



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 27 (2023), pp. 1-15

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2023.27.0.9586>

**IL ‘NATURALE’ DEBITUM CLASSICO E LE OBLIGATIONES
NATURALES GIUSTINIANEE: UN CONFRONTO INEVITABILE**
**THE CLASSICAL ‘NATURALE’ DEBITUM AND JUSTINIAN’S
OBLIGATIONES NATURALES: AN INEVITABLE COMPARISON**

SARA LONGO

*Professoressa Ordinaria di Diritto Romano
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania
Catedrática de Derecho Romano
Facultad de Derecho
Universidad de Catania*

Recibido: 20/03/2023

Aceptado: 10/04/2023

Sommario: Nel condurre una efficace analisi sintetica sull’iter di evoluzione/involuzione proprio della *naturalis obligatio*, viene prestata attenzione, per un verso alle esigenze – alimentate pure da un preesistente intervento normativo *iure honorario* – che spinsero la *iurisprudencia* ad elaborare il concetto tecnico di ‘*naturalis obligatio*’, per altro verso ai molteplici e diversi fattori che ‘stravolsero’ il comune denominatore delle obbligazioni naturali classiche, per dar vita nel diritto giustiniano ad un allargamento funzionale e alquanto eterogeneo della categoria delle *obligationes naturales*; si getteranno così le basi della moderna figura dell’obbligazione naturale così come configurata dall’art. 2034 cod. civ.

Parole-chiave: Adempimento; Fideiussione; *Ius gentium*; Doveri morale; Responsabilità.

Abstract: The author offers a new, and effective, synth analysis on the iter ‘evolution/involution’ of the *obligatio naturalis*. Two elements are of greater interest: the needs that took the jurisprudence to elaborate the technical concept of *naturalis obligatio* (not neglecting the pre-existing regulatory intervention *iure honorario*) and the many and various factors that ‘upset’ the common denominator of the classical natural obligations in order to determine in the Justinianic law a functional enlargement, somehow heterogeneous, of the category of the *obligationes naturales*. By this way the path to the modern concept of

the natural obligations began and it notoriously took in Italy to the art. 2034 on the Civil Code.

Keywords: Accomplishment; Surety; *Ius gentium*; Moral duty.

Sumario: I. IL PRETORE E LE ACTIONES C.D. 'ADIECTICIAE QUALITATIS'. II. L'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA NOZIONE ORIGINARIA DI 'NATURALIS OBLIGATIO'. III. LA NOZIONE CLASSICA DI 'NATURALIS OBLIGATIO' E LA CONDIZIONE GIURIDICA DEL FILIUS FAMILIAS. IV. I DEBITI CONTRATTI DAL PUPILLO 'SINE TUTORIS AUCTORITATE'. V. IL NUOVO SCENARIO GIUSTINIANO DELLA NATURALIS OBLIGATIO: ANALISI DI D. 46.1.16.3-4. VI. BIBLIOGRAFIA.

* * *

I. IL PRETORE E LE ACTIONES C.D. 'ADIECTICIAE QUALITATIS'

Prendendo spunto da una mia Relazione tenuta qualche anno fa in un Seminario su '*Le obbligazioni naturali tra dogmi antichi e nuovi interrogativi*', organizzato dal Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università degli Studi di Padova, proverò qui a tracciare un quadro, necessariamente e comprensibilmente sommario ma al tempo stesso tendenzialmente esaustivo, circa le origini di quella figura peculiare di obbligazione, qual è appunto l'obbligazione naturale; origini che vanno individuate nella esperienza giuridica romana, in generale, nella esperienza giuridica romana dell'epoca classica, in particolare.

Come è noto, quello della *naturalis obligatio* rappresenta uno dei temi più travagliati di tutti i tempi; e ciò fondamentalmente per lo stato attuale delle fonti che, se da una parte si presenta contraddistinto da una estrema eterogeneità di fattispecie qualificate con la terminologia relativa (*naturalis obligatio* e *naturaliter obligari*, o espressioni ad essa affini, come *naturale debitum* e *natura debere*), dall'altra, proprio per questa sua evidente contraddittorietà non autorizza l'interprete – neppure se si tratta di un 'veterano' di questa tematica così tortuosa, qual è Alberto Burdese¹ – a «isolare la considerazione di singoli testi per esprimere su di essi una opinione che si volesse presumere esauriente»².

Vi è però un risultato sul quale la ricerca scientifica è assolutamente convergente, e che proprio per questo è senz'altro da assumere come vero e proprio 'punto fermo', cui poter ancorare gli studi futuri. Benché, infatti, ad oggi non possa dirsi del tutto risolto nella romanistica il dibattito circa la corretta identificazione delle figure di *naturalis obligatio* da inquadrare nel periodo classico, in ogni caso il nucleo originario della *naturalis obligatio*, il 'primo' caso romano di obbligazione naturale che appare in qualche modo sicuro e pacifico nella dottrina, quello cioè per il quale i *iuris prudentes* costruirono – 'inventarono', potremmo

¹ Più indagini l'insigne studioso ha dedicato all'argomento: BURDESE, Alberto, «La nozione classica di *naturalis obligatio*», Torino, 1955, *passim*; «Dubbi in tema di 'naturalis obligatio'», in *Studi in onore di G. Scherillo*, vol. II, Milano, 1972, pp. 485 ss.; «La 'naturalis obligatio' nella più recente dottrina», in *Studi Parmensi*, vol. XXXII, Milano, 1983, pp. 45 ss. (= BURDESE, Alberto, «Miscellanea romanistica», Madrid, 1994, pp. 195 ss.), cui *adde* le *Recc.* a LONGO, Giovanni Elio, «Ricerche sull' 'obligatio naturalis'», Milano, 1962, in *IVRA*, vol. 14, 1963, pp. 264 ss., di BUTI, Ignazio, «Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'», Napoli, 1976, in *IVRA*, vol. 27, 1976, pp. 202 ss., e di MANTELLO, Antonio, «'Beneficium' servile - 'Debitum' naturale. Sen., de ben. 3.18.1 ss. - D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)», vol. I, Milano, 1979, in *IVRA*, vol. 30, 1979, pp. 166 ss.

² BURDESE, Alberto, «Dubbi...», *cit.*, p. 491.

dire – la nozione di *naturalis obligatio*, fu quello dei debiti contratti dai *potestati subiecti* e verso i *potestati subiecti*. Dunque, una nozione che trova la sua *ratio* giustificativa nel regime patrimoniale proprio degli *alieni iuris* sottoposti alla *potestas*, regime rigorosamente ispirato per tutta l'età repubblicana e ancora per quella classica al principio dell'unità del patrimonio familiare.

