



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Paola Ziliotto

**Disciplina privatistica classica
del gioco d'azzardo vietato**

Numero X Anno 2017

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Ceccarelli Morolli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Prochi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

DISCIPLINA PRIVATISTICA CLASSICA DEL GIOCO D'AZZARDO VIETATO

SOMMARIO: 1. Il contenuto del titolo 11.5 'De aleatoribus' del Digesto – 2. 'Exceptio negotii in alea gest?' e 'denegatio actionis' – 3. L'azione per la ripetizione delle perdite pagate – 4. Paul. 19 'ad ed.' D. 11.5.4.1 e le tracce di una pena da perseguire nelle forme del processo civile contro il giocatore che abbia incassato la vincita. Il divieto senatorio di 'in pecuniam ludere' e l'azione di ripetizione pretoria non penale – 5. 'Exceptio negotii in alea gest?', 'denegatio actionis' e azione di ripetizione

1. Il contenuto del titolo 11.5 'De aleatoribus' del Digesto

Il breve titolo 11.5 del Digesto¹, a dispetto della rubrica *De aleatoribus*, solo in parte è dedicato ai giocatori d'azzardo², che fra

¹ Come ha notato E. VALIÑO, 'Acciones útiles', Pamplona, 1974, 202, si tratta di un titolo poco studiato. Si vedano essenzialmente F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XI, Milano, 1903, 533; C. SCHOENHARDT, 'Alea'. *Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht. Eine Strafrechtsgeschichtliche Studie*, Stuttgart, 1885, che però se ne occupa solo sotto il profilo del diritto penale; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901, 1347 ss.; M. KURYŁOWICZ, *Die Glücksspiele und das römische Recht*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 278 ss.; ID., *Das Glücksspiel im römischen Recht*, in *ZSS*, 102, 1985, 185 ss.; G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2331 ss., ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 499 ss.; A. POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo: dati e problemi*, in *Studi per L. de Sarlo*, Milano, 1989, 519 ss.; E. NARDI, *Monobolo & C.*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, IV, Milano, 1991, 299 ss.; M.G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino, 2007, 61 ss.; S. BREMBILLA, 'Provocat me in aleam ut ego ludam'. *Scommessa e giuoco nella prospettiva della dottrina e delle fonti*, in *SDHI*, 75, 2009, 331 ss., spec. 343 ss.

² A scanso di equivoci dico subito che, quando parlo di gioco d'azzardo, non intendo riferirmi a uno specifico gioco d'azzardo, ma a qualunque gioco dal cui esito incerto (dipendente solo dal caso) i giocatori facciano discendere la perdita e la vincita di una somma di denaro o di altra posta. È chiaro poi che il

l'altro non sono mai chiamati *aleatores*^{3 4}. Esso infatti consta di soli quattro frammenti, dei quali il primo e più lungo (di Ulpiano), nonché il *principium* del secondo (di Paolo), riguardano un editto del pretore relativo a colui *apud quem alea lusum esse dicitur*, cioè al *susceptor* (al quale viene negata ogni tutela per il caso in cui sia stato vittima di ingiurie, danni o furti), e a colui *qui aleae ludendae causa vim intulerit* (al quale sarà irrogata una pena diversa a seconda delle circostanze del caso concreto)⁵. Di seguito vengono menzionati un non meglio precisato senatoconsulto che *vetuit in pecuniam ludere*, salvo nelle gare che si fanno *virtutis causa*, quali il lancio del giavellotto, la corsa, il salto, la lotta e il pugilato (fr. 2.1); quindi tre leggi altrettanto incerte, le leggi *Titia*, *Publicia* e *Cornelia*, in base alle quali, nei *certamina* fatti *virtutis causa*, era lecito *etiam sponsonem facere* (fr. 3, di Marciano). Nel quarto e ultimo frammento, di nuovo Paolo, dopo aver ricordato che è permesso giocare *quod in convivio*

divieto di gioco per denaro non colpisce il gioco in sé (v. C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa dal punto di vista del diritto privato romano e moderno. Appendice del traduttore*, in F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 591 ss.), bensì per l'appunto il gioco per denaro, l'azzardo, sanzionando, come vedremo, il *capere* denaro a titolo di gioco, oppure il negozio di gioco. Sul punto v. S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam*, cit., 331 ss., spec. 336 ss., che distingue il gioco, fatto di per sé irrilevante per il diritto, e la scommessa sull'esito del gioco, negozio vietato o consentito dalla legge.

³ Sul punto v. S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam*, cit., 331 ss.

⁴ Sulla rilevanza sociale del fenomeno v. M. KURYŁOWICZ, *Die Glücksspiele*, cit., 269 ss.; J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, Roma-Bari, 1978, 287 ss.

⁵ Il testo dell'editto è riportato in Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.5.1 pr.: *Praetor ait: 'Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore [dolo] <e domo> eius subtractum est, iudicium non dabo. in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam'*. Sulla prima clausola di questo editto, oltre agli autori citati nella nt. 1, v. A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 111 ss.; S. SCIORTINO, *'Denegare iudicium' e 'denegare actionem'*, in *AUPA*, 58, 2015, 211 ss.

vescendi causa ponitur, si sofferma sui rimedi utilizzabili per recuperare la perdita al gioco d'azzardo quando la posta sia stata pagata da uno schiavo o da un *filius familias*, quando sia stata ricevuta da uno schiavo, e quando sia stata pagata al *parens* e al *patronus*, caso in cui *ex hoc edicto danda est una repetitio utilis*.

Questo, in sintesi, il contenuto del titolo *De aleatoribus* del Digesto.

Dalla sua lettura, alcuni dati saltano subito all'occhio.

Innanzitutto, salvo a voler identificare le tre leggi menzionate da Marciano con le *leges aleariae* di cui è traccia nelle fonti letterarie⁶, leggi che avrebbero vietato il gioco d'azzardo irrogando agli *aleatores* non meglio precisate pene, nel Digesto non sembra restare traccia di sanzioni di carattere penale⁷ contro i giocatori d'azzardo: del senatoconsulto si dice infatti solo che vietò di *ludere in pecuniam*, salvo che in relazione ai giochi fatti *virtutis causa*, senza indicare le conseguenze della violazione del divieto⁸; e delle leggi *Titia*, *Publicia* e *Cornelia* si dice solo che esse riconobbero la liceità anche delle *sponsiones* fatte in occasione dei giochi atletici⁹.

⁶ Pl. Mil. 164-165: *Atque adeo ut ne legi fraudem faciant aleariae, / adcuratote, ut sine talis domi agitent convivium* (per il doppio senso contenuto nel secondo verso, v. C. SCHOENHARDT, 'Alea', cit., 8; M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 193; E. NARDI, *Monobolo*, cit., 300); Hor. *carm.* 3.24.58: *Seu malis vetita legibus alea* (sul plurale *legibus*, v. C. SCHOENHARDT, 'Alea', cit., 8 s.); Cic. *Phil.* 2.23.56: *Licinium Denticulum de alea condemnatum ... Hominem nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege, quae est de alea, condemnatum*. Esclude che queste leggi possano identificarsi con quelle menzionate da Marciano, C. SCHOENHARDT, 'Alea', cit., 15 ss., spec. 18 s. V. però F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 540 s.; G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 501.

⁷ Uso qui l'aggettivo 'penale' in senso ampio, in riferimento cioè sia a pene irrogabili in forza della *coercitio* magistratuale o nell'ambito di processi criminali, sia a pene perseguibili nelle forme del processo privato.

⁸ Sul punto v. C. SCHOENHARDT, 'Alea', cit., 11 ss., spec. 14.

⁹ Sul punto v. C. SCHOENHARDT, 'Alea', cit., 15 ss.

In secondo luogo, dal tenore dell'editto risulta invece chiaramente l'intenzione del pretore di punire tutti coloro che, vuoi ospitando o organizzando il gioco d'azzardo (*susceptores*), vuoi usando violenza per costringere altri a giocare, favorivano il gioco d'azzardo.

In terzo luogo, come ha notato Lenel¹⁰, risulta che l'editto del pretore ci è pervenuto in modo incompleto. In Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.2 si legge infatti che «*Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est*», dal che si deduce che l'editto doveva accordare una ripetizione in via diretta di quanto perso nel gioco vietato.

In quarto luogo, si nota che la ripetizione è documentata solo per casi particolari (per le perdite pagate dallo schiavo o dal figlio, per le vincite incassate dallo schiavo¹¹, e per quelle incassate da *parentes e patroni*).

Infine, si nota che, in riferimento ai casi in cui è permesso *in pecuniam ludere* sulla base del senatoconsulto, non è detto se il vincitore fosse munito di azione contro il perdente¹².

