare l'*exceptio* e l'*in integrum restitutio*, ma ha pure menzionato altri mezzi che sarebbero stati accordati ai minori sulla base dell'editto [9]. Le sue sono state

---

DALLA-LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*[2] (Torino 2001) 132; GUARINO, *Diritto privato romano*[12] (Napoli 2001) 622; SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*. Decima ediz. curata ed aggiornata da A. Corbino e A. Metro (Soveria Mannelli 2002) 60; KASER-KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*[17] (München 2003) 104; MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*[3] (Torino 2003) 91; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*[6] (Milano 2004) 101; GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*. I. *Instituciones*[14] (Madrid 2006) 369 (v. pure ID., *Diritto privato romano*. Ed. ital. a cura di M. Balzarini, Padova 1992, 490); MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*[3] (Palermo 2006) 260 s. (v. pure ID., *Lineamenti di diritto privato romano*, Torino 2001, 148 s.).

[3] BONFANTE, *Corso di diritto romano*. I. *Diritto di famiglia.* Rist. della I ediz. Roma 1925 (Milano 1963) 668 s.

[4] ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) 517 s.

[5] FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*[2] (Torino 1992) 101.

[6] WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen, besonders durch die 'exceptio legis Plaetoriae'*, in *TR*. 48 (1980) 205.

[7] KNOTHE, *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung* (Frankfurt a.M.-Bern 1983) 61 ss. V., inoltre, LEMOSSE, *La capacité du mineur en droit romain classique et le témoignage de Dio Cassius*, in *The Irish Jurist* (1967) 360; PUGLIESE, *Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* IV (Milano 1983) 481.

[8] Sul punto, v. *infra*, nel prossimo paragrafo.

[9] ANKUM, *Le 'minor captus' et le 'minor circumscriptus' en droit romain classique*, in *Mélanges Pierre Jaubert* (Bordeaux 1992) 38 ss., 49; ID., *Gab es im klassischen römischen Recht eine 'exceptio' und eine 'replicatio legis Laetoriae'?*, in *Festschrift für Gunter Wesener* (Graz 1992) 23 s.; ID., *La position juridique du 'filius familias' mineur en droit romain classique*, in *Mélanges Felix Wubbe* (Fribourg Suisse 1993) 3 nt.8. A suo giudizio, il pretore avrebbe accordato ai minori, sulla base dell'editto, una *restitutio in integrum propter aetatem*, un'*actio arbitraria* personale (che

delle notazioni assai rapide, svolte in occasione di ricerche che non si proponevano un esame analitico di tutti i mezzi tecnici impiegati in favore dei minori [10]. Esse tuttavia, anche se possono risultare non condivisibili sotto aspetti particolari [11], sono a mio avviso meritevoli comunque di speciale considerazione, in quanto si basano su un dato di fondo della cui attendibilità sono anch'io fermamente convinto: l'ampiezza, cioè, della portata dell'editto sui minori, non riducibile alla sola concessione della *exceptio* e della *in integrum restitutio* [12].

Si impone, dunque, un'analisi approfondita delle fonti in questione – almeno di quelle che mi sono sembrate più significative – volta a ricostruire in modo più dettagliato la reale portata dell'intervento pretorio operato in favore dei minori sulla base dell'editto ad essi relativo.

È quanto mi propongo di fare nel presente lavoro, che dedico all'illustre Maestro Prof. Giovanni Nicosia, quale segno, modesto ma autentico, del grande affetto e della profonda riconoscenza che mi legano a Lui.

---

avrebbe dato al giudice la possibilità di pronunciare un *iussum de restituendo*), una *exceptio* (e una *replicatio*) *circumscriptionis* (a proposito di quest'ultimo mezzo tecnico e dell'*actio arbitraria* egli – in *Le 'minor captus'* cit., 39 nt.13 – afferma di essere «d'avis qu'il faut distinguer ces deux moyens juridiques de la r. i. i. en soulignant qu'ils trouvent leur base dans la clause générale de l'Edit»; v. pure o.u.c., 49) e una *denegatio actionis*.

[10] A proposito, in particolare, dell'*actio arbitraria*, l'ANKUM (*Le 'minor captus'* cit., 40) afferma espressamente che «la matière mérite une étude plus approfondie». Una particolare attenzione è stata da lui rivolta (in *Gab es* cit.) solamente alla *exceptio* e alla *replicatio*. Al riguardo, egli ha in particolare rilevato: «Dass es in den zwei letzten Jahrhunderten der vorklassischen Zeit eine *exceptio legis Laetoriae* gegeben hat, daran wird man wohl kaum zweifeln können ... Wahrscheinlich haben die klassischen Juristen von einer *exceptio* und von einer *replicatio circumscriptionis* gesprochen. Ich benutze diese Termini jedenfalls, um die hier gemeinten Rechtsmittel von der *exceptio* und *replicatio legis Laetoriae* klar zu unterscheiden» (o.u.c., 21 s.).

[11] Mi riferisco, in particolare, alla denominazione «*circumscriptionis*» di *exceptio* e *replicatio* (su cui v. *infra*, § 4 nt. 44 e § 5) e alla reale possibilità di desumere dai testi citati dallo studioso (*Le 'minor captus'* cit., 39 s.) l'esistenza di un'*actio arbitraria* personale distinta dalla *in integrum restitutio.* Inoltre la elencazione da lui prospettata non può considerarsi esaustiva, risultando accordate al minore, come vedremo, anche la *cautio* (*infra*, § 2), la *denegatio exceptionis* (*infra*, §6) e l' *actio utilis de dolo* (*infra*, § 9).

[12] Giova qui osservare che questa ampiezza della portata dell'editto sui minori è stata prospettata, seppure di sfuggita, anche da altri studiosi. V., in particolare, SARGENTI, *Studi sulla «restitutio in integrum»*, in *BIDR.* 69 (1966) 269, secondo il quale «La promessa di *animadvertere* non intendeva probabilmente indicare, nel testo originario di questo editto, solo l'intenzione di restituire, ma più genericamente il proposito di provvedere, discrezionalmente, secondo le circostanze (*uti quaeque res erit*). La prassi e soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale hanno messo a fuoco in particolare, fra i vari possibili provvedimenti pretori, quello della *restitutio*, che meglio si prestava ad una sistematica disciplina. Ma nell'*animadversio* pretoria potevano rientrare anche misure diverse ...» (lo studioso menziona, a tal proposito, la *denegatio actionis*); v., inoltre, SELB, *Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Wien-Köln-Graz 1986) 262 s. Da ultimo il GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*[3] (Napoli 2002) 335, a proposito dell'intervento del pretore in favore del minore, non ha menzionato unicamente l'*exceptio* e la *in integrum restitutio* ma ha aggiunto: «Forse si arrivò anche alla *denegatio actionis*», limitandosi però a questa sola notazione. Una portata ampia è stata attribuita all'editto pure da CANNATA (*Corso* cit., 70), il quale tuttavia si è, poi, limitato a menzionare la *restitutio in integrum* e l'*exceptio*.

2. INNANZITUTTO OCCORRE RICORDARE IL TESTO DELL'EDITTO CON IL QUALE IL PRETORE PROMISE IL PROPRIO INTERVENTO IN FAVORE DEI MINORI. ESSO, COM'È NOTO, CI È STATO TRAMANDATO IN UN BRANO DI ULPIANO

D.4.4.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Praetor edicit: 'Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam'*.

Già in precedenza ho avuto occasione di evidenziare la genericità della sua formulazione, e per ciò che riguarda la casistica, in relazione alla quale il pretore prometteva di intervenire, e per ciò che riguarda le misure che egli avrebbe in concreto adottate a quel fine [13].

In merito, in particolare, a quest'ultimo punto, il pretore, come può vedersi, si limitava ad affermare «*uti quaeque res erit, animadvertam*»: si limitava, cioè, semplicemente ad assicurare che avrebbe, di volta in volta, provveduto tenendo conto delle circostanze relative al singolo caso concreto. Null'altro. È certo, dunque, che non indicava affatto i mezzi tecnici che avrebbe in concreto accordati, né tanto meno faceva, perciò, esplicito riferimento ad una *exceptio* e ad una *in integrum restitutio*.

Nella loro ricostruzione dell'editto perpetuo, sia il Rudorff che il Lenel hanno inserito il nostro editto nel titolo generale relativo alle *in integrum restitutiones*, in un paragrafo specificamente dedicato ai minori di 25 anni [14]. C'è da dire pure che vari studiosi sembrano anch'essi collegare il testo del nostro editto direttamente con la *in integrum restitutio* [15]. A mio avviso, però, altro è parlare di collocazione nell'editto perpetuo, altro è parlare, invece, dell'editto sui minori in sé considerato. La sua collocazione, infatti, all'interno

---

[13] V., al riguardo, MUSUMECI, *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo* II (Napoli 1997) 42; ID., *Editto sui minori di 25 anni e 'ius controversum' nell'età dei Severi*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* VI (Napoli 2001) 35 e nt.2; ID., *Pretore, giudice e protezione dei minori di venticinque anni*, in *Labeo* 50, *Antonio Guarino, nonaginta annos nato, dedicata* (2004) 66. La genericità della formulazione dell'editto in ordine alla casistica cui si fa in esso riferimento è da me specificamente considerata in un mio scritto dal titolo «*Quod cum minore ... gestum esse dicetur». Formulazione edittale e sua concreta attuazione in età imperiale*, di prossima pubblicazione in *RHD.* La configurazione del pregiudizio cui il minore andava incontro – sul quale mancava nell'editto un qualsiasi accenno – e il rilievo ad esso attribuito in via interpretativa costituiscono, invece, l'oggetto di un altro mio scritto, dal titolo *Pregiudizio del minore e protezione edittale in età imperiale,* di prossima pubblicazione negli *Studi in onore di L. Labruna.*

[14] RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt* (Lipsiae 1869) 59; LENEL, *Das edictum perpetuum*[3] (Aalen 1956) 116.

[15] V., in particolare, GIRARD, *Manuel* cit., 247, 249; BURDESE, *Di un particolare caso di applicazione della "restitutio in integrum"*, in *Festschrift Fritz Schulz* I (Weimar 1951) 75 nt.1; MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria* (Milano 1960) 71 s.; CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»* (Milano 1964) 8 e nt.4, 11; DI SALVO, «*Lex Laetoria». Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.* (Napoli 1979) 287 e nt.232; WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 210 e nt.50; KNOTHE, *Die Geschäftsfähigkeit* cit., 62 e nt.37; LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori* (Bologna 2004) 67 nt.28.

dell'editto perpetuo prospettata da Rudorff e da Lenel può avere una propria plausibilità, potendosi giustificare col fatto che la *in integrum restitutio* – come sta, per altro, a testimoniare l'ingente quantità di fonti che ad essa fa riferimento – nella pratica si impose come il rimedio maggiormente utilizzato per la protezione dei minori: al punto che potrebbe poi essere sembrato del tutto naturale, in occasione della codificazione dell'editto perpetuo, inserire l'editto sui minori nel titolo generale relativo alle *in integrum restitutiones*, una volta costatato, per l'appunto, che la *in integrum restitutio* costituiva lo specifico punto di riferimento di maggior rilievo [16]. Se, però, noi rivolgiamo la nostra attenzione a quella che fu la reale portata dell'editto sui minori in sé considerato – e dunque con riguardo, pure, al periodo storico antecedente la codificazione dell'editto perpetuo – allora il discorso da fare è di gran lunga differente.

Ad impedirci, infatti, di pensare che esso potesse essere unicamente riferito alla *in integrum restitutio* è, innanzitutto, la genericità della relativa formulazione, la quale mostra che il programma di intervento promesso dal pretore non era per nulla definito nel det-

---

[16] Una testimonianza circa la collocazione dell'editto sui minori all'interno dell'editto perpetuo può, secondo me, riscontrarsi in un brano di Gaio, D.29.2.57.1 (23 *ad ed. prov.*): *Sed tamen et puberibus minoribus viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem parentis appetierint, e x g e n e r a l i e d i c t o q u o d e s t d e m i n o r i b u s v i g i n t i q u i n q ue a n n i s succurrit* [*proconsul*], *cum et si extranei damnosam hereditatem adierint, e x e a p a r t e e d i c t i in integrum eos restituit.* Il CERVENCA (*Studi vari* cit., 11 e nt.16) riferisce l'espressione «*generale edictum*» all'editto sui minori, «espresso in termini quanto mai generali». Se non che a me pare che, se leggiamo l'inciso «*ex generali edicto*» in stretta connessione con «*quod est de minoribus viginti quinque annis*», riferendolo così all'editto sui minori, l'inciso successivo «*ex ea parte edicti in integrum eos restituit*» risulta incomprensibile, giacché non vedo in che senso la *in integrum restitutio* potesse basarsi su una *pars* di quell'editto, il cui testo oltremodo sintetico, a noi noto grazie a D.4.4.1.1, non fornisce al riguardo alcun riscontro plausibile; risulta incomprensibile, fra l'altro, il senso di quell'«*ea*», che figura accanto a «*parte edicti*». A mio avviso è, invece, possibile dare una diversa interpretazione, e cioè: a) «*ex generali edicto*» fa, in realtà, allusione all'editto perpetuo, e precisamente al titolo generale relativo alle *in integrum restitutiones* (che contiene pure il paragrafo specificamente dedicato all'editto sui minori di 25 anni); b) il «*quod*» successivo non va riferito ad «*edicto*» ma va letto in stretta connessione con le parole che seguono immediatamente, così: «*quod est de minoribus viginti quinque annis*», «per ciò che vi è (contenuto) con riguardo ai minori di 25 anni» (si consideri, in senso analogo, il «*quod*» della relativa clausola edittale «*Quod ... gestum esse dicetur...*»: «per ciò che si dirà etc.»); tale inciso fa, pertanto, allusione al paragrafo relativi ai minori, contenuto nel suddetto titolo generale. Così inteso, il testo acquista allora, a mio avviso, un senso coerente. Gaio intende dire, cioè, che ai minori puberi i quali *temere damnosam hereditatem parentis appetierint* il proconsole presta soccorso (con la *in integrum restitutio*, espressamente menzionata nel seguito del discorso) sulla base del titolo generale dell'editto perpetuo relativo alle *in integrum restitutiones* (*ex generali edicto*), e in particolare sulla base del paragrafo, in esso contenuto, che specificamente riguarda i minori (*quod est de minoribus viginti quinque annis*). Il giurista rileva, quindi, che il proconsole *in integrum restituit* anche quei minori i quali abbiano accettato una *damnosa hereditas* come *extranei*, e lo fa sulla base di quello stesso paragrafo dell'editto perpetuo che riguarda i minori e che è stato da lui poco prima menzionato: «*ex ea parte edicti*» – e in particolare «*ea*» – riferito al precedente «*quod est de minoribus viginti quinque annis*», acquista così, come può vedersi, un senso plausibile e coerente col resto del brano.

taglio, né tanto meno si riduceva alla concessione di singoli rimedi particolari [17]. Ma, a parte questa considerazione, ad eliminare ogni dubbio in proposito soccorre un brano di Paolo, per noi particolarmente prezioso per il diretto riferimento che in esso viene proprio fatto all'editto e alla sua reale portata in ordine alle misure che il pretore avrebbe adottato in concreto in favore dei minori:

> D.4.4.24.5 (Paul. 1 *sent.*): *Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione.*

Considerati il contesto dell'intero fr.24 – nel quale vengono esaminate questioni che attengono alla protezione dei minori – e la stessa collocazione di tale frammento nel IV libro dei *Digesta*, all'interno del titolo 4 *de minoribus viginti quinque annis*, è certo che l'editto al quale qui si allude è proprio l'editto relativo a questa categoria di soggetti.

Secondo quanto afferma il giurista, da tale editto non nasceva alcuna *propria actio vel cautio*, in quanto tutto dipendeva dalla *cognitio* del pretore. Se però è così, dobbiamo allora desumere che, a suo avviso, un'*actio* o una *cautio* [18] in base all'editto sarebbero state ammissibili, anche se subordinatamente alla *cognitio* suddetta. Può comprendersi, dunque, quanto questo testo sia per noi illuminante, giacché non solo conferma la assoluta genericità della promessa di intervento contenuta nell'editto – per la cui concreta attuazione occorreva, appunto, una valutazione di volta in volta operata dal pretore – ma mostra pure che, fra gli strumenti che potevano essere adottati in favore del minore, c'era la *cautio* [19].

E non si tratta di un'asserzione del giurista puramente teorica. La concreta utilizzazione della *cautio* ci viene, infatti, chiaramente attestata in un frammento di Ulpiano, nel quale addirittura sono due le *cautiones* che vengono ammesse in favore del minore:

> D.3.3.39.6 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Est et casus, quo quis eiusdem actionis nomine et de rato caveat et iudicatum solvi. ut puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur: alterius procurator existit: debet cavere hic procurator et ratam rem dominum habiturum, ne forte dominus reversus velit quid petere, item iudicatum solvi, ut si quid forte propter hanc restitutionem in integrum praestari adulescenti debeat, hoc praestetur. et*

---

[17] Come ho già detto (*supra*, § 1), anche l'Ankum ha attribuito al nostro *editto* un'ampia portata, non riducibile alla sola concessione della *exceptio* e della *in integrum restitutio*. V., inoltre, gli studiosi da me citati *supra*, in nt.12.