Dal lato attivo sappiamo bene che il *potestati subiectus*, e cioè tanto il *servus* quanto il *filius familias*, era assolutamente incapace di avere beni propri, vigendo al riguardo l'antica regola “*ipse qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest*”³; per cui – data la sua condizione giuridica di *alieno iuri subiectus* – gli effetti acquisitivi degli atti negoziali da lui posti in essere si producevano *ipso iure* a favore dell'avente potestà, *dominus* o *pater*⁴.

Peraltro, con questo principio unitario ed esclusivista su cui si basava il regime patrimoniale della *familia* – principio che era diretta espressione della natura ‘politica’ della *potestas* romana – non contrastava l'istituto del *peculium* che, sorto in epoca risalente dall'esigenza economica di utilizzare più concretamente e più efficacemente la capacità d'agire dei *potestati subiecti*, garantiva al sottoposto una sfera di autonoma gestione familiare, senza comunque intaccare la titolarità dell'avente potestà. Sicché mentre, come prima si è detto, gli eventuali incrementi patrimoniali derivanti dall'attività negoziale del sottoposto si producevano automaticamente ad esclusivo vantaggio del titolare della *potestas*, per contro – e veniamo al lato passivo – nessuna responsabilità sussisteva a carico di costui per le obbligazioni contratte dal suo sottoposto; e questo per il noto principio che *iure civili* il *subiectus* non poteva peggiorare, ma soltanto rendere migliore la condizione giuridico-patrimoniale dell'avente potestà.

Numerose sono le attestazioni giurisprudenziali in tal senso, come quella di Gaio quando afferma, con esplicito riferimento ai *servi*, che «*Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*»⁵; nonché, analogamente, quella di Paolo il quale, richiamandosi ai *filius familias*, sottolinea come «*Referentes condicionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriores*»⁶.

Ora, una tale situazione – connessa alla imponente evoluzione dell'economia romana propria dell'età repubblicana, dove la nuova organizzazione della *familia* presentava una

³ Così Gai 2.87 (nonché, similmente, 2.96: *In summa sciendum est his, qui in potestate ... sunt, nihil in iure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse [posse] in iure vindicare possint*); regola che troviamo ancora riferita, sia pure con qualche variante, in Gai. 2 *inst.* D. 41.1.10.1: *...ipse ..., qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest...*

⁴ Gai 2.87: *...<quod> liberi nostri quos in potestate habemus, ... mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur; ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iuventibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur; Gai 1.52 = Gai. 1 *inst.* D. 1.6.1.1: *In potestate itaque sunt servi dominorum ... et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur; Ulp. 2 ad leg. Iul. et Pap. D. 29.2.79: Placet, quotiens adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cuius quis in potestate est, confestim acquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur et sic acquiri ei cui adquiritur; Ulp. 50 ad Sab. D. 45.1.45pr.: Quodcumque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus. In tal senso v. pure Paul. *Sent.* 5.8; Ulp. *Reg.* 19.18-19; Paul. 1 *man. Vat. Fragm.* 51; Mod. 14 *ad Q. Muc.* D. 41.1.53.**

⁵ Gai. 8 *ad ed. prov.* D. 50.17.133. Allo stesso modo Papiniano in Pap. 3 *resp.* D. 16.1.27.1: *Cum servi ad negotiationem praepositi cum alio contrahentes personam mulieris ut idoneae sequuntur, exceptione senatus consulti dominum summovet: nec videtur deterior causa domini per servum fieri.*

⁶ Paul. 28 *ad ed.* D. 12.2.24.

struttura diversa, di tipo imprenditoriale, basata essenzialmente sull'attività commerciale dei sottoposti (spesso con ruoli, diremmo oggi, 'manageriali') – appariva gravemente pregiudizievole nei confronti dei terzi che, mancando una controparte contro cui agire per chiedere la soddisfazione dei loro crediti, erano restii ad entrare in affari con il *subiectus*, con conseguente intralcio ai traffici commerciali.

Da qui l'opera del pretore che introdusse attraverso lo strumento dell'*edictum* una serie di azioni, grazie alle quali i terzi contraenti potevano adesso ottenere dall'avente potestà – destinatario diretto della *condemnatio* – ciò che era loro dovuto in forza dell'atto negoziale compiuto con l'*alieni iuris*: come ha lucidamente evidenziato Massimo Brutti, «Il nesso tra l'attività dello schiavo o del figlio e la responsabilità del capo si individua in relazione ad attività economiche ed imprenditoriali che sono nell'interesse di questo ed implicano un margine di iniziativa, di libera scelta negli affari da condurre. Il sottoposto assume rischi e contrae obblighi che non possono restare privi di copertura, non possono essere irrilevanti per il *pater* e quindi inesigibili. Altrimenti, qualsiasi terzo contraente, se sapesse di non poter far valere le proprie pretese creditorie, si ritirerebbe da ogni rapporto con persone *subiectae* e la sostituzione porterebbe alla paralisi dell'attività economica»⁷. L'ottica civilistica, in altre parole, viene efficacemente e concretamente ribaltata dalla tutela offerta *iure honorario* ai creditori di *personae alieno iuri subiectae*.

Tra queste *actiones* pretorie ebbe larghissima diffusione – appunto perché presupponeva solamente la concessione del *peculium* – l'*actio de peculio*, attraverso cui il *dominus* o il *pater* era chiamato a rispondere per 'tutti' gli atti di natura patrimoniale e obbligatoria compiuti dal suo sottoposto (*servus* o *filius*) con un estraneo, senza che si richiedesse la *voluntas* o il *consensus* dell'avente potestà⁸, anzi perfino contro un espresso divieto di quest'ultimo⁹, non oltre però l'ammontare del *peculium* esistente al momento della pronuncia della *condemnatio*; dunque una disciplina che, in quanto destinata a trovare 'sempre' applicazione in presenza di una qualsivoglia *negotiatio* conclusa dal *servus* o dal *filius*, appare evidentemente concepita ed elaborata in modo da garantire al *potestati subiectus* la più ampia autonomia nella gestione del *peculium*, rispondendo così efficientemente alle esigenze di celerità e certezza nel mondo del commercio e degli affari.