Tenuto conto della incongruenza tra la rubrica e il contenuto del titolo 11.5, della circostanza che l'editto *De aleatoribus* ci è indubbiamente pervenuto in modo parziale, e forse anche del fatto che non sembra residuare alcuna traccia delle sanzioni penali comminate agli *aleatores*, si ha dunque l'impressione di un titolo incompleto, di un titolo in parte anche oscuro, di un titolo soprattutto che disciplina aspetti di contorno o di dettaglio rispetto a quello che doveva costituire lo 'zoccolo duro' della normativa

¹⁰ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1927, 176.

¹¹ Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.1.

¹² Questo problema non sarà peraltro affrontato nel presente studio, dedicato – come si dirà subito – alla disciplina privatistica del solo gioco vietato (v. però l'ultima nota).

classica sul gioco d'azzardo e sulle sue conseguenze giuridiche per i giocatori, vale a dire la disciplina privatistica¹³.

Le ragioni della scelta dei Compilatori si possono intuire quando si passi a leggere il titolo 3.43 del Codice giustiniano¹⁴, il quale, sotto la rubrica *De aleae lusu et aleatoribus*, nella edizione di Krüger contiene l'epitome latina di due costituzioni greche di Giustiniano del 529, epitome che può essere integrata con gli indici di Taleleo e di Anatolio. Ebbene, la prima di queste costituzioni vieta il gioco d'azzardo disciplinandone gli aspetti privatistici, vale a dire il dovere di restituire quanto ricevuto come vincita e il diritto di ripetere, con azione che si prescrive in cinquant'anni, quanto pagato come perdita; essa elenca poi cinque giochi nei quali è permesso giocare per denaro, ma solo entro i limiti di un *solidum*, riconoscendo forse in questo caso il diritto di esigere la vincita. Non è chiaro, invece, se la costituzione abbia previsto delle sanzioni per i giocatori¹⁵.

Si può dunque facilmente ipotizzare che l'esistenza di questa legge abbia indotto i Commissari giustiniani a considerare, nella compilazione del Digesto, i soli aspetti della disciplina del gioco d'azzardo non contemplati nella costituzione di Giustiniano e non contrastanti con essa¹⁶. Ciò nonostante, qualche traccia della disciplina privatistica classica del gioco d'azzardo vietato è rimasta, e su di essa si concentrerà l'attenzione in questo studio.

¹³ Comprensiva di una eventuale azione penale esperibile nelle forme del processo *per formulas*. Su questa congettura, v. oltre, § 4.

¹⁴ Pervenutoci, peraltro, in pessime condizioni: sul punto v. C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 89 s.

¹⁵ Su questa costituzione, oltre agli autori citati nella nt. 1, v. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia – Le persone*, Milano, 1952, 283 s.

¹⁶ Cfr. M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 204 s.

2. 'Exceptio negotii in alea gesti' e 'denegatio actionis'

Innanzitutto, è opinione comune¹⁷ che l'editto *De aleatoribus* dovesse negare l'azione non solo al *susceptor* per i delitti da questi subiti, ma anche al giocatore che intendesse agire contro il perdente per ottenere la vincita. L'ipotesi poggia su di una constatazione di Lenel¹⁸. Lo studioso osserva infatti che sotto la rubrica *Quarum rerum actio non datur* (D. 44.5) sono raccolte alcune eccezioni relative a fatti per i quali, in una precedente parte dell'editto, era prevista una *denegatio actionis*. Le eccezioni menzionate sono tre e una di queste è l'*exceptio negotii in alea gesti*¹⁹. Per le altre due, cioè per l'*exceptio iurisiurandi*²⁰ e per l'*exceptio onerandae libertatis causa*²¹, risulta anche la corrispondente *denegatio actionis*²², mentre per il *negotium in alea gestum* è documentata la sola eccezione: si ritiene, però, che dovesse essere contemplata anche la *denegatio actionis*.

Più incerto resta invece l'ambito di applicazione dei due rimedi, o meglio, non è chiaro se l'ambito di applicazione dei due rimedi, *denegatio* e *exceptio*, fosse coincidente.

L'unico caso a noi noto in cui viene utilizzata l'eccezione è infatti quello tramandato in Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1 dove il rimedio serve per paralizzare non già la pretesa del vincitore contro

¹⁷ Cfr. E. NARDI, *Monobolo*, cit., 306 s.; G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 503 s.; M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 205; A. POLLERA, *In tema*, cit., 534 s.; M. G. ZOZ, *Fondamenti*, cit., 65.

¹⁸ O. LENEL, *Das Edictum*³, cit., 176, 46 e 512.

¹⁹ Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1; v. anche Ulp. 7 *disp.* D. 22.3.19.4.

²⁰ Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.5.1 pr.-3; Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2 pr.

²¹ Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.5.1.4-12; Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.2; v. anche Paul. 3 *ad Plant.* D. 44.1.7.1.

²² Per il giuramento, v. Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.7; Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.9 pr. Per l'onere imposto alla libertà, v. O. LENEL, *Das Edictum*³, cit., 338, in riferimento a Ulp. 38 *ad ed.* D. 38.1.2.

il perdente, bensì quella di un soggetto divenuto creditore del giocatore sulla base di un negozio contratto ai fini del gioco.

Paul 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1: *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptioe summovebitur emptor.*

La fattispecie è dunque quella di chi, per procurarsi il denaro da giocare, venda una cosa che viene poi evitta al compratore. In tal caso, se il venditore venga convenuto, la pretesa del compratore sarà paralizzata con l'*exceptio negotii in alea gesti*. Non si capisce se il compratore sia il compagno di gioco del venditore o se sia un terzo estraneo. Entrambe le ipotesi sono possibili. È chiaro però che nel secondo caso, nel caso cioè in cui il compratore sia un terzo estraneo al gioco, egli deve essere a conoscenza del fatto che la controparte negoziale sta vendendo per giocare il prezzo, altrimenti fra la tutela del giocatore/venditore e quella del compratore prevarrebbe inspiegabilmente la prima. Nei confronti del terzo estraneo a conoscenza del fatto che la vendita è fatta ai fini del gioco, invece, così come nei confronti del compagno di gioco, l'eccezione si spiega nel quadro più generale di un sistema di rimedi diretti a penalizzare tutti coloro che in un modo o nell'altro favoriscono il gioco d'azzardo.

Tornando all'ambito di applicazione della eccezione e della corrispondente *denegatio actionis*, il passo esaminato potrebbe indurre a credere che la *denegatio* operasse nei confronti del giocatore che intendesse agire per il conseguimento della vincita al gioco e che l'*exceptio* mirasse invece a paralizzare pretese diverse da quelle del vincitore, ossia le pretese azionabili sulla base di negozi conclusi dal convenuto a fini di gioco.

Per lo più si ritiene però che l'eccezione fosse opponibile anche al vincitore²³.

Kuryłowicz ha in particolare osservato che, nel caso in cui il debito di gioco non fosse stato pagato subito ma fosse stato promesso nella forma della *stipulatio*, tale *stipulatio* sarebbe stata nulla qualora dal suo tenore si fosse potuto chiaramente desumere la contrarietà al divieto. Ragion per cui i giocatori avrebbero fatto ricorso a stipulazioni espresse in forma astratta, senza cioè allusione alla *causa stipulationis*, anche per evitare di rendere manifesta la partecipazione al gioco vietato che li avrebbe esposti alle conseguenze penali. Le stipulazioni espresse in forma astratta sarebbero state valide per il diritto civile, ma il pretore avrebbe paralizzato le pretese su di esse basate concedendo al convenuto l'*exceptio negotii in alea gesti*, che aveva sicuramente applicazione generale nei negozi di gioco²⁴.

Ammessa l'esattezza di queste considerazioni, viene però da chiedersi in quali casi il pretore avrebbe potuto denegare l'azione al vincitore contro il perdente. L'interrogativo si pone perché, escluso che i giocatori si impegnassero con stipulazioni 'titolate' nulle, il loro accordo o veniva versato nella ipotizzata *stipulatio* astratta, e allora la pretesa del vincitore sarebbe stata paralizzabile in via di eccezione, oppure restava un nudo patto accompagnato o meno dal versamento anticipato della posta in gioco, eventualmente anche nelle mani di un terzo. Nel caso del nudo patto senza versamento anticipato della posta, il vincitore, anche a prescindere dalla contrarietà dell'accordo ai precetti normativi contenuti nelle fonti autoritative, non avrebbe avuto azione, in quanto dal nudo patto non nasce azione. Nell'altro caso, invece,

²³ Così G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 504; M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 206.

