

X
JAN VÁŽNÝ

PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELL' UNIVERSITÀ DI BRNO

nam prof. Kalka
v ústí podléva
7 X 24

14-F-260

NATURALIS OBLIGATIO

(Estr. dagli « STUDI IN ONORE DI P. BONFANTE » Vol. IV).



PAVIA

PREMIATA TIPOGRAFIA SUCCESSORI FRATELLI FUSI

Largo di Via Roma

1929

Pietro Bonfante a cui offro queste pagine ricordando tutto ciò che mi ha dato la viva parola del Maestro e la mirabile opera dello Scienziato, ha dedicato anche al tema in esame alcuni studi eccellenti per rigore di metodo ed interessanti come sintesi e come critica dei risultati di ricerche che negli ultimi trent'anni si sono avute nel campo della *naturalis obligatio*. Nell'intervallo di tempo che sta fra la pubblicazione dell'articolo "Le obbligazioni naturali nel diritto civile italiano" (1893) e l'edizione del terzo volume degli "Scritti giuridici vari" (1921) il concetto dell'obbligazione naturale classica finì col ridursi a due o tre casi, tra cui primeggia quello storicamente importante dell'obbligazione dello schiavo. Non si può far meglio che citare le parole del Maestro: "Oggi si può dire di più: probabilmente le obbligazioni naturali classiche si riducevano ai due casi tipici, inerenti all'ordinamento della società e della famiglia romana, schiavi e *filiifamilias*: in tutti gli altri casi la riassunzione esplicita o implicita sotto la categoria dell'obbligazione naturale è opera dei compilatori, i quali sembrano avere per i primi nutrito la tendenza a 'naturalizzare' una serie di casi di esclusione della *condictio indebiti*" (1).

In un punto il concetto romano delle obbligazioni naturali proprie (*naturales tantum*) era nella dottrina; dai tempi della glossa in poi — malgrado tante diversità di costruzione e tante divergenze circa i loro effetti e il loro campo d'applicazione (2) — quasi pacificamente accettato: si trattava di obbligazioni non munite di azione. La dottrina degli ultimi trent'anni, così felice nella ricostruzione del diritto classico in base a nuovi criteri d'interpretazione, ha ridotto (come si è detto) in questo diritto il vasto concetto della *naturalis obligatio* a due o tre casi, tra cui era principale quello della *n. o.* dello schiavo. Ma, anche così ristretto, restava sempre il concetto classico della *n. o.* come di una obbligazione non munita di azione: nulla, ma avente certi effetti della vera obbligazione.

(1) BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, in *Scritti giur. vari* III 48. Cfr. *Istituzioni*⁸ 381.

(2) Un ottimo indice delle dottrine si trova nella monografia dello SCHWANERT, *Die Naturalobligationen* (1861). Cfr. anche KLINGMÜLLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten* (1905).

In questi ultimi tempi si è affermata nella dottrina romanistica una tesi audace e nuova, secondo la quale la *naturalis obligatio* nel senso di obbligazione priva di azione sarebbe un prodotto dei compilatori giustiniani; nel diritto classico col nome di *naturalis obligatio* sarebbero designate le obbligazioni *iuris gentium*, mentre le così dette obbligazioni naturali, specialmente quelle degli schiavi, sarebbero state considerate come semplici "debita". Sostenitori di questa tesi sono il Siber (3) e il Pacchioni (4). Si noti che la tesi non solamente è il frutto d'una speculazione logica sul concetto della obbligazione, sulla genesi e lo svolgimento dell'obbligazione romana, ma serve anche a gettar nuova luce sulle fonti, che sono nella nostra materia quanto mai oscure e contraddittorie. Basti richiamare un esempio, l'obbligazione del pupillo: non munita d'azione, anzi nulla, ma avente quasi tutti gli altri effetti d'una obbligazione, designata in molti testi come naturale, in altri negata, nel modo più reciso, anche con tale qualifica. Bisogna riconoscere che la soluzione che adducono gli autori citati è molto suggestiva.

Ciò nondimeno dubito che la tesi risolva il problema della *naturalis obligatio* classica (5). È vero che ora il problema è divenuto quanto mai semplice. Ma appunto non so se sia possibile delineare così semplicemente gli svariati fenomeni che qui si manifestano. C'è una grande differenza fra il caso dell'obbligazione che il *filiusfamilias* può non adempiere appoggiandosi al senatoconsulto Macedoniano e l'obbligazione dello schiavo; fra questa e quella del pupillo; nella prima (o dello schiavo) una certa "naturalità" non si può negare, nella seconda si tratta invece, nel diritto classico, di un effetto di certi principii del diritto civile. Così abbiamo nel diritto classico: obbligazioni dello schiavo e casi simili, specialmente obbligazioni dei *fili familias* tra di loro e col proprio *paterfamilias*; obbligazioni del pupillo, nulle, ma pur capaci di certi effetti; obbligazioni contro il *Sc. Macedonianum*, contro l'editto *Quod quisque iuris*, e forse altri casi, *species obligationis quae habent auxilium exceptionis*, o *causae quae peti quidem non possunt, ex solutione autem petitionem non praestant* (Papiniano); e finalmente doveri aventi la base nella *pietas*, nella *naturalis aequitas* e simili, le così dette obbligazioni naturali improprie.

Tutte queste serie di casi — eccettuato forse il gruppo delle cosiddette o. n. improprie — rientrano sotto il generale concetto giustiniano di obli-

(3) *Naturalis obligatio* in *Gedenkschr. f. L. Mitteis* [Leipsiger rechtsw. Studien, Heft XI 1925] 1-88.

(4) *Trattato delle obbligazioni sec. il dir. civ. it.: Introd.* (1927) pp. 136-215: bibliografia a pp. 165-170.

(5) Contro la tesi del Siber, naturalmente riconoscendone i numerosi pregevoli contributi, specialmente esegetici, ved. PRINGSHEIM nella sua ampia recensione inserita in *Z. Sav.-St.* 46 (1926) 350-363; PEROZZI nella sua geniale trattazione delle obbligazioni naturali nella nuova edizione delle sue *Istituzioni* II^o 33 sgg.; VÁZNÝ, *Římsché právo obliagační* II (1927) 78; ARANGIO-RUIZ, *Istitu.* 2 375. Ultimamente BESELER in *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 8 (1928) 318 sgg., che ho potuto utilizzare durante la correzione delle bozze.

gatio naturalis. I compilatori si sforzano (come è noto) di condurre tutti i casi ad un comune principio, di trovare la base comune a tutti: questa è, evidentemente, di fronte alla nota definizione *o. est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, da ricercare nel *vinculum aequitatis* (6). Interessante è che questa base mal conviene proprio al caso (importantissimo dal punto di vista romano) dell'obbligazione dello schiavo. Molto più si adatta all'obbligazione del pupillo, e tanto più ad altri casi.

Ma l'*aequitas* non è solamente base delle obbligazioni naturali; essa è la base altresì di varie obbligazioni, munite di azione, per es. delle obbligazioni derivanti dall'ingiusto arricchimento e dal mutuo. E veramente abbiamo un testo (interpolato secondo il Segrè e il Perozzi) dove questa obbligazione — di fronte a quella verbale — è chiamata *naturalis obligatio*. Anzi nel sistema del diritto giustiniano può dirsi che ogni *obligatio "effectualis"* abbia due radici, quella naturale e quella civile (Glossa ad pr. Inst. III, 13). Meramente civile è l'obbligazione nascente della stipulazione, la quale (è noto) spesso dà forma giuridica ("veste", dice la Glossa) al precedente mutuo; se la stipulazione per qualche ostacolo è invalida, resta, nel diritto giustiniano (7), l'obbligazione nascente dal mutuo, che di fronte a quel contratto verbale, tipo della *civilis obligatio*, si designa come *naturalis obligatio*.

Dunque, il termine *naturalis obligatio* è adoperato nel diritto giustiniano anche per obbligazioni munite d'azione. L'essere quest'uso nelle fonti sporadico, niente significa: vuol dire che il termine *naturalis obligatio* doveva esser probabilmente riserbato alle obbligazioni senza azione. Invece nel diritto classico una *naturalis obligatio* nel senso di obbligazione (*iuris gentium*) munita d'azione non esisteva (8). Infatti, non si può sostenere che la giurisprudenza classica avesse dedotta l'obbligazione dello schiavo e qualsiasi obbligazione civile, per es. da mutuo, da una fonte comune, l'equità. E che almeno il gruppo delle obbligazioni degli schiavi rientri nella classica *obligatio naturalis*, non si può negare.

La prova risulterà dall'esame dei singoli casi. Per ora possiamo limitarci a constatare che i testi dei quali il Siber si serve come testimonianze principali

(6) Fr. 95 § 4 D. 46, 3: tutto interpolato (BIONDI, SIBER, ed altri). Ritorniamo su questo frammento trattando delle promesse del pupillo (ved. più innanzi p. 168).

(7) Nel diritto classico, come ha mostrato G. SEGRÈ nell'importante studio *Mutuo e stipulatio* in *Studi Simoncelli* (1917) 333 sgg., la situazione era diversa: quando la stipulazione assorbiva in sé il mutuo, non vi era che un contratto, cioè quello verbale, di guisa che se questo per un vizio fosse stato invalido non sorgeva nessun'obbligazione; quando poi la stipulazione seguiva un certo intervallo dopo il contratto di mutuo e si avevano così due contratti, si effettuava necessariamente la novazione e la obbligazione del mutuo si estingueva, se anche la stipulazione, come fatta in favore d'altrui, fosse nulla.

(8) Cfr. BESELER, *Tijdschr.* cit. 318 sgg.

della sua tesi secondo la quale *naturales obligationes* classiche non sarebbero che i diritti di credito muniti d'azione provenienti dal *ius gentium*, sono evidentemente interpolati. Questo vale in prim'ordine soprattutto per la frase *plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione* nel fr. 126 § 2 D. 45, 1, che fu dichiarato interpolato da numerosi autori (9). Che la soluzione del caso, oggetto del frammento citato, fosse diversa, e, comunque, negativa lo provò con argomenti forti il Segrè. Le considerazioni svolte dal Siber, supponendo che nel testo si parlasse della *sponsio* e non della *stipulatio* ("die nichtige *sponsio* im fremden Namen hat — anders als die gleichfalls nichtige *stipulatio post mortem dari* — keine Novationswirkung"), sono del tutto infondate (10). Ugualmente interpolata è in altro testo addotto dal Siber (fr. 1 § 2 D. 45, 1) la frase *non tantum autem civiliter sed nec naturaliter obligatur qui ita adnuit*: ma di ciò più avanti. E più avanti vedremo anche che il celebre testo di Lic. Rufino (fr. 58 D. 44, 7: *pupillus mutuam pecuniam accipiendo <et spondendo Siber> ne quidem iure naturali obligatur*) non può nemmeno nella ricostruzione del Siber, servir da base alla sua tesi.

La storia delle obbligazioni naturali si può delineare nel modo seguente. Il diritto classico conosceva sotto la denominazione *naturalis obligatio* principalmente le obbligazioni degli schiavi e fra i membri della *familia*; la giurisprudenza non poteva da un lato dichiarare la nullità assoluta di queste obbligazioni e dall'altro lato riconoscere che possono essere base della fideiussione e che, se adempiute, escludono la *condictio indebiti* ecc., se non costruendole come obbligazioni naturali. Simili, ma non uguali effetti produceva l'obbligazione del pupillo *sine tutoris auctoritate*; ma questi erano conseguenza di certi principii del *ius civile*, non v'era bisogno di cercare la spiegazione nella naturalità di esse. Ugualmente estranee alla "naturalità" erano poi vari casi, da Papiniano (11) riassunti nel concetto *causae quae petitionem quidem non habent solutione autem facta repeti pecunia non potest* (similmente Seneca), nei quali rientravano per es. l'obbligazione

(9) PEROZZI, *Istitus*, II² 33 n. 3; BESELER, *Beiträge* III, 147; SEGRÈ, *Mutuo e stip.* cit. 338 sg. (ed altri autori ivi).