Peraltro, l'intervento del pretore su questo campo non fu per nulla circoscritto ai debiti assunti verso *extranei*, bensì mirò più in generale a tutelare, per darne rilievo giuridico, la posizione negoziale del *potestati subiectus* in tutti i suoi aspetti. Infatti, anzitutto si stabilì pure che, a seguito dell'esercizio dell'*actio de peculio*, la massa peculiare andava sempre calcolata in sede giudiziale detraendo da essa, e dunque in definitiva sottraendo all'aggressione dei terzi, quanto eventualmente dovuto dal sottoposto al suo avente potestà¹⁰; sicché anche questi debiti ebbero un primo riconoscimento *iure honorario* attraverso il sistema della c.d. *deductio peculii*. E poi, un ruolo fondamentale ebbe pure la presenza nell'editto della *clausula doli*¹¹, in base alla quale il titolare della *potestas* contro cui avesse

⁷ BRUTTI, Massimo, «Il diritto privato nell'antica Roma», III ediz., Torino, 2015, p. 191.

⁸ V. Gai 4.72a; Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.3; Paul. 6 *brev.* D. 14.1.6pr.; Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 14.5.1; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.3.5.2.

⁹ V. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 15.1.29.1; Paul. 4 *ad Plaut.* D. 15.1.47pr.

¹⁰ Così Gai 4.73. V. pure Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.5.4; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.9.2; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.11.6; Pomp. 4 *ad Q. Muc.* D. 15.1.49.1-2.

¹¹ LENEL, Otto, «Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung», 3. Auf., Leipzig, 1907, Nachdruck Aalen, 1974, p. 276: "QUOD CUM EO, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET (est?), NEGOTIUM GESTUM ERIT,

agito il creditore del *subiectus* non poteva disconoscere l'esistenza di un suo precedente debito verso il suo sottoposto, pregiudicando altrimenti la pretesa creditoria del terzo.

II. L'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA NOZIONE ORIGINARIA DI 'NATURALIS OBLIGATIO'

Se con la previsione delle azioni pretorie 'adiettizie' (le cc.dd. *actiones adiecticiae qualitatibus*) i rapporti obbligatori di cui era parte il *potestati subiectus* avevano ottenuto un primo riconoscimento, sia pure solo mediato, un passo avanti determinante si farà successivamente quando la giurisprudenza classica, ricorrendo al concetto di *naturalis obligatio* (l'attestazione più antica risale, con tutta probabilità, a Giavoleno¹²), darà rilevanza giuridica 'diretta', ancora una volta unitamente, alla posizione contrattuale di *filius* e *servus*.

Data l'incapacità giuridica del sottoposto, il *debitum* da lui contratto, sia verso terzi sia verso gli altri componenti la *familia* (primo fra tutti il titolare della *potestas*), non poteva di certo configurarsi quale *obligatio civilis*, nel suo significato specifico di *obligatio* coercibile perché riconosciuta *iure civili* (efficacissimo, a questo proposito, il modo di esprimersi di Mario Talamanca quando, con riferimento appunto all'*obligatio naturalis*, sottolinea come «...una obbligazione in cui non esiste responsabilità, non esiste cioè *actio*», rappresenta per i *prudentes* «un fenomeno chiaramente fuori dalla regola»¹³); tuttavia si trattava pur sempre di una relazione intersoggettiva che si realizzava concretamente, una realtà riscontrabile nella vita economica e sociale che non si poteva – né si doveva – disconoscere.

Ed è a questa rilevanza fattuale che la *iurisprudencia* intese dare veste giuridica con l'attributo *naturalis*: il *debitor naturalis*, pur non essendo obbligato *iure civili*, di fatto «*debet*», di fatto egli è gravato da un dovere di prestazione verso un altro soggetto, e questa realtà non andava completamente ignorata. Dal debito assunto tanto dal *filius* quanto dal *servus* non nasceva di certo un *vinculum iuris*, bensì – mi piace ricordare le parole pregnanti di Antonio Mantello – un «vincolo fondato sulla pura e semplice realtà delle cose»¹⁴; dunque, un mero vincolo di fatto che possiamo indicare col termine *debere* solo 'abusivamente' – tengono a sottolineare i *prudentes* – ovvero in modo del tutto improprio. Celebri, per tutte, la testimonianza di Ulpiano quando sottolinea che «*Nec servus quicquam debere potest nec servo potest debere, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem*»¹⁵, e quella di Giuliano nell'affermare che «*licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores*»¹⁶.

Così i giuristi costruirono la figura della *naturalis obligatio* (particolarmente elaborata poi, come vedremo, da Giuliano) che si presentava come il risultato di una faticosa 'mediazione' tra le rigide regole del *ius civile* e la realtà del *subiectus* che partecipava di fatto alla vita commerciale – ne era, potremmo dire, indiscusso protagonista – contraendo

dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo».

¹² Iav. 2 *ex post. Lab.* D. 35.1.40.3: *Dominus servo aureos quinque eius legaverat: 'heres meus Stichus servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato'. Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.*

¹³ TALAMANCA, Mario, voce «Obbligazioni (storia). a) diritto romano», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 29, Milano, 1979, p. 21.

¹⁴ MANTELLO, Antonio, «'Beneficium' servile - 'Debitum' naturale», *cit.*, p. 389 nt. 336.

¹⁵ Ulp. 43 *ad Sab.* D. 15.1.41.

¹⁶ Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.4. Su questo passo v. *infra*, § 5.

numerosi debiti tanto verso l'avente potestà quanto verso persone estranee alla *familia*.

Il *naturale debitum* restava sì incoercibile, non potendosi esperire alcuna azione nei confronti del sottoposto, però anzitutto poteva essere garantito da un *fideiussor* che rispondeva interamente del *debitum* peculiare contratto¹⁷, con il duplice risultato, da una parte, di tutelare più efficacemente la posizione del terzo che altrimenti avrebbe rischiato di non veder soddisfatto, in tutto o in parte, il suo credito per mancanza di attivo nel patrimonio peculiare o, comunque, per insufficiente capienza del *peculium* a coprire il *debitum*, e, dall'altra, di consentire all'*alieno iuri subiectus*, altrimenti escluso dalle attività negoziali quali massima espressione del commercio, di parteciparvi nella pratica, posto che, se non era nella condizione di rispondere personalmente dell'obbligo contratto verso il terzo, rispondeva per lui il *fideiussor*; e pure lo stesso titolare della *potestas* poteva avvalersi di valida garanzia fideiussoria, qualora i beni peculiari non bastassero a soddisfare il credito da lui eventualmente vantato nei confronti del suo sottoposto¹⁸. Inoltre, in caso di spontaneo adempimento da parte del debitore-sottoposto, anche successivamente all'*emancipatio* se *filius*, o *post manumissionem se servus*, il creditore poteva trattenere il *solutum*, in quanto né l'avente potestà né lo stesso sottoposto, una volta liberatosi dalla *potestas*, potevano ricorrere alla *condictio indebiti* per pretendere la restituzione di quanto prestatato, essendo stato appunto adempiuto un *naturale debitum*¹⁹; regola, questa della *soluti retentio*, che trovava applicazione anche in favore dell'*alieni iuris*, dopo la liberazione dalla *potestas*, per quanto spontaneamente pagato dall'avente potestà²⁰.