²⁴ M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 206.

quello cioè del nudo patto accompagnato dal versamento anticipato della posta, il vincitore non avrebbe mai avuto necessità di agire contro il perdente perché o la posta era sul tavolo, e allora se la sarebbe accaparrata, oppure era stata consegnata a un terzo, e allora, in caso di mancata restituzione, avrebbe semmai dovuto agire contro questi²⁵. E allora, delle due l'una: o si ritiene che la pretesa del vincitore potesse essere paralizzata solo in via di eccezione e si ipotizza un diverso ambito di applicazione della *denegatio actionis*; o si ritiene che l'azione potesse essere non solo paralizzata in via di eccezione, ma anche denegata dal pretore, cosa però che non è detta da Kuryłowicz.

Del resto, l'ipotesi avanzata dallo studioso poggia sull'idea della nullità del negozio avente ad oggetto un gioco vietato²⁶, idea che però non è pacifica in dottrina. In particolare, Giambattista Impallomeni ritiene che il negozio di gioco, ancorché vietato, fosse tuttavia valido salvo il caso in cui sfociasse nella turpitudine²⁷. La validità del negozio di gioco vietato risulterebbe da Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.5, testo ritenuto particolarmente attendibile in quanto fuori della *sedes materiae*.

Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.5: *Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit: nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat: quemadmodum*

²⁵ Si potrebbe ipotizzare il caso che il terzo, anziché consegnare al vincitore la posta anticipatamente versata dal perdente, la abbia restituita al perdente, e che dunque il vincitore, intenzionato a ottenere la soddisfazione del credito di gioco, debba rivolgersi al compagno sconfitto. In tal caso, però, si ritorna all'ipotesi precedente, ossia che il vincitore sarebbe munito di azione nel solo caso di accordo versato in una *stipulatio* astratta.

²⁶ Nullità che i giocatori avrebbero aggirato ricorrendo alle stipulazioni astratte.

²⁷ G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 499 ss., seguito da M.G. ZOZ, *Fondamenti*, cit., 64.

enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti? plane si inbonesta causa sponsonis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit.

Secondo Impallomeni, il caso contemplato nel passo sarebbe quello di due giocatori che, vincolatisi vicendevolmente mediante *sponso*, avevano consegnato i rispettivi anelli a un terzo fiduciario che li avrebbe dovuti restituire entrambi al vincitore. Secondo Ulpiano, l'inadempimento del fiduciario avrebbe consentito al vincitore di agire con l'*actio praescriptis verbis*²⁸, salvo che la *causa sponsonis* fosse *inbonesta*: in tal caso, infatti, entrambi gli scommettitori avrebbero potuto ripetere il rispettivo anello. Dall'insegnamento di Ulpiano si ricaverebbe dunque il seguente corollario: «Il negozio di gioco, nel caso la *sponso*, non deve ritenersi invalido ancorché vietato. Diverrebbe invalido qualora sfociasse nella turpitudine». Secondo lo studioso, quindi, i rimedi di tipo privatistico di cui ci stiamo occupando, cioè *denegatio actionis* ed *exceptio*²⁹, operavano all'esterno del negozio senza intaccarne la validità³⁰. Tale validità, a sua volta, discenderebbe dal fatto che il primo intervento repressivo del gioco d'azzardo si sarebbe verificato in ambito pubblicistico ad opera delle tre leggi ricordate

²⁸ Sulla diversa soluzione di Sabino e di Ulpiano, v. M. KASER, *Aktivlegitimation zur 'actio furti'*, in *'De iustitia et iure'. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, 310 s.

²⁹ E la *repetitio* del pagato (sulla quale v. oltre, §§ 3 e 4), nonché quelli di ordine pubblicistico, come eventuali ammende.

³⁰ Se non capisco male, quindi, il negozio di gioco vietato ma non turpe, in quanto valido, avrebbe consentito al vincitore, al pari del negozio di gioco permesso, la richiesta di restituzione di entrambi gli anelli tramite *actio praescriptis verbis*, azione che però avrebbe potuto essere paralizzata dal pretore con la *denegatio actionis* o con l'*exceptio negotii in alea gesti*. Nel solo caso di negozio vietato e turpe, infatti, l'invalidità del negozio avrebbe consentito al vincitore esclusivamente la *repetitio* del proprio anello.

da Marciano in Marc. 5 *reg.* D. 11.5.3³¹, le quali avrebbero stabilito che fosse lecito anche il ricorso alla *sponsio* in caso di gioco *virtutis causa*, mentre negli altri casi sarebbe stato illecito. Secondo Impallomeni, infatti, si sarebbe trattato di leggi *minus quam perfectae* che avrebbero previsto una pena pubblica per i contraenti (e presumibilmente anche per gli organizzatori), senza toccare la validità del negozio di gioco. Solo così, infatti, si riuscirebbe a intendere l'utilità della *denegatio actionis* introdotta dal pretore contro il vincitore. Rimedio che, data la lacuna delle fonti, Impallomeni ipotizza della stessa ampiezza dell'*exceptio negotii in alea gesti*: come l'*exceptio*, la *denegatio* avrebbe cioè coinvolto non solo i rapporti contrattuali tra giocatori, ma anche quelli tra giocatori ed estranei.

La tesi di Impallomeni convince nella parte in cui afferma che i rimedi pretori della *denegatio* e dell'*exceptio* presuppongono l'azionabilità di una pretesa basata su di un negozio valido per il diritto civile. Meno persuasiva è invece la sua interpretazione di Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.5. Innanzitutto, il testo parla di una scommessa in generale³², senza cioè specificare se essa si riferisca all'esito di un gioco (proibito o lecito), all'esito dell'accertamento relativo alla esistenza o inesistenza di un determinato fatto (scommettiamo che il re dei Parti è vivo?), o all'esito dell'accadimento o non accadimento di un determinato fatto (scommettiamo che uscirò in pubblico vestito da donna?), etc. In secondo luogo, anche ammesso che la scommessa si riferisca all'esito di un gioco, non si può escludere che essa, se collegata a un gioco d'azzardo vietato ancorché non turpe, costituisca per Ulpiano un caso di scommessa con causa *inhonesta*. Non si può

³¹ Leggi che G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 501 s. (seguito da M.G. Zoz, *Fondamenti*, cit., 64) identifica con le *leges aleariae* tramandate nelle fonti letterarie (v. sopra, nt. 6).

³² B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, trad. it., Torino, 1925, 626, e nt. 5, 629, e nt. 2.

infatti dimenticare che agli occhi di Ulpiano gli *aleatores* erano *indigni* al pari dei *susceptores*³³, e che anche nelle fonti giuridiche la figura dell'*aleator* si trova accostata a quella del ladro e dell'adultero³⁴. In terzo luogo, anche ammesso che la *causa inbonesta* alluda al gioco turpe, non è detto che la *sponsio* sia invalida: questa conclusione sarebbe infatti possibile solo ipotizzando che la parola *causa* sia qui utilizzata in senso generico, cioè in riferimento a una *turpitudine* che risulti dalla formulazione della *sponsio* (come oggetto della promessa o come condizione); se invece l'espressione *causa inbonesta* allude alla causa di una *sponsio* formulata in modo astratto, il negozio di gioco sarebbe valido per *ius civile* e 'invalidabile' solo tramite *exceptio*³⁵, al pari di quello vietato ancorché non turpe. Per tutte queste ragioni non mi pare quindi che il testo di Ulpiano consenta le conclusioni che ne ha tratto Impallomeni (validità del negozio di gioco vietato purché non sfoci nella turpitudine).

Chiusa questa digressione sulle ragioni per le quali non mi pare convincente l'interpretazione di Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.5 offerta da Impallomeni, digressione occasionata dalla considerazione che l'analizzata ipotesi di Kuryłowicz poggia su di un'idea di nullità del negozio avente ad oggetto il gioco d'azzardo non da tutti condivisa, va solo aggiunto che, rispetto al problema

³³ Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.5.1.1: *Si rapinas fecerint inter se collusores, vi bonorum raptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit vindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni videantur.*

³⁴ Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.19.1; Tryph. 1 *disp.* D. 50.16.225; Pomp. 12 *ad Sab.* D. 17.2.59.1 (sul quale v. F. STURM, *Gesellschafterausgaben für Weib und Würfel*, in *Iura*, 30, 1979, 78 ss.). Sul punto e per le fonti letterarie, v. M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 207, nt. 99, ID., *Die Glücksspiele*, cit., 274 s.; S. BREMBILLA, 'Provocat me in aleam', cit., 332 s.