[18] D.4.4.24.5 non contiene, come mi pare evidente, una elencazione tassativa. La menzione dell'*actio* e della *cautio* ha carattere meramente esemplificativo,

[19] L'*actio* menzionata nel brano poteva essere quella che veniva accordata in virtù della *in integrum restitutio*, ma non soltanto: come infatti vedremo (*infra*, § 9), al minore poteva essere pure concessa un'*actio utilis de dolo*.

haec ita Pomponius libro vicensimo quinto ad edictum scribit[20].

Sono queste, come può vedersi, la *cautio ratam rem dominum habiturum* e la *cautio iudicatum solvi*, che il *procurator* della parte avversaria dovrà prestare in favore del minore, del quale sia stata richiesta la *in integrum restitutio* essendo egli rimasto *circumscriptus in venditione*[21]. Come chiarirò più avanti[22], il verbo *circumscribere* – privo di altre più precise indicazioni – sta, in linea di tendenza, ad indicare un genere di astuzie che era privo di rilievo quando le subiva un adulto, ma che rendeva operante la tutela edittale quando a rimanerne vittima era stato invece, come nel caso in questione, un minore: anche le due *cautiones* in oggetto si inseriscono pertanto, come la *in integrum restitutio* di cui si fa discorso, nel quadro di un intervento specificamente rivolto a proteggere il minore[23].

Ebbene, l'ammissibilità della *cautio*, testimoniata in termini generali da D.4.4.24.5, non soltanto elimina, com'è evidente, ogni possibilità di collegare la promessa contenuta nell'editto sui minori alla sola concessione della *in integrum restitutio* ma, già di per sé, smentisce pure quell'idea così diffusa in dottrina, secondo cui il pretore sarebbe intervenuto in favore dei minori accordando loro soltanto una *exceptio* e una *in integrum restitutio.* Perché mai – io mi chiedo – si è voluto fare riferimento solo a quei due mezzi tecnici, quando abbiamo qui chiaramente attestata l'ammissibilità – sulla base dello stesso editto, che vi viene espressamente richiamato – di un altro strumento pretorio, qual era appunto la *cautio*, del tutto differente dagli altri due per natura e funzione?

Ma c'è di più. Le fonti attestano pure, come ora vedremo, l'adozione in favore dei minori di altri strumenti pretorii, diversi dalla *in integrum restitutio*, dall'*exceptio* e dalla *cautio*. E allora, a questo punto, la conclusione da trarre mi sembra chiara. Esprimendosi nell'editto in termini generici, il pretore, con ogni probabilità, volle appositamente evitare di fare riferimento a singoli mezzi tecnici proprio perché intendeva, così, riservarsi di individuarli direttamente con riguardo ai singoli casi concreti a lui sottoposti. Egli avrebbe cioè scelto, di volta in volta, la soluzione più appropriata, a seguito di una attenta valutazione di quelle che erano le esigenze particolari legate al singolo caso. Tutto sarebbe

---

[20] Su D.3.3.39.6 v. CERVENCA, *Studi vari* cit., 48 ss.

[21] E' superfluo osservare che queste due *cautiones* non hanno nulla a che vedere con la *in integrum restitutio* di cui si fa discorso nel frammento.

[22] *Infra*, § 8.

[23] Un riferimento alla *cautio ratam rem dominum habiturum* e alla *cautio iudicatum solvi* in favore del minore (come implicitamente si desume dalla collocazione del brano nel titolo 4 del IV libro dei Digesta; v. inoltre LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Graz 1960, col.985 s.) troviamo pure in D.4.4.26 pr.-1 (Paul. 11 *ad ed.*).

dipeso da questa sua preliminare *cognitio*, la quale perciò assumeva, al riguardo, una rilevanza centrale: *totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione*, ci dice Paolo [24].

Ma passiamo, ora, ad un esame più dettagliato di questi mezzi pretorii, avvertendo che si tratta di una elencazione la quale non esaurisce la gamma di strumenti di tutela adottati, in età imperiale, in favore dei minori [25].

3. IL RIMEDIO CUI FA RIFERIMENTO LA STRAGRANDE MAGGIORANZA DELLE FONTI, LE QUALI MOSTRANO COSÌ QUANTO FOSSE AMPIO IL SUO AMBITO DI APPLICABILITÀ IN TEMA DI PROTEZIONE DEI MINORI, È LA IN INTEGRUM RESTITUTIO

Al riguardo è da tenere presente che le fonti in questione risalgono, come ho detto, all'età del principato: ad un periodo storico, cioè, caratterizzato dalla vigenza, accanto al processo formulare, della *cognitio extra ordinem*, nel cui ambito la *in integrum restitutio* assume delle connotazioni differenti rispetto a quella dell'*ordo* [26]. Ad accordarla, dunque, ai minori non provvede ora soltanto il pretore ma vi provvedono pure il principe ed i suoi funzionari [27]; e a questo proposito, un'ampia documentazione ci viene anche fornita da

---

[24] Data la menzione che in D.4.4.24.5 viene fatta della *cautio*, è evidente che la *cognitio* cui Paolo fa riferimento non può essere la sola *cognitio* preliminarmente finalizzata alla concessione della *in integrum restitutio.* Si tratta, invece, di un'attività istruttoria, genericamente intesa, del pretore, volta a valutare i fatti allo scopo di individuare la soluzione tecnica più appropriata. Sul contenuto assai ampio della *causae cognitio* pretoria – non riconducibile, perciò, alla sola *in integrum restitutio* – v. MARTINI, *Il problema* cit.; LUZZATTO, *Il problema* cit., 51 ss.

[25] Avendo la presente indagine ad oggetto solo i mezzi pretorii ai quali si fece ricorso specificamente in favore dei minori sulla base dell'editto che li riguardava, essa non verterà su altri strumenti di tutela non annoverabili fra questi, come, in particolare, le azioni *ad exhibendum* e *furti* nonché la *condictio* (*furtiva*) di cui si fa discorso in D.4.4.11 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*: v. *infra*, § 9).

[26] Sulla *in integrum restitutio* nella *cognitio extra ordinem*, v. CERVENCA, *Studi vari* cit., 61 ss.; RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica* (Milano 1965); FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, in *Labeo* 13 (1967) 213 ss.; BUIGUES OLIVER, *La rescision de los hechos y actos juridicos en derecho romano (Premisas para un estudio de la 'Restitutio in integrum')* (Valencia 1992) 121 ss.

[27] In merito ai soggetti che possono accordare la *in integrum restitutio*, sono particolarmente significativi D.4.4.16.5 (Ulp. 11 *ad ed.*: *Nunc videndum, qui in integrum restituere possunt. et tam praefectus urbi quam alii magistratus pro iurisdictione sua restituere in integrum possunt, tam in aliis causis quam contra sententiam suam*), D.4.4.42 (Ulp. 2 *de off. proc.*: *Praeses provinciae minorem in integrum restituere potest etiam contra suam vel decessoris sui sententiam ...*). La concessione della *in integrum restitutio* da parte di Settimio Severo, dopo che la relativa richiesta era stata respinta dapprima dal pretore e poi dal *praefectus urbi*, ci viene testimoniata da D.4.4.38 pr. (Paul. 1 *decret.*: *... pupilla in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat ... pronuntiavit* [*imperator*] *in integrum restituendam ...*), su cui v. MUSUMECI, *Ancora sulla 'in integrum restitutio' di Rutiliana*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini* (Milano 2002) 245 ss.

numerose costituzioni imperiali, nelle quali non manca, talvolta, un espresso riferimento all'editto sui minori, così come era ormai cristallizzato nell'editto perpetuo [28].

Ebbene, quello che occorre qui notare è che anche in questo periodo la concessione, in favore dei minori, della *in integrum restitutio* ad opera dei pretori era assai ricorrente. Ad attestarcelo, infatti, chiaramente è un frammento di Ulpiano, il quale ci dà notizia di un intervento attuato, in tal senso, dai pretori addirittura *cottidie*:

> D.4.4.7.8: (Ulp. 11 *ad ed.*): *Quaesitum est ex eo, quod in lucro quoque minoribus subveniendum dicitur, si res eius venierit et existat qui plus liceatur, an in integrum propter lucrum restituendus sit? et c o t t i d i e p r a e t o r e s e o s r e s t i t u u n t, ut rursum admittatur licitatio. idem faciunt et in his rebus, quae servari eis debent…*

Si tratta di un frammento che già in precedenza ho avuto occasione di esaminare [29]. Qui basti porre in evidenza questa frequenza con cui era disposta, in favore dei minori, la *in integrum restitutio* da parte dei pretori, in un'epoca nella quale la concessione di tale rimedio non era più, come prima, un loro prerogativa [30].

---

[28] A quest'ultimo riguardo cfr., in particolare, C.5.71.2.1 (Imp. Gord. A. Clearcho et Aphrodisio): ... *iuxta formam edicti beneficium* [cioè la *in integrum restitutio*, menzionata nel pr.] *tibi impertietur …* [a.239]. È, per altro, da notare che richiami all'editto perpetuo sono riscontrabili anche in costituzioni successive, riguardanti i minori, di Diocleziano e Massimiano: C.5.71.11.1 (Impp. Diocl. et Maxim. AA.Trophimo) : … *iuxta perpetui edicti auctoritatem in integrum restitutio causa cognita ei praebetur* [a.290]; C.2.32(33).1 (Impp. Diocl.et Maxim. AA. et CC. Soteri) : … *sed ante tempus in integrum restitutioni praestitutum edicto perpetuo permissum beneficium implorari et, an sit tribuendum, per causae cognitionem aestimari potest* [a.294].

[29] MUSUMECI, *Editto* cit., 59 s.

[30] Con riferimento alla *in integrum restitutio* accordata dal pretore in favore dei minori, le fonti ci offrono testimonianza della utilizzazione dello strumento del *decretum* (D.4.4.47.1, Scaev. 1 *resp.*), della concessione di un'azione (D.4.4.13.1, Ulp. 11 *ad ed.*, su cui CERVENCA, *Studi vari* cit., 22 ss., e, da ultimo, STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 376 ss.), del ricorso alla *denegatio actionis* o alla *exceptio* (D.44.1.7.1, Paul. 3 *ad Plaut.*: al riguardo v. MUSUMECI, *Pretore* cit, specialm. 80 ss.) o alla *denegatio exceptionis* (D.12.2.9.4, Ulp. 22 *ad ed.*, su cui v. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* II, Milano 1973, 535 s. nt.261, a giudizio del quale la *in integrum restitutio* in favore del minore, di cui parla Ulpiano, avrebbe trovato attuazione «probabilmente … mediante una *denegatio* dell'*exceptio iurisiurandi*»; in proposito v. pure STOLFI, o.u.c., 163 s. nt. 366, e MUSUMECI, *Pretore* cit., 78. Su tale brano v., inoltre, *infra*, § 5).

4. QUALCHE CONSIDERAZIONE IN PIÙ OCCORRE QUI SVOLGERE CON RIGUARDO ALLA EXCEPTIO: L'ALTRO RIMEDIO CHE, COME HO DETTO, SECONDO LA GENERALITÀ DEGLI STUDIOSI FU ACCORDATO DAL PRETORE AI MINORI, OLTRE ALLA IN INTEGRUM RESTITUTIO [31]

Come ho pure notato [32], a questa *exceptio* viene aggiunta da molti la denominazione «*legis Plaetoriae*» o «*Laetoriae*». Ma è proprio su questo punto che s'impone, a mio avviso, la necessità di fare maggiore chiarezza.

Gli studiosi [33] hanno creduto di cogliere un riferimento alla *exceptio* suddetta in alcuni frammenti, anche se al riguardo non c'è piena convergenza di vedute [34]. Quel che, però, occorre notare è che in essi viene, sì, considerata una *exceptio* in favore del minore: ma viene considerata – ed è proprio questo il punto – una *exceptio* tout court, e non l'*exceptio legis Plaetoriae* o *Laetoriae*.

Ciò va detto, in primo luogo, con riguardo alla *exceptio* in favore del minore *circumscriptus* richiamata in un brano che, per ciò che attiene alla denominazione suddetta, viene da quegli studiosi citato concordemente:

> D.44.1.7.1 (Paul. 3 *ad Plaut*.):…*idem dicitur* (cioè: *exceptio… etiam fideiussori competit*) *et si … quis fideiusserit … pro minore viginti quinque annis circumscripto …* [35]

ma va detto pure con riguardo alla *exceptio* spettante al minore *circumscriptus* che è delegato dal proprio creditore, della quale si fa discorso in un altro brano, anch'esso citato al riguardo, seppure non costantemente come il primo:

> D.46.2.19 (Paul., 69 *ad ed.*): *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias*

---

[31] Si tratta, ovviamente, di una *exceptio* considerata come strumento alternativo rispetto alla *in integrum restitutio*: da distinguere, perciò, dalla *exceptio* che il pretore poteva pure accordare per dare attuazione al provvedimento restitutorio (al riguardo, v. *supra*, nt.30).

[32] *Supra*, § 1.

[33] V., in particolare, DEBRAY, *Contribution à l'étude de la loi «Plaetoria» relative à la protection du mineur de vingt-cinq ans*, in *Le jubilé de M. Paul Frédéric Girard* (Paris 1912) 282 ss.; DI SALVO, *«Lex Laetoria»* cit., 44 nt.84, 267 e nt.152 (l'A. esprime, al riguardo, una posizione cauta); WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 205 e nt.15; KNOTHE, *Die Geschäftsfähigkeit* cit., 61; FRANCIOSI, *Famiglia* cit., 101 e nt. 196.

[34] Vi è convergenza di opinioni solo su D.44.1.7.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*); abbastanza ricorrente è, tuttavia, anche la menzione, al riguardo, di D.46.2.19 (Paul. 69 *ad ed.*). Su entrambi questi brani v. *infra*, nel testo.

[35] Sul significato di «*circumscriptus*», figurante in D.44.1.7.1, v. *infra*, § 8. Sul presunto riferimento, in tale brano, alla *exceptio legis Plaetoriae* o *Laetoriae*, v. MUSUMECI, *Pretore* cit., 65.

datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est. idemque est i n m i n o r e, q u i c i r c u m s c r i p t u s d e l e g a t u r, quia, si etiamnunc minor est, rursum circumvenitur … [36]

La mancanza di un esplicito riferimento alla *lex* in questione era certo ben presente agli studiosi [37]; eppure, nonostante ciò, essi hanno espresso il convincimento che quella considerata fosse proprio l'*exceptio legis Plaetoriae* (*Laetoriae*).

Ebbene, la domanda che io mi pongo, a questo punto, è se esista davvero una giustificazione plausibile per attribuire a quella *exceptio* una simile denominazione.

Dico subito che a me una cosa pare comunque certa: e cioè che non potrebbe costituire, al riguardo, una giustificazione sufficiente il fatto che, in quei brani, ad avvalersi dell'*exceptio* era il minore *circumscriptus* da altri. Ed invero, a parte il fatto che il verbo circumscribere, con ogni probabilità, nemmeno figurava nel testo della nostra legge [38], va inoltre tenuto presente che in favore del minore *circumscriptus* si trova attestata dalle fonti pure la ammissibilità della *in integrum restitutio*, come in particolare risulta – per citare solo qualche esempio – da

D.21.2.39 pr. (Iul. 57 *dig.*) : *Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et inpetrat* cognitionem *non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium …* [39]

D.4.4.24.4 (Paul. 1 *sent.*): … *itaque si in vendendo fundo circumscriptus* [*minor*]

---

[36] Sul significato di «*circumscriptus*» in D.46.2.19 v. *infra*, § 8. Quanto da me ora osservato con riguardo a D.44.1.7.1 e D.46.2.19 va pure detto con riguardo a D.16.1.32 pr. (Pomp. 1 *senatus consult.*: *Si mulier hereditatem alicuius adeat, ut aes alienum eius suscipiat, vix est, ut succurri ei debeat, nisi si fraude creditorum id conceptum sit: nec enim loco m i n o r i s v i g i n t i q u i n q u e a n n i s c i r c u m s c r i p t i per omnia habenda est mulier*), dove pure è stato visto un riferimento, anche se implicito, alla *exceptio legis Plaetoriae* (v., in particolare, DEBRAY, *Contribution* cit., 283 e nt. 3; WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 205 e nt. 15); su tale brano ritornerò *infra*, nel § 8, a proposito del significato di «*circumscriptus*». Va qui ricordato come si sia pure creduto di riscontrare un riferimento alla *exceptio legis Plaetoriae* in Plaut., *Rud.*1378 ss., e in particolare nel tratto «*Cedo quicum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis sive etiamdum siem quinque et viginti annos natus*»; ma v., al riguardo, METRO, *La «denegatio actionis»* (Milano 1972) 50 ss. Quanto alla *replicatio legis Plaetoriae* (o *Laetoriae*), della quale si farebbe discorso secondo alcuni studiosi in D.12.2.9.4 (Ulp. 22 *ad ed.*), v. *infra*, nel prossimo paragrafo.