Erano due effetti questi che, per un verso, potevano essere riconosciuti in quanto si dava rilievo giuridico al dovere di prestazione, al dovere di cooperazione che di fatto veniva a gravare sul *potestati subiectus* (da identificarsi, peraltro, in quella «*necessitas solvendae rei*» che si legge nella nota definizione giustiniana di *obligatio*²¹), ovvero sia configurando e qualificando siffatto dovere come *obligatio*; per altro verso, essi avevano un ruolo 'funzionale', in quanto volti a sopperire all'assenza di azionabilità della relazione obbligatoria di cui era parte l'*alieni iuris*: assenza rappresentata dall'attributo "*naturalis*" che a sua volta, unito appunto all'abusivo «*obligatio*», serviva ad attenuare la carica giuridica del sostantivo qualificato.

Appare dunque evidente come la nozione classica di *naturalis obligatio* risulti utilizzata dai giuristi romani, soprattutto, in situazioni in cui il debito dell'*alieni iuris* si presentava del tutto svincolato dal *peculium*, eccedeva cioè i limiti della disciplina peculiare, riemergendo così fortemente la sua irrilevanza *iure civili*. All'interno infatti dei confini, sia pure ristretti, del riconoscimento pretorio della posizione debitoria del *potestati subiectus*, la eventuale configurazione del *debitum* come *naturalis obligatio* non avrebbe determinato risultati pratici di rilievo, o comunque si sarebbe limitata a rafforzare una tutela, quella *iure*

¹⁷ Così Gai 3.119a; Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.13pr.; Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.1.6.2; Iul. 53 *dig.* D. 46.1.1; Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.3; Afric. 7 *quaest.* D. 46.1.21.2. V. pure Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.7; Pomp. 31 *ad Sab.* D. 44.2.21.4; Paul. 2 *ad Plaut.* D. 46.1.35; Paul. 15 *quaest.* D. 46.1.56.1; Gai. 1 *de verb. oblig.* D. 46.1.70.3; Afric. 7 *quaest.* D. 46.3.38.2.

¹⁸ V. Gai 3.119a; Paul. 15 *quaest.* D. 46.1.56.1; Gai. 1 *de verb. oblig.* D. 46.1.70.3.

¹⁹ V. Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.13pr.; Afric. 9 *quaest.* D. 12.6.38pr.-2; Ulp. 47 *ad Sab.* D. 44.7.10; Iul. 53 *dig.* D. 46.1.7; Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.4.

²⁰ Così Tryph. 7 *disp.* D. 12.6.64.

²¹ Riportata in I. 3.13pr.: ...*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*; concetto che riecheggia altresì nel passo tratto dalle *Institutiones* di Paolo, conservato in Paul. 2 *inst.* D. 44.7.3pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

honorario, già esistente.

Ma se e quando il vincolo obbligatorio risultava del tutto sganciato da implicazioni peculiari, apparendo come entità a se stante e non meramente funzionale alla determinazione dell'ammontare del *peculium*, ecco che allora quegli strumenti escogitati dal pretore non bastavano più, e soltanto attraverso l'utilizzazione del concetto di *naturalis obligatio* (o *naturale debitum*) la *iurisprudencia* poté dare a queste fattispecie obbligatorie di cui era parte un *filius* o un *servus*, rilevanza immediata e autonoma, riuscendo così a scalzare la preclusione *iure civili* al loro riconoscimento. Questo spiega, solo per qualche qualche esempio, perché Gaio nelle sue *Institutiones*, mentre opportunamente non parla di *naturalis obligatio* quando spiega ai suoi studenti il meccanismo di funzionamento della *deductio peculii*, non ravvisando appunto la necessità in quel contesto del richiamo ad essa²², al contrario egli ritiene indispensabile ricorrere a siffatta qualifica nel momento in cui mira a mettere in evidenza la *condicio dissimilis* della *fideiussio* rispetto alle altre garanzie della *sponsio* e della *fidepromissio*²³, al fine appunto di dare autonomo rilievo al vincolo obbligatorio del *potestati subiectus* sotto il profilo della fideiussione²⁴.

Naturalmente non mancarono casi in cui, una volta costruita la nozione di *naturalis obligatio*, questa si utilizzò anche in relazione al regime peculiare: basti pensare, per tutte, alla nota osservazione ulpiana «*naturalia enim debita spectamus in peculii deductione*»²⁵.

Tutto questo, è chiaro, non vuol dire affatto piena autonomia dell'*obligatio naturalis* dalla normativa peculiare; i giuristi infatti, nell'elaborare la nozione di *naturalis obligatio*, furono sicuramente facilitati dal preesistente riconoscimento pretorio dei *debita* del *potestati subiectus*, sia pure circoscritto agli effetti del regime del *peculium*.

Si assiste, in altri termini, ad un fenomeno evolutivo graduale: in origine il debito contratto dal sottoposto era del tutto irrilevante, operando al riguardo l'assoluta preclusione *iure civili*; successivamente gli si riconosce un primo rilievo *iure praetorio*, ma finalizzato unicamente all'aggressione dell'ammontare dei beni peculiari; infine la *iurisprudencia*, qualificando tale vincolo obbligatorio come *naturalis obligatio*, attribuisce ad esso autonomia giuridica.

III. LA NOZIONE CLASSICA DI 'NATURALIS OBLIGATIO' E LA CONDIZIONE GIURIDICA DEL FILIUS FAMILIAS

C'è ancora un aspetto sul quale credo valga la pena soffermarsi brevemente prima di procedere con l'evoluzione storica della figura di *obligatio naturalis*, ovvero ricostruire gli esatti confini dell'ambito di operatività della originaria *naturalis obligatio*. In altre parole:

²² Gai 4.73: Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate sit a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur. Aliquando tamen id, quod ei debet filius servusve, qui in potestate patris dominive sit, non deducitur ex peculio, velut si is cui debet in huius ipsius peculio sit.