(10) Op. cit. 3. Si noti, ad es., che nelle Istituzioni di Gaio (III, 119) il termine *promiserit* è più lato, sì, del termine *spoponderit*, ma certamente riassume anche il caso di *spoponderit*, come risulta dal seguente contesto: *si servus aut p. spoponderit*. E per quel che riguarda la trattazione gaiana della novazione, si nega l'effetto di estinguere la precedente obbligazione civile alla *sponsio* del peregrino, alla *promissio* in genere dello schiavo ed alla *promissio* in genere fatta sotto condizione; si accorda quell'effetto alla *promissio* in genere fatta dal pupillo o dalla donna *sine t. a.* o *promissio* fatta a favore di terzo. L'unico caso in cui l'adoperare la forma della *sponsio* invece della forma della *stipulatio* proveniente dal *ius gentium* ha rilevanza per l'effetto novatorio del contratto è appunto quello del peregrino.

(11) Fr. 94 § 3 D. 46, 3.

contro il *Sc. Macedonianum* e il caso dell'editto *Quod quisque iuris*. Finalmente riconosceva il diritto classico che l'adempimento di vari doveri morali o sociali non si può revocare, perchè c'è qui una *causa pietatis*, o un dovere di natura, cosicchè *soluta pecunia repeti non potest*; se anche la terminologia è qualche volta un po' affine (il che può essere del resto conseguenza d'interpolazione), non si devono doveri di questo genere mescolare con le obbligazioni degli schiavi: per quanto si dica che *libertus patrono natura operas debet* e similmente si parli che *servus naturaliter obligatur*, c'è una differenza fondamentale fra quel dovere e l'obbligazione servile; nessuna affinità è tra questi rapporti.

Diversamente nel diritto giustiniano. I compilatori hanno interpolato — e questo è oggi generalmente riconosciuto — i nuovi casi dell'obbligazione naturale. Si capisce che questo è proceduto insieme con l'alterazione del concetto di *naturalis obligatio*, che i compilatori deducono da una fonte comune, anzi dalla fonte comune a tutte le obbligazioni: l'equità.

Le obbligazioni naturali classiche

1. - Il punto di partenza non può essere che il noto frammento delle Istituzioni gaiane.

Gai III, 118: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis est condicio, fideiussoris valde dissimilis. 119 Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. 119a Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. at 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 debeat.*

Lo *sponsor* (e il *fidepromissor*) non può accedere se non ad un'obbligazione verbale, ma vi accede benchè talvolta colui che ha fatto la promessa non sia obbligato: così se trattasi di una donna o di un pupillo contraente senza l'*auctoritas* del tutore o di chiunque si obblighi *post mortem suam*. Gli è che vari rapporti del diritto civile, invalidi per sè, possono acquistar efficacia indiretta mediante vari espedienti dello stesso diritto civile. Ad es., la promessa del *factum alienum*, per sè inutile, può acquistar valore se il promittente si obbliga mediante la *stipulatio poenae*. Nello stesso ordine d'idee è il caso di colui che promette *post mortem suam*: egli può render efficace l'obbligazione, per sè invalida, aggiungendo lo *sponsor*. Si badi, specialmente nel caso del pupillo, che la possibilità della *sponsio* non ha niente a che fare con la qualsiasi obbligazione naturale del pupillo: sebbene questi non sia obbligato, può lo *sponsor* prender

parte all'obbligazione. Nient'altro. E lo stesso vale per la *sponsio* accedente alla promessa dello schiavo. La questione lasciata aperta da Gaio, se lo *sponsor* accedente alla *sponsio* dello schiavo fosse obbligato, presuppone semplicemente che lo schiavo non può obbligarsi; la circostanza che questi può obbligarsi naturalmente non aveva niente a che fare con la questione.

Diversamente nella fideiussione. Il fideiussore può prender parte a tutte le obbligazioni contrattuali. Gaio, dopo averle enumerate espressamente (*id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes*), continua: *at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adiciatur: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur* rel. Quale significato ha questa *naturalis obligatio* nel trattato di Gaio? Gaio non lascia sorgere il dubbio adducendo subito nella frase *adeo ut...* un esempio, il più tipico e il più importante (12): l'obbligazione dello schiavo. Questa connessione è troppo evidente per poter esser negata (13). Anzi, altra interpretazione della *naturalis obligatio* è impossibile. Come imputare a Gaio che, dopo l'enumerazione: *id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes*, credesse necessario di dichiarare espressamente che non vi ha differenza se l'obbligazione è civile o *iuris gentium*? Nella enumerazione dei quattro tipi contrattuali è tutto compreso; la constatazione che non vi ha differenza se l'obbligazione è civile o naturale, sarebbe vuota di senso. Ma Gaio iniziando la frase: *at ne illud quidem interest*, vuole apertamente portar qualche cosa di nuovo: e questo è il concetto della *naturalis obligatio*, stante fuori del diritto civile. Con le parole *aut naturalis* vien abbandonato il terreno del diritto civile per entrare nel campo autonomo della *obligatio naturalis*, rappresentato da Gaio stesso col caso più importante, l'obbligazione dello schiavo, così di fronte ad un estraneo, come di fronte al *dominus*.

Non ci tocca direttamente la questione come interpretare il frammento gaiano riguardo alla *fideiussio pro muliere, pro pupillo, pro eo qui post mortem dari promiserit*. Basti notare che Gaio non fa menzione di questi casi; non si può negare che non sia nel frammento una certa asimmetria, la quale però non può esser eliminata nemmeno con l'interpretazione di *naturalis obligatio* come *obligatio iuris gentium*; del resto, di tali asimmetrie troviamo in Gaio vari esempi (ved. IV, 6-9). Vedremo più tardi che quei casi di obbligazioni *inutiles*, specialmente l'obbligazione del pupillo, non erano base della fideiussione, appunto perchè non v'era qui *naturalis obligatio*; e, interpretato così il testo gaiano, si spiega il silenzio dell'autore sopra quei casi. Basti far questo confronto. Gai III, 119: *obligationibus - - verborum, quamvis interdum ipse*

(12) Anzi, come crede il PERÒZZI, Gaio vi dà la spiegazione del precedente termine *naturalis obligatio*. Cfr. specialmente *Studi Bonfante* I 74 sgg.

(13) Cfr. BESELER, *Tijdschr.* cit. 318.

qui promiserit, non fuerit obligatus; III, 119 a: --- *omnibus obligationibus* ---. *at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio*.

Nè sorprende che Gaio adduca l'*obligatio servi* una volta (§ 119) come caso di obbligazione invalida, altra volta (§ 119a) come caso di obbligazione naturale (14). L'*obligatio servi* era studiata dalla giurisprudenza classica da due punti di vista: quello negativo, come assolutamente nulla, e quello positivo, come naturale; da questo punto di vista si spiega la *fideiussio*, la *soluti retentio* ecc., da quello negativo l'impossibilità di novare, cioè estinguere civilmente l'obbligazione altrui, l'impossibilità di esser base dello *sponsio*. Dunque la duplice concezione dell'*obligatio servi* nel frammento gaiano si spiega benissimo. Resta un'annotazione. Nel § 119a Gaio fa menzione dell'*obligatio servi* come d'un caso della *naturalis obligatio*: un caso importante, possiamo ritenere a priori, giudicando dal carattere didattico dell'opera. Ma a questo modo d'intendere il testo sembra far un certo ostacolo (sebbene non grave) il modo d'esprimersi di Gaio: *at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur*; taluno crede che Gaio ponga il caso della *obligatio servi* fuori della categoria *naturalis obligatio*, e in questo ordine d'idee non v'è solamente il Siber e il Pacchioni, ma anche (serbando ancora la dottrina dominante circa le *o. n.*) il Kniep (15). Ma credo che quest'interpretazione non regga. Gaio, una volta messo in dubbio se sia possibile la *sponsio pro servo*, doveva, dopo aver detto che la *fideiussio* presuppone l'*obligatio civilis* o *naturalis*, accentuare che così è indiscusso che la *fideiussio* è possibile anche accanto all'*obligatio servi*, senza differenza, se si tratti dell'*obligatio servi* verso l'estraneo creditore (e forse questo solo caso era oggetto della questione circa la *sponsio pro servo*), o verso il proprio *dominus* (16).

2. - Il sistema gaiano, di cui abbiamo esaminata la portata, non era — come dimostrò specialmente il Gradenwitz (17) — invenzione di Gaio, ma derivava da Giuliano. Questo risulta dal confronto del testo gaiano col testo di Giuliano riferitoci nel

fr. 16 §§ 3-4 D. 46, 1 (Iulian. lib. 53 digestor.): *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*. (*Adeo quidem ut*

(14) SIBER Op. cit. 20.

(15) *Gai Inst. Comm. tertius* 179.

(16) Cfr. adesso PERÒZZI, *Studi Bonfante* I, 74 sgg. Però non mi sembra che sia da accettare la tesi dell'illustre romanista, che le obbligazioni servili siano l'unico caso della *n. o.* classica. Il testo di Africano fr. 38 D. 12, 6 prova indiscutibilmente l'esistenza della *n. o.* del figlio di famiglia. Se è vero che il concetto di *n. o.* si sviluppò in connessione col peculio per giustificare certi effetti che eccedevano il campo di peculio, allora rappresentano non solo l'obbligazione dello schiavo, ma anche quella del figlio di famiglia i casi della *n. o.* Ma di ciò più avanti.

(17) *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, in *Festgabe f. Schirmer* (1900) 145 sgg.

pro servis quoque obligentur, quorum 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 debitorum] (servi) per abusionem intellegi possunt debitorum et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse.

Tale è il testo nella ricostruzione del Gradenwitz (18). Il significato che questi gli dà è il seguente: "Die Naturalobligationen werden nicht bloss danach gewertet, ob etwa eine Klage *servorum nomine* (gegen den Herrn) zusteht, sondern auch danach, dass das gezahlte nicht zurückgefordert werden kann: d. h. von Naturalobligationen spricht man nicht nur, weil der Herr mitunter verklagt werden kann, sondern auch weil das Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann" (19). Così interpretato, e credo giustamente, il testo però non è ancora in piena corrispondenza con quello di Gaio, perchè contiene meno: si tratta fin qui delle obbligazioni dello schiavo verso un terzo creditore, il quale appunto ha azioni adiettizie contro il *dominus*; ma non si fa menzione delle obbligazioni dello schiavo verso il *dominus*. Il Klingmüller è, per vero, d'avviso che anche questo lato delle obbligazioni degli schiavi sia compreso nel testo: anzi questo scrittore, cercando nella *deductio de peculio* il primo riconoscimento giuridico delle obbligazioni naturali, e cioè quelle verso il padrone, pensa che appunto a queste si riferisca la frase: *non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit*, mentre le obbligazioni verso il terzo sarebbero comprese — evidentemente come i fenomeni di posteriore riconoscimento — nella continuazione: *verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest* (20). Ma questo è falso. Il concetto di Giuliano che le obbligazioni naturali si stimano in quanto può esser il *dominus* convenuto, che naturalmente si può parlar qui del debito solo per *abusionem*, si trova ripetuto fino presso Ulpiano (fr. 41 D. 15, 1): *Nec servus quicquam debere potest --- sed cum eo verbo abutimur factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. itaque --- quod servus ipse debet eo nomine in peculium --- actio datur*. Il confronto dimostra tutto: senza dubbio nel frammento citato Giuliano parla solo delle obbligazioni *servorum* verso il terzo (21). Da ciò segue necessaria-

(18) Op. cit. 145 sg.; cfr. anche *Digesta* (ed. MOMMSEN-KRÜGER)¹⁵ 1928 ad h. l.

(19) Op. cit. 144 sg.

(20) *Die Lehre v. d. nat. Verbindlichkeiten* 18 sg.