[37] V., in particolare, DEBRAY, *Contribution* cit., 265; DI SALVO, *«Lex Laetoria»* cit., 285 nt.224; WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 205.

[38] Al riguardo, v. DI SALVO, *«Lex Laetoria»* cit., 42 ss., 66 ss., 72 ss., 227 ss., 256 ss., 267 ss.

[39] Circa il riferimento che col termine «*cognitio*» viene fatto, in D.21.2.39 pr., alla *in integrum restitutio*, v. CERVENCA, *Studi vari* cit., 20 ss.

restituetur …[40]

D.3.3.39.6 (Ulp. 9 *ad ed.*): *… ut puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur … ut si quid forte propter hanc restitutionem in integrum praestari adolescenti debeat, hoc praestetur …*[41]

Per coerenza, si dovrebbe quindi parlare, in questi casi, di *in integrum restitutio legis Plaetoriae* o *Laetoriae*: ma un'idea del genere è tutt'altro che ricorrente fra gli studiosi[42] . E allora?

La verità è che, come ho già detto, c'è stata una tendenza a riferire l'editto sui minori soltanto alla *in integrum restitutio* e non pure all'*exceptio*. Il Rudorff e il Lenel, mentre – come ho già ricordato - hanno inserito, nell'editto perpetuo, l'editto sui minori nel titolo relativo alle *in integrum restitutiones*, hanno invece collocato questa presunta *exceptio legis Plaetoriae* in un titolo diverso, quello relativo alle *exceptiones*, nel paragrafo «*si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*»[43]. Ma, a mio avviso, l'esclusione di un diretto collegamento della *exceptio* con l'editto sui minori non ha, in realtà, alcuna giustificazione: e ciò perché la formulazione, oltremodo generica, dell'editto sta proprio ad indicare quanto fosse estesa la sua portata, quanto ampia fosse la libertà che il pretore aveva riservato a se stesso di scegliere il mezzo che ritenesse più adeguato alle esigenze del caso concreto.

Considerato, dunque, il silenzio delle fonti in merito alla *exceptio legis Plaetoriae* (*Laetoriae*) e considerata l'ampia portata della promessa contenuta nell'editto, a me pare che vi sia, allora, un unico dato che possiamo ritenere senz'altro sicuro: e cioè che ai minori poteva pure essere accordata una *exceptio*, ma senza alcuna specifica denominazione, la quale – e questo va particolarmente sottolineato – al pari della *in integrum restitutio* e di altri mezzi pretorii (fra questi, come abbiamo già visto, la *cautio*), trovava il proprio fondamento direttamente nell'editto sui minori[44].

---

[40] Su questo brano, v. pure *infra*, § 7.

[41] Su questo brano, v. pure *supra*, § 2.

[42] Al riguardo può, infatti, citarsi, solo qualche autore, che per altro parla di *in integrum restitutio ex lege Laetoria* (*Plaetoria*): v., in particolare, FRANCIOSI, *Famiglia* cit., 101 (v. pure ID., *Corso istituzionale* cit., 154); GUARINO, *Diritto privato* romano cit., 622; GIUFFRÈ, *Il diritto* cit., 335. V. inoltre LUZZATTO, *Il problema* cit., 60.

[43] RUDORFF, *Edicti* cit., 243; LENEL, *Das Edictum* cit., 513 (lo studioso si esprime, al riguardo, in termini cauti).

[44] L'ANKUM (v. *supra*, nt. 10), pur ammettendo l'esistenza, negli ultimi due secoli dell'età preclassica, di una *exceptio legis Laetoriae*, ritiene «wahrscheinlich» che i giuristi classici abbiano parlato di una *exceptio* e di una *replicatio circumscriptionis*, da considerare distinte dalla *exceptio* e dalla *replicatio legis Laetoriae* e basate direttamente sull'editto relativo ai minori (su quest'ultimo

Per ciò che riguarda il suo modo di operare, ho prima [45] osservato come una *exceptio* potesse essere accordata al minore per dare attuazione ad una *in integrum restitutio*. Quel che, però, va qui posto in evidenza è che l'*exceptio* poteva anche non essere disposta per un tale scopo ma presentare, invece, una propria autonomia funzionale (si consideri, del resto, che la dottrina la menziona come un rimedio alternativo rispetto alla *in integrum restitutio*). Fra le testimonianze che è possibile addurre a tal riguardo [46], particolarmente significativa mi sembra quella che ci viene offerta da

> D.4.4.41 (Iul. 45 *dig.*): *Si iudex* [47] *circumvento in venditione adulescenti iussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex causa iudicati adulescens habere poterit, quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. nec queri poterit venditor* [48]*, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit et quam mutare non potuisset, si minor auxilium praetoris non implorasset.*

---

punto, v. ANKUM, *Gab es* cit., 22 ss.; v. pure ID., *Le 'minor captus'* cit., 40). Esattamente, dunque, lo studioso ha stabilito uno stretto legame fra la *exceptio* (*replicatio*) e l'editto in questione (sull'ampiezza di portata ad esso attribuita dall'Ankum, v. *supra*, § 1). Tuttavia non posso condividere la denominazione «*circumscriptionis*», in quanto essa non trova riscontro nei brani da lui citati al riguardo (*Gab es* cit., 24 ss. e *Le 'minor captus'* cit., 40 e nt.21): per la *exceptio*, D.16.1.32 pr., D.44.1.7.1 e D.46.2.19, da me già considerati *supra*, nel testo di questo stesso paragrafo e in nt. 36; per la *replicatio*, D.12.2.9.4, che esaminerò fra breve, nel prossimo paragrafo. Tali brani, infatti, attestano unicamente l'esistenza, in favore del minore, di una *exceptio* (e, rispettivamente, di una *replicatio*), senza alcuna specifica denominazione. Fra l'altro è da notare che in D.44.1.7.1 vengono prese in considerazione non solo l'*exceptio* accordata al minore *circumscriptus*, ma anche quella di cui si sarebbe avvalso il minore *deceptus* – incorso, cioè, autonomamente in errore a causa soltanto della propria leggerezza e della propria sprovvedutezza, legate alla giovane età (su tale significato dell'espressione *deceptus* in D.44.1.7.1, v. MUSUMECI, *Pretore* cit., 70; sull'implicito riferimento che in D.44.1.7.1 viene fatto alla *exceptio* anche con riguardo al caso del minore *deceptus*, v. MUSUMECI, o.u.c., 82): il che rende, perciò, ingiustificato un collegamento esclusivo della *exceptio* con il caso del minore *circumscriptus*. Una connessione fra l'*exceptio* (oltre alla *restitutio in integrum*) e l'editto sui minori viene pure operata – ma si tratta appena di un accenno – dal PUGLIESE, *Appunti* cit., 481 nt.17.

[45] *Supra*, in nt. 30.

[46] Va, invero, osservato che una propria autonomia presenta l'*exceptio* che viene considerata (implicitamente, in un caso) nei brani menzionati (come ho detto *supra*, in questo stesso paragrafo e in nt.36) dalla dottrina con riguardo alla presunta *exceptio legis Laetoriae* (*Plaetoriae*), e cioè, in D.16.1.32 pr. (Pomp. 1 *senatus consult.*), in D.46.2.19 (Paul. 69 *ad ed.*) e in D.44.1.7.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*): in essi, infatti, l'*exceptio* in favore del minore *circumscriptus* non risulta per nulla collegata ad un *in integrum restitutio.*

[47] Si ritiene che «*iudex*» debba essere sostituito con «*praetor*» (fra l'altro espressamente menzionato nel seguito dello stesso brano): v, in particolare, NICOSIA, *Exceptio utilis*, in *ZSS.* 75 (1958) 265, 270 s.; CERVENCA, *Studi vari* cit., 34 ss., 38 (ma v. pure p. 40 s.). Di diverso avviso D'ORS, *La acción del menor restituido (crítica a Kupisch)*, in *AHDE.* 49 (1979) 316 s.; BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones» llamadas «utiles»*, in *AHDE*. 50 (1980) 712.

[48] L'espressione «*venditor*» – che appare incomprensibile nel contesto del discorso svolto da Giuliano – andrebbe sostituita con «*emptor*»: v., a questo riguardo, NICOSIA, *Exceptio* cit., 265 e nt.37; CERVENCA, *Studi vari* cit., 34 nt.83. Per alcuni studiosi, però, tale sostituzione non sarebbe necessaria: cfr., in particolare, D'ORS, *La acción* cit., 316 nt.33; BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones»* cit., 712 nt. 31.

Un minore ha ottenuto dal pretore [49] un provvedimento di *in integrum restitutio* nei confronti di una vendita da lui effettuata a causa dell'altrui astuzia [50]. Siccome, però, successivamente egli non desidera più avvalersi di quel beneficio, il compratore allora agisce contro di lui per ottenere – in conformità alla disposta *in integrum restitutio* – il rimborso del prezzo. Secondo Giuliano il minore potrà paralizzare quella richiesta con una *exceptio utilis*.

Ebbene, prescindendo da quello che può essere il senso che va attribuito all'espressione «*exceptio utilis*» [51], ai nostri fini c'è un punto particolare che mi preme evidenziare: e cioè che l'*exceptio* che viene qui dal pretore concessa al minore non serve ad attuare una *in integrum restitutio* ma, anzi, mira proprio ad impedire che questo beneficio possa trovare concreta realizzazione. Si tratta, dunque, di una *exceptio* del tutto autonoma rispetto al rimedio restitutorio, approntata appositamente dal pretore in relazione a quel caso concreto che aveva sotto gli occhi e in ottemperanza alla promessa genericamente contenuta nell'editto sui minori [52].

---

[49] V. *supra*, nt.47.

[50] Sul significato di *circumvenire* con riferimento ai minori (significato sostanzialmente identico a quello di *circumscribere*), v. *infra*, § 8.

[51] Al riguardo, v. NICOSIA, *Exceptio* cit., 265 ss.; CERVENCA, *Studi vari* cit., 43 ss.; KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (Berlin-New York 1974) 118 s.; D'ORS, *La acción* cit., 317; BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones»* cit., 714.

[52] È qui da osservare che in D.4.4.41 il giurista afferma che il compratore (v., in proposito, *supra*, nt.48) non potrà dolersi *si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit* etc. Questo inciso – e in particolare il verbo *restituere*, in esso figurante – potrebbe, a prima vista, far pensare ad una seconda *in integrum restitutio*, disposta dal pretore a seguito del pentimento del minore, la quale avrebbe neutralizzato la prima (ripristinando così, anche per il compratore, quella situazione che era stata originariamente instaurata con la vendita) ed avrebbe trovato, in tal caso, concreta realizzazione tramite quella *exceptio utilis* di cui si fa discorso nel nostro testo. Certo, se fosse realmente così, avremmo allora qui documentato un altro caso particolare (oltre a quello documentato da D.44.1.7.1, Paul. 3 *ad Plaut.*: v. *supra*, nt.30) in cui l'*exceptio* serviva a dare attuazione alla *in integrum restitutio* accordata al minore. Secondo me, però, l'interpretazione da dare non è questa. Anche se una seconda *in integrum restitutio* del minore era in astratto possibile (si veda, a questo proposito, D.4.4.7.9, Ulp. 11 *ad ed.*: *Restitutus autem cum se hereditati misceat vel eam adeat quam repudiavit, rursus restitui poterit, ut se abstineat: et hoc et rescriptum et responsum est*), non è in realtà ad essa che Giuliano intendeva fare qui riferimento. Gli incisi «*et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta*» e «*quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt*» stanno, infatti, a significare che il minore non aveva rivolto al pretore nessuna ulteriore richiesta di *in integrum restitutio* ma si era limitato a far presente la propria volontà di non avvalersi di quella ottenuta precedentemente. Non solo, ma va detto pure che, se realmente fosse stata accordata al minore una seconda *in integrum restitutio*, Giuliano avrebbe in tal caso considerato, con ogni probabilità, *restitutus* lo stesso minore e non – come invece qui leggiamo – il compratore. Per queste ragioni ritengo, dunque, più plausibile pensare che il «*restitutus fuerit*» di D.4.4.41 non abbia un significato rigorosamente tecnico ma alluda unicamente al fatto che il compratore, a seguito della rinuncia alla *in integrum restitutio* da parte del minore, si era venuto, in pratica, a ritrovare in quella situazione che era stata da lui stesso determinata con la conclusione della vendita.

5. PER ATTUARE LA PROTEZIONE DEL MINORE POTEVA, PERÒ, TALVOLTA RENDERSI NECESSARIO, ANZICHÉ RICORRERE DIRETTAMENTE ALLA EXCEPTIO, NEUTRALIZZARE INVECE UNA EXCEPTIO A LUI OPPOSTA DALLA PARTE AVVERSARIA DI UN PROCESSO. IN TAL CASO LO STRUMENTO CUI SI FACEVA RICORSO POTEVA, IN PARTICOLARE, ESSERE COSTITUITO DA UNA REPLICATIO, COME APPRENDIAMO DA

> D.12.2.9.4 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debebit, ut Pomponius ait. ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere ...* [53].

Il brano considera il caso di un minore di 25 anni che ha deferito giuramento e che successivamente, lamentando di essere rimasto per ciò stesso *captus* [54], agisce contro l'avversario – nonostante il giuramento prestato abbia dato a questi causa vinta – facendo valere la pretesa da lui vantata nella precedente controversia. Forte del giuramento prestato, l'avversario oppone al minore l'*exceptio iurisiurandi*.

Come può vedersi, in merito alla soluzione da adottare a protezione del minore esisteva una diversità di idee fra Pomponio e Ulpiano. Per il primo, contro quella *exceptio* avrebbe dovuto essere accordata al minore una *replicatio*; per Ulpiano, invece, non si sarebbe dovuto fare sempre ricorso a questa *replicatio* ma, per lo più, lo stesso pretore avrebbe dovuto accertare se il minore era rimasto *captus* e disporre, così, in suo favore la *in integrum restitutio*. Il senso di questa diversità di idee esistente fra i due giuristi è stato già da me analizzato a fondo in un altro mio scritto [55]

Mettiamo da canto la *in integrum restitutio* [56]. Quel che occorre qui sottolineare è che il minore, nel caso in questione, si sarebbe potuto avvalere di una *replicatio* – secondo Pomponio, sempre; più di rado, per Ulpiano – la quale si presenta come un rimedio alternativo rispetto alla *in integrum restitutio* [57]. Qualche studioso parla, al riguardo, di *replica-*

---

[53] Di questo brano mi sono già occupato ampiamente in *Pretore* cit., 72 ss.

[54] Sul significato di «*captus*», figurante in D.12.2.9.4, v. MUSUMECI, *Pretore* cit., 74 ss. V., inoltre, ID., *Editto* cit., 38 ss. nt. 6.

[55] MUSUMECI, *Pretore* cit., 72 SS., specialm. 77 SS.

[56] Circa la probabile attuazione della *in integrum restitutio*, nel caso in questione, mediante *denegatio* dell'*exceptio iurisiurandi*, v. *supra*, nt. 30.

[57] Ritengo sia questa l'interpretazione preferibile, rispetto a quella sostenuta da alcuni studiosi, secondo i quali entrambi i giuristi avrebbero fatto riferimento alla *in integrum restitutio*, sicché anche la *replicatio* suggerita da Pomponio avrebbe mirato ad attuare la *in integrum restitutio* (per un ragguaglio bibliografico al riguardo, v. MUSUMECI, *Pretore* cit., 74 nt. 40 e nt. 41).

tio legis Plaetoriae (*Laetoriae*) [58]; l'Ankum di *replicatio circumscriptionis* [59]. Quanto ho prima osservato nel trattare dell'*exceptio* [60] mi pare sufficiente per far considerare queste denominazioni prive di fondamento testuale. Si trattava, anche qui, di una *replicatio* senza alcuna specifica intitolazione, anch'essa direttamente ricollegabile all'editto pretorio relativo ai minori.

6. DALLE FONTI, PERÒ, RISULTA PURE CHE IL MINORE, CONTRO UNA EXCEPTIO OPPONIBILE DALL'AVVERSARIO, POTEVA RICEVERE PROTEZIONE DIRETTAMENTE ATTRAVERSO LO STRUMENTO DELLA DENEGATIO EXCEPTIONIS

Esaminiamo, a questo proposito,

> D.4.4.11.7 (Ulp.11 *ad ed.*): *Plane si minor annis cum filio familias maiore contraxerit, et Iulianus libro quarto digestorum et Marcellus libro secundo digestorum scribit* [61] *posse in integrum restitui, ut magis aetatis ratio quam senatus consulti habeatur* [62]

Il riferimento ad un *senatus consultum* (che qui non può essere altro che il sc. Macedoniano) ci consente di ricostruire la fattispecie considerata dal giurista. Si tratta, cioè, di un minore il quale ha dato a un *filius familias maior* del denaro a mutuo, contravvenendo così al divieto del sc.Macedoniano. Secondo Giuliano, Marcello e (è da pensare) lo stesso Ulpiano, in questo caso è all'interesse del minore che va data prevalenza rispetto a quello perseguito dal senatoconsulto, accordandogli una *in integrum restitutio* (*ut magis aetatis ratio quam senatus consulti habeatur*).