²³ Gai 3.119a: ...Ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.

²⁴ Dello stesso tenore, e altrettanto esplicite, le fonti contenute nei *Digesta* e relative tanto al *servus* quanto al *filius*, come Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.13pr.; Afric. 9 *quaest.* D. 12.6.38.1 e 2; Iav. 2 *ex post. Lab.* D. 35.1.40.3; Tryph. 7 *disp.* D. 12.6.64.

²⁵ Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.11.2. Così anche Marcell. 22 *dig.* D. 35.2.56.2: Scaevola notat: quid ergo, si idem servus defuncto et alii dena debuit et una decem habuit? Augetur scilicet et his hereditas, decem, quae defuncto naturaliter debebantur, in hereditate manentibus.

tra i rapporti obbligatori di cui era parte un *potestati subiectus*, quali sarebbero stati qualificati dai giuristi classici come *naturales obligationes* o *naturalia debita*?

Pongo questa domanda perché – rispetto alla posizione debitoria dell’*alieni iuris* – fino a qualche ventennio addietro nell’orientamento pressoché unanime della dottrina non ci sarebbe stata ‘completa’ coincidenza fra gli obblighi contratti dai *potestati subiecti* e il campo di applicazione dell’*obligatio naturalis*: mentre siffatta qualifica fu attribuita a tutti i debiti assunti dal *servus*, sia quelli verso il proprio *dominus*, sia quelli verso *extranei*, rispetto al *filius familias* invece, ‘soltanto’ i debiti da lui assunti nei confronti del *pater* (o di altra persona sottoposta alla stessa *potestas*) sarebbero stati inquadrati come *obligationes naturales*; e ciò sul preteso – mi permetto di dire anche ‘tralaticio’ – presupposto che il *filius familias* già agli inizi del principato sarebbe stato riconosciuto *iure civili* capace di obbligarsi verso i terzi, con la conseguenza che quei *debita* sarebbero stati *obligationes civiles* e non *naturales*.

Devo dire che questa asserita, ‘precoce’, capacità del *filius* di obbligarsi *pro se* non mi ha mai convinto; tanti gli elementi che hanno contribuito ad alimentare le mie perplessità sempre più forti: uno per tutti le obiettive difficoltà che la stessa dottrina non ha potuto fare a meno di ammettere nel tentativo di conciliare, più o meno faticosamente, detta presunta capacità del figlio con la riconosciuta impossibilità per il creditore di far valere in via esecutiva la propria pretesa, data l’incontestata incapacità del *filius familias* di essere titolare di un patrimonio proprio.

Così ho condotto, pazientemente, tutta una serie di di ricerche²⁶ che quei dubbi, quei sospetti, sostanzialmente me li hanno confermati: ragioni, infatti, sia di ordine testuale sia logico-giuridiche mi hanno convinta ad escludere origini classiche alla supposta capacità del *filius familias* di contrarre *obligationes civiles*: è soltanto nel diritto giustiniano che il *filius*, pur nella sua (formalmente persistente) qualità di *alienae potestati subiectus*, può obbligarsi validamente verso *extranei*, perché è solo in quest’epoca che si può parlare di vera e propria ‘autonomia patrimoniale’ del figlio in potestà, disponendo egli di un suo patrimonio col quale è adesso in grado di rispondere dei debiti, in caso di inadempimento. Fino all’età classica invece, relativamente agli atti produttivi di effetti obbligatori, il regime giuridico non poteva non essere unico per tutti i *potestati subiecti*: come erano *inutiles* le obbligazioni contratte fra il *dominus* e il proprio schiavo, altrettanto *inutiles* erano le obbligazioni contratte dal figlio col proprio *pater*; ancora, come il *servus* non si obbligava *iure civili* nei confronti dei terzi, allo stesso modo anche il *filius* era incapace di obbligarsi *pro se*, potendo in entrambi i casi il creditore del sottoposto soltanto agire *iure honorario* contro l’avente potestà, sussistendone i presupposti, mediante le azioni adiettie; infine, analogamente ai debiti assunti dallo schiavo, sia verso i terzi sia verso il titolare della *potestas*, pure quelli assunti dal *filius familias* ricevevano un ‘limitato’ riconoscimento giuridico attraverso il ricorso alla nozione di *naturalis obligatio*.

Constato con piacere che questi risultati cui sono pervenuta cominciano ad essere recepiti nella romanistica: ci sono stati infatti studiosi che, nell’affrontare studi specifici in

²⁶ Dedicata appunto alla complessa situazione giuridica dei *filius familias* nell’ambito dei rapporti obbligatori in correlazione al contestuale regime patrimoniale previsto per i *potestati subiecti*, e che sono approdate in un lavoro monografico: LONGO, Sara, «Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias», Milano, 2003, *passim*.

argomento, non hanno esitato ad accogliere questi miei risultati²⁷. Ma anche in sede manualistica l'asserita capacità classica del figlio *in potestate* di obbligarsi *pro se* comincia a lasciare posto ad una impostazione molto più equilibrata e coerente, nella quale i *fili familias*, fermo restando per essi il graduale processo di formazione dei cc.dd. peculii speciali, risultano trattati insieme ai *servi* quali soggetti 'tutti' incapaci di obbligarsi *iure civili*, ma 'tutti' capaci di essere gravati da una *naturalis obligatio*: mi riferisco, in proposito, a Maestri come Giovanni Nicosia²⁸, Remo Martini²⁹, Eva Cantarella³⁰, Massimo Brutti³¹.

È un cambiamento che chiaramente procede ancora *lento pede*: ma ciò si comprende bene, posto che quello della pretesa capacità del *filius alieno iuri subiectus* di obbligarsi *pro se* già agli inizi dell'epoca classica costituisce nella romanistica un principio ben 'radicato' – a voler usare un eufemismo – sicché sradicare quel principio, così ben solido, non è certo cosa di poco conto.