(21) Però notiamo subito che, se paragoniamo il frammento giuliano a quello ulpiano, non vogliamo dire che siano entrambi del tutto uguali. Concorde c'è nel pensiero: di ciò che lo schiavo deve si dà l'azione *de peculio servi nomine* contro il *dominus*: fin qui Ulpiano; invece Giuliano era andato più innanzi notando che dell'*obligatio servi* può parlarsi anche fuori di questi limiti, in quanto sia possibile l'adempimento di questa. Come comprendere questo, che Ulpiano stesso, in altra connessione (fr. 10 D. 44, 7) accettò alla lettera norme sviluppate da Giuliano? Credo nel modo seguente: Giuliano (risp. Ulpiano nel fr. 10 D. 44, 7) delinea tutto il campo della *naturalis obligatio servi* per acquistar base alla fideiussione

mente la questione: dunque Giuliano non conosce ancora le obbligazioni dello schiavo verso il *dominus* come obbligazioni naturali? Questo evidentemente si deve negare. Il testo di Africano (fr. 38 D. 12, 6) in cui questi riferisce che Giuliano argomentava dalla possibilità della *deductio de peculio* per l'esistenza della *naturalis obligatio* del figlio verso il padre di famiglia, è prova indiscutibile che la costruzione giuridica della *obligatio servi* verso il *dominus* come *n. o.* gli è ben conosciuta. Credo che questa *naturalis obligatio* sia, se non storicamente, almeno logicamente un *posterius* di fronte a quella *n. o.* verso il terzo. Basti citare qualche testo. Gai III, 104: *servus quidem non solum ipsi, cuius iuri subiectus est, obligari non potest* (questo è, cioè, evidente, vuol dir Gaio, perchè *nulla omnino inter me et eum qui in mea potestate est, obligatio nasci potest*), *sed ne alii quidem ulli*; ancor più suggestivo è il modo d'esprimersi di Gaio nel fr. 70 § 3 D. 46, 1: *adeo potest a servo fideiussor accipi, ut ipse quoque dominus in id quod sibi debetur, fideiussorem ab eo recte accipiat*. Questo frammento è per noi prezioso suggerendoci la ricostruzione completa del testo di Giuliano. Secondo la ricostruzione del Gradenwitz, questi insegna: il fideiussore può accedere ad un'obbligazione civile o naturale, dunque anche ad un'obbligazione dello schiavo (verso un estraneo), la quale si ritiene tale non solamente in quanto può sperimentarsi un'azione contro il *dominus*, ma anche in quanto non è ripetibile la *solutio*. È certo che Giuliano, se conosceva (e questo non si può negare) anche obbligazioni naturali verso il *dominus*, doveva completare il suo discorso facendo menzione anche di quest'ultime, analogamente a quanto fa nelle sue Istituzioni Gaio, il quale dice espressamente: *sive extraneus sit, qui a domino fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debetur*. Con quali parole Giuliano continuasse, non sappiamo; i compilatori avendo generalizzato il testo ed avendogli data nuova portata, non potevano non cancellarne il brano relativo alla materia da noi presupposta. Ma, se anche non possiamo formalmente ricostruire la continuazione del frammento citato, sostanzialmente credo che non erriamo se vi aggiungiamo il testo di Gaio fr. 70 § 3 D. 46, 1: *adeo potest a servo fideiussor accipi, ut ipse quoque dominus in id quod sibi debetur, fideiussorem ab eo recte accipiat*.

3. - Assodato così il fondamento (e, credo, su chiare basi testuali) delle obbligazioni naturali classiche, vogliamo citare ad illustrazione qualche altro passo delle fonti. E prima i frammenti riguardanti le obbligazioni dello schiavo verso il terzo.

pro servo; invece nel fr. 41 D. 15, 1 sviluppa Ulpiano un altro pensiero: quando si dice che allo schiavo si deve o che egli deve, si esprime uno stato di fatto, stato di diritto essendo in questi casi l'acquisto dell'azione al *dominus* o la legittimazione passiva del *dominus* all'*actio de peculio*; dunque in questo frammento Ulpiano era lontano dal voler esprimere il concetto della *naturalis obligatio servi*. Del resto, al problema accennato in questa nota ritorneremo in altra connessione.

Fr. 35 D. 46, 1 (Paul. lib. 14 ad Plaut.): *Cum fideiubeat aliquis pro seruo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit.*

È chiaro che Paolo nelle parole *etiamsi nihil in peculio sit* accenna al criterio giuliano dell'azione adiettizia, e nelle parole *in solidum tenetur* al secondo criterio giuliano, più complesso e preciso, della possibilità di pagamento *in solidum*.

Fr. 11 D. 15, 3 (Paul. lib. 30 ad ed.): *Quod seruus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret, non erit in rem versum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus.*

Anche in questo testo sono implicitamente contenuti entrambi i criteri: dell'azione *de peculio* e dell'aspettativa del creditore al pagamento *in solidum*. Questo secondo criterio, più completo, quasi esaurisce il primo, come si vede nel seguente celebre testo di Paolo.

Fr. 13 pr. D. 12, 6 (Paul. lib. 10 ad Sab.): *Naturaliter etiam seruus obligatur* (significa: *etiam seruus obligatur*, cioè *naturaliter*; nel diritto giustiniano: fra i numerosi casi di obbligazione, basate su l'equità, ma prive di obbligante forma civile è "anche", l'obbligazione dello schiavo; l'*etiam* potrebbe esser interpolato nel senso in cui è interpolato il fr. 50 § 2 D. 15, 1: *quam etiam seruus suscipere videtur*): *et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus --- repeti non poterit* (22).

Quale rapporto vi sia fra i due criteri dell'obbligazione dello schiavo accertati da Giuliano, adesso non può esser difficile dire. Il frammento di Giuliano documenta quello stadio di sviluppo, nel quale il primo criterio è già stato superato. E in questo stadio si poteva parlare della *naturalis obligatio*. Veramente, se il diritto romano fosse rimasto a quell'unico primo criterio, non vi sarebbe stato motivo per il suo sorgere. Prova di quest'asserzione è il testo di Ulpiano (fr. 41 D. 15, 1) in un'altra occasione già citato: *nec seruus quicquam debere potest nec seruo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. itaque quod seruo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod seruus ipse debet, eo nomine in peculium et --- in dominum actio datur*. Ulpiano dice: quando diciamo (naturalmente *per abusionem*) che allo schiavo 'si deve' o che lo schiavo 'deve' ciò significa uno stato di fatto, mentre lo stato di diritto è questo: *ab extraneis dominus petet, de peculio in dominum actio datur*. Non potrebbe esser meglio espresso il regime romano delle obbligazioni *servorum*, se il diritto romano fosse rimasto dentro questi limiti. Appunto perchè Ulpiano non voleva in questa connessione sviluppare la schietta apparizione della *naturalis obligatio*,

(22) Su questo testo ritorneremo (ved. più innanzi p. 154). La ricostruzione del SIBER (Op. cit. 34), non si appoggia su altro argomento che su deduzione dalla sua teoria.

ma solamente dalla materia riferentesi alle obbligazioni di schiavi cavar fuori ciò che poteva dirsi "stato di diritto", ci poteva così nettamente formulare quale fosse lo stato, espresso nel primo criterio giuliano (23).

4. - E adesso passiamo alle obbligazioni degli schiavi verso il *dominus* ed alle *obligationes filiorumfam.* verso il *paterfam.* Il criterio di esistenza di questi doveri naturali è, come risulta direttamente formulato da Giuliano-Africano nel fr. 38 § 1 D. 12, 6, sulla *deductio de peculio* avente luogo nell'*actio de peculio* (24). Accanto al testo di Africano-Giuliano ne abbiamo un altro in cui viene formulato il pensiero che criterio del debito naturale sia la *peculii deductio: naturalia debita spectamus in peculii deductione* (Ulpiano fr. 11 § 2 D. 15, 1). È certo che, esaminate isolatamente, queste parole non possono esser interpretate se non nel senso che la *deductio de peculio* sia criterio del debito naturale. Però il significato delle parole citate è ben diverso se si prende in considerazione ciò che segue nel testo: esso, considerato nel suo insieme, dà alle parole *naturalia enim debita spectamus in peculii deductione* un significato quasi contrario a quello che abbiamo prima supposto: non quello che criterio del debito naturale sia la *pec. deductio*, ma quello che solo i debiti naturali vengano sottoposti alla *deductio de peculio*. Per ora basti accennare a questo modo d'interpretazione; del problema ci occuperemo più da vicino quando più tardi studieremo le relazioni fra debito naturale e peculio. Ma v'è un'altra questione. Analizzando il campo delle obbligazioni servili verso il *dominus*, possiamo accontentarci dell'osservazione che criterio di queste sia la *peculii deductio*? Certamente no. Basta considerare che il fatto che il *paterfam.* abbia ritolto il peculio al figlio (ad es., nell'atto di emancipazione) o il *dominus* allo schiavo (per es. nell'atto di manomissione) non fa estinguere il debito naturale di queste persone se non sino all'ammontare del peculio; per la parte eccedente il debito naturale perdura. Dunque il criterio della *deductio de pec.*, se anche per molti riguardi importantissimo, non è unico criterio dell'esistenza dell'obbligazione naturale. Ma tutti questi problemi non possono esser esaminati se non nello studio delle relazioni fra il peculio e le obbligazioni naturali.

(23) Che edificare su questo testo ulpiano il sistema delle obbligazioni naturali classiche, come si fa in quasi tutte le monografie trattanti di questa materia, sia erroneo, è evidente. Quale fosse la continuazione del testo di Ulpiano, se vi si aggiungesse la trattazione di ciò che sia la vera apparizione della *naturalis obligatio*, non si può sapere. Ma la non spettanza delle frasi citate al concetto dell'obbligazione naturale non si può abbastanza accentuare. Le interpolazioni segnalate dal SIBER (Op. cit. 24) sono molto probabili.

(24) Lo stesso criterio potrebbe desumersi dalla *deductio de peculio* rispetto al legato di peculio.

5. - È tempo ormai di chiarire la questione in qual rapporto stiano le obbligazioni naturali col peculio (25). Abbiamo visto che il campo delle obbligazioni naturali quasi coincide con quello delle transazioni obbligatorie circa il peculio. E veramente nella dottrina, ammessa tale coincidenza, il problema viene ristretto alla questione, se il campo delle obbligazioni naturali sia limitato al peculio e alla *causa peculiaris*, o se sia più vasto (26). Ma così il problema è mal posto, almeno storicamente. Si tratta di vedere se entrambi i fenomeni siano della stessa qualità. Ma se studiamo la vasta materia riguardante le transazioni obbligatorie circa il peculio, ci sorprende come raramente sia evocata la *naturalis obligatio*; quasi tutto si risolve senza l'aiuto di questo concetto. E così potrebbe sembrare che il fenomeno della *naturalis obligatio* fosse di carattere diverso, che questo concetto dovesse nascere per aiutare là dove le norme riguardanti il peculio non bastavano. Che non si possa costruire la *n. o.* prima di aver chiarito questo problema, è palese.

Nelle fonti si parla del *creditor peculiaris*, del *debitor peculiaris*. La terminologia non è cristallizzata, però possiamo nel campo di transazioni peculiari fare queste distinzioni: *creditor peculiaris* è il terzo creditore che ha contratto con lo schiavo; *debitor peculiaris* è il terzo che si è obbligato verso di lui; *creditor peculiaris* è il padrone dello schiavo che ha acquistato un credito di fronte al suo peculio; *debitor peculiaris* è il *dominus servi* divenuto *debitor* di fronte al peculio dello schiavo (27). Un estraneo *creditor peculiaris* ha l'azione *de peculio*; lo schiavo può pagargli, e ciò non in virtù della *naturalis obligatio* del debitore, ma semplicemente in virtù della *concessio administrationis* (28). Un estraneo *debitor peculiaris* può esser convenuto dal *dominus*, o può direttamente pagare allo schiavo; e l'efficacia di questi pagamenti non si deduce nelle fonti dalla *naturalis obligatio*, ma dal presupposto della capacità del *servus* di accettare il pagamento (29) e dommaticamente sta vicino al caso del pagamento al *solutionis causa adiectus*. Se il *dominus* diviene, in ordine al peculio, *creditor servi*, il peculio si diminuisce (30). Quando invece il *dominus* si è fatto *debitor peculiaris*, il peculio si aumenta; questo accade

(25) Veggansi le diligentissime opere: MANDRY, *Familiengüterrecht* I (1871), II (1876); BUCKLAND, *The roman law of Slavery* (1908).