Questo principio secondo cui il minore, in un caso del genere, era da proteggere in deroga al senatoconsulto Macedoniano [63] trova riscontro in due altri frammenti:

---

[58] V., in particolare, DEBRAY, *Contribution* cit., 297 s., 299; AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae* (Napoli 1954) 161; KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in *ZSS.* 94 (1977) 149 s.

[59] V. *supra*, nt. 44.

[60] V. *supra*, § 4. In merito alla *exceptio* e alla *replicatio circumscriptionis*, di cui parla l'ANKUM, v. nt. 44.

[61] Si chiede se, al posto di «*scribit*», debba leggersi «*scribunt*» il MOMMSEN (*ad h. l.*). Sulla presenza, nel testo, di questo verbo al singolare, v. *infra*, in questo stesso paragrafo.

[62] Di questo brano mi sono già occupato in *Editto* cit., 47 ss., cui rinvio per ulteriori approfondimenti.

[63] Su tale deroga al SC. Macedoniano, v. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum* (Napoli 1992) 280 ss. Diverso era il caso in cui anche il *filius familias* era un minore: questa volta, infatti, il senatoconsulto trovava applicazione, salvo il caso in cui si riscontrasse al momento della *litis contestatio* un arricchimento del mutuatario in conseguenza del prestito ricevuto (D.4.4.34 pr., Paul.

D.14.6.3.2 (Ulp.29 *ad ed.*): *Proinde et in eo, qui scire non potuit, an filius familias sit, Iulianus libro duodecimo cessare senatus consultum ait, ut puta in pupillo vel minore viginti quinque annis. sed in minore causa cognita et a praetore succurrendum …* [64]

D.22.6.9 pr. (Paul. *l.sing.de iur.et facti ignor.*): *… minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est … hac ratione si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse* [65].

Ora, com'è noto, il sc. Macedoniano trovava attuazione tramite due strumenti di *ius honorarium*: e cioè la *denegatio* al mutuante dell'azione scaturente dal mutuo o la concessione al *filius familias* mutuatario di una *exceptio*, da opporre al mutuante che agiva contro di lui [66]. Per conseguenza, è evidente che nel caso in questione la deroga ad esso avrebbe necessariamente comportato la impossibilità di fare ricorso a quei due strumenti. Assai opportunamente, perciò, il Brutti parla, a proposito dei frammenti ora esaminati, di *denegatio exceptionis* [67]: il minore mutuante, infatti, avrebbe potuto agire tranquillamente, per il recupero del denaro, contro il *filiusfamilias* mutuatario, in quanto sarebbe stata, per l'appunto, negata a quest'ultimo la possibilità di avvalersi della *exceptio* basata sul sc. Macedoniano.

Di *denegatio exceptionis* il Brutti [68] parla pure con riguardo ad un frammento di Gaio, riportato in

D.4.4.12 (Gai. 4 *ad ed.prov.*): *Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur senatus consulti auxilio.*

Una donna ha fatto *intercessio* a favore di altri – contravvenendo, così, al disposto del sc.Velleiano – nei confronti di un minore, che qui riveste perciò il ruolo di creditore.

---

1 *sent.*: *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit*. Su questo brano v. pure *infra*, nt. 94).

[64] Sull'apporto che ci viene fornito da D.4.4.11.7 e da D.14.6.3.2 per una ricostruzione di quello che era il pensiero di Giuliano in merito alla protezione da accordare ai minori, v. MUSUMECI, *Editto* cit., 47 ss.

[65] Anche su questo brano, v. MUSUMECI, *Editto* cit., 49 s. nt. 28. V., inoltre, LUCREZI, *Senatusconsultum* cit., 283 ss.

[66] V., al riguardo, LUCREZI, *Senatusconsultum* cit., 217 ss.

[67] BRUTTI, *La problematica* cit., 536 nt.261.

[68] BRUTTI, *La problematica* cit., 536 nt.261.

Secondo il giurista, in un caso del genere la donna riceve protezione in virtù del senatoconsulto in questione, la cui attuazione, così come avveniva per il sc.Macedoniano, viene qui realizzata tramite strumenti di *ius honorarium*: e cioè la *denegatio actionis* e l'*exceptio* [69]. Il minore infatti – secondo quanto afferma Gaio - non potrà agire contro la donna e (ove ciò accadesse) dovrà essere respinto con una *exceptio*, come un qualsiasi altro soggetto (*non est ei* [scil.: *minori*] *actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet*). La ragione di ciò sta nel fatto che egli ha, *communi iure*, la possibilità di agire nei confronti del vecchio debitore.

Alla fine, però, del brano (*haec si solvendo – auxilio*) il giurista fa una ulteriore precisazione: quanto detto prima vale per il caso in cui il vecchio debitore risulti in condizione di pagare il debito, giacché in caso contrario la donna non potrà avvalersi dell'aiuto del senatoconsulto. Detto in altri termini, il sc.Velleiano non troverà, in tal caso, applicazione e, per conseguenza, il minore potrà senz'altro agire, per il proprio credito, contro la donna, senza che questa possa avvalersi della *exceptio* basata sul sc. Velleiano, in quanto essa le verrà, per l'appunto, denegata [70]. Si tratta, dunque, anche qui di un caso di *denegatio exceptionis* operata in favore del minore.

Ora, però, con riguardo ai brani fin qui esaminati il Brutti parla di «*denegatio exceptionis* come strumento di *in integrum restitutio*» [71]; e per altro abbiamo visto che la *in integrum restitutio* viene esplicitamente richiamata in D.4.4.11.7.

Ebbene, a questo proposito io mi permetto di avanzare un dubbio.

Perché mai – io mi chiedo – nei casi ora esaminati avrebbe dovuto parlarsi di *in integrum restitutio*? In che cosa il minore avrebbe dovuto essere reintegrato?

---

[69] V., al riguardo, MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum* (Köln-Graz 1957) 29 s.

[70] Il tratto finale «*haec si solvendo - auxilio*» – che è quello che qui interessa più specificamente – è stato sospettato come insiticio (v., in particolare, VOGT, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, Bonn 1952, 73; MEDICUS, *Zur Geschichte* cit., 73 s., con ulteriore ragguaglio bibliografico): ingiustamente però, secondo me, in quanto esso ha un senso logico che perfettamente si accorda con la parte precedente del brano, e non si vede, perciò, per quale ragione non dovrebbe essere attribuito a Gaio. È evidente che nel caso qui considerato siamo in presenza di un conflitto di interessi insorto fra due soggetti, ciascuno dei quali era, di per sé, ritenuto meritevole di protezione giuridica: il minore in forza dell'editto che lo riguardava, la donna in forza del SC. Velleiano. Si trattava, perciò, di mediare fra questi opposti interessi, onde pervenire ad una soluzione che potesse risultare preferibile. E così fa Gaio, per il quale, se il minore poteva ugualmente vedere soddisfatto il proprio credito dal vecchio debitore, a prevalere era la protezione della donna, mentre il minore non avrebbe goduto di alcun trattamento speciale («*perinde atque ceteri*», sottolinea il giurista); se, però, il vecchio debitore non era solvibile, ad avere questa volta la prevalenza era invece la protezione del minore, il quale avrebbe potuto perciò agire contro la donna, senza che essa potesse invocare l'*auxilium* del senatoconsulto. Come può dunque vedersi, il discorso svolto da Gaio ha una propria logica coerenza, né mi pare vi siano ragioni che possano mettere seriamente in dubbio la sua genuinità (poco convincenti sono, in particolare, quelle indicate dal MEDICUS, l. u. c.).

[71] BRUTTI, *La problematica* cit., 536 nt.261.

Nel caso del mutuo, grazie alla *denegatio* dell'*exceptio* basata sul sc. Macedoniano egli poteva, infatti, agire tranquillamente contro il *filius familias* per il recupero del denaro; e così pure nel caso della *intercessio*, grazie alla *denegatio* dell'*exceptio* basata sul sc. Velleiano egli poteva agire, per il proprio credito, contro la donna senza incorrere in quell'ostacolo costituito dalla *exceptio* suddetta. È perciò evidente che in entrambi i casi il minore non veniva reintegrato in una situazione nella quale si trovava in precedenza e che era poi venuta meno: egli, infatti, si limitava a far valere un diritto di credito di cui era stato titolare *iure civili* sin dal momento della conclusione del mutuo e – rispettivamente – sin dal momento del compimento della *intercessio*, e che *iure civili* non era per lui mai venuto meno, nonostante il divieto dei due senatoconsulti, la cui attuazione era realizzata solamente sul piano del *ius honorarium*.

È altrettanto evidente, poi, che con la *denegatio exceptionis* non si trattava di far sì che un certo atto venisse considerato come non compiuto: al contrario, qui si faceva sì che un certo atto (il mutuo, cioè, accordato dal minore al *filius familias*, la *intercessio* compiuta dalla donna nei suoi confronti) fosse pienamente operante, una volta rimosso, con la *denegatio exceptionis*, l'ostacolo di *ius honorarium* derivante da ciascuno dei due senatoconsulti. Tutt'altra cosa, dunque.

Mi pare perciò naturale chiedersi, a questo punto, che senso avrebbe avuto collegare questa *denegatio exceptionis* ad una *in integrum restitutio*.

Certo, resta il fatto che la *in integrum restitutio* viene espressamente menzionata, come abbiamo visto, in D.4.4.11.7:

> *Plane si minor annis cum filio familias maiore contraxerit, et Iulianus libro quarto digestorum et Marcellus libro secundo digestorum scribit posse in integrum restitui, ut magis aetatis ratio quam senatus consulti habeatur.*

Appare, pertanto, indispensabile capire quale possa essere stata la ragione di una simile menzione.

Si potrebbe, certo, pensare che essa non figurasse nella stesura originale di questo brano. A tal proposito debbo subito far notare che la *in integrum restitutio* non viene menzionata negli altri brani da me prima citati: non in D.14.6.3.2 [72], né in D.22.6.9 pr. e neppure in D.4.4.12. Non solo, ma esistono pure delle ragioni che potrebbero far dubitare della genuinità di D. 4.4.11.7.

---

[72] È da osservare che l'espressione «*causa cognita*», figurante in questo brano nel tratto «*sed in minore causa cognita et a praetore succurrendum*», allude non alla *causae cognitio* che precedeva la *in integrum restitutio* ma, più in generale, alla valutazione operata dal pretore in vista della scelta del mezzo tecnico più appropriato. Si veda, in senso analogo, il riferimento alla *cognitio* pretoria contenuto in D.4.4.24.5 (Paul. 1 *sent.*), su cui *supra*, § 2 e nt. 24.

Innanzitutto colpisce, infatti, la presenza di «*scribit*» – al singolare, quando invece i soggetti sono *Iulianus …et Marcellus* – che, di per sé, rivela una sicura corruzione del testo originale. Ma a rafforzare l'idea dell'intervento di una mano estranea potrebbe addursi un altro dato, ancor più rilevante perché non attinente a un profilo puramente formale. Come può vedersi, dal brano risulta che Giuliano avrebbe espresso la propria opinione circa la possibilità di accordare protezione al minore, nel caso del mutuo da lui concesso al *filius familias*, nel IV libro dei suoi *digesta*. Se non che la *sedes materiae* relativa al sc.Macedoniano non era il IV ma il XII libro, come chiaramente risulta dalla Palingenesi del Lenel [73] e come, per altro, abbiamo potuto direttamente riscontrare leggendo D.14.6.3.2, dove – proprio con riguardo alla medesima fattispecie considerata in D.4.4.11.7: il che è particolarmente significativo – viene, per l'appunto, citato il libro XII dell'opera giulianea [74]. Questa circostanza potrebbe, allora, far sospettare ancor più che la stesura originale di questo brano abbia subito manipolazioni che ne hanno, per certi versi, stravolto il contenuto. Il riferimento alla *in integrum restitutio* potrebbe, in tal caso, essere il frutto di un intervento volto a precisare quale fosse lo strumento da accordare al minore nel caso considerato: menzionando, per l'appunto, quello che era il rimedio più largamente adottato in favore dei minori e che, nel comune sentire, aveva finito con il costituire il rimedio per eccellenza nel quale si identificava senz'altro, in generale, la protezione edittale dei minori [75].

Si tratta, ovviamente, di semplici indizi; e io non mi sento, perciò, di insistere troppo sulla ipotesi di un'alterazione del testo.

C'è da dire però che, se riteniamo che questo riferimento alla *in integrum restitutio* sia realmente da attribuire ad Ulpiano, allora secondo me, alla luce di quanto ho prima rilevato, i casi non possono essere che due: o, cioè, è lo stesso Ulpiano che ha usato l'espressione in oggetto (*posse in integrum restitui*) con quel significato generalizzante, di cui ho detto; oppure il giurista ha inteso, tutt'al più, fare riferimento ad una possibilità concreta di derogare al sc. Macedoniano (ricorrendo, appunto, alla *denegatio exceptionis* in attuazione di un *decretum* di *in integrum restitutio*: ma resta il dubbio circa il contenuto di un tale *decretum*), senza per questo, però, volere escludere la possibilità che alla *dene-*

---

[73] Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I (Lipsiae 1889) Iul.183-191. Nel IV libro dei *digesta* giulianei il Lenel (Iul. 52-53) ha inserito, sotto la rubrica *De minoribus*, D.4.4.11.7 assieme a due soli altri brevissimi brani: D.4.4.11.4 e D.27.6.6, in ciascuno dei quali, però, viene menzionato solo il nome di Giuliano, senza alcun riferimento al titolo e al libro dell'opera considerata.

[74] Per la verità, in D.14.6.3.2 leggiamo solamente: … *Iulianus libro duodecimo …*Tuttavia ritengo non possa dubitarsi del fatto che qui si alluda ai *digesta* giulianei. Cfr., del resto, la collocazione operata dal LENEL, *Palingenesia* cit., Iul.183.

[75] Si veda quanto, al riguardo, ho osservato (*supra*, § 2) a proposito della collocazione dell'editto sui minori nell'editto perpetuo, nel titolo generale relativo alle *in integrum restitutiones*.

gatio exceptionis, in quel caso, si facesse direttamente ricorso – per impedire la concreta applicazione del senatoconsulto – in via del tutto autonoma.

Se è così, la conclusione da trarre è, allora, che nei due casi in questione la *denegatio ex- ceptionis,* in questa sua funzione autonoma, non era altro che uno dei vari strumenti pretorii ai quali, a seconda delle esigenze legate al caso concreto, poté farsi ricorso per la protezione dei minori.

7. MA C'È, ANCORA, UN ALTRO IMPORTANTE STRUMENTO PRETORIO CHE CI VIENE TESTIMONIATO DALLE FONTI CON RIGUARDO ALLA PROTEZIONE DEI MINORI: LA DENEGATIO ACTIONIS

Si consideri, infatti, la parte iniziale di

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

Un minore ha ricevuto una somma di denaro a mutuo e la ha, successivamente, dissipata. Secondo Gaio, al creditore deve essere denegata l'azione contro il minore per il recupero di quella somma. Dal tono reciso con cui si esprime, il giurista mostra di non avere dubbi circa la necessità di ricorrere, in questo caso, alla *denegatio actionis*, la quale viene prospettata come l'unico mezzo – o comunque il più confacente – attraverso il quale possa qui realizzarsi la protezione del minore [76].

Quanto alla ragione di questa protezione, è da supporre che così si intendesse soprattutto scoraggiare dal compimento di atti che potessero in qualche modo indurre il minore allo sperpero e alla dissolutezza. È evidente infatti che, fornendogli del denaro in prestito – o anche ad altro titolo, come vedremo a momenti [77] – gli si offriva una sin troppo facile occasione di dissiparlo subito (specialmente a causa della inesperienza e della sprov-

---

[76] E' da notare che qui non viene menzionata la possibilità di ricorrere alla *exceptio* (sulla quale v. quanto dirò, in particolare, *infra* in questo stesso paragrafo). Questo silenzio può, tuttavia, trovare una spiegazione nel fatto che, a quanto sembra, nel caso considerato da Gaio il minore, a fronte della richiesta avanzata dal mutuante ed avente ad oggetto la restituzione del denaro dato in prestito, si limitava unicamente a rilevare di non essere in condizione di restituire tale denaro avendolo dissipato. Nulla infatti, dal modo in cui si esprime il giurista, fa pensare che fosse oggetto di contestazione l'esistenza del mutuo e del conseguente debito del minore. Si comprende, perciò, che un rinvio al giudice mediante l'*exceptio* non sarebbe stato qui necessario. In queste circostanze, il mezzo più efficace cui ricorrere per proteggere il minore – del perché di tale protezione dirò subito, nel seguito del testo – consisteva dunque, secondo Gaio, proprio nel bloccare direttamente a monte la pretesa del mutuante attraverso, per l'appunto, lo strumento della *denegatio actionis*.