IV. I DEBITI CONTRATTI DAL PUPILLO 'SINE TUTORIS AUCTORITATE'

Sempre nell'epoca classica, e precisamente intorno alla metà del II sec. d.C., può considerarsi sostanzialmente sicura – sul modello degli obblighi dei *potestati subiecti* – l'estensione della qualifica di *obligatio naturalis* ai debiti contratti dal pupillo *sine tutoris auctoritate*. Diversi sono i giuristi che attestano esplicitamente – ancorché con espressioni varie – siffatto fenomeno, e precisamente Pomponio³², Papiniano³³, Meciano³⁴, Paolo³⁵; tuttavia non può negarsi che molte delle loro testimonianze abbiano subito rimaneggiamenti: alcune volte anche molto vasti, e non sempre solo formali bensì pure sostanziali; in ogni caso però non ci sono ragioni per dubitare in esse del riconoscimento classico della *naturalis obligatio pupilli* quale fondamento della *soluti retentio* e del valido ricorso all'obbligo accessorio del fideiussore. Un riconoscimento sul quale forse dovette giocare un certo ruolo, una sorta di influenza la previsione, con il *rescriptum divi Pii*, della responsabilità dell'impubere *in quantum locupletior factus*; ma di sicuro esso fu facilitato dalla preesistente parziale rilevanza che il *ius civile* già riconosceva al *pupillus qui iam aliquem intellectum habet*, potendo egli obbligare gli altri senza l'approvazione tutoria, così come – l'ho evidenziato prima – il riconoscimento dei *naturalia debita* di *servus* e *filius* era stato facilitato dal preesistente regime pretorio del *peculium*.

Mi sembra allora chiaro il quadro in epoca classica circa la nozione di *naturalis obligatio*: ci troviamo di fronte ad un artificio costruttivo, miratamente escogitato dalla giurisprudenza, che ha una *ratio*, un contenuto, una finalità indiscutibilmente ed evidentemente omogenei. Guardando infatti tanto ai debiti contratti dal o verso il *potestati subiectus* quanto ai debiti assunti dal *pupillus sine tutoris auctoritate*, appare evidente che

²⁷ Così, tra gli altri, TRISCIUOGLIO, Andrea, «Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica», Napoli, 2009, p. 100 nt. 24, e BRAMANTE, Maria Vittoria, «Il senatusconsultum Macedonianum tra degenerazione dei costumi e affermazioni giurisprudenziali di tutela della patria potestas», in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, p. 355.

²⁸ NICOSIA, Giovanni, «Profili istituzionali di diritto privato romano», Catania, 2017, p. 400.

²⁹ MARTINI, Remo, PIETRINI, Stefania, AGNATI, Ulrico, «Appunti di diritto romano privato», IV ediz., Milano, 2020, pp. 217 s.

³⁰ CANTARELLA, Eva, «Diritto romano. Istituzioni e storia», Milano, 2010, pp. 169 s., 173 s., 175 s.

³¹ BRUTTI, Massimo, «Il diritto privato...», *cit.*, pp. 148, 190 s., 565.

³² Pomp. 18 *epist.* D. 12.2.42pr.

³³ Pap. 28 *quaest.* D. 46.3.95.4, e Pap. 18 *quaest.* D. 36.2.25.

³⁴ Maec. 4 *fideic.* D. 36.1.66 (64)pr.

³⁵ Paul. 12 *quaest.* D. 35.2.21pr.

nella prospettiva dei classici l'*obligatio naturalis* appariva come una categoria circoscritta a quelle fattispecie in cui un atto lecito, produttivo in astratto di obbligazione, non esplica i suoi effetti per la posizione personale o familiare di uno dei soggetti, il quale perciò non era *iure civili* riconosciuto destinatario delle conseguenze di quell'atto: la sola differenza è che nel caso di rapporti obbligatori contratti dal *servus* o dal *filius* l'effetto obbligatorio era escluso, e dunque anche la relativa *actio*, per mancanza di capacità giuridica; nel caso dei rapporti obbligatori contratti dal pupillo senza il consenso tutorio l'effetto obbligatorio era escluso, e dunque pure la relativa *actio*, per mancanza della capacità d'agire.

Ma si è sempre comunque in presenza di una circostanza che attiene alla situazione personale del debitore; detto in una sola battuta, la *naturalis obligatio* classica era giuridicamente imperfetta, era una non *obligatio civilis* per ragioni inerenti alla sua struttura, ovvero per l'incapacità o l'insufficiente capacità del debitore; l'attributo "*naturalis*" racchiudeva in sé due significati tra loro contrapposti, in quanto era espressione contemporaneamente dell'assenza di coercibilità e della presenza di tutti quegli elementi di fatto che sarebbero stati sufficienti perché quella coercibilità potesse sussistere, se non fossero di ostacolo ragioni di incapacità di almeno uno dei soggetti del rapporto obbligatorio.

Una breve precisazione prima di passare alla diversa e articolatissima prospettiva giustiniana.

Ricostruita in quei termini la visuale classica della *naturalis obligatio*, si armonizzerebbero bene con essa anche i *debita* assunti da chi avesse poi subito una *capitis deminutio*, passando così dalla condizione giuridica di *sui iuris* alla condizione giuridica di *alieni iuris*; *debita* che nella stesura attuale di un noto passo ulpiano³⁶ risultano qualificati come *naturales obligationes*. Senonché, molteplici dubbi sul piano testuale e di ordine logico-argomentativo (dubbi, peraltro, da me pienamente condivisi) sono stati sollevati da più parti e in tempi diversi sulla genuinità di siffatta qualifica. Una qualifica che a mio avviso però ha, coerentemente a quanto sin qui detto, un nucleo classico genuino nella posizione debitoria dell'*adrogatus* il quale, non a caso, risulta espressamente menzionato nella frase di chiusura del suddetto testo di Ulpiano³⁷: essendo questi sottoposto alla *patria potestas* in qualità di *filius*, i debiti da lui contratti *ante adrogationem* – i quali sappiamo essere tutelati dal pretore con l'*actio rescissa capitis deminutione* – permanevano comunque a suo carico come obbligazioni naturali, laddove poi i compilatori avrebbero eliminato il richiamo ulpiano alla naturalità del debito ristretta appunto nel contesto originario al solo caso dell'*adrogatus*, per generalizzare la nozione di *naturalis obligatio* estendendola indistintamente ai debiti di tutti i *capite deminuti*.

IL NUOVO SCENARIO GIUSTINIANO DELLA NATURALIS OBLIGATIO: ANALISI DI D. 46.1.16.3-4

Volgiamo adesso lo sguardo rapidamente al sistema giustiniano.

Verosimilmente per quest'epoca è ricostruibile uno scenario molto diverso rispetto a quello classico: uno scenario visibilmente più articolato, ma soprattutto molto eterogeneo e

³⁶ Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.5.2.2.