(26) Cfr. ad es. MANDRY, Op. cit. I 157 sg., 374 sg.

(27) Cfr. fr. 18 D. 33, 8; fr. 10 § 6 D. 15, 3; fr. 26 § 8 D. 12, 6; fr. 53 D. 15, 1; fr. 7 § 1 D. 15, 3. Del *dominus* si parla nelle fonti come *creditor servi*, non già, a quel che io sappia, come *creditor peculii*; ma questo è irrilevante di fronte al fatto indiscutibile che, avendo contratto con lo schiavo, il *dominus* diventa il creditore di fronte al suo peculio. Dunque siamo pienamente legittimati a parlare anche del *dominus* come *creditor peculii*.

(28) Cfr. ad es. fr. 19 D. 46, 1.

(29) Ad es. fr. 7 § 6 D. 15, 1; fr. 53 D. eod.; fr. 18 D. 46, 3; fr. 32 D. 46, 3; fr. 35 D. eod.

(30) Ad es. fr. 9 § 2 D. 15, 1; fr. 6 D. 33, 8.

specialmente anche nel caso in cui il *dominus* abbia conseguito dal terzo ciò che questi, *debitor peculiaris*, doveva (31). Dunque tutto si risolve col criterio di spettanza del debito o del credito al peculio; e questo criterio è decisivo non solamente per le transazioni durante lo stato di schiavitù, ma anche risolve la questione più complicata, circa l'appartenenza giuridica di questi *credita* e *debita* dopo la manumissione, quando il peculio non esiste più come tale. Se il peculio fu lasciato allo schiavo manomesso (per es., a titolo di legato) si decideva in base di questo criterio così: ciò che lo schiavo doveva al padrone (o anche all'erede) diminuiva il peculio anzi il legato *de peculio non detracto aere alieno*, perchè non fosse dichiarato nullo, bisognava interpretarlo senza riguardo a quell'aggiunta (32); ciò che doveva il *dominus*, doveva, a rigor della logica del rapporto, aumentare il peculio (33), e solo una norma positiva — un rescritto di Severo e Caracalla, interpretato dalla giurisprudenza estensivamente (34) — negava allo schiavo la petizione di queste partite; ciò che si doveva all'estraneo *creditor peculiaris*, non poteva diminuire il peculio, se non indirettamente: il manomesso doveva garantire all'erede *defensu iuri adversus creditores peculiarios*, altrimenti questi poteva ritenere il peculio (35); ciò che doveva un estraneo *debitor peculiaris*, apparteneva giuridicamente all'erede, il quale però era obbligato a restituire ciò che aveva conseguito, ivi compreso ciò che egli stesso doveva al manomesso (36). Dunque la sola spettanza al peculio è causa della norma per la quale l'*aes alienum* dello schiavo verso il proprio padrone diminuisce il peculio, il debito di questo verso quello aumenta o almeno *augere debet* il peculio, il debito dello schiavo verso un estraneo deve esser pagato dallo schiavo manomesso col peculio (altrimenti sarebbe *commissa la cautio defensu iuri*), il credito dello schiavo verso l'estraneo può esser pagato anche dopo la manumissione (non fatta l'*ademptio peculii*) allo schiavo. Teniamo conto della circostanza che l'*ademptio* del peculio non era usuale (37). Dal punto di vista terminologico si adoperavano per le transazioni in esame i termini: *debitum*, *creditum*, *debere*, *credere*, con o senza l'aggiunta *peculiaris*, *peculiariter*, esprimenti l'appartenenza al peculio.

Tutto questo sistema del regime peculiare, esaminato da sè, non ha niente a che fare colle obbligazioni naturali. Non si tratta realmente del credito

(31) Fr. 7 § 6 D. 15, 1.

(32) Fr. 6 § 1 D. 33, 8.

(33) Fr. 6 § 4 D. 33, 8: *Sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo, augere debet.*

(34) § 20 Inst. II, 20; fr. 6 § 4 D. 33, 8.

(35) Fr. 18 D. 33, 8.

(36) Fr. 5 D. 33, 8.

(37) Cfr. BONFANTE, *Corso* I 153.

dello schiavo verso un estraneo o verso il *dominus*, ma solo del credito acquistato al peculio, giuridicamente del credito acquistato al *dominus*, verso il terzo o verso se stesso (38); non si tratta del debito dello schiavo verso l'estraneo o verso il *dominus*, ma solo del debito gravante il peculio (39), ciò che significa giuridicamente: del debito che si può far valere contro il *dominus* mediante l'azione *de peculio*, e correlativamente del debito *ipso iure* diminuente il peculio (40).

6. - Accanto a questo vastissimo sistema di norme elaborate in modo specialmente più minuto per quel che riguarda la *deductio de peculio*, il concetto di debito naturale è sorto da diverse radici. Esaminiamo i singoli casi del debito naturale trattati nelle fonti, facendo precedere le obbligazioni servili verso il *dominus* come quelle più vicine al regime del peculio.

Già al giurista Servio era familiare l'idea non solamente del debito dello schiavo verso il proprio padrone, ma anche del debito del padrone (*dominicae rationis*) verso lo schiavo (41). E non v'è nessuna contraddizione se lo stesso giurista repubblicano è menzionato come sostenitore della tesi che *dominus servo nihil debere potest* (42). Il *debitum dominicae rationis* non è che una partita risultante dalla separazione della *ratio dominica* dalla *ratio peculiaris*. In questo riguardo il *dominus* può dovere allo schiavo, cioè alla *ratio peculiaris*, sebbene valga la regola che *dominus servo debere non potest*. Però, quando Servio fu interrogato circa la validità del legato '*heres meus Stichus servo meo quem testamento liberum esse iussi aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato*', rispose: '*nihil servo legatum esse*'. La questione eccedeva i limiti testè accennati. Non si trattava, per es., della questione se nel legato del peculio si dovesse ritenere compreso ciò che lo schiavo *in domini rationem plus erogaverat*. Nel caso in

(38) Fr. 41 D. 15, 1; fr. 7 § 6 D. eod. con annotazione di Stefano (*Bas. Suppl. Zach.* 209): *χρεωστών γὰρ ὁ δεσπότης τῶ οὐκ ἐστὶν δοκεῖ αὐτὸν ἑαυτῶ χρεωστέον κτλ.*

(39) *Onus peculii* fr. 38 D. 15, 1.

(40) Fr. 41 D. 15, 1; fr. 6 pr. D. 33, 8; fr. 8 pr. D. eod.

(41) Fr. 9 § 3 D. 15, 1; fr. 3 § 2 D. 40, 7. Credo che non sia giusta l'affermazione (ad es. SIBER Op. cit. 26) che Servio ancora non conoscesse il debito del padrone contro lo schiavo. Lo afferma ad es. il Siber dichiarando interpolato il fr. 3 § 2 D. 40, 7 di Ulpiano, contrario a questa tesi. Ritengo molto probabile una rielaborazione compilatoria del testo, ma nel senso quasi inverso a quello supposto dal Siber. A mio avviso, il testo è stato interpolato nel modo seguente: *Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo [vel ab herede], quod in domini rationem plus erogaverat [vel ab extraneo], nec velit heres [debitorem convenire vel] statulibero solvere pecuniam: an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiat. et [aut legatum huic statulibero fuit peculium, aut non: si legatum fuit], Servius scribit moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede praestaretur: quam sententiam et Labeo probat. Idem Servius probat et si in eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus: nam perventurum ad libertatem ait. Mihi quoque videtur verum quod Servius ait.*

(42) Fr. 40 § 3 D. 35, 1.

esame non si trattava del legato di peculio. Ad ogni modo, fu senza nessuna connessione col peculio formulata la questione del legato di ciò che deve il padrone allo schiavo. Così proposta non poteva la questione esser risolta se non negativamente. Perché per Servio non v'era che l'alternativa: o spettanza del *debitum dominicae rationis* al peculio, o *debitum civile*; altra ipotesi non era possibile (43). Ma la giurisprudenza del I secolo d. Cr. ha fatto un nuovo passo innanzi. Giavoleno in fr. 40 § 3 D. 35, 1 dichiara: *ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum*. Ciò che il padrone deve allo schiavo si può concepire senza riguardo al peculio; qui evidentemente non bastava la terminologia *debere, debitum*: dunque, *natura debitum*, l'ammontare del quale può esser oggetto del legato (44). Questo *naturale debitum* non è invenzione di Giavoleno, come fu già rilevato dal Klingmüller e dal Kuntze. Giavoleno dice *eo iure utimur*. Dalla circostanza che il citato testo di Giavoleno forma parte della sua opera *ex posterioribus Labeonis* giudicava il Kuntze (45) che la costruzione del debito naturale rimontasse all'opera di Labeone. Di ciò si ha veramente una prova indiretta nel testo di Paolo

fr. 20 D. 4, 3: *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuum a me accepit et tibi solvit. Labeo ait de dolo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus accepit.*

Labeone ammette la possibilità dell'esistenza di un *debitum* malgrado la mancanza del *peculium*. Di fronte alla semplice idea che il debito dello schiavo ha la sola funzione della partita diminuente il peculio, si ha qui un certo progresso. Anche i debiti oltrepassanti l'ammontare del peculio hanno esistenza. Giavoleno è andato più avanti: anche senza il menomo riguardo al peculio, ciò che deve il padrone allo schiavo e viceversa, è una entità naturale e deve rispettarsi nell'interpretazione di negozi.

Non c'è da meravigliarsi che appunto il discepolo di Giavoleno, Giuliano, accetti e svolga questo concetto. Anche per Giuliano il fenomeno che uno schiavo debba al *dominus* e viceversa esiste indipendentemente dal peculio; può coincidere con vari rapporti peculiari, ma anche esistere senza di essi. Ma dove è il criterio di esistenza di questo fenomeno denominato da Giu-

(43) Dunque non si può accettare l'opinione del KLINGMÜLLER (Op. cit. 11) e di altri (ved. KLINGMÜLLER Op. cit. 11 n. 2) che il diritto romano conoscesse già nel II o nel I secolo av. Cr. le obbligazioni naturali degli schiavi.

(44) La qualificazione del debito nel testo citato come naturale è molto caratteristica: del debito nel senso del *ius civile* non si poteva parlare; nemmeno del debito come a una partita riguardante il peculio: l'espedito fu trovato appunto nell'aggettivo « naturale ». — Se fonte di questo *natura debitum* fosse il diritto naturale con la sua negazione della schiavitù (ciò che riteniamo probabilissimo) non possiamo esaminare qui. Ad ogni modo era una forza nuova e differente dall'istituto del peculio.

(45) KLINGMÜLLER, Op. cit. 5 n. 3: « etwas fantasievoll ». Cfr. adesso BESELER, *Tijdschr.* cit. 323.

liano *naturalis obligatio*? E Giuliano risponde che dobbiamo cercarlo nell'ammissibilità della *deductio de peculio*, o dell'*imputatio in peculium* (46). Però, notiamo subito, la questione, se questo o quello può esser dedotto dal peculio, non si confonde per Giuliano (quando si tratta di qualche problema riguardante il peculio) colla questione, se nel caso proposto vi sia una *naturalis obligatio*. Non posso esprimermi meglio che così: se anche il diritto romano non avesse creato il concetto di *naturalis obligatio*, sarebbero, nondimeno, ugualmente comprensibili le numerosissime regole della *deductio de peculio*; nate queste regole, almeno quelle fondamentali, nel tempo in cui non si conosceva il concetto della *naturalis obligatio*, non avevano, neanche più tardi, quando sorse la *n. o.*, bisogno di esser illustrate al lume di questa costruzione. Altre questioni hanno resa necessaria questa costruzione: anzitutto la questione della revocabilità o meno del pagamento di ciò che abbia promesso lo schiavo, o che gli fosse promesso da altri. Lo vedremo subito analizzando il celebre testo di Africano-Giuliano fr. 38 §§ 1-2 D. 12, 6.