[77] Si veda infatti più avanti, in questo stesso paragrafo, D.4.4.24.4 (Paul. 1 *sent.*), in cui si considera questa volta il caso del compratore che ha pagato al minore il prezzo di vendita, essendo consapevole che egli lo avrebbe subito sperperato. Della protezione pretoria del minore che aveva dissipato il denaro ricevuto da altri per cause diverse mi occupo più diffusamente nel mio scritto, di prossima pubblicazione, *«Quod cum minore ... gestum esse dicetur»* cit.

vedutezza, legate alla sua giovane età), anche nel modo più sconsiderato e addirittura per scopi moralmente illeciti. Si comprende bene, pertanto, il perché del ricorso a quel rimedio, con cui, per l'appunto, si impediva al mutuante il recupero del denaro sborsato [78].

È interessante notare che questa fattispecie della dazione a mutuo di una somma di denaro ad un minore che poi la scialacqua, considerata in D.4.4.27.1, si ritrova pure in altri testi riguardanti i minori, in ciascuno dei quali – e questo mi sembra particolarmente significativo – essa funge da termine di confronto cui viene rapportato, e assimilato sotto il profilo del regime da applicare, il singolo caso concreto oggetto di esame. Questi altri testi forniscono, così, un riscontro su quello che è il contenuto di D.4.4.27.1; ma è, nello stesso tempo, pure il loro contenuto che risulta meglio precisato alla luce di quest'ultimo frammento.

Esaminiamo, in particolare,

> 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 s i m i l e e s t, q u a s i p e r d i t u r o p e c u n i a m s c i e n s c r e d i d e r i s. sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit* [79].

Ulpiano, come può vedersi, considera qui due differenti fattispecie. Nella prima, un *adulescens luxuriosus* [80] dà incarico a qualcuno di *fideiubere* in favore di una meretrice,

---

[78] Nel seguito, tuttavia, di D.4.4.27.1 sono previsti alcuni casi nei quali il mutuante ha la possibilità di ricuperare il denaro dato in prestito: ... *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 pluris quam oporteret emit, ita temperanda res erit, ut iubeatur venditor reddito pretio reciperare praedium, ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum consequatur* ...

[79] Questo frammento è assai noto in dottrina. V., in particolare, SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*. I (Catania s.d. ma l947) 40 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano* (Napoli 1949) 107 s.; WATSON, *Contract of mandate in roman law* (Oxford 1961) 88 ss.; GUARINO, *Mandatum credendi* (Napoli 1982) 72 ss.; FUSCO, *"Adulescens luxuriosus". Ulp. D.17.1.12.11 – ein Mandat contra bonos mores?*, in *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Hrsg. D. Nörr–S. Nishimura (Berlin-Heidelberg-New York etc. 1993) 387 ss.; HALLEBEEK, *Si ob stuprum datum sit, cessat repetitio. The palingenesis of an early responsum*, in *ZSS.* 112 (1995) 404 ss.; MCGINN, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (New York–Oxford 1998) 322 s.; SIRKS, *Der Playboy im römischen Recht,* in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (Köln-Weimar-Wien 2002) 716; ID., *Luxuriosus: losbol, zwelger, dandy?*, in *Viva vox iuris romani. Essays in Honour of J. E. Spruit* (Amsterdam 2002) 261 ss.; TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento,* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* IV (Padova 2003) 231 ss.; RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano* (Milano 2005) 167 ss.

[80] Non, però, un *filius familias*, come suppone FUSCO, *"Adulescens luxuriosus"*, cit., 403 ss.: nulla, infatti, vi è nel frammento che possa far pensare ad un *alieni iuris*. Al riguardo, v. pure HALLEBEEK, *Si ob stuprum*, cit., 408.

con riguardo – almeno così si ritiene generalmente [81] – ad un mutuo ad essa accordato da un terzo; nella seconda, lo stesso *adulescens* dà, invece, mandato a qualcuno di dare direttamente il denaro a mutuo alla meretrice. In merito a questa seconda fattispecie, il giurista rileva che l'adolescente *non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* La inesistenza dell'obbligazione normalmente scaturente dal mandato sta, con tutta evidenza, a significare che il mandato in questo caso è nullo, e proprio a causa della sua illiceità.

Concentriamo, però, la nostra attenzione sulla prima fattispecie: su quella, cioè, dell'*adulescens luxuriosus* che dà incarico a qualcuno di *fideiubere* in favore della meretrice, con riguardo al mutuo ad essa accordato da un terzo. Secondo Ulpiano il mandatario, se si sarà addossato quell'incarico essendo *sciens* (consapevole, cioè, di avere a che fare con un minore e con una meretrice), non avrà l'*actio mandati* (*contraria*: ovviamente nel caso in cui abbia poi pagato il denaro al creditore garantito) contro l'*adulescens* mandante. Il Sanfilippo ha giustamente fatto notare che da questo discorso si desume che il mandatario, se fosse stato *ignorans*, avrebbe potuto esperire l'*actio mandati contraria* [82]: se non che questo significa, a mio avviso, che il mandato era allora valido, perché altrimenti l'esercizio di quell'azione sarebbe risultato comunque impossibile, indipendentemente dal fatto che il mandatario fosse *sciens* o *ignorans* [83].

---

[81] Cfr., in particolare, GUARINO, *Mandatum*, cit., 73; FUSCO, *"Adulescens luxuriosus"*, cit., 404; HALLEBEEK, *Si ob stuprum*, cit., 405

[82] SANFILIPPO, *Corso* cit., 42. V. pure ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 108; RANDAZZO, *Mandare* cit., 169, 173.

[83] Ritiene valido il mandato di cui alla prima fattispecie contemplata in D.17.1.12.11 pure l'ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 107 s. (secondo, addirittura, il SIBER, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante* IV, Milano 1930, 121, non sarebbe riscontrabile la nullità *ipso iure* del mandato in entrambi i casi). È da notare, tuttavia, che l'idea più diffusa in dottrina è che anche il primo mandato sia nullo, oltre a quello considerato nella seconda fattispecie. Cfr., in particolare, SANFILIPPO, *Corso* cit., 42 s.; GUARINO, *Mandatum* cit., 74 (lo Studioso, con riguardo alla prima fattispecie, parla di mandato «invalido»); TALAMANCA, *La 'bona fides'* cit., 232; RANDAZZO, *Mandare* cit., 168 ss. Convinto che, nel caso in questione, il mandato era nullo, il SANFILIPPO (l. u. c.) si è così espresso: «Ma quale sarà stata quest'actio, concessa da Ulpiano al mandatario *ignorans* e negata al mandatario *sciens*? Il testo dice: l'actio mandati (contraria). Poiché però l'a. mandati sarebbe stata in ogni caso esclusa dalla nullità obbiettiva del contratto, si potrebbe congetturare, per tentare l'unica via di uscita, che Ulpiano discutesse sulla ammissibilità o meno (secondo che il mandatario fosse *ignorans* o *sciens*) di un'*a. mandati utilis* e precisamente di un'*actio ficticia* "ac si utile mandatum esset". L'aggettivo "utilis", che supponiamo esistesse nel testo di Ulpiano, sarebbe caduto in seguito alla scomparsa delle actiones *utiles*, fuse, com'è noto, nel diritto giustinianeo, con le azioni *dirette*». Ora, io sono d'accordo sul fatto che «l'a. mandati sarebbe stata in ogni caso esclusa dalla nullità obbiettiva del contratto»; a fronte, però, della impossibilità di provare l'esistenza di questo supposto originario riferimento all'*a.mandati utilis*, a mio avviso appare maggiormente plausibile l'idea che il primo mandato fosse, invece, valido (e ne dirò ora la ragione) e che il mandatario *sciens* non potesse agire contro l'*adulescens* per il fatto semplicemente che l'azione – esperibile nel caso in cui egli fosse stato *ignorans* – gli era qui soltanto denegata (di tale *denegatio actionis* dirò pure a momenti). A pensare ciò mi inducono, oltre alla considerazione che, 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), anche un'altra ragione, secondo me non meno

La ragione per la quale questo mandato, a differenza dell'altro, rimaneva valido è da scorgere, secondo me, in una diversa valutazione che Ulpiano operava delle due fattispecie. A suo avviso, altro era dare direttamente il denaro alla meretrice (un atto, questo, che sotto la veste formale di un mutuo poteva nascondere la diretta remunerazione di un'attività sessuale svolta dalla meretrice nei confronti del minore: un atto, perciò, dal giurista considerato, di per sé, senz'altro illecito, che determinava per conseguenza la nullità del mandato relativo, a prescindere dalla eventuale consapevolezza del mandatario), altro era, invece, limitarsi a prestare in favore della meretrice una garanzia, per un'obbligazione che essa poteva avere realmente assunta per una causa del tutto lecita. Ulpiano non riscontrava qui quello stesso grado di riprovevolezza che egli invece scorgeva nell'altro caso di mandato; ed è proprio questa, secondo me, la ragione per la quale il mandato rimaneva valido ed il mandatario era privato dell'*actio mandati contraria* nei confronti dell'*adulescens* unicamente nel caso in cui avesse accettato l'incarico essendo *sciens* (nel senso prima chiarito): *idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem.*

Ora, è proprio nel dare la motivazione di quanto da lui qui affermato che Ulpiano viene ad assimilare questa fattispecie a quella del mutuo accordato al minore sperperatore: *quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris.* Dunque, il mandatario *sciens* viene equiparato al mutuante che abbia prestato il denaro al minore essendo *sciens* che questi lo avrebbe scialacquato di lì a poco [84]; per converso, l'*adulescens* mandante viene posto sullo stesso piano dell'*adulescens* mutuatario. Data questa assimilazione – ed è proprio ciò che voglio qui evidenziare – la conseguenza da trarre mi pare allora evidente: poiché noi sappiamo, grazie alla notizia che ci viene fornita da D.4.4.27.1, che secondo Gaio al mutuante doveva essere denegata l'azione per il recupero della somma da lui data al minore dissipatore, ci sembra assai ragionevole allora dovere arguire da ciò che analoga fosse, al riguardo, la posizione di Ulpiano e che quindi in D.17.1.12.11, con

---

rilevante. Il giurista, come vedremo meglio fra poco, nell'inciso «*quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*» ha richiamato il caso del mutuo accordato al minore dissipatore (un atto, quest'ultimo, sulla cui validità non mi pare possano esistere dubbi) a proposito del solo mandato a *fideiubere*. Ebbene, io sono dell'idea che deve esservi stata una ragione che ha indotto Ulpiano a fare un simile accostamento soltanto in relazione a quel mandato e non anche con riguardo al mandato a *credere* in favore della meretrice: e la ragione sta proprio nel fatto che a risultare valido, così come il mutuo, era solo il primo mandato, a proposito del quale, pertanto, il giurista poteva parlare di *denegatio* dell'*actio mandati contraria,* analogamente a quello che era il principio da applicare per il caso del mutuo accordato al minore dissipatore. La diversità del regime cui sottostava il secondo mandato (e cioè la sua nullità) trova, del resto, riscontro nell'avversativo «*sed et si*», che introduce la relativa trattazione (l'«*et*» non va inteso come «anche» ma equivale a «e», ed ha il solo scopo di legare la trattazione di questo secondo caso a quella, svolta immediatamente prima, in ordine al primo caso: essendo, però, differenti le soluzioni prospettate per ciascuno di essi).

[84] Si tenga presente che, nell'inciso «*quasi perdituro pecuniam sciens credideris*», il «*quasi*» va legato direttamente a «*credideris*» e inoltre «*perdituro*» va riferito non ad un soggetto qualsiasi ma allo stesso *adulescens* di cui si sta parlando.

riferimento al mandatario, l'espressione «*non habebis mandati actionem*» alluda anch'essa ad una *denegatio actionis* da disporre nei suoi confronti (alla *denegatio*, cioè, dell'*actio mandati contraria* contro l'*adulescens* mandante): «*non habebis mandati actionem*» ci sembra corrisponda proprio a «*denegare debet proconsul creditori adversus eum actionem*» di Gaio, in D.4.4.27.1 [85].

C'è, però, un dato che a questo punto occorre evidenziare. In D.4.4.27.1 (nella parte sopra riportata) e in D.17.1.12.11 non si fa alcun riferimento alla concessione di una *in integrum restitutio* in favore del minore. La *denegatio actionis* di cui si fa discorso non risulta, dunque, preordinata alla concreta attuazione di un simile provvedimento ma si presenta, invece, come un rimedio del tutto indipendente: come, cioè, uno dei possibili rimedi cui si sarebbe potuto fare ricorso in virtù dell'editto relativo ai minori [86]. Ma anche a prescindere dai brani in questione, c'è da dire pure che abbiamo comunque altre testimonianze, relative a casi assai vicini a quelli ora esaminati, le quali mostrano che la *denegatio actionis* una funzione, per l'appunto, autonoma rispetto alla *in integrum restitutio* poté sicuramente svolgerla.

Si consideri, in particolare, un frammento di Paolo, nel quale ritroviamo ancora quell'accostamento al caso del mutuo accordato al minore dissipatore, questa volta in relazione alla vendita effettuata dal minore *circumscriptus*:

> 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* [*minor*] *restituetur, iubeat praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere, nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: s i c u t i f a c i t i n e a p e c u n i a, q u a e e i c o n s u m p t u r o c r e d i t u r...* [87]

---

[85] Il riscontro offerto da D.4.4.27.1 fa escludere che il tratto «*quia simile - credideris*» di D.17.1.12.11 possa considerarsi insiticio, come pur si è fatto in passato: a tal riguardo v. il ragguaglio bibliografico che ci dà WATSON, *Contract of mandate* cit., 88 s. Di *denegatio actionis* parla pure, a proposito di D.17.1.12.11, HALLEBEEK, *Si ob stuprum* cit., 405, ma – sembra – non con riguardo al solo caso del primo mandato.

[86] Il fatto che secondo Gaio e Ulpiano (e pure secondo Paolo, come vedremo esaminando, fra breve, D.4.4.24.4) il minore dissipatore era da tutelare, nei confronti del mutuante, attraverso la *denegatio actionis* in applicazione autonoma rispetto alla *in integrum restitutio* non esclude che, con riguardo alla medesima fattispecie, si potesse anche fare direttamente ricorso al provvedimento restitutorio. Ad essso infatti fa, in particolare, esplicito riferimento Papiniano in D.46.3.95.3 (28 *quaest.*: *... si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit isque nummos acceptos perdidit et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem ...*), dove il giurista considera forse il caso in cui il mutuante era in buona fede (in ordine all'atteggiamento psicologico di quest'ultimo, v. *infra*, nt. 92).

[87] Per la parte finale di questo brano, v. *infra*, nt. 91.

A giudizio di Paolo, la *in integrum restitutio* deve consentire a ciascuna delle parti interessate di essere reintegrata nel proprio diritto (*ut unusquisque integrum ius suum recipiat*): il che, ovviamente, comporta pure la possibilità di esercitare l'*actio* relativa [88].

Fatta questa premessa, il giurista considera, a titolo di esempio, il caso in cui un minore *in vendendo fundo circumscriptus restituetur*. In tal caso, il pretore [89] deve ordinare al compratore di restituire il fondo assieme ai frutti e di riprendersi il prezzo (anche lui cioè – oltre al minore – deve essere reintegrato nella situazione antecedente la vendita), «*nisi si tunc dederit* – aggiunge Paolo – *cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*». È proprio questo inciso – dove, come può vedersi, viene richiamato il caso del mutuo – che mi preme, adesso, sottoporre ad analisi.

Vi è, secondo il giurista, un caso nel quale il compratore non può *pretium recipere*, e cioè quando egli lo aveva pagato al minore essendo consapevole che questi lo avrebbe subito sperperato (*cum eum perditurum non ignoraret*). Paolo non dice attraverso quali strumenti si sarebbe potuto, in questo caso, impedire il recupero del prezzo al compratore che avesse esercitato l'azione a lui spettante, come ho detto, a seguito della *in integrum restitutio*. Secondo me, però, i rimedi cui si sarebbe potuto fare ricorso potevano essere o una *exceptio* o la *denegatio* dell'azione suddetta. Circa il possibile ricorso alla *exceptio*, una riprova ci viene offerta da D.4.4.41 [90], per il caso – per qualche verso analogo – in cui, a seguito della *in integrum restitutio*, il compratore agiva, per ottenere la restituzione del prezzo, contro il minore che non voleva più avvalersi del provvedimento restitutorio. Quanto alla *denegatio actionis*, è lo stesso D.4.4.24.4 che, a mio avviso, ci viene a fornire un implicito riscontro: e proprio grazie a quell'inciso «*sicut facit in ea pecunia, quae ei* [scil.: *minori*] *consumpturo creditur*».