³⁷ *Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea, imputare quis sibi debeat, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet. Sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio. Et quidem si adrogatus sit, nullus labor: nam perinde obligabitur ut filius familias.*

che, proprio per questo, sembra in qualche modo tradire quella linearità, quella coerenza e dunque – mi permetto di dire – quel ‘rigore’ che aveva contraddistinto le *obligationes naturales* classiche.

Nel diritto giustiniano la *naturalis obligatio* si presenta, anzitutto, strettamente collegata alla categoria generale del *ius naturale*, senza che ciò – attenzione – ne comporti peraltro né un concetto unitario né tanto meno un’applicazione in un ambito chiaramente individuato con conseguenze di regime tassativamente determinate.

Volendo – e dovendo in questa sede – semplificare al massimo, possiamo dire che fondamentalmente sono due le direttive che conducono ad estendere la nozione di *naturalis obligatio*, e dunque ad applicare la relativa terminologia, a fattispecie che fuoriuscivano dalla schema concettuale originario, quello classico; direttive che hanno dato e che credo daranno sempre per definizione filo da torcere a noi studiosi, essendo obiettivamente molto incerto stabilire fino a che punto esse siano già presenti in testi genuini, finendo così col rendere non poco problematica la ricostruzione non tanto della genesi culturale della figura della *naturalis obligatio*, quanto del suo graduale passaggio da un originario e più ristretto ambito di applicazione a un successivo, come ora vedremo, allargamento funzionale.

Quali sono queste direttive?

Da un lato assistiamo ad una identificazione della *naturalis obligatio* con l’*obligatio iuris gentium*: celebre la frase attribuita al giurista Paolo «*Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*»³⁸; una identificazione, questa, che appare perfettamente in linea con l’affermata generale equivalenza tra *ius naturale* e *ius gentium* quale ordine giuridico inteso come universalmente accolto (peraltro, questa nuova definizione di *ius gentium* è il frutto di una travisata interpretazione della definizione che Gaio aveva dato di *ius gentium* quale *ius* basato sulla *naturalis ratio*³⁹). E così, dicevo, si riconosce carattere di naturalità – in omaggio ad una impostazione teorica scevra di particolari conseguenze di regime – a rapporti obbligatori pienamente azionabili dal diritto classico: depongono in tal senso quelle testimonianze dei *Digesta*, sempre di Paolo, nelle quali, ora obbligazioni contrattuali *iuris gentium* come la *locatio-conductio* e l’*emptio-venditio* risultano qualificate «*naturales*»⁴⁰, ora l’attributo *naturalis* appare riferito all’*indebiti condictio*⁴¹, ora si trova inquadrata come «*naturalis*» l’obbligazione da mutuo, anch’esso negozio *iuris gentium*⁴².

Dall’altro – ed è questa la parte più interessante perché quella che poi avrà, come dire, la capacità di sopravvivere – l’ambito di operatività della *naturalis obligatio* appare notevolmente più esteso, sino a ricomprendervi tutta una serie di situazioni nelle quali, pur mancando un qualsiasi negozio idoneo a produrre *obligationes*, si ritenne di dover ravvisare l’esistenza di doveri morali, doveri a sfondo etico, degni di essere presi in considerazione dall’ordinamento giuridico, attribuendovi il solo effetto dell’irripetibilità della prestazione: niente azione contro il soggetto gravato, ma solo esclusione della *condictio indebiti* in caso

³⁸ Paul. 3 *quaest.* D. 50.17.84.1.

³⁹ Gai 1.1: ...*quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur...*

⁴⁰ Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.1.

⁴¹ Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.15pr.

⁴² Paul. 3 *quaest.* D. 45.1.126.2.

di suo spontaneo adempimento. Molteplici ed eterogenee sono queste fattispecie: solo per ricordarne alcune, la sentenza che assolve ingiustamente il debitore⁴³, le *operae* che il liberto crede erroneamente dovute al patrono⁴⁴, l'obbligazione non adempiuta ed estinta *litis contestatione*⁴⁵, le *usurae ex pacto*⁴⁶, etc. etc.

Attenzione, però. Rispetto a tutti questi casi vi è sì una innovazione, ma si tratta indubbiamente di una innovazione spesso e volentieri teorica, nel senso cioè che per molti di essi già nel sistema giuridico classico era ammessa la *soluti retentio*, la cui *ratio* però veniva spiegata con una motivazione, una prospettiva giustificatrice diversa da quella giustiniana del riconoscimento di una sottostante *naturalis obligatio*.

Non solo: questo fondamento 'naturale' giustificativo della negazione della *condictio indebiti* – ancorché è ragionevole pensare che preesistenti sustrati culturali classici dovettero servire da supporto all'estensione giustiniana della categoria delle *naturales obligationes* – si presenta come una novità anche nella sua essenza, poiché riposa su una valutazione di ciò che è eticamente approvabile. Una valutazione che nella visuale giustiniana 'rileva' in omaggio ad un nuovo concetto di *ius naturale* quale ordine morale trascendente, estraneo ai sistemi giuridici positivi o comunque non del tutto recepito da questi ultimi; un *ius* che viene esaltato quale ordinamento superiore: «*id quod semper aequum et bonus est, dicitur ius naturale*»⁴⁷.

Vorrei in chiusura richiamare, tra le testimonianze cardine nella ricostruzione delle nozioni classica e giustiniana di *naturalis obligatio*, il celebre testo di Giuliano, tratto dai *libri digestorum*:

Iul. 53 dig. D. 46.1.16.3-4: *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

È agevole constatare come il brano nella sua redazione attuale risultante dai *Digesta*, attesterebbe l'esistenza di una dicotomia di *naturales obligationes*: quelle fornite di azione e quelle incoercibili la cui efficacia si esplica nella irripetibilità dell'eventuale pagamento spontaneo. Ma è altrettanto evidente come lo stesso abbia subito indubbi rimaneggiamenti: lo confermano, anzitutto, la presenza del pronome "eorum", attualmente privo di riferimento soggettivo, non potendo certo esso concordare con "*naturales obligationes*" che è di genere femminile, nonché la frase "*si actio aliqua eorum nomine competit*" che nella *communis opinio* avrebbe originariamente fatto allusione alla convenibilità *iure honorario* dell'avente

⁴³ Paul. 3 *quaest.* D. 12.6.60pr.: *Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet...*

⁴⁴ Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12: *Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet...*

⁴⁵ Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.1.8.3: *Et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Iulianus admittit eoque iure utimur...*

⁴⁶ Ulp. 43 *ad Sab.* D. 46.3.5.2: *Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit: si sint usurae debitae et aliae indebitae, quid solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum quam indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur...*

⁴⁷ Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11.

potestà.