³⁵ Cfr. Paul. 3 *quaest.* D. 12.5.8: *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere,* Sul punto v. M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977, 80 ss., spec. 86 s.

dell'ambito di applicazione di *denegatio* ed *exceptio*, la già menzionata risposta di Impallomeni (probabile eguale estensione dei due rimedi, che avrebbero entrambi coinvolto sia i rapporti contrattuali tra giocatori sia quelli tra giocatori ed estranei) non poggia su testi ulteriori rispetto a Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1. Se dunque nella sua ricostruzione si riesce a ipotizzare una *denegatio* diretta a respingere la pretesa del vincitore nei confronti del perdente, più difficile è immaginare in quali casi l'azione avrebbe potuto essere denegata a un terzo³⁶.

3. *L'azione per la ripetizione delle perdite pagate*

Come già anticipato, un secondo punto della disciplina privatistica del quale sembra restare traccia nel titolo 11.5 del Digesto riguarda la generale ripetibilità della perdita pagata. Essa è invero testimoniata per casi particolari, ossia a favore del padre e del padrone per la perdita pagata dallo schiavo e dal figlio, contro il padrone per la vincita incassata dal suo schiavo, e contro *parentes* e patroni. Manca invece una esplicita testimonianza della esistenza di un rimedio restitutorio di carattere generale, utilizzabile cioè da qualunque giocatore sconfitto. Questa circostanza, il fatto cioè che

³⁶ Salvo ipotizzare che, nel caso contemplato in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.11 (*Si adulescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris*), si sarebbe denegata l'azione per la restituzione a chi avesse consapevolmente fatto un mutuo a chi intendeva utilizzare il denaro per un gioco vietato: in questo senso v. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 549 ss. Ammesso che la parte finale del passo possa riferirsi (anche) al caso del prestito fatto a fini di gioco, il silenzio del testo spingerebbe però a credere che la pretesa del mutuante sarebbe stata paralizzata non già con una *denegatio actionis*, bensì con una *exceptio negotii in alea gesti*, così come la pretesa del compratore evitto (Paul. 71 *ad ed.* D. 44.5.2.1) di cui si è detto all'inizio di questo paragrafo.

l'azione di ripetizione sia attestata solo per casi che coinvolgono schiavi e figli, *parentes* e patroni, potrebbe far pensare all'esigenza di una particolare tutela, ma anche a un taglio dei Compilatori: in effetti, la presenza nell'editto del pretore di una generale azione di ripetizione sembra potersi ricavare da Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.2, nel quale Paolo, commentando l'editto *De aleatoribus*, parla di una *repetitio utilis* che deve essere data *ex hoc edicto* contro *parentes* e *patroni*. L'interpretazione del passo è però controversa e variamente collegata a quanto precede: è quindi opportuno riportare le precedenti parti del commentario paolino solitamente richiamate per la spiegazione del frammento in esame.

Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.2. pr.: *solent enim quidam et cogere ad lusum vel ab initio vel victi dum retinent. 1. Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat.*

Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4 pr.: *Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia³⁷ ludere permittitur. 1. Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio. item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur: sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit. 2. Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.*

Partendo dalla considerazione che il divieto di *in pecuniam ludere* vigeva già in forza delle leggi alarie, e che Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.2.1 non indica quale sia stato il nuovo apporto del

³⁷ *alea* Cuiacius.

senatoconsulto, Impallomeni³⁸ ipotizza per esclusione che in esso debba ravvisarsi la fonte autoritativa di *ius civile* che avrebbe introdotto la ripetibilità delle perdite: il pretore (tramite *denegatio* ed *exceptio*) aveva reso inesigibili le vincite, senza però prevedere la ripetibilità del pagato, e il senato avrebbe completato la disciplina introducendo l'azione di ripetizione. L'ipotesi sarebbe avvalorata dall'ordine espositivo seguito da Paolo³⁹, nonché dalla contrapposizione dei verbi *competere* e *dare*. Completato il commento all'editto *De aleatoribus* (D. 11.5.2 pr., che si riferisce alla clausola edittale relativa a coloro che usano la forza per costringere altri a giocare), Paolo sarebbe passato al senatoconsulto (D. 11.5.2.1) e, dopo una parentesi sulle scommesse *vescendi causa* (D. 11.5.4 pr.), avrebbe esaminato la ripetizione (D. 11.5.4.1 e 2): la sistematica dell'esposizione comproverebbe dunque la relazione tra il senatoconsulto e l'azione per la ripetizione. Inoltre, nella prima frase di D. 11.5.4.1 è usato il verbo *competere*, mentre nel seguito del discorso (seconda parte di D. 11.5.4.1 e D. 11.5.4.2) compare il verbo *dare*: se ne deduce l'originaria derivazione dell'azione di ripetizione dal senatoconsulto e la successiva applicazione della stessa ad opera del pretore, *de peculio* contro il padrone per le vincite del suo schiavo, in via utile contro ascendenti e patroni per espressa previsione edittale. Per quanto riguarda quest'ultima azione, poi, Impallomeni nota che *parentes* e *patroni*, verso i quali si esige particolare rispetto, sono le stesse persone indicate nell'editto riportato in Ulp. 5 *ad ed.* D. 2.4.4.1, il quale impone ai discendenti e ai liberti che intendano agire contro di loro

³⁸ G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 505 s., seguito da M.G. ZOZ, *Fondamenti*, cit., 65.

³⁹ La tesi di Impallomeni è accolta da A. POLLERA, *In tema*, cit., 538, il quale però poi (p. 544) ritiene «molto probabile che già l'editto concedesse il diritto generalizzato», ricavabile da Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.1-2, «a ripetere quanto era stato perduto e pagato in un gioco illecito».

di ottenere dal pretore la preventiva autorizzazione. Pertanto, discendenti e liberti intenzionati ad agire contro *parentes* e *patroni* per la restituzione delle perdite al gioco, una volta conseguita la necessaria autorizzazione, avrebbero potuto ottenere l'azione prevista dall'editto in via utile, ossia una azione mantenuta entro limiti moderati non identificabili se non in via del tutto congetturale con quanto l'ascendente o il patrono conservasse ancora della vincita⁴⁰.

Fermo restando che ci troviamo davanti a un titolo del Digesto oscuro e lacunoso, e che dunque ogni tentativo di ricostruzione per quanto meritevole e ingegnoso presta inevitabilmente il fianco a qualche critica, mi pare che anche la assai suggestiva ricostruzione di Impallomeni presenti qualche punto debole che vale la pena di evidenziare.

Innanzitutto, l'espressione '*repetitio ... utilis ex hoc edicto danda est*' fa pensare non già a una azione utile prevista nell'editto, ma piuttosto, come si è detto, a una azione utile che viene accordata sulla base di una azione (diretta) prevista nell'editto. Del resto, se è vero che i verbi *competere* e *dare* sono in molti casi usati promiscuamente, cosa che è riconosciuta dallo stesso Impallomeni⁴¹, non è vero che essi alludano sempre rispettivamente all'azione civile e a quella pretoria nei contesti in cui appaiono in contrapposizione⁴²: non è quindi detto che quella che *competit* al padre o al padrone per i debiti di gioco pagati dal figlio o dallo schiavo sia una *repetitio civilis*, da contrapporre alle

⁴⁰ In senso analogo, A. POLLERA, *In tema*, cit., 543 s.

⁴¹ G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 505 s., nt. 29; A. METRO, *La 'denegatio'*, cit., 85 s., e nt. 39.

⁴² Come invece ritiene G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 505 s., nt. 29. V. però, ad esempio, in riferimento all'*actio de in rem verso*, Scaev. 5 *dig.* D. 15.3.21 (... *quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat. respondit, ... dandam de in rem verso utilem actionem*).

applicazioni pretorie della stessa. Si può quindi dubitare dell'originaria derivazione dell'azione di ripetizione dal senatoconsulto e ritenere che questa azione fosse invece effettivamente concessa dal pretore in una parte dell'editto non pervenutaci. Del resto, l'identificazione e la datazione di questo senatoconsulto sono assolutamente incerti⁴³, e dunque è anche possibile che esso abbia preceduto l'editto del pretore⁴⁴. Volendo attenersi all'ordine espositivo di Paolo, si potrebbe allora anche ipotizzare che egli, dopo il commento all'editto relativo ai *susceptores* e a coloro che usano la violenza per indurre altri a giocare, abbia ricordato la delibera del senato relativa al divieto di *in pecuniam ludere*, in base alla quale il pretore avrebbe concesso fra l'altro l'azione di ripetizione⁴⁵.