Secondo Paolo, infatti, il principio della non ricuperabilità del denaro dato al minore sperperatore trovava pure applicazione per il caso del mutuo accordato al minore in procinto di dissipare il denaro che ne costituiva l'oggetto [91]. Se non che si tratta pure qui – analogamente a quanto abbiamo pure visto con riguardo a D.17.1.12.11 – di un caso

---

[88] E del resto abbiamo già visto, a proposito di D.4.4.41 (*supra*, § 4), come il compratore – una volta disposta la *in integrum restitutio* in favore del minore *circumventus in venditione* – avesse, in virtù di quel provvedimento, la possibilità, per l'appunto, di agire contro lo stesso minore per recuperare il prezzo sborsato.

[89] In dottrina si è sospettato che in D.4.4.24.4, anziché al *praetor*, si facesse in realtà riferimento al *iudex* (cfr., al riguardo, KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 113 s.; ANKUM, *Le 'minor captus'* cit., 39). Ma v. , in favore della genuinità del riferimento al *praetor*, NICOSIA, *Exceptio* cit., 274 nt. 64; CERVENCA, *Studi vari* cit., 34 s.

[90] V. *supra*, § 4.

[91] Tuttavia con riguardo alla vendita il giurista si esprime in termini più cauti: «… *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*».

sostanzialmente identico a quello considerato nel brano di Gaio D.4.4.27.1, da cui siamo partiti (*Si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit …*) [92]. Ed allora, dal momento che Gaio, al riguardo, non aveva dubbi circa la necessità di ricorrere alla *denegatio actionis* (*denegare d e b e t proconsul creditori adversus eum* [scil.: *minorem*] *actionem …*), mi pare per conseguenza ragionevole supporre che pure in D.4.4.24.4 fosse proprio la *denegatio actionis* il rimedio avuto, almeno in primo luogo, presente dal giurista [93] per impedire la restituzione del denaro: e non solo per il caso del mutuo – che era lo stesso considerato pure da Gaio – ma anche per quello della vendita, ad esso assimilato («*sicut facit* [scil.: *praetor*]», dice Paolo, evidenziando così la identità delle soluzioni adottate dal magistrato per entrambi i casi).

Ora però, a prescindere dalla preferenza eventualmente accordata dal giurista a questa *denegatio actionis*, quel che occorre qui sottolineare è che essa, nel caso concreto della vendita da lui esaminato, non avrebbe mirato ad attuare la *in integrum restitutio* in precedenza concessa al minore ma – al contrario – avrebbe avuto lo scopo di far sì che questa, nei confronti del compratore, non trovasse invece realizzazione. Con riguardo, dunque, a questo caso particolare, mi pare sicuro che la *denegatio actionis* avrebbe costituito, rispetto al provvedimento restitutorio, un rimedio a sé stante.

---

[92] È da notare che Gaio, in D.4.4.27.1, non fa alcun riferimento alla esistenza, nel mutuante, della consapevolezza che il minore avrebbe poi dissipato il denaro ricevuto. Egli sembra, perciò, negare comunque al mutuante la possibilità di ricuperare il denaro dato in prestito (a parte le eccezioni di cui nel tratto «*quod - consequatur*»: v. *supra*, nt. 78), a prescindere dall'esistenza o meno, in lui, di un simile atteggiamento psicologico. Un riferimento a tale consapevolezza è, invece, presente nel brano di Ulpiano, D.17.1.12.11 (*quia simile est, quasi perdituro pecuniam s c i e n s credideris*), mentre non si riscontra in quello di Paolo, D.4.4.24.4 (*sicut facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur*). Se non che a me pare che, alla luce dei brani ora riportati, non sia possibile sapere con certezza quale fosse la reale posizione assunta al riguardo da questi ultimi due giuristi. Ulpiano, infatti, può avere menzionato il solo caso del mutuante *sciens* perché – diversamente che per Gaio – era solo nei suoi confronti che andava denegata l'azione contro il minore, rivelando così una posizione meno intransigente; ma può averlo fatto 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*. Quanto a Paolo, 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 perditurum n o n i g n o r a-*

r e t), 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: in quest'ultimo caso, però, con le stesse conseguenze che abbiamo prima tratte con riguardo ad Ulpiano. Va infine notato che Papiniano, in D.46.3.95.3 (28 *quaest.*) ammette la protezione del minore che aveva scialacquato il denaro ricevuto dal mutuante (sembrerebbe) in buona fede (v. *supra*, nt. 86).

[93] E' chiaro, però, che l'*exceptio* sarebbe stata indispensabile nel caso in cui al pretore i fatti non fossero risultati certi. Sulla ragione per la quale Gaio non menziona, in D.4.4.27.1, la possibilità di ricorrere alla *exceptio*, v. *supra*, nt.76.

Ma non è tutto. Questa funzione autonoma della *denegatio actionis* può forse desumersi pure da

> 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.*

Secondo quanto Ulpiano riferisce nella parte iniziale di questo brano, Pomponio negava, in generale, che un minore potesse avvalersi della *in integrum restitutio* nei confronti di un altro minore (*Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus. et Pomponius simpliciter scribit non restituendum*). Se non che dal seguito del frammento apprendiamo che lo stesso giurista ammetteva la protezione del minore che aveva ricevuto del denaro da un altro minore e lo aveva poi dissipato o anche perduto (*melior est causa secundum Pomponium eius, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit*). Se si eccettua il fatto che a dare il denaro era stato un altro minore, per il resto si ha anche qui il caso di un minore che sperperava il denaro ricevuto da altri, e anche qui era lui ad avere la meglio rispetto a colui che glielo aveva fornito [94].

Ebbene, considerata la posizione di diniego della *in integrum restitutio* assunta da Pomponio in via generale (*non restituendum*), se vogliamo attribuirgli un atteggiamento coerente dobbiamo allora necessariamente pensare che la protezione da lui ammessa con riguardo a questo caso particolare dovesse realizzarsi con strumenti diversi dalla *in integrum restitutio*: e cioè, anche qui o con l'*exceptio* o con la *denegatio* dell'azione spettante all'altro minore per la restituzione della somma.

Entrambi questi strumenti – fra di essi, dunque, la *denegatio actionis* – sarebbero stati pertanto, secondo il giurista, del tutto alternativi rispetto alla *in integrum restitutio*.

---

[94] Il caso presenta delle connotazioni speciali, trattandosi di un rapporto instaurato fra due minori: entrambi – l'uno nel dare il denaro e l'altro nel dissiparlo – sono stati, infatti, vittime della loro sprovvedutezza, legata alla giovane età (*si ambo capti sunt*, dice Ulpiano; sul senso da attribuire a *captus*, v. MUSUMECI, *Editto* cit., 38 ss. nt.6; ID., *Pretore* cit, 74 ss.). Come può vedersi, qui non si parla espressamente di dazione del denaro a mutuo, anche se non può escludersi, secondo me, che vi si faccia ugualmente riferimento, seppure in via implicita. Un caso, invece, sicuramente di mutuo accordato da un minore a un altro minore, *filius familias* però, viene considerato in D.4.4.34 pr. (Paul. 1 *sent.*): *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.* Anche in questo caso a prevalere è la ragione del minore mutuatario che ha speso il denaro (*melior est causa consumentis*), trovando qui applicazione (v, con riguardo a questo brano, *supra*, nt. 63) il sc. Macedoniano (e dunque in virtù della *denegatio actionis* e della *exceptio*, che su di esso si basavano: v. *supra*, §6), seppure – e ritengo in considerazione del fatto che il mutuante era anch'esso un minore – con un'eccezione (*nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit*).

8. LA TESTIMONIANZA FORNITA DALLE FONTI SIN QUI ESAMINATE MI PARE ABBIA MOSTRATO A SUFFICIENZA CHE I MEZZI PRETORII ADOTTATI IN FAVORE DEI MINORI, SULLA BASE DELL'EDITTO CHE LI RIGUARDAVA, FURONO DI VARIO TIPO: IN INTEGRUM RESTITUTIO, EXCEPTIO, REPLICATIO, CAUTIO, DENEGATIO EXCEPTIONIS, DENEGATIO ACTIONIS

Ho detto: sulla base dell'editto che li riguardava. A questo punto, però, potrebbe venire naturale chiedersi per quale ragione tutti questi strumenti tecnici avrebbero dovuto trovare, nei casi analizzati, il loro diretto fondamento nell'editto sui minori, quando sappiamo che la loro utilizzazione ci viene pure attestata con riguardo a fattispecie che con i minori nulla avevano a che vedere. Ebbene, a mio avviso una ragione c'era, come adesso cercherò di chiarire.

Emanando un editto appositamente destinato ai minori, il pretore intese, com'è evidente, riservare a questa categoria di soggetti un trattamento speciale, diverso da quello al quale erano, in generale, sottoposti gli adulti. E, del resto, non mancano le testimonianze nelle quali si evidenzia espressamente, con riguardo a singoli casi particolari, che l'intervento operato in favore del minore si differenziava da quello che era il corrispondente regime vigente per gli adulti. In proposito basti citare le chiare notazioni svolte da Gaio in

> Gai.2.163: *Sed sive is cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda <hereditate> deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, n i s i s i m i n o r s i t a n n o r u m X X V. Nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit …*

> Gai.4.57: *…facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. I o q u i m u r a u t e m e x c e p t i s m i n o r i b u s X X V a n n o r u m; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.*

Si comprende bene, pertanto, che il pretore, nel disporre in favore dei minori la *in integrum restitutio*, l'*exceptio*, la *replicatio* etc., utilizzava, sì, strumenti di cui si avvaleva pure in altre occasioni: ma lo faceva avendo presenti l'inesperienza, la sprovvedutezza, la facile condizionabilità psichica che erano tipiche dei minori, per i quali perciò la protezione poteva rivelarsi indispensabile anche in presenza di presupposti diversi da quelli richiesti con riguardo agli adulti. Quello che, perciò, va considerato è che l'impiego dei mezzi tecnici suddetti era, almeno in linea di tendenza, legato alla esistenza di circostanze del tutto particolari, meritevoli di essere prese in considerazione con riguardo ai minori ma normalmente prive di rilievo se riferite invece agli adulti. Da qui il motivo per

cui tali mezzi, con riguardo a quelle circostanze, non potevano non avere il loro diretto fondamento nell'editto relativo ai minori.

Voglio andare più nel dettaglio. In un mio precedente lavoro [95] ho mostrato come, nell'ambito dei giuristi e della cancelleria imperiale, fosse emerso un orientamento – seguito, nella pratica, dai pretori – mirante a proteggere, addirittura, il minore in quanto tale, senza nemmeno tener conto, in particolare, delle condizioni soggettive in cui egli poteva avere operato. Ora questo, già di per sé, può far capire quanto questa protezione potesse discostarsi da quello che era il regime normalmente vigente per gli adulti. Ma c'è di più: in quel mio stesso lavoro ho pure mostrato come Paolo e Ulpiano avessero vigorosamente sostenuto un orientamento più restrittivo – che aveva già avuto larga diffusione fra i giuristi – secondo cui i minori avrebbero dovuto essere protetti solo se, nel compiere l'atto per loro pregiudizievole, fossero incorsi autonomamente in errore (a causa soltanto della loro inesperienza e della loro sprovvedutezza) o fossero stati vittime dell'altrui furbizia (fossero, cioè, rimasti *circumscripti*) [96]. Ebbene, c'è da dire che anche in conformità a questo secondo orientamento i minori potevano avvalersi di una protezione del tutto speciale, la quale pertanto trovava anch'essa, in tal caso, necessariamente il proprio fondamento nell'editto in questione. Mi riferisco, in particolare, alla protezione che, secondo le fonti, era accordata al minore *circumscriptus*.

Gli studiosi che si sono occupati di minori di 25 anni sono stati, in generale, dell'avviso che «*circumscribere*» (o anche «*circumscriptio*») non implichi necessariamente la presenza del dolo, e vi riconnettono un significato oscillante fra il raggirare e lo sfruttare, il danneggiare il minore (idea, quest'ultima, che secondo qualcuno sembra anzi prevalere) [97]. Si è anche ritenuto che il verbo in questione sia stato riferito ad un atteggiamento malevolo in un'epoca meno recente ed abbia invece perduto successivamente tale conno-

---

[95] MUSUMECI, *Editto* cit., 35 ss.

[96] Oltre che il verbo *circumscribere*, con riguardo ai minori che erano rimasti vittime dell'altrui furbizia si trova utilizzato nelle fonti pure il verbo *circumvenire*, di significato sostanzialmente identico. A ragione, perciò, gli studiosi li accostano senz'altro: v., ad es., KNOTHE, *Die Geschäftsfähigkeit* cit., 55; ANKUM, *Le 'minor captus'* cit., 46; ID.,*Gab es* cit., 29, 32. V. pure DI SALVO, *«Lex Laetoria»* cit., 273, 275 nt. 182.

[97]Cfr., in particolare, DEBRAY, *Contribution* cit., 275 ss.; WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List (‚Dolus bonus' und ‚dolus malus', ‚dolus causam dans' und ‚dolus incidens') unter Berücksichtigung der §§ 138 Abs. II und 123 BGB*, in *ZSS*. 94 (1977) 184 ss., 220 s., 230; ID., *Zum Rechtsschutz* cit., 205 s.; KNOTHE, *Die Geschäftsfähigkeit* cit., 55; ANKUM, *Le 'minor captus'* cit., 45 s.; ID., *Gab es* cit., 24, 25 nt.17. V. pure quanto rileva DI SALVO, *«Lex Laetoria»* cit., 189 nt. 296, circa l'utilizzazione di «*circumscribere*» da parte di Paolo. Cfr., inoltre, KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 84 nt. 108; KASER, *Über Verbotsgesetze und Verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht* (Wien 1977) 39 nt.1. Intende «*circumscriptus*» il minore «vittima di raggiri», senza ulteriori precisazioni, CERVENCA, *Studi vari* cit., 57 (v. pure ID., *Studi sulla 'cura minorum'*. 1. *'Cura minorum' e 'restitutio in integrum'*, in *BIDR.* 75, 1972, 247).

tazione fortemente negativa [98]. Al riguardo però, specie ai fini del discorso che sto qui svolgendo, qualche considerazione in più è secondo me necessaria

Nelle fonti l'espressione «*circumscriptus*» non ricorre con un significato univoco: questo è sicuro. A volte essa sta certamente ad indicare il minore che era rimasto vittima dell'altrui raggiro, dolosamente perpetrato nei suoi confronti [99]; altre volte però – e, direi, principalmente – sta ad indicare il minore che era rimasto vittima di un comportamento altrui di tipo differente: un comportamento, cioè, abile e furbesco ma essenzialmente non doloso, il quale assumeva rilievo nei suoi confronti ma non invece, normalmente, nei confronti di una persona adulta [100].

Sotto questo profilo sono particolarmente significativi due brani, nei quali si distingue nettamente fra chi è vittima del dolo altrui e il minore *circumscriptus*:

> D.44.1.7.1 (Paul. 3 *ad Plaut.*): *Rei autem cohaerentes exceptiones … ut …doli mali …aut pro minore viginti quinque annis circumscripto …*
>
> D.46.2.19 (Paul. 69 *ad ed.*): *Doli exceptio …idemque est et in ceteris similibus exceptionibus …diversum est …in minore, qui circumscriptus …* [101]

Come può vedersi, quello del *minor circumscriptus* viene qui presentato come un caso a sé stante, direi quasi tipizzato: il *minor circumscriptus* per eccellenza, senza che occorrano altre precisazioni, è il minore vittima, per l'appunto, di un comportamento astuto ma – come si desume dalla menzione a parte che viene fatta del dolo – sicura-

---

[98] Cfr. DI SALVO, *«Lex Laetoria»* cit., 189 nt.296, 267 ss.; ANKUM, *Le 'minor captus'* cit., 37, 45 ss.; ID., *Gab es* cit., 21, 24 e nt.17, 28, 29, 32. Secondo l'ANKUM (*Le 'minor captus'* cit., 45), in D.4.4.16.1 (Ulp. 11 *ad ed.*) La beone attribuisce ancora al verbo in questione il significato meno recente.

[99] Si tratta di testimonianze nelle quali la presenza del dolo nel comportamento tenuto nei confronti del minore *circumscriptus* risulta in modo inequivocabile. Si veda, ad esempio, D.4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*: *… si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem …*); C.2.41(42).2 (Imp. Iustinian. A. Iohanni pp.: *… cum minor ex sua simplicitate se deceptum, non ex dolo patris vel patroni circumscriptum esse dicat …*).

[100] Significativo al riguardo è quanto, in particolare, ha rilevato il KASER, *Über Verbotsgesetze* cit., 39 nt.1: «Die *circumscriptio* als solche ist noch nicht dolos … Aber die dem Erwachsenen gegenüber erlaubte Übervorteilung ist gegenüber dem *minor*, weil sie seine Unerfahrenheit ausnützt, ein dolos begangenes Delikt».