Entrando nell'esame di questo frammento, tante volte e tanto diversamente interpretato, vediamo anzitutto quale fosse la questione che aveva portato Giuliano al concetto della *naturalis obligatio*. Ciò è molto istruttivo. La questione era: *si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit*. Dunque non si trattava della questione: *si pater filio crediderit, isque emancipatus sit, an extraneo agente intra annum de peculio creditum deducere possit*; questa si sarebbe risolta in base alle norme regolanti il peculio, le quali potrebbero darci la risposta alla questione riguardante l'ammontare del peculio e così, *eo ipso*, a quella testè formulata. Ma la questione, se l'emancipato, avendo pagato, possa intentare la *condictio indebiti*, appartiene già ad altro campo d'idee. E questo è il campo di un debito, esistente da sè, indipendentemente dall'esistenza del peculio. Dunque la risposta dipende dall'esistenza del debito naturale. Ma interessantissimo è che l'esistenza di questo si desume dal criterio, se il *paterfam.*, convenuto *actione de peculio*, possa servirsi in proposito della *deductio de peculio*. Infatti c'è l'analogia fra *deductio* e *solutio* (47). Ma non pensiamo che si tratti semplicemente dell'analogia fra la *deductio de peculio* e la *soluti retentio*; si tratta dell'analogia fra la *deductio de pec.* come espressione del debito naturale e la *soluti retentio*. Giuliano ha scoperto che le norme riguardanti la *deductio de pec.* possono esser adoperate nella nuova funzione da regole determinanti la nascita, l'esistenza e l'estinzione del debito naturale. Abbiamo rilevato che la questione della *de-*

ductio non ha niente a che fare con quella del debito naturale, e che le regole della *deductio* sono comprensibili se anche lasciamo da parte il concetto della *naturalis obligatio*. Però per poter fare della *deductio* un fecondo strumento d'analogia nel caso in esame, Giuliano doveva veder in essa qualcosa di più di quel che risultasse dal regime del peculio, e scoprire che la *deductio* ha la fonte comune con la *solutio*, avendo entrambe la causa nel rapporto di obbligo fra *paterfamilias* e *filiusfamilias*, fra *dominus* e *servus*.

Lo stesso deve dirsi nel caso contrario: *si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit*. Anche qui non si tratta della questione, se il padre, convenuto *de peculio*, debba imputare al peculio ciò che deve al figlio: questo si risolverebbe in base alle regole riguardanti l'*imputatio* al peculio. Ma la questione, da Giuliano formulata, non può essere risolta se non ammettendo o non ammettendo la *nat. obligatio*. E Giuliano ammette questa, argomentando dalla ammissibilità dell'*imputatio in peculium*, intesa quell'*imputatio* come espressione del debito naturale.

Nel testo di Africano-Giuliano è rilevata ancor una volta la relazione tra il regime peculiare e l'idea del debito naturale: *naturalem obligationem hoc ipso sublatam videri quod peculii partem (creditor) sit consecutus* (fr. 38 pr. D. 12, 6). Si tratta del caso che il *filiusfam.* abbia preso a prestito il danaro dal fratello in *eiusdem potestate*; dopo la morte del padre paga il fratello debitore al fratello creditore: *quaesitum est, an repetere possit*. Giuliano decide: per la sua quota ereditaria certamente; effetto della confusione. Già dalle norme riguardanti il peculio risulta che ciò che lo schiavo (o figlio) avente il peculio, deve alla persona soggetta alla medesima podestà, diminuisca il suo peculio, perchè si riguarda come dovuto al padrone. Veggasi il fr. 9 § 3 D. 15, 1: *Huius definitioni Servius adiecit et si his personis debeat, qui sunt in eius potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit* (48). Dunque, per questa parte della decisione, Giuliano poteva direttamente servirsi di regole riguardanti il peculio nella nuova funzione di norme regolatrici l'esistenza di *n. o.*

Ma Giuliano continua: *pro ea vero (scil. parte) qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret*. A priori, si potrebbe pensare che per la quota ereditaria del fratello creditore la ripetizione non abbia luogo, chè la *naturalis obligatio* per questa parte esista. Ma Giuliano ragiona così: se fosse prelegato (o fosse legato) il peculio al figlio debitore, il fratello potrebbe come erede

(46) La risposta ci è riferita dal discepolo di Giuliano, Africano, nel fr. 38 D. 12, 6. Ved. P. KRÜGER, *Gesch. d. Quellen*² 195. Cfr. anche BONFANTE, *Histoire du droit romain* I (1928) 439; SOMMER, *Prameny soukromého práva římského* (1928) 74; CUQ, *Manuel des instit.* (1917) 369 n. 5.

(47) Nella *deductio* abbiamo un elemento della soluzione. Cfr. ad es. fr. 11 § 3 D. 15, 1; fr. 12 D. 14, 4.

(48) Però il peculio del fratello creditore cresce (fr. 7 § 7 D. 15, 1; fr. 8 § 2 D. 33, 8), ma di questo fenomeno del diritto peculiare, concomitante col fenomeno del debito del padrone, qui non si tratta.

dedurne ciò che fosse dovuto (al defunto, e adesso *eo ipso* a lui); dunque, avendo acquistato il peculio (risp. una parte del peculio) del fratello debitore come erede, *retinet cum peculio* ciò che gli è dovuto dal fratello. Fin qui siamo nell'ambito del peculio. Ma la questione era, per vero, un'altra: nelle circostanze descritte e giuridicamente apprezzate, il fratello che una volta aveva preso a mutuo dal suo fratello, paga a questo: *an repetere possit*. La decisione esigeva di indagare se qui era rimasto il debito naturale (49). E Giuliano decise che il debito naturale fosse estinto nei limiti dell'ammontare peculiare. Dalla norma che il debito peculiare *cum peculio retinetur* — se il debito oltrepassava l'ammontare del peculio era naturalmente del tutto irrilevante (50) — ha dedotto Giuliano che, fino all'ammontare del peculio, si estingua il debito naturale.

Abbiamo visto quali questioni giuridiche diedero l'impulso alla giurisprudenza per costruire la *n. o.* L'idea del debito naturale veniva invocata solo se era necessaria; altrimenti se ne faceva a meno. Lo mostrano gli esempi che seguono.

Fr. 28 § 7 D. 34, 3 (Scaev. lib. 16 digest.): --- *an Stichus reliqua, quae ex administratione debuerat, reddere debuerit*. Scaevola: *Stichum eo nomine non teneri*. Claudius: *nemo enim ex servitutis actu post libertatem tenetur et consultatio ad ius debiti relata fuerat: retineri ergo reliqua possunt cum peculio aut ex eo deduci, si legatum sit*.

La risposta di Claudio è formulata come se da una obbligazione non potessero nascere che due possibili conseguenze: *actio* o *retentio ex peculio* (risp. *cum peculio*); l'idea del debito naturale è qui senza valore.

Un caso analogo è nel

fr. 40 § 1 D. 40, 7 (Scaev. lib. 24 digest.): '*Pamphilus liber esto peculio suo heredibus vere dato*'. *quaesitum est cum plus domino debeat, quam in peculio habeat et omnes res, quas in peculio habebat, bona fide heredibus dederat, an libertas ex testamento competat. respondit nihil proponi, cur non competeret*.

Evidentemente si trattava della questione, se la clausola *peculio heredibus dato* contenente la condizione della libertà implicava nel caso che lo schiavo dovesse più dell'ammontare del peculio, il pagamento dell'intero debito. No, perchè il debito peculiare in mancanza del peculio non si concepisce; quando il peculio è stato consegnato, non si poteva parlare dei *debita peculiaria*. Ma immaginiamo che in questo stato di cose il manomesso paghi. Può ripetere? La soluzione dipenderebbe dall'esistenza del debito naturale ed è quasi certo che, dal punto di vista della giurisprudenza classica, si dovrebbe ragionare nel modo seguente: fino all'ammontare del peculio il

(49) Non si trattava della questione se nel tempo del mutuo era nato un debito. Questo era palese. Ma si trattava di sapere come abbia influito su questo debito la circostanza che il fratello creditore aveva acquistato parte del peculio, gravato di questo debito.

(50) Cfr. ad es. fr. 40 § 1 D. 40, 7.

debito naturale è estinto; per la differenza dura questo debito e, dunque, pagato non si può intentare la *condictio indebiti*.

Si è visto come la giurisprudenza classica abbia applicati principii riguardanti il peculio, specialmente la *deductio de peculio*, indipendenti, logicamente e storicamente, dal posteriore concetto del debito naturale. Ma a questa nostra concezione sembra opporsi un testo di Ulpiano assai importante (sebbene nella dottrina non adeguatamente apprezzato), il nucleo centrale del quale è nella frase: *naturalia debita spectamus in peculii deductione*. Isolata, questa frase sarebbe del tutto nell'ordine di idee di Giuliano, testè sviluppate. Occupiamoci più da vicino del testo.

Fr. 11 § 2 D. 15, 1 (Ulp. lib. 29 ad ed.): *Sed si a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit, quaeritur: et Iulianus libro XII digestorum non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset, quod exactum est: eadem et in filio familias dicenda erunt. et puto veram Iuliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse*.

Fino alla motivazione *naturalia enim debita* etc. il testo si muove nel campo del peculio. La questione era, se lo schiavo, avendo riscosso un credito del padrone, fosse divenuto suo debitore; dalla continuazione del testo, anzi dalla collocazione della questione nella materia del peculio, risulta che la parola *debitore* significa qui debitore peculiare: dire *an debitorem domini se fecerit*, è lo stesso come dire *an dominus de peculio deducere possit*. Giuliano fa dipendere la *deductio de peculio* dalla *domini ratihabitio* dell'atto dello schiavo. Questo si spiega nel modo seguente. La *ratihabitio* del *dominus negotii* libera il gestore, che ha riscosso credito altrui, dalla *condictio*. Il *dominus* deve *ratum habere*, se vuole sperimentare l'*actio negotiorum gestorum*, la quale appunto *sublata est eo, quod ratum non habui*: fr. 62 D. 96, 3 (51). Così si spiega benissimo che Giuliano limitasse la *deductio* al caso della *ratihabitio*, ciò che sarebbe nient'altro che un'espressione speciale della sentenza: *ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est* (fr. 49 § 2 D. 15, 1). Ulpiano approva quest'opinione e continua: *naturalia enim debita spectamus in peculii deductione*. Ma questa continuazione è incomprensibile. Giuliano non entrava affatto nel problema della relazione fra *deductio* e *naturale debitum*, ma esaminava solo in quali limiti ciò che lo schiavo ha riscosso dal debitore del padrone fosse oggetto della *deductio*. Si potrebbe completare la sentenza di Giuliano, riguardante le condizioni della *deductio* nel nostro caso, forse così: in questi limiti lo schiavo è divenuto debitore naturale del padrone: *naturalia enim debita spectamus in p. d.* Ma a tale supplemento della sentenza

(51) Cfr. fr. 14 D. 12, 4; fr. 26 § 8 D. 12, 6; fr. 8 § 1 D. 46, 8; fr. 22, 1 D. eod.

di Giuliano non siamo legittimati. La frase *naturalia enim debita* etc. bisogna dunque interpretarla in modo del tutto differente, anzi inverso, e cioè: solo i debiti naturali (i debiti provenienti dalla *naturalis aequitas*) possono esser dedotti dal peculio. Tale interpretazione risulta evidente quando si tenga presente la continuazione del nostro testo: *natura enim aequum est liberari servum condictione*. La *ratihabitio* (e susseguente *liberatio* del gestore della *condictio*) dà alla *obligatio* del *dominus* verso il gestore un carattere di *naturalis aequitas* facendola così adatta alla *deductio*, perchè solo i debiti naturali sono oggetto della *deductio*. Siamo qui di fronte ad un' interpolazione alla quale si deve: 1) costruzione della partita riguardante il peculio, come debito naturale; 2) deduzione del debito naturale dalla fonte comune della *naturalis aequitas*.