A una azione di ripetizione concessa dal pretore pensa anche Kuryłowicz⁴⁶. Egli parte dalla considerazione che la *repetitio*, menzionata in Paul. 19 *ad ed. D. 11.5.4.1-2* come anche nella parte

⁴³ Il problema per lo più discusso è se esso abbia preceduto o seguito le leggi *Titia*, *Publicia* e *Sempronia* (anch'esse di data incerta) menzionate da Marciano in Marc. 5 *reg. D. 11.5.3*. Per la anteriorità del senatoconsulto, v. C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 11 ss., spec. 72 ss.; P. ROSSI, *L'opinione di Pomponio sulle origini del potere legislativo del senato*, in *Studi Senesi*, VI, 1889, 125; G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR*, 71, 1968, 44 s., il quale inoltre, pur non entrando nel problema della datazione per assenza di elementi decisivi, lo colloca in età repubblicana; in senso analogo, S. BREMBILLA, '*Provocat me in aleam*', cit., 347 s. e 353 s. Per l'anteriorità delle leggi, v. B. LORETI LORINI, *Il potere legislativo del Senato romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 389, la quale afferma che nulla proverebbe l'anteriorità del senatoconsulto, a suo avviso risalente all'età imperiale; in senso analogo, A. POLLERA, *In tema*, cit., 537 s. e nt. 42; in forma del tutto congetturale, E. NARDI, *Monobolo*, cit., 305.

⁴⁴ Come ritiene H. KRÜGER, *Verweisungsedikte im prätorischen Album*, in *ZSS*, 50, 1916, 296 s.

⁴⁵ Sul punto si tornerà nel § 4.

⁴⁶ M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 206 ss. e 209.

finale di Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.5⁴⁷, potrebbe astrattamente essere tanto una *rei vindicatio*, quanto una *condictio*. Escluso, però, che si trattasse di una *rei vindicatio* per la pratica impossibilità di una identificazione delle monete presso il destinatario, egli si domanda a quale *condictio* farebbero riferimento i testi citati. D. 19.5.17.5, nella parte in cui parla della *repetitio* per il caso della *inbonesta causa sponsionis*, potrebbe far pensare alla *condictio ob turpem causam*⁴⁸. L'ipotesi viene però scartata perché in contrasto con la regola '*ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti*' (Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.3)⁴⁹. E vengono scartate pure le ipotesi di una *condictio ob iniustam causam* e di una *condictio indebiti*⁵⁰, in quanto non suffragate da dati testuali. Lo studioso pensa quindi che, essendo stata giudicata inapplicabile la *condictio* del *ius civile*, il pretore avrebbe colmato il vuoto con il suo editto *De aleatoribus*, con il quale avrebbe accordato al perdente una *actio in factum*⁵¹ per la ripetizione (*repetitio ex hoc edicto*, Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.2)⁵². Per quanto

⁴⁷ Riportato sopra, § 2.

⁴⁸ In questo senso, v. R. VON MAYR, *Die 'condictio' des römischen Privatrechtes*, Leipzig, 1900, 159; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, 183, nt. 42.

⁴⁹ A questo proposito, M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 207, evidenzia da un lato la *turpitude* di entrambi i giocatori derivante dal divieto di gioco, dall'altro il frequente paragone dell'*alea* a *stuprum* e *adulterium* (lo studioso cita Cic. *Catil.* 2.10; 2.23; Iuv. 11.176 s.; Plin. *pan.* 82.9; Quint. *inst.* 2.4.22; Sen. *ben.* 7.16.3; Svet. *Cl.* 5; Vit. 4; Macr. *sat.* 3.16.15; Pomp. 12 *ad Sab.* D. 17.2.59.1) entrambi assoggettati alla regola di Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.5.3 (Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4 pr.).

⁵⁰ Entrambe sostenute da E. VALIÑO, la prima in *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in *AHDE*, 38, 1968, 431, e la seconda in '*Actiones*', cit., 203.

⁵¹ A una *actio in factum* pensa anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1348.

⁵² Non vi sarebbe però, secondo lo studioso, una relazione tra questo editto e il *senatusconsultum* di cui in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.2.1, in quanto la delibera del

riguarda la fattispecie considerata in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.2, lo studioso pensa che essa sia la stessa contemplata nella seconda parte di Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.1 (dove viene accordata l'*actio de peculio* contro il padrone e, a suo modo di vedere, anche contro il padre dello schiavo e del figlio che abbiano incassato denaro vinto al gioco⁵³). La particolarità starebbe nel fatto che, dopo aver vinto, lo schiavo sarebbe stato manomesso e il *filius familias* emancipato: l'azione sarebbe perciò accordata in via utile perché lo schiavo e il figlio non erano più soggetti a potestà.

Se l'idea di una azione di ripetizione concessa dal pretore mi pare convincente, altrettanto non posso dire per l'interpretazione di Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.2 offerta da Kuryłowicz. Una volta promessa nell'editto l'azione di ripetizione e una volta riconosciuto che il padrone dello schiavo (o il padre del *filius familias*) poteva essere convenuto *de peculio* per le vincite incassate dal soggetto a potestà '*quia ex negotio gesto agitur*', nel caso in cui lo schiavo fosse stato successivamente manomesso (o il figlio fosse stato successivamente emancipato), non sarebbe stato necessario il ricorso a una *repetitio utilis*, potendosi applicare le regole generali dettate in tema di *actio de peculio* per il caso di cessazione del rapporto potestativo conseguente a manomissione ed emancipazione⁵⁴. Assai più probabile pare dunque l'ipotesi

senato sarebbe l'ultimo provvedimento di età classica a noi noto in materia di *alea*: M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 196 s.

⁵³ M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 209 ss.

⁵⁴ Cfr. A. BURDESE, *Diritto privato romano*³, Torino, 1975, 510 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 88. Ancora meno convincente è la tesi di E. VALIÑO, '*Actiones*', cit., 203, il quale ipotizza che l'azione utile fosse esperibile per far valere la restituzione delle vincite incassate dai figli emancipati e dagli schiavi manomessi e poi trasmesse ai loro *parentes manumissores* e *patroni* che sarebbero stati gli impresari del gioco: la *condictio* sarebbe data in via utile perché gli impresari ricevevano la *datio* non direttamente, ma per il tramite dei figli emancipati e degli schiavi manomessi, e

secondo la quale la *repetitio utilis* di cui in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.2 alluda all'azione esperibile da figli emancipati e da schiavi manomessi per i debiti di gioco pagati a *parentes* e *patroni*⁵⁵.

4. Paul. 19 'ad ed.' D. 11.5.4.1 e le tracce di una pena da perseguire nelle forme del processo civile contro il giocatore che abbia incassato la vincita. Il divieto senatorio di 'in pecuniam ludere' e l'azione di ripetizione pretoria non penale.

Resta infine un'ultima traccia della disciplina privatistica sulla quale nessuno, mi pare, ha fermato l'attenzione. Essa si trova in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4.1, dove il giurista, a proposito dell'azione

dunque la finzione inserita nella formula sarebbe stata o che figli emancipati e schiavi manomessi fossero *filii familias* e *servi*, oppure che il pagamento del debito di gioco fosse stato fatto direttamente a *parentes manumissores* e *patroni*. Come ha notato anche M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 212, nt. 118, questa ipotesi oltrepassa i limiti del testo.

⁵⁵ In questo senso, oltre G. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 506, v. già anche F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 548; G. R. POTHIER, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese*, I ed. italiana, II, Livorno, 1836, 174, secondo il quale figli e liberti non erano ammessi a intentare l'azione diretta in quanto *famosa*: a figli e liberti veniva dunque concessa un'azione *utilis* o *in factum* che non portava con sé l'infamia del condannato; Lenel, il quale, nella prima edizione dell'*Edictum Perpetuum* (O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1883, 135, e nt. 10), riteneva che l'azione di ripetizione fosse accordata in via utile contro *parentes* e *patroni* in quanto quella prevista nell'editto probabilmente prevedeva un supplemento a titolo di pena; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1348, il quale, escluso che l'azione diretta fosse infamante, ritiene che essa non fosse esperibile contro *parentes* e *patroni* in quanto, essendo concepita *in factum*, avrebbe menzionato nell'*intentio* la circostanza che l'oggetto della *repetitio* era stato vinto *in alea* dal convenuto; e siccome il guadagno al gioco era immorale, contro *parentes* e *patroni* si sarebbe concessa una *actio utilis* priva di questo riferimento.

da concedere contro il padrone per le vincite incassate dallo schiavo, dice che essa è una *actio de peculio*, e non *noxalis*, *quia ex negotio gesto agitur*⁵⁶. Ora, a me pare che se Paolo sente il bisogno di specificarlo, ciò significa che qualche dubbio ci poteva essere.