[101] Si veda pure D.4.4.24.3 (Paul. 1 *sent.*: *Si servus vel filius familias minorem circumscripserit, pater dominusve quod ad eum pervenerit restituere iubendus est, quod non pervenerit ex peculio eorum prestare: si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus aut noxae dedendus erit …*), dove Paolo considera dapprima il caso in cui *servus vel filius familias minorem circumscripserit*, rispetto al quale poi l'ipotesi del dolo dello stesso *servus* sembra figurare come un'iptesi distinta (*si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit*): «*circumscribere*» starebbe, pertanto, ad indicare qui una condotta non fraudolenta, con cui allo scopo di ricavare un vantaggio si induceva il minore al compimento di un atto che risultava per lui pregiudizievole. Su D.44.1.7.1 e D.46.2.19 v. pure *supra*, § 4.

mente non doloso. È chiaro che egli in questo caso, a differenza dell'adulto, è ritenuto ugualmente meritevole di protezione in considerazione della sua giovane età.

Oltre ai due brani ora riportati, particolarmente utile , al riguardo, è pure

> D.16.1.32 pr. (Pomp. 1 *senatus consult.*): *Si mulier hereditatem alicuius adeat, ut aes alienum eius suscipiat, vix est, ut succurri ei debeat, nisi si fraude creditorum id conceptum sit: n e c e n i m l o c o m i n o r i s v i g i n t i q u i n q u e a n n i s c i r c u m s c r i p t i p e r o m n i a h a b e n d a e s t m u l i e r*[102].

Una donna ha fatto l'*aditio* di una eredità in modo da assumersi i debiti del *de cuius*. Il confronto che alla fine viene fatto col minore *circumscriptus* fa necessariamente pensare – anche se nel testo manca una espressa indicazione in tal senso – che anch'essa era stata a ciò indotta dall'astuzia di altri: degli stessi creditori (ereditari), è da ritenere, dato che vengono menzionati proprio loro nel seguito del frammento [103]. Secondo Pomponio, in un caso del genere la protezione della donna si presenta problematica (*vix est, ut succurri ei debeat*) [104], a meno che non vi fosse stato nei creditori un atteggiamento fraudolento (per la quale ipotesi è da pensare che il giurista faccia implicito riferimento alla possibilità di avvalersi di quegli strumenti di tutela che erano, in generale, accordati alla vittima del dolo altrui) [105].

Ora però – ed è questo il punto – Pomponio così conclude il proprio discorso: *nec enim loco minoris viginti quinque annis circumscripti per omnia habenda est mulier.* In passato questo tratto finale è stato considerato non genuino [106]: ingiustamente a mio avviso [107], perché, se inteso correttamente, esso risulta del tutto coerente con quanto Pomponio rileva immediatamente prima.

Secondo il giurista, la necessità della presenza del dolo nei creditori perché la donna potesse avere accordata protezione si giustificava col fatto che, nella vicenda da lui prospettata, essa non era assimilabile del tutto (*per omnia*) al minore *circumscriptus*. Ora,

---

[102] Su questo brano v. pure *supra*, nt.36.

[103] Che si tratti dei creditori ereditarii mi pare indiscutibile. Al riguardo v., in particolare, HARTKAMP, *Die Drittwirkung der 'in integrum restitutio'*, in *Daube noster. Essays in Legal History for David Daube* (Edinburgh-London 1974) 152.

[104] Il sc. Velleiano sarebbe stato qui inapplicabile. In proposito, v. VOGT, *Studien* cit., 66 s.; MEDICUS, *Zur Geschichte* cit., 35, 39; WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 221; ANKUM, *Gab es* cit., 25.

[105] Il WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 221, al riguardo menziona l'*exceptio doli* e l'*actio de dolo*, richiamando pure (in nt.111) D.4.3.40 (Fur. Anth. 1 *ad ed.*: *Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio*). Di *exceptio doli* parla pure l'ANKUM, *Gab es* cit., 25 nt.18.

[106] V. VOGT, *Studien* cit., 67 e nt. 25; MEDICUS, *Zur Geschichte* cit., 36 e nt. 3.

[107] E del resto è da notare che il tratto in questione è stato considerato genuino anche da altri studiosi. V., in particolare, HARTKAMP, *Die Drittwirkung* cit., 152 S.; WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 221 e nt.114.

il dato che da questa notazione si ricava con tutta evidenza è che dunque il minore *circumscriptus*, a differenza della donna (adulta, occorre ovviamente aggiungere, perché altrimenti il confronto operato da Pomponio col *minor viginti quinque annis* – ma, implicitamente, pure con la donna minore – non avrebbe avuto senso) doveva godere di una protezione sicuramente più ampia, non limitata al caso del dolo. Ebbene, se consideriamo il duplice significato, da me prima evidenziato, dell'espressione «*circumscriptus*», possiamo comprendere in che cosa consistesse, in concreto, questa diversità di trattamento: il minore aveva accordata protezione quando era stato in generale vittima dell'altrui furbizia, non soltanto dunque nel caso in cui era intervenuto un comportamento doloso ma anche nel caso in cui, invece, il dolo non vi era stato. Un trattamento, perciò, del tutto speciale, riservato a lui solamente.

Quanto ora detto consente, a questo punto, di capire perché secondo Pomponio la donna non poteva essere considerata *per omnia* alla stessa stregua del minore *circumscriptus*. Poteva esserlo, infatti, solamente con riguardo al caso in cui fosse intervenuto un comportamento doloso (*si fraude creditorum id conceptum sit*: per lei come per il minore, infatti, avrebbe trovato allora applicazione la tutela che, in generale, era predisposta a favore di chiunque era rimasto vittima del dolo altrui); non poteva esserlo, invece, con riguardo al caso in cui fosse intervenuto un comportamento abile e furbesco ma non doloso. In quest'ultimo caso, infatti, è al minore soltanto che veniva accordata protezione, non invece alla donna [108].

D.16.1.32 pr. riveste dunque, ai nostri fini, un interesse notevole per ciò che riguarda e il significato da attribuire all'espressione «*circumscriptus*» e il trattamento di favore riservato, rispetto all'adulto, al minore che nelle fonti viene così denominato. In proposito però, e per un ulteriore approfondimento, occorre ancora esaminare altre testimonianze.

Consideriamo, anzitutto, i seguenti due brani che nei Digesta risultano fra di loro saldamente legati:

> D.19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita i n v i c e m s e c i r c u m s c r i b e r e, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est:*
>
> D.l9.2.23 (Hermog. 2 *iur. epit.*): *et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, s i n u l l u s d o l u s a d v e r s a r i i p r o b a r i p o s s i t, rescindi locatio*

[108] Con riguardo a questo caso, nel brano non si dice di quale strumento di tutela il minore *circumscriptus* avrebbe potuto avvalersi. Tuttavia è plausibile pensare che qui possa farsi un implicito riferimento alla concessione di una *exceptio*, con la quale avrebbe potuto essere neutralizzata l'azione intentata contro il minore dai creditori ereditari. L'ANKUM, *Gab es* cit., 25 s., parla di *exceptio circumscriptionis*: su tale denominazione dell'*exceptio* v., però, *supra*, nt.44. In merito a un presunto riferimento, in D.16.1.32 pr., alla *exceptio legis Plaetoriae*, v. *supra*, nt. 36.

non potest.

Nel primo di essi, come può vedersi, l'«*invicem se circumscribere*» sta ad indicare il comportamento abile e furbesco tenuto da ciascuna delle parti nei confronti dell'altra allo scopo di far concludere la vendita (e così pure la locazione) nel modo che risultasse più vantaggioso (*quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere*): comportamento che non è accompagnato da dolo, come si ricava dal successivo fr.23, nel quale l'ipotesi del dolo viene ad essere espressamente esclusa [109]. Si tratta, dunque, di quelle astuzie che erano del tutto usuali in quel tipo di negoziazioni e che perciò erano sin troppo facilmente prevedibili e riconoscibili dalla controparte, rientrando nell'ordine naturale delle cose che ciascun contraente tendesse a fare per quanto possibile i propri interessi, esaltando – o, viceversa, sminuendo – il valore dell'oggetto della vendita o della locazione. Ben consapevole della prevedibilità e della riconoscibilità di simili astuzie era, per primo, lo stesso soggetto che le perpetrava; ed è anche per questo che in casi del genere il suo non veniva considerato un vero comportamento doloso.

Ora, quel che occorre qui notare è che questo «*invicem se circumscribere*» era consentito (*naturaliter concessum est*) nei rapporti fra adulti, dal momento che nei due brani non si fa per nulla discorso di minori di 25 anni. Per vedere, però, quale fosse il principio che trovava applicazione per il caso in cui uno dei contraenti fosse stato invece un minore, è per noi oltremodo interessante la testimonianza che ci viene offerta da un brano di Ulpiano, nel quale troviamo richiamato il pensiero di Pomponio:

> D.4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

Come può vedersi, si tratta dello stesso principio che abbiamo visto pure espresso in D.19.2.22.3, giacché si dice che ai contraenti *naturaliter licere… se circumvenire* con riguardo al prezzo della compravendita. Qui si fa uso, anziché di *circumscribere*, del verbo *circumvenire*; ma si tratta di espressioni dal contenuto sostanzialmente identico [110]. Anche qui si allude, dunque, ad un comportamento abile e furbesco ma essenzialmente

---

[109] Intorno a questo «*invicem se circumscribere*» (e anche «*se circumvenire*», di cui in D.4.4.16.4, Ulp. 11 *ad ed.*, che esaminerò a momenti), v., in particolare, quanto ha scritto WACKE, *Circumscribere* cit., 185 ss. V., inoltre, MAYER-MALY, *Privatautonomie und Vertragsethic im Digestenrecht*, in *IVRA* 6 (1955) 130 s., secondo il quale «Da beide Kontrahenten in der Regel um das Missverhältnis der Marktwerte ihrer Leistungen wissen, kann *circumscribere* in diesem Zusammenhang nicht mit "betrügen" – für das nach unserem Sprachgefühl gerade die subjektive Komponente ausschlaggebend ist – gleichgesetzt werden. Dies würde auch dem Charakter von Kauf und *locatio conductio* als *negotia bonae fidei* widersprechen». V. pure *infra*, nt. 111.

[110] V. *supra*, nt. 96. Per un raffronto fra D.4.4.16.4 (e D.19.2.22.3) e D.12.6.14 (Pomp. 21 *ad Sab.*), D.23.3.6.2 (Pomp. 14 *ad Sab.*) e D.50.17.206 (Pomp. 9 *ex var. lect.*), v. MAYER-MALY, *Privatautonomie* cit., 134 ss. V. pure STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero* (Milano 2001) 499 ss.

privo di dolo (nel senso prima chiarito), volto a far realizzare un risultato economico il più vantaggioso possibile [111]. Ad un comportamento – occorre sottolinearlo – considerato lecito con riferimento, anche qui, unicamente ai rapporti fra adulti: data l'identità di contenuto fra questo frammento e quanto, per l'appunto, leggiamo in D.19.2.22.3, mi sembra che al riguardo non possa esistere alcun dubbio [112].

Se non che questo riferimento alla compravendita intercorsa fra adulti si trova all'interno del frammento D.4.4.16, il quale invece si occupa essenzialmente di minori. Occorre vedere, pertanto, quale sia stata la ragione di un simile riferimento, che a prima vista sembrerebbe qui fuori luogo. Ebbene, perché se ne possa cogliere il reale contenuto, è proprio nel contesto del frammento 16 che il § 4 deve essere analizzato.

Nel *principium* di tale frammento [113], Ulpiano esordisce rilevando che nella *causae cognitio*, preliminarmente indispensabile per la concessione della *in integrum restitutio* al minore, è pure da considerare se a questi spetti già uno strumento ordinario di tutela (*num forte alia actio possit competere*), giacché in tal caso (*si communi auxilio et mero iure munitus sit*) l'*extraordinarium auxilium* della *in integrum restitutio* non gli si deve accordare.

---

[111] Al riguardo, v. *supra*, nt. 109. È da notare che il BETTI, *Diritto romano*. I. *Parte generale* (Padova 1935) 308, con riferimento alle «furberie che si possono considerare permesse alle parti in quella lotta di astuzia che suole svolgersi nelle trattative di un contratto commutativo o, in genere, a titolo oneroso (es., compravendita [D.4,4,16,4], locazione, mutuo)», ha parlato di «dolus bonus» (a suo avviso «sono da qualificare lecite quelle furberie, malizie e lusinghe, che la comune opinione tollera siccome innocue e naturali nel traffico, perché ogni offerente in eguali condizioni le suole adoperare, e d'altro canto ogni oculato acquirente, conoscendone la pratica, è premunito dal prestarvi cieca fede e, nel risolversi all'acquisto, tiene di esse quel conto relativo, che solo possono meritare»). Lo STOLFI invece (*Studi* II cit., 497 ss.), proprio in occasione dell'esame di D.4.4.16.4, ha mostrato di non condividere «quelle interpretazioni che miravano ad "addolcire" il contenuto del nostro passo, rintracciandovi l'innocuità di un comportamento alla stregua della comune opinione (laddove il problema essenziale è appunto la *ratio* giuridica del riconoscimento in questo senso), o insistevano esclusivamente sull'assenza, nel nostro caso, di un dolo in senso proprio» (p. 499), ed ha, in particolare, rilevato che «la reciprocità almeno ptenziale del raggiro sul prezzo, il suo esssere connaturato alla realtà degli scambi di cosa contro denaro, la più che verosimile consapevolezza che degli altrui intenti nutre ogni parte, determinano una situazione paritetica, la cui ammissibilità è collegabile al principio per cui '*vim vi repellere licet*', e sulla quale il magistrato non ha ragione di intervenire ... per così dire, la sinallagmaticità del raggiro non solo elide il carattere antigiuridico del comportamento, ma preclude anche l'operatività del principio per cui nessuno può arricchirsi a detrimento di un altro, proprio perché di quel detrimento – in certo senso compensato dalla possibilità di un fenomeno uguale e contrario – è persino dubbia l'esistenza» (p.501 s.). Secondo me, alla luce della testimonianza che ci proviene da D.19.2.22.3-D.19.2.23 (ma v. pure D.44.1.7.1, D.46.2.19 e D.16.1.32 pr., da me considerati *supra*, nel testo), per casi del genere non dovrebbe comunque parlarsi di dolo.

[112] Che il principio espresso in D.4.4.16.4 riguardi gli adulti viene, del resto, riconosciuto pure da altri studiosi. V., in particolare, DEBRAY, *Contribution* cit., 280 s.; MAYER-MALY, *Privatautonomie* cit., 129; WACKE, *Zum Rechtschutz* cit., 215; STOLFI, *Studi* II cit., 499.

[113] *In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: …*Su tale inciso, v. CERVENCA, *Per lo studio della 'restitutio in integrum' (Problematica e prospettive)*, in *Sudi in onore di Biondo Biondi* I (Milano 1965) 622; RAGGI, *La restitutio in integrum* cit., 209 ss.

A chiarimento di ciò, il giurista richiama, nello stesso *principium* [114] e nel § 1 [115], degli esempi relativi ad atti per i quali, a causa della loro nullità, il minore viene considerato *ipso iure munitus* e pertanto la *in integrum restitutio* risulta inammissibile. Nel § 2 [116] cita, poi, un caso per il quale il rimedio suddetto può trovare, invece, applicazione in quanto una protezione *ipso iure* non è qui ravvisabile. Nel § 3 (*Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere*), ribadisce, in termini generali, il principio per cui, in caso di invalidità del contratto, la *in integrum restitutio* non deve essere accordata dal pretore: ovviamente perché il minore è *ipso iure munitus.*

È, a questo punto, nel successivo § 4 che il giurista, come abbiamo visto, afferma: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*. Orbene, alla luce del discorso che precede [117], questa affermazione acquista, secondo me, un preciso significato. Nel ricordare il pensiero di Pomponio, secondo cui ai contraenti adulti (il raffronto con quanto leggiamo in D.19.2.22.3 non può lasciare, come ho detto, dubbi al riguardo) era lecito *se circumvenire* con riguardo al prezzo della compravendita, Ulpiano non poteva voler dire altro se non che in quel caso, proprio a causa della liceità di quel comportamento, il contratto era perfettamente valido e, per conseguenza, la *in integrum restitutio* sarebbe stata ammissibile. Ma in favore di chi?

Ed ecco il punto: certamente non in favore degli adulti, in quanto ciò non si sarebbe accordato col principio per cui era a loro lecito *se circumvenire*: se, infatti, una simile condotta era consentita, non si vede perché mai avrebbero dovuto poi avere la possibilità di invocare, a causa di essa, il provvedimento restitutorio. Come abbiamo visto, però, il frammento 16 tratta essenzialmente di minori. Ebbene, è proprio questa circostanza che rende possibile, secondo me, interpretare il § 4 in modo coerente.

In pretio emptionis et venditionis era lecito *se circumvenire* ai contraenti adulti, nei loro rapporti reciproci, e quindi la compravendita per loro era senz'altro valida: ma questo principio non poteva risultare avulso dal contesto del discorso precedente, che riguar-

---

[114] *… ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.*

[115] *Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris: idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est.* Su D.4.4.16.1 v. il mio scritto *L'interpretazione* cit., 45 ss.