Ma possiamo anche corroborare la tesi che la frase *naturalia enim debita spectamus in p. d. natura enim aequum est*, nel significato "solamente i debiti naturali sono oggetto della deduzione *de peculio*", è interpolazione di grande importanza. Nel fr. 9 § 6 D. 15, 1 Ulpiano (nello stesso lib. 29 ad ed.) tratta della questione se nel caso di delitto dello schiavo verso il padrone (ad es., di furto) dal padrone possa *de peculio* dedursi *ipsa furti aestimatio, id est id solum quod domino abest, an vero tantum, quantum, si alienus servus commisisset, id est cum furti poenis*, ed approva: *sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur*. Non è difficile comprendere questo. Appunto perchè l'obbligazione, conseguenza del delitto, era esaurita dalla podestà del padrone di punire — *adversus furem statuere potest* (52) — non poteva venir qui in considerazione neanche la possibilità della deduzione della pena pecuniaria, e oggetto della *deductio* restava il solo ammontare del danno. Però vediamo qual giustificazione dà alla mancanza della *deductio poenae nomine* il giurista bizantino Stefano (53): *ή γὰρ ποινή οὐ φυσικῶς χρεωστέεται, ἀλλ' ἀπὸ νόμων ἐπιτενέονται (poena enim non naturaliter debetur, sed a legibus inventa est)*. Questo è non solamente l'opposto di ciò che i Romani intendono per *poena* — naturale conseguenza del delitto (54) — ma è nel tempo stesso una erronea concezione della *deductio de pec.* Non è vero che solo i debiti provenienti dalla *naturalis aequitas* siano oggetto della *deductio*. Tale formulazione sarebbe stata incomprensibile per i Romani autori della regola: *ut servus domino debitor intellegatur ex causa civili computandum est*. Vero è invece che dalle norme della *deductio* desumevano i Romani il criterio dell'esistenza di un debito naturale.

(52) Fr. 17 D. 47, 2. Cfr. BIONDI, *Actiones noxae* (1925) 179. Ma dubito che sia giusta la contrapposizione delle obbligazioni *ex contractu* a quelle *ex delicto*, contratte fra schiavo e padrone, come la costruisce l'Autore. « Per le obbligazioni *ex contractu*... non resta esclusa solo l'azione, ma è la stessa esistenza del rapporto obbligatorio che appare impossibile. Invece per i delitti è esclusa soltanto l'*actio* ». Quest'ultima asserzione potrebbe essere giusta per i delitti verso estranei. Invece nei delitti verso il *dominus* è il rapporto obbligatorio penale che è in linea di principio impossibile; e questo impedisce il sorgere dell'analogo debito naturale.

(53) Scolio di Stefano ad fr. 9 § 6 D. 15, 1 (*Bas. Suppl. ZACH.* 211).

(54) Confr. VÁZNÝ, *Actiones poenales* (1923) I, Poena, 99, e autori ivi citati.

7. - Abbiamo visto che la vera apparizione del debito naturale dello schiavo verso il *dominus* (e viceversa) era da trovarsi nel campo della *condictio indebiti*. Non v'è dubbio che anche qui devono cercarsi le prime tracce della *naturalis obligatio* dello schiavo verso l'estraneo. Usciamo dunque dallo schema: lo schiavo ha preso a prestito danaro da un estraneo; il danaro è stato poi restituito. Esclusione della *condictio indebiti*. Perchè? Troveremo che non v'è sempre la costruzione della *naturalis obligatio* che si dovrebbe necessariamente invocare per arrivar alla vera spiegazione della regola negante la *condictio*. Ciò risulterà dalla seguente analisi.

a) Ha pagato lo schiavo e cioè, come è naturalissimo, col proprio quasi-patrimonio, il peculio. L'esclusione della *condictio* in questo caso risulta abbastanza bene dal regime del peculio. Ciò che lo schiavo ha preso a prestito, rappresenta una partita passiva del peculio, e cioè direttamente, se creditore è il proprio padrone; indirettamente, se creditore è un estraneo. Ovvero, con altra formulazione, si potrebbe dire: come il contraente può intentare l'azione *de peculio*, così può farsi soddisfatto per pagamento dello schiavo dello stesso fondo; entrambe le possibilità sono implicite nella regola: *qui cum servo contrahit peculium eius intuitur* (55). E non si pensi che il giudizio dell'esclusione della *condictio* debba esser preceduto dall'analisi se lo schiavo fosse obbligato naturalmente. No. Come la giurisprudenza ha sviluppato senza nemmeno l'aiuto dell'idea del *debitum naturale* le regole della *deductio* (almeno quelle fondamentali), così obbiettivamente, direi, sviluppava dalle parole edituali i casi dell'*actio de peculio* ed *eo ipso* i casi dell'irrevocabilità del pagamento dal peculio. Questo è palese e del resto, credo, è *communis opinio*; ma non è portato a conseguenze. Lo schiavo obbligatosi come *fideiussor pro alio* ha pagato. Giuliano (fr. 19 D. 46, 1) dice: *interest quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id quod ex peculio solverit repetere dominus non poterit--- si vero extra causam peculiari fideiusserit--- condici poterit*. Questo è chiarissimo. Meno chiaro è però quando Giavoleno (fr. 20 D. 46, 1) si esprime così: *cum servus fideiussionis nomine obligari non possit--- cuius obligatio ad servum non pertinet*. Quasi che nemmeno l'*obligatio naturalis* potesse ammettersi qui! Ma questa interpretazione sarebbe falsa, chè il testo non implica neanche la menoma traccia dell'idea del debito naturale — il testo è completamente nell'ordine di idee testè sviluppate — e le parole *obligatio ad servum pertinet, servus obligari potest*, non significano se non l'obbiettiva base dell'*actio de peculio* e dell'irrevocabilità del pagamento fatto col peculio.

Dunque, fin qui, nessuna costruzione della *naturalis obligatio*. Ma eccezionalmente potevano verificarsi dei casi eccedenti i limiti del regime del peculio. Lo schiavo, obbligatosi verso un estraneo, ha pagato a questo col danaro

(55) Cfr. fr. 19 § 1 D. 15, 1; fr. 32 pr. D. eod.

prestato gli da un altro. Ha luogo la *condictio indebiti*? Naturalmente no. E la motivazione? È implicita (non direttamente espressa, perchè il testo riguarda altri problemi) nel fr. 11 D. 15, 3: *ut creditori suo solveret*, per cui *actio de pec. liberatus est dominus*, cioè: lo schiavo, egli personalmente e senza riguardo all'esistenza o abbondanza del peculio, era debitore dell'estraneo. Qui si presenta l'idea del debito naturale dello schiavo verso un terzo.

Un altro caso eccedente il mero regime del peculio nelle fonti chiaramente formulato ci offre un celebre testo di Papiniano il fr. 50 § 2 D. 15, 1. Dopo che fu contestata la lite col *dominus* ha pagato lo schiavo. Papiniano giustifica il pagamento e la esclusione della *condictio indebiti* nel modo seguente: *quia naturalis obligatio ... in litem translata non est*, cioè, perchè esiste la *n. o.* Normalmente, lo sappiamo, il pagamento col peculio non si doveva giustificare così. Invece qui occorre invocare l'idea della *n. o.* Appunto perchè, altrimenti, bisognerebbe ammettere la *condictio indebiti*. Poichè, riguardando l'obbligazione come semplice *onus peculii* del quale *onus* si è effettuata tutta la portata giuridica per la *litis contestatio* col *dominus* (56), si arriverebbe alla conseguenza che lo schiavo avrebbe pagato ciò che era oggetto della lite e a questo certamente non si poteva ritenere legittimato (fr. 94 § 3 D. 46, 3). Ecco la spiegazione; perciò Papiniano ha ritenuto conveniente, anzi necessario, aggiunger la motivazione: *quia naturalis obligatio (= servi n. o.) in litem translata non est* (57).

b) Ha pagato il padrone dello schiavo, e cioè con patrimonio peculiare. L'esclusione della *condictio indebiti*, presupposto che si tratti del caso in cui lo schiavo *dominum de peculio obligat* (o *iure praetorio adstringit*), è evidente; e si capisce da sè che restiamo sempre nel campo delle norme riguardanti il peculio. Il pagare col peculio non deve pensarsi necessariamente nel senso che il padrone tolse realmente dal peculio l'ammontare del credito dell'estraneo *creditor peculiaris*, ma anche (e più sovente) nel senso che il padrone pagò del suo e gravò con questa partita il conto dello schiavo, se non volle fargli donazione. Ma vi saranno, anche qui, casi in cui l'esclusione della *condictio* non si giustificherà che in base della costruzione della *naturalis obligatio servi*. Questo specialmente nel caso in cui peculio non ve n'è. Giuliano ammetteva che il padrone che aveva pagato, nel caso in cui non v'era peculio, il debito dello schiavo (o *filiusfam.*) non potesse chieder la restituzione. Ma a questa opinione si opponeva Marcello, seguito da Ulpiano (fr. 5 § 2 D. 34, 3). Come comprendere questa discussione? E il problema (58) è ancor più difficile se si

(56) Fr. 41 D. 15, 1: *Nec servus debere potest... quod servus ipse debet eo nomine in peculium... actio datur.*

(57) Del testo, specialmente dal punto di vista delle interpolazioni, ci occuperemo più avanti.

(58) Cfr. BUCKLAND, op. cit. 213, 217.

prende in considerazione che lo stesso Ulpiano dice espressamente nel fr. 11 D. 12, 6: *Si is cum quo de peculio actum sit, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest.* Certo tutti i giuristi citati erano d'accordo nell'ammettere che il padrone che aveva pagato *servi nomine*, se aveva pagato più dell'ammontare del peculio, sia pure *per imprudentiam*, non potesse ripetere, perchè, *sublata falsa opinione* circa il peculio, restava la *naturalis obligatio servi*. Ma quando il *dominus* pagava *suo proprio nomine* (e questo caso evidentemente esamina Giuliano) non si può spiegare l'esclusione della *condictio indebiti*, nell'ipotesi di mancanza del peculio, in altro modo che costruendo una *naturalis obligatio* del padrone stesso; la quale costruzione era però isolata costruzione di Giuliano, non accettata da Marcello e da Ulpiano.

c) Ha pagato un estraneo *pro servo*: esclusione della *condictio indebiti*. Era indifferente, se c'era peculio, se bastava, o no. È sintomatico che la questione, se il terzo avesse pagato *plus quam in peculio erat*, se avesse pagato in mancanza del peculio — questioni che nel caso b) erano di grande importanza — non emerga qui. Perchè nel caso b) si usciva dal naturale presupposto che si paga una partita gravante sul peculio; esaurito il peculio — e tanto più nel caso di mancanza del peculio — non si poteva parlare delle partite riguardanti il peculio e se, dunque, in questo caso, al *dominus* che pagava doveva esser tolta la *condictio indebiti*, non si poteva far questo altrimenti che mediante espedienti indicati in b). Ma invece qui non era nemmeno concepibile la questione riguardo all'esistenza o abbondanza del peculio: giustificazione normale della *condictio indebiti* era nel nostro caso appunto la *naturalis obligatio* dello schiavo.

d) Ha pagato lo schiavo stesso dopo la manumissione. Anche qui non si concepisce punto la questione, se si è pagato col peculio o no; in altre parole, se il peculio fu lasciato o tolto allo schiavo: prova che la base della validità ed irrevocabilità del pagamento sta fuori delle norme del peculio, e precisamente nella *naturalis obligatio servi*. Il regime peculiare viene naturalmente anche qui qualche volta in considerazione, ma in ultima analisi c'è la *naturalis obligatio* che qui giustifica la *soluti retentio*. Un esempio: dal regime peculiare riceve spiegazione il pagamento dello schiavo in ogni caso quando gli fu lasciato il peculio. Ma per esser più precisi, la spettanza del debito peculiare al peculio significa in primo luogo un dovere di pagare, in qualche caso (nel caso della *cautio defensu iri*) un dovere giuridico di fronte a persone giuridicamente obbligate *de peculio* (59). Lo schiavo, quand'anche avesse pagato nell'erronea opinione di esser obbligato come padrone del peculio, non potrebbe chieder la restituzione dovendo riconoscere la *naturalis obligatio*, giustificante la *soluti retentio*. Il giudizio circa l'inammissibilità della *condictio indebiti* deve

(59) Fr. 18 D. 33, 8.

esser preceduto dall'analisi riguardo all'esistenza della *naturalis obligatio*. Si capisce che approssimativamente si può dire che dove sarebbe ammissibile *mutatis mutandis* l'azione *de peculio*, lì può costruirsi nei casi dove questo è necessario — specialmente nei casi *c) e d)* — l'*obligatio naturalis*, similmente come, dove è ammissibile la *deductio de peculio*, lì può costruirsi — se necessario — l'*obligatio naturalis* dello schiavo verso il padrone. Però saranno i casi dove non si potrebbe intentare l'azione *de peculio*: per es., fideiussione dello schiavo, *pecunia compromissa*, mandato qualificato (60); ma l'esistenza della *naturalis obligatio* non si può negare e dunque neanche la *soluti retentio* ecc.