Occorre dunque fare un passo indietro e fermare per un momento l'attenzione sulle considerazioni fatte soprattutto dalla dottrina meno recente a proposito della *lex alearia* o delle *leges aleariae* di cui è traccia nelle fonti letterarie⁵⁷. È opinione pressoché indiscussa che questa legge, o almeno la più antica di queste leggi⁵⁸, avrebbe previsto una *poena quadrupli*⁵⁹. È invece discusso se gli

⁵⁶ Il dato viene evidenziato da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1348, per rilevare che l'azione non era penale e che dunque l'affermazione di Paolo impedisce di accogliere l'idea avanzata da Lenel (ricordata nella nota precedente), secondo il quale l'azione di ripetizione prevedeva probabilmente un supplemento a titolo di pena. Sulla base della giusta osservazione di Karlowa, Lenel ritratterà la sua precedente ipotesi, affermando che non si può ipotizzare un supplemento penale (O. LENEL, *Das Edictum*³, cit., 176, nt. 6). Per un rilievo relativo alla vasta concezione di *negotium gestum* emergente dal passo, v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 441; M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 210.

⁵⁷ V. sopra, nt. 6.

⁵⁸ Vale a dire, quella già nota ai tempi di Plauto (*Mil.* 164-165, sopra nt. 6), che per lo più è datata al 204 a.C. (v. la lett. citata in S. BREMBILLA, *Provocat me in aleam*, cit., 342, nt. 25).

⁵⁹ L'ipotesi poggia sullo scolio del Ps. Ascon. in *div.* 24: ... *alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores, qui convicti quadrupli damnari soleant, [aut] <ut> aleae aut pecuniae gravioribus usuris foeneratis ...* Sul punto v. W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844, 833; C. SCHOENHARDT, *'Alea'*, cit., 36 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1347; G. HUMBERT, voce *'Alea'*, in *DS*, 1, 1877, 180; O. LENEL, *Das Edictum*³, cit., 176, nt. 6; F. DE MARTINO, *I 'quadruplatores' nel 'Persa' di Plauto*, in *Labeo*, 1, 1955, 43 s.; F. LA ROSA, *Note sui 'tresviri capitales'*, in *Labeo*, 3, 1957, 238, nt. 28; G. LONGO, voce *'Lex alearia'*, in *Noviss. dig. it.*, 9, Torino, 1968, 769; F. STURM, *Gesellschafterausgaben*, cit., 81; S. DI SALVO, *'Lex Laetoria'. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979, 135 s. e nt. 91; M. KURYŁOWICZ, *Das*

aleatores fossero puniti nell'ambito del processo civile o nell'ambito di quello criminale⁶⁰. L'unico autore che ha studiato a fondo il tema delle conseguenze penali del gioco d'azzardo⁶¹, ipotizza però che le diverse leggi alinarie succedutesi nel tempo avrebbero previsto diverse pene: una più antica *poena quadrupli* esigibile nella forma della *manus iniectio pura* e una più recente multa irrogabile nell'ambito del processo edilizio⁶². A noi interessa la più antica. L'ipotesi avanzata da Schoenhardt è che l'*actio quadrupli ex lege alearia* farebbe parte delle azioni difensive teorizzate da Jhering⁶³. La più antica *lex alearia*, dunque, analogamente alla *lex Furia testamentaria*, sarebbe stata una *lex minus quam perfecta* che avrebbe consentito a chi avesse perso al gioco di reagire all'azione del creditore o di prevenirla con una *manus iniectio pura* per il *quadruplum*^{64 65}.

Glücksspiel, cit., 200; il collegamento della plautina *lex alearia* con la chiusa di Ps. Ascon. *in div.* 24 resta ipotetico per E. NARDI, *Monobolo*, cit., 300 s. Contro l'idea – sostenuta ad esempio da TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 861, e nt. 4 – che l'*alea* fosse punita con l'esilio, v. diffusamente C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 20 ss. Su questa ipotesi, v. anche M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 201 s.

⁶⁰ Sulla questione v. per tutti C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 39 ss.

⁶¹ C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 36 ss.

⁶² Tale sarebbe stato il processo contro Licinio Denticula cui accenna Cic. *Phil.* 2.23.56: C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 45 ss., spec. 55 ss. Per una duplice forma di repressione, peraltro già esistente all'epoca di Plauto, v. anche A. POLLERA, *In tema*, cit., 522 ss., spec. 526 ss.

⁶³ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, IV, tr. franc., Paris, 1878, 107 ss.

⁶⁴ V. anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1347, secondo il quale il vincitore era *damnas* a restituire il doppio e la *manus iniectio pura* esperibile contro di lui aumentava al quadruplo se egli negava e *manum sibi depellebat*.

⁶⁵ Secondo C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 70 e nt. 4, non è però improbabile che il legislatore, qui come in altri casi, arrivasse al punto di accordare la 'controazione' nel quadruplo anche se il vincitore avesse accettato il volontario pagamento del debito di gioco. In tal caso l'*actio quadrupli* esperita dal giocatore

Schoenhardt rileva però come, contro questa sua ipotesi, si potrebbe a ragione obiettare che considerando il gioco d'azzardo quale fondamento di una azione del perdente per un multiplo di quanto perso, si sarebbe in qualche modo fornito un premio per la perdita al gioco, e dunque, almeno in un senso, per l'*alea* stessa, cosa che non poteva corrispondere all'intento del legislatore: è chiaro, infatti, nota lo studioso, che il *quadruplum* ha un senso quale pretesa del derubato contro il ladro, o della vittima di un negozio usurario contro il *fenerator*, ma non come pretesa del giocatore contro il giocatore, come pretesa del complice contro il partner favorito dal caso ⁶⁶. Contro questa possibile obiezione, egli osserva però come non sia affatto impensabile che il diritto antico, nella spinta diretta a prevenire un male che si stava diffondendo, abbia sottovalutato o addirittura consapevolmente ignorato la differenza che corre tra la posizione di un giocatore sconfitto e quella di un derubato o di una vittima di negozio usurario, e che quindi anche nell'*alea* abbia preso in considerazione solo l'immorale guadagno⁶⁷. A ciò si aggiunga che la *manus iniectio quadrupli* sarebbe stata

sconfitto avrebbe ricompreso la ripetizione del pagato. In seguito il pretore avrebbe accordato la ripetizione spogliata del suo accrescimento penale nel quadruplo. Sotto questo profilo, dunque, anche questo a. critica l'ipotesi inizialmente avanzata da O. LENEL, *Das Edictum*, 1883, 135 (v. sopra, nt. 55 e 56).

⁶⁶ C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 71.

⁶⁷ Sul punto v. anche C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Torino, 1894 (rist. anast., Roma, 1972), 25, il quale, partendo dall'idea di cui si dirà subito nel testo, e cioè che questa *manus iniectio quadrupli* fosse un'azione popolare, osserva che «l'interesse pubblico vuole in prima linea farsi valere: e a tal uopo la legge non si preoccupa delle conseguenze. Sia pure che il perdente possa arricchire: non importa. Quel che importa è di far balenare davanti agli occhi dell'attore lo spauracchio di quella gravissima pena».

un'azione popolare⁶⁸, fin dall'inizio o per effetto di successivi interventi: qualora l'interessato non avesse potuto o voluto agire, la *manus iniectio* sarebbe cioè stata esperibile da qualunque cittadino. Intesa come azione (popolare) difensiva, dunque, l'*actio quadrupli ex alea* non apparirebbe come uno strumento concesso in base al delitto di *alea* e direttamente al correo, bensì come punizione per il *dolus* dell'attore che avesse osato realizzare un profitto malvisto dalla legge⁶⁹. L'idea che la legge mirasse a punire il solo giocatore che avesse tratto guadagno dal gioco vietato diventa ancora più evidente quando si vogliono accettare le conclusioni di Kaser circa gli effetti delle *leges minus quam perfectae*⁷⁰, alle quali sarebbe comune⁷¹ il fatto che la sanzione si dirigeva non immediatamente contro il negozio giuridico⁷², bensì contro il *capere*, cioè contro l'atto di acquisto basato sul negozio di attribuzione, *capere* che veniva punito con una *poena quadrupli*⁷³: l'acquisto contrario al divieto non sarebbe divenuto inefficace e dunque l'acquirente lo

⁶⁸ In questo senso, oltre C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 70 ss., v. C. FADDA, *L'azione*, cit., 21; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1347; F. DE MARTINO, *I 'quadruplicatores'*, cit., 43 s.; S. DI SALVO, '*Lex Laetoria*', cit., 135 s., nt. 90; A. POLLERA, *In tema*, cit., 527 ss.

⁶⁹ C. SCHOENHARDT, '*Alea*', cit., 71 s.

⁷⁰ M. KASER, *Über Verbotsgesetze*, cit., 33 ss.