Senonché, quest'ultima interpretazione non appare per nulla convincente, sia per la palese incongruenza, sul piano della logica giuridica, che si cela nel richiamo (fatto subito dopo) alla *soluti retentio* in presenza di un'*actio*, sia perché ne verrebbe fuori una nozione di *naturalis obligatio* – che appunto avrebbe rilievo “non solo” se ricorrono gli estremi per agire in nome del sottoposto “ma anche” quando è impossibile ripetere il *solutum* – la quale presta il fianco alla giusta obiezione mossa da Gerardo Brogginini quando fa notare che «Se si tratta di condizioni alternative ... avremmo due diverse *obligationes naturales* dello schiavo: un vero controsenso. Se si tratta di condizioni cumulative, allora ci si riferisce solo al *debitum* del servo verso terzi, rimanendo esclusa l'ipotesi di *obligatio naturalis* dello schiavo verso il *dominus*»⁴⁸.

A fronte di ciò si comprendono bene, allora, le scrupolose indagini esegetiche cui il frammento giuliano è stato sottoposto da quegli studiosi che si sono accostati allo studio della *naturalis obligatio*; tra questi anch'io ho proposto⁴⁹ e propongo a voi questa restituzione di D. 46.1.16.3-4, ipotizzando il tipo di alterazione che avrebbe subito la testimonianza giuliana per essere adattata al nuovo diritto:

Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur<: et ideo pro servo et filio familias obligetur, quorum> naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine <non> competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

Ecco i possibili tagli operati dai compilatori giustiniani.

Da una parte, era necessario eliminare il richiamo agli obblighi contratti dai *potestati subiecti*, schiavo e figlio in potestà («*et ideo pro servo et filio familias obligetur, quorum*»), che Giuliano aveva ricordato quale fondamento di valida garanzia fideiussoria: si trattava appunto di quelle fattispecie nelle quali si era prima identificato il concetto classico di *naturalis obligatio*, ma che adesso, nel diritto della Compilazione, costituiscono una parte della nuova, più ampia e diversificata categoria delle *obligationes naturales*, nella quale vengono inquadrati, in una prospettiva generalizzata, tutti quei rapporti obbligatori che, seppure incoercibili, sono ritenuti degni di fondare l'irripetibilità dell'adempimento spontaneamente effettuato dal debitore. Rapporti ai quali D. 46.1.16.3-4 fa adesso riferimento nella parte in cui troviamo detto «*naturales obligationes ... aestimantur ... cum soluta pecunia repeti non potest*».

Dall'altra, a fronte della generale equivalenza giustiniana *ius naturale = ius gentium* (l'abbiamo sottolineata prima), si afferma la interscambiabilità dei termini *obligatio naturalis* e *obligatio iuris gentium*, estendendosi così il carattere di naturalità anche ad obbligazioni pienamente coercibili nel sistema giuridico classico. Ed è per inquadrare queste ultime come

⁴⁸ BROGGINI, Gerardo, «*Obligatio naturalis*», in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, pp. 503 s.

⁴⁹ LONGO, Sara, «D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10): ancora una riflessione» in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, vol. V, Napoli, 2007, pp. 2933 ss., spec. 2951 ss.

naturales obligationes che si interviene pure nella frase giuliana «*si actio aliqua eorum nomine <non> competit*»: così formulata da Giuliano, essa attestava l'impossibilità di chiedere in giudizio l'adempimento del debito assunto sia dal *servus* sia dal *filius familias* («*eorum nomine*»). Ma i compilatori provvedono coerentemente a sopprimere la negazione; con il risultato che la coercibilità propria delle *obligationes iuris gentium* (che nella visuale giustiniana sono *obligationes naturales*) ha preso il posto, nel frammento, della originaria incoercibilità evidenziata dal giurista classico come presupposto della *naturalis obligatio* in quanto tale⁵⁰. Tale incoercibilità nella versione attuale del passo emerge indirettamente, attraverso il richiamo alla *soluti retentio*, contraddistinguendo nel nuovo diritto soltanto 'talune' delle nuove *naturales obligationes*; e coloro che ne sono gravati, possono essere considerati «*per abusioem*» debitori.

VI. BIBLIOGRAFIA

BRAMANTE, Maria Vittoria, «Il senatusconsultum Macedonianum tra degenerazione dei costumi e affermazioni giurisprudenziali di tutela della patria potestas», in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011.

BROGGINI, Gerardo, «Obligatio naturalis», in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966.

BRUTTI, Massimo, *Il diritto privato nell'antica Roma*, III ediz., Torino, 2015.

BURDESE, Alberto, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1955.

BURDESE, Alberto, «Dubbi in tema di 'naturalis obligatio'», in *Studi in onore di G. Scherillo*, vol. II, Milano, 1972.

BURDESE, Alberto, «La 'naturalis obligatio' nella più recente dottrina», in *Studi Parmensi*, vol. XXXII, Milano, 1983.

BUTI, Ignazio, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976.

CANTARELLA, Eva, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010.

LENEL, Otto, «*Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*», 3. Auf., Leipzig, 1907, Nachdruck Aalen, 1974.

LONGO, Giovanni Elio, *Ricerche sull' 'obligatio naturalis'*, Milano, 1962.

LONGO, Sara, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003.

LONGO, Sara, «D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10): ancora una riflessione» in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, vol. V, Napoli, 2007.

MANTELLO, Antonio, «'Beneficium' servile - 'Debitum' naturale. Sen., de ben. 3.18.1 ss. - D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)», vol. I, Milano, 1979.

MARTINI, Remo, PIETRINI, Stefania, AGNATI, Ulrico, *Appunti di diritto romano privato*,

⁵⁰ Analogo il tipo di alterazione che avrebbe subito – per essere anch'esso adattato alla nuova prospettiva giustiniana – un frammento ulpiano, riportato in D. 44.7.10, che nella sua redazione attuale riproduce (con varianti di scarso rilievo) la prima parte del § 4 di D. 46.1.16: (Ulp. 47 *ad Sab.*) *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.*

IV ediz., Milano, 2020.

NICOSIA, Giovanni, *Profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania, 2017.

TALAMANCA, Mario, voce «Obbligazioni (storia). a) diritto romano», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 29, Milano, 1979.

TRISCIUOGLIO, Andrea, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2009.