L'analisi che precede, la separazione di singoli casi qui addotti, non solamente è una conseguenza logica di fondamentali principii romani: possiamo direttamente documentarla attraverso le fonti. Riguarda questa materia un testo di prima importanza in quanto *ex professo* tratta il problema che qui ci interessa, ossia il

fr. 13 D. 12, 6 (Paul. lib. 13 ad Sab.): *Naturaliter <etiam> servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, [ex peculio cuius liberam administrationem habeat] repeti non poterit: et ob id fideiussor pro servo acceptus tenetur* rell.

Sono, come abbiám visto, i casi del pagamento fatto da un terzo o dallo schiavo dopo la manumissione, in cui la *soluti retentio* non può esser giustificata che colla costruzione della *naturalis obligatio*. La formulazione fatta da Paolo (o Pomponio) è dunque mirabilmente esatta e deve essere certamente all'alterazione compilatoria — rilevata già dal Grandenwitz (61) "wohl aus dem folgenden: *si servus qui peculii administrationem habet* gezogen „ — se il testo è più completo rispetto a singoli possibili casi del pagamento, ma meno preciso nella formulazione dei casi in cui l'esclusione della *condictio indebiti* si deve direttamente alla *naturalis obligatio*. I compilatori volevano avere più completa (per la tipica loro tendenza a completare) la serie di casi della *soluti retentio ex servi contractu*, ma non badarono che in Paolo si trattava solo di quei casi di *soluti retentio ex contractu servi*, che sono conseguenza diretta e schietta della *naturalis obligatio*, per cui erano limitati a due soli: *si quis nomine eius solvat* (cioè se paga un terzo al qual caso si rassomiglia il caso in cui faccia un terzo il prestito allo schiavo per pagarne il creditore), *vel ipse manumissus* (62).

Paolo continua: *et ob id fideiussor pro servo acceptus tenetur*, cioè: essendovi qui, senza riguardo alla esistenza del peculio, l'obbligazione naturale dello schiavo, può esser accettato il fideiussore il quale direttamente *tenetur*;

(60) Cfr. BUCKLAND, op. cit. 214.

(61) *Natur und Sklave* cit. 171. Cfr. ALBERTARIO in *RIL* 61 (1928) 843.

(62) Da queste considerazioni risulta inammissibile anche la ricostruzione del testo proposta dal BESELER, *Tijdschr.* cit. 322.

ovvero, come l'obbligazione naturale può esser soddisfatta dal terzo, la validità del cui pagamento non ha niente a che fare colla questione dell'esistenza o abbondanza del peculio, così può il suo soddisfacimento essere garantito dal fideiussore, il quale *in solidum tenetur etiamsi nihil in peculio sit* (Paolo fr. 35 D. 46, 1). Non entriamo qui nella discussione circa le origini della *fideiussio* ed in specie di quella *pro servo* (63). Certo è che la giurisprudenza classica, dovendo collocarla nel sistema, non poteva fare altro che concepirla come un accessorio accedente alla *naturalis obligatio*. E che così entrasse nel sistema in prim'ordine la *fideiussio pro servo* riguardante un'obbligazione verso l'estraneo, essendo invece la fideiussione per il debito dello schiavo verso il padrone conseguenza della prima, è già stato mostrato. Ma occupiamoci qui più da vicino del fenomeno: *naturaliter servus obligatur; ob id fideiussor pro servo acceptus tenetur*. Sarebbe plausibile l'interpretazione: essendo lo schiavo obbligato naturalmente è anche il *fideiussor pro servo acceptus* obbligato naturalmente, ed inoltre civilmente. E almeno per diritto giustiniano quest'interpretazione è esatta. Ricordiamoci della costruzione (espressamente enunciata, per verità, soltanto dalla Glossa, ma certamente implicita nelle fonti giustiniane) secondo cui in ogni obbligazione avente giuridica efficacia devono ritenersi compresi due elementi, uno naturale e uno civile. Così anche il *fideiussor pro servo* è obbligato naturalmente e civilmente: tale regola viene formulata espressamente già nelle fonti bizantine, in specie da Teofilo (64). Ma nel diritto classico tale regola, come tale interpretazione, è inammissibile. Risulta già dalla considerazione che la dottrina dell'elemento naturale inerente ad ogni obbligazione è estranea alla giurisprudenza classica. Per quel che riguarda il caso nostro, basta osservare che, come l'obbligazione dello schiavo può esser soddisfatta dal terzo pagatore, così può esser garantito il suo adempimento dal terzo fideiussore. Dello schiavo solo (o qualche caso analogo) si può dire che deve *per abusioem*, ma trasferire questo concetto all'idoneo debitore è impossibile. Veramente dir che lo schiavo non sia idoneo debitore (ved. fr. 52 § 15 D. 47, 2) o che sia naturalmente obbligato è denominare con varie parole la stessa cosa. Semplicemente il fideiussore è obbligato, come se lo schiavo (debitore principale) fosse libero (65). Del resto, di questo fenomeno in cui il *fideiussor pro servo* è obbligato e naturalmente e civilmente non abbiamo conseguenze particolarmente accentuate neanche nel diritto giustiniano. Nondimeno, vicino a questo complesso d'idee è un testo di Africano che ritengo interpolato all'incirca come qui è segnato:

fr. 21 § 2 D. 46, 1 (Afric. lib. 7 quaest.): *Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi [- -] (66) potius <esse*

(63) Cfr. ERMAN, *Fr. 21 § 4 D. 44, 1: études sur le droit classique et byzantin*, in *Mélanges Appleton* 275 ed autori ivi citati; LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* (1907).

(64) *Paraphr.* 3, 20, 1 (ed. FERRINI 346).

(65) *Fr.* 24 § 2 D. 19, 1.

(66) DE MEDIO in *Arch. giur.* 68 (1902) 37.

ait) ut nihil agatur: non enim intellegi posse ut quis pro se fideiubendo obligetur. quod si hic servus manumissus fideiussori suo heres existat [durare] (evanescere) causam fideiussionis putavit [et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. nec his contrarium esse] quod, cum reus fideiussori heres existat, fideiussoria obligatio tollatur [quia tunc (?) duplex obligatio civilis cum eodem (!) esse non potest (!)].

Il testo fu ultimamente oggetto della critica del Beseler, che ritengo sostanzialmente giusta, pur non sembrandomi plausibile la ricostruzione da lui proposta (67); per es., il modo dubitativo d'esprimersi *potius esse*, il *putavit* esprimente uno stato finora non totalmente deciso nella dottrina di fronte alle regole generalmente conosciute, *nemo pro se fideiubendo*, e, *cum reus fideiussori heres existat, fideiussoris obligatio tollitur*, si spiegano considerando che l'applicare tali regole al caso in cui *reus promittendi* è lo schiavo doveva esser discutibile. È molto probabile che la regola per cui, confusa l'obbligazione del debitore con quella del fideiussore rimanga quella che è *maior*, provenga dai compilatori. Però nel nostro caso, anche ammessa la classicità della regola, non vi sarebbe luogo alla sua applicazione, chè, essendo l'obbligazione naturale dello schiavo un concetto che sta fuori del diritto positivo (non così nel diritto giustiniano dove l'obbligazione naturale, come un elemento implicito in ogni obbligazione diviene concetto dedotto dal diritto positivo), non era concepibile la questione se fosse *maior* o *minor* di fronte all'obbligazione del diritto positivo.

Ma torniamo al nostro problema circa la relazione fra il peculio e la costruzione della *naturalis obligatio*. Restano da esaminare i casi in cui lo schiavo stesso abbia accettato la promessa da un terzo. In quali limiti venne costruita qui la *naturalis obligatio*? Come è notissimo, da tale accettazione sorge un diritto per il *dominus* (68); il quale *petere potest*. Lasciamo da parte la questione se lo schiavo potesse novare quest'obbligazione (69). Certo è che il *punctum saliens* era nella questione se questa facoltà fosse compresa nella *libera administratio peculii*. Più importante era la facoltà dello schiavo di accettare il pagamento, congiunto questo coll'effetto liberatorio per il debitore. Esaminiamo brevemente i casi. La facoltà di accettare il pagamento del credito contratto per il *dominus* è naturalmente fenomeno estraneo al nostro problema. Se si trattava del credito peculiare, era ovvio che il debitore potesse pagare allo schiavo, anzi questo era regolare. Ma non era la costruzione della *naturalis obligatio* che giustificava la liberazione del debitore — tanto

(67) *Z. Sav.-St.* 47 (1927) 54. Ved. ora lo stesso BESELER, *Tijdschr.* cit. 326: « Urtext ungewiss ».

(68) Fr. 41 D. 15, 1.

(69) Cfr. fr. 10 D. 46, 2; fr. 16, fr. 20 pr., fr. 25 e fr. 34 D. eod.; fr. 19 D. 46, 3; fr. 27 D. 2, 14.

più che si trattava della liberazione dal vero creditore, il *dominus* (70) — sibiene la facoltà compresa nella *libera administratio peculii*. Siamo sempre nell'ambito del diritto civile. Così si spiega, per es., la norma che il *debitor peculiaris* pagante *in fraudem domini* allo schiavo *non liberatur* (71). Ma quale mutamento accadeva se lo schiavo fosse stato manomesso? La facoltà di pagare allo schiavo durava, ma basata adesso sulla circostanza che il peculio fu concesso al manomesso direttamente o tacitamente (72): si capisce che il debitore che pagava al manomesso ignorando l'adenzione del peculio era protetto in virtù della sua *bona fides*. Lo schiavo manomesso poteva divenire direttamente creditore, ma solo in conseguenza della cessione delle azioni (fr. 53 D. 15, 1); in uno speciale caso di *legatum peculii* poteva fin promuovere l'azione per ottenere la cessione di quest'azione (fr. 19 § 1 D. 33, 8). E così non v'era occasione per la costruzione della *naturalis obligatio*. Si deve probabilmente a una interpolazione (73) se nelle fonti (fr. 14 D. 44, 7) si dice: *servi-- ex contractibus naturaliter -- obligant*. I compilatori, i quali hanno generalizzato il concetto della *naturalis obligatio*, e l'hanno costruito come base di ogni obbligazione, non potevano ammetterlo nel caso in cui lo schiavo assume una obbligazione, ed invece negarlo in quello in cui egli accetta una promessa. Ciò non di meno, nel diritto giustiniano stesso questa *naturalis obligatio* vale più teoricamente che praticamente. Sintomatico è che il caso aggiunto alla regola che lo schiavo *naturaliter alios obligat: si servo qui mihi mutuum pecuniam dederat manumisso solvam, liberor*, poco si adatta a esser conseguenza di quella regola, chè nel *liberor* è implicita in primo luogo (se non del tutto) la liberazione dall'obbligazione civile.