⁷¹ Fatta eccezione per la *lex Laetoria* che lo studioso ritiene di poter attribuire a questa categoria di leggi (M. KASER, *Über Verbotsgesetze*, cit., 39 s.).

⁷² Così anche R. VON JHERING, *L'esprit*, cit., 108 s.

⁷³ Così nella *lex Furia testamentaria*, che puniva con *poena quadrupli* esigibile con *manus iniectio pura* chi – fatta eccezione per certi parenti – avesse accettato per legato o in base ad altra disposizione *mortis causa*, più di 1000 assi; così nelle XII Tavole, che punivano con *poena quadrupli* chi avesse accettato interessi eccedenti il *fenus unciarum*; così, infine, nella *lex Cincia*, che puniva con *poena quadrupli* l'avvocato che avesse accettato doni per la sua prestazione (M. KASER, *Über Verbotsgesetze*, cit., 33 ss., spec. 38).

avrebbe conservato, accontentandosi il legislatore dell'efficacia intimidatoria della pena⁷⁴.

Chiusa questa parentesi sull'azione penale nel *quadruplum* esperibile contro il vincitore sulla base della più antica *lex alearia*, è ora possibile tornare al passo in cui Paolo precisa che l'azione esperibile contro il *dominus* per la vincita incassata dal suo schiavo è una *actio de peculio*, e non una azione nossale, *quia ex negotio gesto agitur*. La precisazione sembra diretta a chiarire che il *capere* dello schiavo non costituisce un atto illecito perseguibile con azione penale, fugando un possibile dubbio al riguardo. In essa si può dunque vedere il ricordo, oltre che una ulteriore conferma, dell'antica azione, che spinge il giurista a sottolineare come l'azione di ripetizione non sia ormai più una azione penale, ma una normale azione di ripetizione nei limiti del peculio. Ma è possibile anche un'ipotesi più azzardata. Non si può infatti escludere che, almeno in un primo momento, il pretore abbia accordato una azione di ripetizione con caratteristiche analoghe a quelle dell'antica *manus iniectio quadrupli*, ossia una azione di ripetizione penale e popolare⁷⁵,

⁷⁴ Con il progressivo affinamento della coscienza giuridica si sarebbe cercata una giustificazione per tale acquisto, forse trovato nel fatto che l'acquisto contrario alla legge veniva rimborsato mediante la corresponsione della sanzione pecuniaria, così che la *poena* finiva per avere nello stesso tempo una funzione 'sachverfolgende': M. KASER, *Über Verbotsgesetze*, cit., 39.

⁷⁵ La congettura che l'azione pretoria di ripetizione, nel caso in cui il perdente o il suo erede non avessero voluto o potuto agire, sarebbe stata popolare come l'antica *manus iniectio*, è avanzata da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1348, il quale evidenzia che del resto la natura popolare si ritroverà anche nell'azione di ripetizione accordata da Giustiniano. Poiché però, sulla base di Paul. 19 *ad ed. D.* 11.5.4.1 (... *dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis*, ...), lo studioso giustamente esclude che l'azione di ripetizione fosse penale (sopra, nt. 56), e poiché le azioni pretorie popolari sono tutte penali, mi pare che l'idea della popolarità dell'azione possa essere sostenuta solo in riferimento a una ipotetica azione originaria non pervenutaci, sostituita poi dalla azione di

ancora diretta contro l'illecito *capere* da parte del vincitore, azione che con il passare del tempo, vuoi per interpretazione giurisprudenziale, vuoi per successivi interventi normativi, avrebbe perso quelle caratteristiche. È chiaro che ci troviamo sul piano delle pure congetture, e su questo piano ci si può divertire a proseguire, prendendo spunto da un'idea di Hugo Krüger⁷⁶, secondo il quale la clausola edittale ipotizzata da Lenel, nella quale era annunciata la *denegatio actionis* per la vincita, sarebbe stata introdotta nell'editto del pretore per ordine del senato che *vetuit in pecuniam ludere*. Si potrebbe cioè pensare che non già la clausola edittale relativa alla *denegatio actionis*, bensì l'altra clausola ipotizzata da Lenel, quella cioè contenente la promessa dell'azione di ripetizione non penale (fin dall'origine o divenuta tale a seguito dell'ipotizzata trasformazione), vada ricollegata all'intervento del senato. Si è detto che l'antica *lex de alea*, in quanto *minus quam perfecta*, avrebbe vietato e punito il solo *capere* da parte del vincitore, e che, sulla base di questa legge, il perdente (o il *quivis de populo*) avrebbe potuto agire con la *manus iniectio quadrupli*; si è poi ipotizzato che l'azione di ripetizione pretoria potrebbe inizialmente aver conservato natura penale e popolare, dirigendosi quindi ancora contro l'illecito *capere* da parte del vincitore; e si è pure detto come questo tipo di rimedi sia diretto a scoraggiare illeciti guadagni nell'interesse pubblico, senza riguardo per le conseguenze, prima fra tutte l'arricchimento del perdente. Si può allora congetturare che in un'epoca più matura, il senato, forse anche in concomitanza con l'affermarsi della repressione criminale del gioco d'azzardo o forse addirittura in un periodo in cui la repressione criminale del gioco d'azzardo si

ripetizione non penale cui allude Paolo in D. 11.5.4.1. È infatti difficile pensare che la stessa azione fosse reipersecutoria se esperita dal perdente e diventasse invece penale se esperita dal *quivis de populo*.

⁷⁶ H. KRÜGER, *Verweisungsedikte*, cit., 296 s.

era rivelata inadatta ad arginare il fenomeno dilagante⁷⁷, abbia voluto disciplinare le conseguenze puramente civili del gioco d'azzardo, e abbia perciò vietato l'*in pecuniam ludere*, intendendo sanzionare non più il *capere*, bensì per l'appunto il gioco per denaro, il gioco d'azzardo, cioè il negozio di gioco⁷⁸; e che, a tale scopo, il senato abbia attribuito al pretore il compito di dare attuazione al divieto, cosa che il pretore avrebbe fatto accordando (fin dall'inizio o modificando il precedente editto) l'azione di ripetizione di cui è

⁷⁷ Cfr. Ov. tr. 2.471-472: *sunt aliis scriptae, quibus alea luditur, artes; / hoc est ad nostros non leve crimen avos*, dal quale sembra desumersi che ai suoi tempi l'infrazione del divieto fosse considerato con minor rigore che al tempo degli avi. Sul punto v. S. BREMBILLA, 'Provocat me in aleam', cit., 340 s., e E. NARDI, *Monobolo*, cit., 303, il quale forse non a torto rileva che «però 'crimen' ha l'aria d'esser qui solo un termine generico; che il giurista non può utilizzare per deduzioni sull'ordinamento punitivo, bensì unicamente per valutazioni sociali (o, si direbbe oggi, 'sociologiche')». V. inoltre le considerazioni di M. KURYŁOWICZ, *Das Glücksspiel*, cit., 197 s., relative al fatto che le leggi sul gioco, *senatusconsultum* compreso, erano applicate principalmente a persone appartenenti agli strati più bassi della società romana, le quali peraltro erano poco sensibili alle sanzioni in esse previste, come risulterebbe da Mart. 14.1: *nec timet aedilem*.

⁷⁸ Volendo accettare l'idea che Giustiniano (C. 3.43.1.1: ... *hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere: et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solum reddatur et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederunt vel eorum beredibus aut his neglegentibus a patribus seu defensoribus locorum.*) avrebbe inteso combattere il dilagante fenomeno del gioco d'azzardo solo sul piano civilistico, abolendo ogni conseguenza penale dello stesso a carico dei giocatori (il dato non è però sicuro in quanto nell'Indice di Taleleo, B. 60.8.5, si legge che la costituzione di Giustiniano vietò i giochi e, fatta eccezione per cinque, stabilì *τινα ἐπιτίμια κατὰ τῶν κωβουόντων*), e che proprio per questa ragione il Digesto non conterrebbe più alcun riferimento alle antiche *leges aleariae* (cfr. C. SCHOENHARDT, 'Alea', cit., 90 s.), la congettura appena fatta a proposito del senatoconsulto potrebbe anche spiegare perché esso sarebbe stato invece conservato nel Digesto.

rimasta traccia nelle fonti⁷⁹. Di qui la precisazione di Paolo, per cui l'azione esperibile contro il *dominus* dello schiavo che ha incassato la vincita non è una azione nossale, ma una *actio de peculio, quia ex negotio gesto agitur*.