[116] *Pomponius quoque refert libro vicensimo octavo, cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi et haec defuncto herede heredi eius cavisset se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam. sed et illud Pomponius adicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per condictionem munitus est.* Su D.4.4.16.2 v. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano* (Napoli 1973) 228 SS. ; STOLFI, *Studi* I cit., 517 ss.

[117] Un contenuto autonomo, rispetto a quello che è il filo logico del discorso svolto fino al paragrafo 4, presenta il successivo § 5 (che è pure l'ultimo del frammento 16): *Nunc videndum, qui in integrum restituere possunt. et tam praefectus urbi quam alii magistratus pro iurisdictione sua restituere in intregrum possunt, tam in aliis causis quam contra sententiam suam*.

dava i minori. Per conseguenza, dobbiamo necessariamente pensare che Ulpiano intendesse operare, in realtà, un confronto con quello che era il regime al riguardo vigente proprio per i minori. Se però è così, non rimane, allora, che un'unica possibilità di intendere correttamente il discorso svolto dal giurista. Egli intendeva, cioè, affermare implicitamente che, se quel medesimo comportamento fosse stato tenuto da un adulto nei confronti di un minore, la compravendita sarebbe rimasta ugualmente valida ma questi avrebbe potuto, invece, ottenere la *in integrum restitutio*, proprio perché tale validità non lo avrebbe fatto considerare *ipso iure munitus*: ma – ed è questo che va qui sottolineato – si sarebbe trattato di una possibilità riservata solamente a lui, in quanto è solo se tenuto nei suoi confronti che quel comportamento abile e furbesco, anche se privo di dolo, avrebbe meritato di essere preso in considerazione, data la sua giovane età e data la inesperienza che ne derivava, la quale non gli consentiva di riconoscere con facilità nemmeno quel tipo (generalmente innocuo) di furbizia e di difendersi, così, da essa. In definitiva, la notazione svolta in D.4.4.16.4 con riguardo agli adulti mirava ad evidenziare la validità della vendita, ma al fine di dedurne – seppure in via implicita – la possibilità, limitata ai minori, di avvalersi della *in integrum restitutio*.

Abbiamo, così, ancora una conferma di quanto ho prima detto circa la posizione di particolare favore di cui godevano i minori rispetto agli adulti [118]. Non solo, ma, alla luce delle testimonianze fin qui analizzate appare più che probabile che nelle fonti in cui si fa riferimento al minore *circumscriptus* tout-court [119], senza cioè altre più precise indicazioni, si faccia – almeno in linea di tendenza – implicita allusione proprio al caso in cui egli, per l'appunto, era stato vittima di quel genere di astuzie di cui ho detto [120]: un caso considerato tipico, in relazione al quale ben si evidenziava la peculiarità della protezione accordata al minore sulla base dell'editto del pretore.

9. ALLA LUCE DI QUESTE ULTIME RIFLESSIONI CIRCA IL DUPLICE TIPO DI ASTUZIA PER IL QUALE IL MINORE POTEVA RICEVERE PROTEZIONE, È FORSE

---

[118] Il discorso da me svolto con riguardo a D.4.4.16.4 mi sembra che consenta di cogliere con chiarezza quello che è il senso più proprio da attribuire a questo frammento. Va notato, per altro, che una posizione analoga, in merito al differente trattamento riservato ai minori rispetto agli adulti e in connessione con D.4.4.16.4, è stata già espressa in dottrina, anche se non sulla base delle notazioni esegetiche da me ora svolte. V., in particolare, DEBRAY, *Contribution* cit., 280 s.; WACKE, *Zum Rechtsschutz* cit., 215. V. pure STOLFI, *Studi* II cit., 498.

[119] Ma lo stesso dovrebbe dirsi con riguardo al minore *circumventus*, data l'identità di significato dei due verbi in questione (v. *supra*, nt.96).

[120] Dico: in linea di tendenza perché, a fronte di testimonianze in tal senso assai significative (come quelle offerte da D.44.1.7.1, D.46.2.19, D.19.2.22.3-19.2.23: brani da me considerati *supra*, in questo stesso paragrafo), l'espressione «*circumscriptus*», senza altre più precise indicazioni, si trova anche usata in altro senso: v., in particolare, D. 4.4.16.1 (Ulp. 11 *ad ed.*: al riguardo v. *supra*, nt. 98 e inoltre MUSUMECI, *L'interpretazione* cit., 52 nt.41) e D.16.1.32 pr. (su cui – per ciò che attiene al significato da attribuire all'espressione in oggetto, ivi figurante – v. *supra*, in questo stesso paragrafo).

POSSIBILE, ALMENO A MIO AVVISO, ATTRIBUIRE IL SENSO PIÙ PROPRIO A UN BRANO DI ULPIANO CHE SI TROVA RIPORTATO IN

> D.4.4.11 pr. (Ulp.11 *ad ed.*): *Verum vel de dolo vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti: proinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur. sed et nomine earum rerum, quas dominicas servus manumissus supprimebat, competunt adversus eum actiones ad exhibendum et furti et condictio, videlicet quoniam et manumissus eas contrectabat. ceterum ex delicto in servitutem facto domino adversus eum post libertatem actio non competit: et hoc rescripto divi Severi continetur.*

e che va letto in stretta connessione con il precedente fr.9, §6 dello stesso Ulpiano [121]:

> D.4.4.9.6 (Ulp.11 *ad.ed.*): *Adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est,*

In quest'ultimo brano, il giurista fa presente l'impossibilità per il pretore di venire in aiuto del minore *adversus libertatem*: contro, cioè, la *manumissio* da lui effettuata di un proprio schiavo [122]. Implicito è qui il riferimento alla *in integrum restitutio*, la cui inammissibilità, per un caso del genere, viene affermata – questa volta espressamente – in

> D.4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*): …*et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*.

Torniamo a D.4.4.11 pr. Il brano sembra costituire la immediata continuazione di D.4.4.9.6: dico *sembra*, perché in realtà manca in esso sicuramente un inciso iniziale – omesso forse per esigenze di brevità dai giustinianei – nel quale, in coerenza con quanto leggiamo poi nel brano (con il riferimento, in particolare, all'*actio de dolo*), il giurista doveva necessariamente accennare almeno alla esistenza di un raggiro subito dal minore [123].

---

[121] Il fr.10, di Paolo (11 *ad ed.*: *nisi ex magna causa hoc a principe fuerit consecutus*), costituisce un brevissimo inciso, che nei Digesta viene a separare i due brani ulpianei.

[122] In D.4.4.10 (v. nella nota precedente) si accenna ad una deroga al principio enunciato in D.4.4.9.6: *ex magna causa*, però, e comunque per disposizione del *princeps*.

[123] Si noti del resto che, con riguardo a D.4.4.11 pr., altri studiosi fanno senz'altro riferimento alla presenza del raggiro, di cui il minore sarebbe rimasto vittima. V., in particolare, WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in *ZSS.* 78 (1961) 396 («A minor was fraudulently persuaded to manumit his slave»); D'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revisión de Ulp. D.4,3,7 pr. y 4,4,11 pr.*, in *SDHI.* 46 (1980) 37 («se trata de un *minor circumscriptus*, pero en razón de la manumisión por él directamente realizada»).

Da D.4.4.11 pr. apprendiamo, dunque, che al minore che aveva manomesso un proprio schiavo (a ciò indotto da altri) erano accordate l'*actio de dolo* ed una *utilis actio in id quod minoris interfuit non manumitti*; e inoltre, per le cose a lui sottratte dallo schiavo prima della liberazione, l'*actio ad exhibendum*, l'*actio furti* e la *condictio* (*furtiva*). Mettiamo qui da canto il riferimento a queste tre ultime azioni [124], in quanto non direttamente attinenti al tema oggetto della presente indagine, e concentriamo invece l'attenzione sui due mezzi pretorii di tutela del minore, indicati all'inizio del brano: sull'*actio de dolo*, cioè, e sull'*actio utilis*.

L'Albanese [125] e il Valiño [126] hanno sospettato che la loro menzione sia di origine compilatoria, fondamentalmente per due ragioni: da un lato per la contraddizione esistente fra la ammissibilità dell'*actio de dolo* contro il liberto e il principio classico della non imputabilità di questi per i delitti commessi contro il *dominus ante libertatem*, dall'altro per la inconciliabilità dell'alternativa *vel de dolo vel utilis actio* con il principio di sussidiarietà della stessa *actio de dolo* [127]. Non mi sento, però, di condividere una simile opinione.

Innanzitutto dal testo non risulta per nulla che ad agire con dolo fosse stato il liberto e che, perciò, l'*actio de dolo* fosse da esperire nei suoi confronti. Come ho detto, del brano manca la parte iniziale, nella quale, oltre che un esplicito riferimento alla esistenza del dolo, con ogni probabilità era pure contenuta la menzione del soggetto che dolosamente aveva indotto il minore a fare la *manumissio*: chi fosse, però, costui nel testo comunque non si legge. Ora, il fatto che il liberto non era imputabile per i delitti da lui commessi contro il *dominus* durante la schiavitù non deve fare automaticamente concludere per l'origine compilatoria del riferimento all'*actio de dolo*, se il testo può essere interpretato in modo che ne risulti salva la genuinità. E una simile interpretazione è sicuramente possibile ed appare anche, a mio avviso, assai plausibile: con ogni probabilità, cioè, nella parte iniziale del frammento si faceva riferimento non alla precedente condotta dello stesso liberto ma all'intervento di un terzo, il quale col proprio comportamento doloso [128] aveva in-

---

[124] Sulla parte di D.4.4.11 pr. in cui sono considerate le azioni suddette v. ALBANESE, *La sussidiarietà dell''a. de dolo'*, in *Annali Palermo* 28 (1961) 195 s., 197; VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 303 s.; D'ORS, *Una acción* cit., 38 s.

[125] ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 196 s.

[126] VALIÑO, *Actiones* cit., 303 s.

[127] Considerano, invece, genuino il riferimento all'*actio de dolo* e all'*actio utilis* il WATSON, *Actio* cit., 396 e 400 nt. 32, e il D'ORS, *Una acción* cit., 37 ss.

[128] Come, per altro, dirò subito, quello del comportamento doloso del terzo non era l'unico caso considerato nella parte iniziale, a noi non pervenuta, del brano in esame.

dotto il minore a compiere la *manumissio* [129], sicché era lui il soggetto contro il quale l'*actio de dolo* avrebbe potuto essere – questa volta regolarmente – esperita.

Ma è anche l'argomentazione relativa alla sussidiarietà dell'*actio de dolo* che secondo me può essere superata: e può esserlo perché è possibile a mio avviso avanzare, in merito alla interpretazione del brano in oggetto, una nuova congettura.

Actio utilis, come sappiamo, era un'azione modellata su un'azione edittale, civile o onoraria, per adattare questa a situazioni concrete non coincidenti con quelle previste per la sua concessione [130]. Un esempio di *actio utilis* modellata su un'azione onoraria – più precisamente l'*actio institoria* – ci viene offerto, in particolare, dal noto frammento di Papiniano

> D.14.3.19 pr. (Papin. 3 *resp.*): *In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio…* [131]

Per ciò che ora riguarda D.4.4.11 pr., dal momento che Ulpiano parla di *actio utilis* immediatamente dopo avere menzionato l'*actio de dolo*, a me pare assai ragionevole pensare che egli volesse così fare riferimento ad un'*actio utilis* modellata proprio sulla stessa *actio de dolo*: da accordare, ovviamente, in presenza di un presupposto diverso da quello previsto per la concessione dell'*actio de dolo.* Ebbene, a mio avviso è possibile ricostruire quale fosse questo presupposto.

Come abbiamo visto [132], il minore poteva ricevere protezione non soltanto quando era stato perpetrato nei suoi confronti un raggiro doloso ma anche quando egli era stato semplicemente vittima di un comportamento abile – ma essenzialmente privo di dolo – che per un adulto sarebbe stato senza alcun rilievo. Alla luce di tutto questo è allora possibile, secondo me, individuare la ragione per la quale Ulpiano menzionava – l'una accanto all'altra – l'*actio de dolo* e l'*actio utilis.* Con ogni probabilità, nella parte iniziale a noi

---

[129] E' da notare, del resto, che l'ALBANESE (*La sussidiarietà* cit., 196) ha rilevato, a proposito di D.4.4.11 pr., che «la forma è estremamente vaga, ed è necessario che il lettore integri da sè il soggetto convenibile con le azioni previste (il servo manomesso; i terzi complici della manumissione fraudolenta; un curatore?)», anche se poi ha finito col considerare senz'altro il servo manomesso. V. pure VALIÑO, *Actiones* cit., 304, secondo il quale «no sabemos contra quién se daban tales acciones: si contra el liberto, quizá por haber engañado al menor antes de ser manumitido, o contra un tercero» (ma è il liberto che, seppure in via ipotetica, viene poi preso in considerazione).

[130] Cfr. TALAMANCA, voce «*Processo civile (Diritto romano)*», in *ED.* 36 (Milano 1987) 62 s. e ntt. 446 e 447; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*. Zweite Auflage, neu bearbeitet von K. Hackl (München 1996) 329 ss.

[131] Su D.14.3.19 pr. v. , fra gli altri, ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'«actio ad exemplum institoriae»*, in *BIDR.* 71 (1968) 242 ss.; BURDESE, *«Actio ad exemplum institoriae» e categorie sociali*, in *BIDR*. 74 (1971) 64 ss., e in *Studi in memoria di Guido Donatuti* I (Milano 1973) 193 ss.; VALIÑO, *Actiones* cit., 147 s.; BENKE, *Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis*, in *ZSS*. 105 (1988) 607 ss.; GALLO., *Synallagma e conventio nel contratto* II (Torino 1995) 291 ss.

[132] V. *supra*, nel paragrafo precedente.

non pervenuta, Ulpiano non alludeva solamente al caso in cui il minore era rimasto vittima di un raggiro doloso, perpetrato nei suoi confronti per indurlo a fare la *manumissio*. Egli faceva pure riferimento al caso in cui il minore era rimasto *circumscriptus*, nel senso più blando da me prima evidenziato, e cioè al caso in cui era stata l'altrui abilità che era riuscita a convincerlo a compiere la *manumissio*, magari esaltando il valore morale di essa e sminuendo l'entità della diminuzione patrimoniale che ne sarebbe per lui derivata (un esaltare e sminuire analoghi a quelli che erano usuali, come ho detto, nelle vendite e nelle locazioni) [133]: v'era stata, dunque, un'opera di convincimento che non si era tradotta in comportamenti fraudolenti e alla quale un adulto avrebbe potuto facilmente resistere, ma non lo sprovveduto minore.

E' proprio muovendo da questa premessa che Ulpiano intendeva accordare al minore, alternativamente, quelle due azioni: l'*actio de dolo* per il caso in cui egli era stato vittima dell'altrui raggiro doloso, l'*actio utilis* (*de dolo*) per il caso in cui fosse stato, invece, vittima di quel comportamento abile di cui ho detto, per il quale un adulto non avrebbe potuto, invece, invocare alcuna protezione [134].

Si comprende bene, dunque, che l'alternativa *actio de dolo-actio utilis* non contrastava col principio della sussidiarietà dell'*actio de dolo*, giacché si trattava qui di due azioni differenti, accordate in presenza di presupposti differenti. Con riguardo al caso del dolo, pertanto, l'*actio de dolo* costituiva l'unico rimedio a disposizione del minore, data fra l'altro la impossibilità per lui di ottenere la *in integrum restitutio.* E lo stesso va detto con riguardo all'*actio utilis de dolo*: esperibile in presenza di un presupposto diverso, e perciò da considerare anch'essa come unico rimedio per quel caso particolare.

Com'è ovvio, quella da me prospettata è una semplice congettura. Se però essa rispondesse al vero, allora la serie dei mezzi pretorii da me già passata in rassegna – *in integrum restitutio*, *exceptio*, *replicatio*, *cautio, denegatio exceptionis*, *denegation actionis* – verrebbe ad essere ulteriormente accresciuta dall'*actio utilis de dolo* [135], anch'essa basata sull'editto relativo ai minori e alternativa rispetto alla *in integrum restitutio*, qui inapplicabile.

Risulterebbe, così, ancora più evidente la ricchezza dei rimedi pretorii, apprestati a protezione dei minori sulla base dell'editto che li riguardava.

---

[133] V. *supra*, nel paragrafo precedente.

[134] L'ALBANESE (*La sussidiarietà* cit., 196), nel considerare, invece, più probabile che la concessione «della non meglio identificata *a. utilis*» abbia avuto origine compilatoria, con riguardo a tale concessione si è limitato ad aggiungere: «probabilmente nel caso di non completamente provato inganno da parte del servo», senza chiarire ulteriormente il proprio pensiero.

[135] Non includo l'*actio de dolo*, la cui concessione non si basava sull'editto relativo ai minori ma aveva un proprio autonomo fondamento edittale.