5. 'Exceptio negotii in alea gesti', 'denegatio actionis' e azione di ripetizione

L'idea che il più antico rimedio contro il gioco d'azzardo sia stata una *manus iniectio quadrupli* la quale, se esperita dal perdente, conteneva in sé la ripetizione, e che in un modo o nell'altro questo antico diritto alla ripetizione sia stato fin dall'inizio recepito nell'editto del pretore, consente infine un'ulteriore congettura.

Si è detto che la menzione dell'*exceptio negotii in alea gesti* nel titolo 44.5 del Digesto ha fatto ipotizzare la presenza di una corrispondente *denegatio actionis* nell'editto del pretore, e precisamente nell'editto *De aleatoribus*, *denegatio* di cui però non è rimasta alcuna traccia⁸⁰. Se però si ritiene che l'editto *De aleatoribus* abbia sempre contenuto un'azione di ripetizione del perdente contro il vincitore (penale e popolare prima e poi reipersecutoria, oppure immediatamente reipersecutoria), una espressa previsione

⁷⁹ Il vincitore, dunque, sarebbe stato tenuto alla restituzione non già in base al senatoconsulto, bensì sul piano del *ius honorarium*. La congettura è dunque che il senatoconsulto faccia parte di quei provvedimenti con i quali il senato, a partire dall'età repubblicana e fino al I sec. d.C., è intervenuto nella disciplina dei rapporti privatistici con decisioni che «vincolavano – forse più politicamente che giuridicamente – il magistrato, ma non avevano un'efficacia normativa diretta nei confronti dei soggetti dell'ordinamento, che erano invece tenuti, sul piano del *ius honorarium*, in base all'esercizio dell'*imperium* pretorio»: M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 28.

⁸⁰ V. sopra, § 2.

edittole della *denegatio actionis*, salvo ipotizzare che essa fosse opponibile a terzi divenuti creditori del giocatore sulla base di negozi conclusi a fini di gioco⁸¹, potrebbe apparire superflua in quanto ‘ricompresa’ nella previsione della ripetibilità del pagato. Se quindi il vincitore avesse avuto la sfrontatezza di agire sulla base di un negozio dal quale risultava la causa illecita della sua pretesa, anche a prescindere dalla validità del negozio stesso, il pretore, pure in assenza di una specifica previsione edittole, gli avrebbe potuto denegare l’azione in base al principio *dolo facit, qui petit quod redditurus est*⁸²; se invece avesse agito sulla base della ipotizzata *stipulatio* concepita astrattamente, il pretore avrebbe concesso al convenuto l’*exceptio negotii in alea gesti, idem*, nel caso in cui ad agire fosse il terzo. La congettura è dunque che nel caso dell’*alea*, il rimedio corrispondente all’*exceptio negotii in alea gesti* fosse non già la *denegatio actionis*, bensì l’azione per la ripetizione accordata al perdente, che ricomprende in sé il rifiuto dell’azione al vincitore⁸³

⁸¹ Ipotesi che però non è parsa convincente: sopra, § 2 i.f. e nt. 36.

⁸² Paul. 6 *ad Plaut.* D. 44.4.8 pr. = D. 50.17.173.3.

⁸³ Resta fuori da questa riflessione – dedicata agli aspetti civilistici della disciplina classica del gioco d’azzardo vietato – l’analisi del caso menzionato in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.4 pr. (*Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem [familia] <alea> ludere permittitur*), nonché quella dei provvedimenti che riguardano il *ludere in pecuniam* consentito dall’ordinamento, ossia il *ludere in pecuniam* nei giochi *virtutis causa* (sui giochi consentiti, e in particolare sul confronto tra quelli menzionati in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.2.1 e in C. 3.43.1.4, v. E. NARDI, *Monobolo*, cit., 305 s., spec. 318 ss.). Si è detto che la liceità di questo gioco per denaro risulta dal senatoconsulto menzionato in Paul. 19 *ad ed.* D. 11.5.2.1, il quale stabilì una eccezione al generale divieto di giocare per soldi per il caso delle competizioni atletiche. I Compilatori hanno poi collegato a questo passo di Paolo un passo di Marciano che, per lo meno in questa connessione, ci informa della esistenza di tre leggi (la *lex Titia*, la *lex Publicia* e la *lex Cornelia*) in base alle quali, nei giochi atletici, sarebbe lecito anche il ricorso alla *sponsio*, mentre negli altri casi sarebbe illecito (Marc. 5 *reg.* D. 11.5.3). La assoluta indeterminatezza di queste leggi e del senatoconsulto ha indotto la

dottrina a formulare diverse ipotesi sulla loro datazione, sul loro contenuto e sui loro reciproci rapporti, ipotesi sulle quali non mi soffermo ulteriormente (per qualche cenno, v. sopra, nt. 43) per la ragione appena indicata. Poiché però il tema del gioco è poco esplorato dalla dottrina, credo meriti una breve considerazione l'ipotesi da ultima avanzata da S. BREMBILLA, *'Provocat me in aleam'*, cit., 352 ss. Sulla base della struttura sintattica della frase di Marciano (*in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsonem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet*), la studiosa ipotizza che la *lex Cornelia* avrebbe avuto un contenuto diverso dalle altre due leggi in quanto «l'uso del termine *etiam* dopo e non prima di *Cornelia* sta a significare che la legge in esame prevede un qualche cosa in più e di diverso rispetto alle altre due» (p. 354). Fermo restando che sulle leggi *Titia* e *Publicia* ci è consentito di sapere molto poco, la studiosa ipotizza che la *lex Cornelia* possa identificarsi con la *lex Cornelia de sponsu* sulla quale ci informano le Istituzioni di Gaio (Gai 3.124). Gaio dice che in sede di interpretazione di questa legge, la quale fissava un tetto massimo per le garanzie personali dello stesso garante per lo stesso debito nello stesso anno, si era ritenuto che il beneficio della riduzione in essa previsto non si applicasse nel caso in cui il debito principale fosse sottoposto a condizione. Brembilla nota quindi come, considerando che nel negozio di gioco l'obbligazione sarebbe sottoposta a condizione, si dovrebbe escludere l'applicabilità della legge ai garanti di obbligazioni nascenti da contratto di gioco. Tuttavia, osserva la studiosa, nel negozio di gioco la vittoria è un evento che comunque si verificherà e dunque l'*alea* incide solo sull'individuazione di chi sarà creditore e debitore, ma non sulla nascita dell'obbligazione, che è appunto certa. Contro questa ipotesi si deve però osservare che essa reggerebbe solamente se il garante fosse tale per entrambi gli scommettitori: è chiaro, invece, che per il garante di uno dei due giocatori il debito garantito è condizionato, perché non si sa se il garantito vincerà o no, e dunque è incerto se diventerà debitore oppure no. D'altra parte, non pare convincente nemmeno il presupposto da cui parte Brembilla, ossia che la struttura grammaticale della frase induce a pensare ad un diverso contenuto della *lex Cornelia* rispetto alle due leggi precedentemente menzionate: collegando l'*etiam* solo a *Cornelia*, non si riesce infatti a capire il senso delle parole *ex lege Titia et Publicia et*, le quali restano in sospeso. Nonostante questo ulteriore tentativo di spiegazione, resta dunque ancora incerto cosa sia questa *sponso* di cui le tre leggi avrebbero disposto la liceità in riferimento ai giochi per denaro consentiti dal senatoconsulto e l'illiceità in riferimento a quelli vietati, fra i quali rientra

ABSTRACT

Lo studio si occupa del contenuto del titolo 11.5 ‘*De aleatoribus*’ del Digesto, considerando la disciplina privatistica del gioco d’azzardo vietato, con una analisi delle regole relative ai rapporti fra giocatori (e in misura minore fra giocatori e terzi), il cui scopo è quello di individuare le tracce dell’ordinamento classico.

The paper deals with the content of Digest title 11.5 ‘*De aleatoribus*’. It considers the (private) law related to forbidden gaming, with an analysis of the rules concerning the relationship between players (and to a lesser extent third parties), whose purpose is discovering the traces of the classical law.

PAOLA ZILLOTTO

Professore associato di Diritto romano

Università degli Studi di Udine

paola.ziliotto@uniud.it

evidentemente il gioco d’azzardo. In uno studio come questo, dedicato alla disciplina privatistica del gioco d’azzardo vietato, una analisi di queste leggi sarebbe quindi doverosa. Siccome, però, la completa ignoranza sulla datazione di queste leggi e quindi sul loro rapporto con le *leges aleariae* menzionate nelle fonti letterarie (le tre leggi sono le *leges aleariae* o sono leggi diverse?) e con il senatoconsulto, rende impossibile qualsiasi ipotesi che non sia meramente congetturale, ritengo velleitario aggiungerne una ulteriore a quelle che già sono state avanzate, alle quali dunque mi limito a fare rinvio.