8. - Siamo pervenuti al risultato che accanto all'istituto del peculio, in stretta connessione con questo, però da fonte diversa, si è sviluppata la *naturalis obligatio* per render possibile la soluzione di questioni che eccedevano l'ambito del regime del peculio. Da queste considerazioni, nonchè dalle fonti fin qui esaminate, risultano i singoli casi di questa *n. o.*: le obbligazioni

(70) C'è una grande differenza, a seconda che si tratti di obbligazione dello schiavo dal lato passivo o dal lato attivo. Lo schiavo, obbligato naturalmente, *acceptum rogando* libera in prim'ordine se stesso dalla *n. o.*, e la liberazione del *dominus* dalle azioni adiettie non è che conseguenza secondaria della liberazione dello schiavo. Cfr. fr. 8 § 4 D. 46, 4; fr. 11 § 1 D. eod. Invece lo schiavo a cui si è un altro obbligato, non può naturalmente *acceptum facere*, e accettando il pagamento libera il debitore non come un creditore naturale, ma solo nella sua funzione di persona legittimata ad accettare il pagamento dal creditore, e così libera il debitore dal vero creditore, non trattandosi di altro.

(71) Fr. 10 § 6 D. 15, 3.

(72) Molto caratteristico in proposito è il fr. 3 D. 40, 3 di Paolo: *servus civitatis iure manumissus non ademptum peculium retinet ideoque debitor ei solvendo liberatur*.

(73) Già provata dal SIBER, Op. cit. 35, le illazioni del quale però non si possono accettare per quel che riguarda l'obbligazione dal delitto e l'obbligazione dal contratto dal lato passivo.

degli schiavi sia di fronte al terzo sia di fronte al *dominus* (quest'ultime anche dal lato attivo), le obbligazioni del *filiusfamilias* verso il *paterfamilias* o verso il fratello sotto la medesima patria potestà (dal lato passivo ed attivo). Conosceva il diritto classico ancora altri casi? A mio avviso, c'è ancora un caso che potremmo annoverare, con qualche probabilità, fra quelli di *n. o.* classica: le obbligazioni del *capite deminutus*, ed anzitutto le obbligazioni dell'*advogatus*, contratte prima della arrogazione. Ma sarà meglio trattarne in altra connessione.

Aggiungiamo qualche osservazione generale, specie sulla terminologia. I giuristi adoperavano nel nostro campo tutti i termini del diritto delle obbligazioni: *debitum*, *debere*, *debitor*, *obligatio*, *obligari*, con o senza *naturalis*, o *natura* e simili. Dello schiavo si parla non solo come debitore, ma anche come creditore rispetto al *dominus* (74), non però rispetto al terzo. E come nel diritto delle obbligazioni civili adoperavano i classici promiscuamente i termini *debitum* e *obligatio*, similmente trattando di schiavi parlano a volte di *obligatio*, a volte di *debitum*. La tesi che i debiti degli schiavi erano e materialmente e terminologicamente *debita* e non *obligationes* non è vera, semplicemente perciò che essi non erano nè *debita* nè *obligationes*, se non *per abusionem* (75). La cosa può essere bene illustrata mediante un paragone preso da altro campo. Come i termini *debitum* e *obligatio*, così viene trasferito agli schiavi il termine *cognatio*. Molto sintomatica è la locuzione: *non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: --- sed ad leges serviles cognationes non pertinent*; questo modo di esprimersi di Paolo (fr. 10 § 5 D. 38, 10) è in piena corrispondenza col modo con cui si esprime Ulpiano circa le obbligazioni di schiavi: *sed cum verbo (scil. debere) abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem* (fr. 41 D. 15, 1). Il pensiero che del debito dello schiavo non si può parlare se non *per abusionem* si riscontra, per quel che riguarda la *cognatio*, nella dichiarazione di Ulpiano: *nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio* (fr. 1 § 2 D. 38, 8). Persino in una costituzione di Costantino (c. 11 C. 3, 38) si parla di *servorum agnatio*. Come poco, anzi niente, importasse ai Romani separare terminologicamente i debiti degli schiavi dai debiti civili, lo prova il fatto che qualche volta, contrapponendo questi a quelli, adoperano in entrambi i casi la stessa parola *debere*. Così Paolo nel fr. 62 D. 46, 3: *--- Si quidem post aditam hereditatem (scil. testamento manumissus) exegerit pecuniam, dubitari non debet, quin de peculio eo nomine nihil retineri debeat, quia liber factus incipit debere ---. cum vero ante aditam hereditatem pecuniam accepit --- non est dubium quin de peculio id retinendum sit, quia incipit debere hic heredi quasi neg. gest. vel mandati actione*. E in altro testo il giurista Claudio,

(74) Fr. 10 § 9 D. 15, 3. A torto negato dal SIBER, Op. cit. 34.

(75) Ved. fr. 41 D. 15, 1; fr. 16 § 4 D. 46, 1. BONFANTE, *Scritti* III 102 contro la tesi del Pacchioni e del Betti (op. ivi cit.).

evidentemente per evitare i dubbi servendosi della stessa parola *debitum* e per i veri debiti civili e per i debiti degli schiavi, adoperava per la prima ipotesi le parole *ius debiti* (fr. 28 § 7 D. 34, 3).

Ma, se la tesi che *naturalis obligatio servi* era espressione estranea al diritto classico e che questo, per le obbligazioni degli schiavi, invece parlava semplicemente di *debita*, non corrisponde alle fonti, possiamo ricavare da queste un altro uso terminologico più impressionante, e quasi regolarmente adoperato: la terminologia *naturalis obligatio servi* non designa che l'obbligazione dello schiavo verso un terzo, e non viene adoperata mai per le obbligazioni dello schiavo verso il proprio padrone; queste sono *debita*, o *natura debita*, termine che invece nelle obbligazioni verso il terzo si alterna con quello (più regolare) di *naturalis obligatio*. Dunque quasi si potrebbe pensare che l'idea della soggezione alla potestà del creditore escludeva la possibilità dell'obbligazione, ed anche solamente naturale. E questa supposizione trova un certo appoggio nelle fonti. Gaio accentuando *nulla omnino inter me et eum qui in mea potestate est obligatio nasci potest* dichiara che, mentre di fronte al terzo viene anche lo schiavo obbligato *ex maleficio*, di fronte al padrone non sorge neanche tale obbligazione; e la motivazione di Ulpiano è: *qui potest in furem statuere necesse non habet adversus furem litigare*; e Paolo (ad Sab. fr. 16 D. 47, 2) aggiunge che la mancanza di tale obbligazione non è conseguenza d'una *iuris constitutio*, ma della *natura rei quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus*. Sintomatico è che Giuliano (per quel che possiamo concludere dalla ricostruzione del fr. 16 § 3 D. 46, 1 fatta dal Gradenwitz), applicava la *naturalis obligatio*, almeno in prima linea, al caso della obbligazione dello schiavo verso il terzo; e se anche non si può direttamente ricostruire la continuazione del testo di Giuliano, è assai probabile che (qualunque fosse la formulazione) il pensiero non era lontano da ciò che dice Gaio: *adeo a servo potest fideiussor accipi, ut ipse quoque dominus in id, quod sibi debetur, fideiussorem ab eo recte accipiat*. Si pone dunque la questione: possiamo ricavare da questa differenziazione terminologica qualche conseguenza dommatica? Non lo credo. Il problema si limita semplicemente a spiegare perchè il termine *naturalis obligatio*, molto adoperato per le obbligazioni dello schiavo verso il terzo, non venne in uso per i debiti dello schiavo verso il padrone. A mio avviso, l'origine di questi *naturalia debita* nell'ambiente delle relazioni reciproche fra *ratio dominica* e *ratio servi* come partite passive e attive del peculio, la stretta connessione di loro col peculio, molto più stretta che non nelle obbligazioni servili verso il terzo, spiega questo uso terminologico. E, del resto, nel campo dei rapporti contrattuali fra il *paterfam.* e *filiusfam.* (risp. fra i figli soggetti alla stessa *patria potestas*) Africano e Giuliano non esitarono a parlare direttamente di *naturales obligationes*.

(76) Cfr. adesso BESELER l. c.

Promesse del pupillo (77)

Il contratto obbligatorio conchiuso dal pupillo senza l'*auctoritas tutoris* era dal punto di vista del diritto civile e pretorio invalido. La massima '*contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur*' (Gaius fr. 28 pr. D. 2, 14) sancisce l'invalidità del contratto così conchiuso di fronte ai due rami del diritto positivo. La regola si esprime nel modo corretto: '*pupillus sine t. a. non obligatur*'. Confr. fr. 8 pr. D. 29, 2 (Ulp. lib. 7 ad Sab.): *More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla s. t. a. obligari possunt*.

Ma, se anche privo dell'effetto di obbligare il pupillo, il contratto da questo conchiuso è produttivo di varie importanti conseguenze giuridiche: pur non facendo sorgere l'obbligazione del pupillo, fa nondimeno sorgere nei contratti bilaterali l'obbligazione dell'altro contraente; però, se si tratti, per es., della *neg. gestio* fatta dal pupillo, questi *agendo compensationem eius quod gessit patitur* (78). Il contratto del pupillo può esser confermato mediante *expromissio* fatta dallo stesso pupillo dopo raggiunta la pubertà, può esser rinnovato dal pupillo con l'*auctoritas* del tutore (della novazione però non si tratta qui, cfr. fr. 7 § 1 D. 18, 5), può esser adempiuto *tutore auctore*. Il creditore del pupillo, obbligatosi *sine t. a.*, se divenuto suo erede, *solidum creditum suum ex hereditate retinet* (79), avendo qui l'adizione dell'eredità funzione di *solutio*. Il contratto del pupillo può esser base della *sponsio* e *fidepromissio*, della *fideiussio*; può, come contratto novatorio, estinguere *ipso iure* ogni obbligazione valida.

Esaminiamo questi effetti al lume del concetto di *naturalis obligatio*.

L'effetto estintivo della *promissio* novatoria, fatta dal pupillo, e similmente l'effetto di esser valida base della *sponsio* e *fidepromissio* accessoria, entrambe ammesse da Gaio, non si trovano, almeno nelle Istituzioni gaiane, in nessuna connessione con la *naturalis obligatio* del pupillo. La base giuridica di questi effetti sta nel diritto civile stesso. Gli atti obbligatori compiuti dal pupillo, in quanto possano aver effetti diversi da quello di obbligare il pupillo, sono garantiti dal diritto civile stesso, e specialmente dal diritto antico. Gaio, facendo menzione della *sponsio pro pupillo, sine t. a. obligato*, non può collocare questo fenomeno nel sistema, se non coll'accennare che talvolta lo *sponsor* può intervenire per colui che non è obbligato. Nello stesso modo accenna alla

(77) Cfr. SAVIGNY-PACCHIONI, *Obbligazioni* I 57; SCHWANERT, *Naturalobligationen* 363; KLINGMÜLLER, *Die Lehre v. d. nat. Verb.* 14, 51; ALIBRANDI in BIDR 24 (1912) 170; SIBER, *Naturalis obligatio* cit. 3, 13, 43 sg.; PACCHIONI, *Trattato d. obbligazioni* cit. 174; GIRARD, *Manuel* 678; PEROZZI, *Ist.* II², 43 sg.; BONFANTE, *Ist.*^s 383; KNIEP, *Gai Inst. Comm. tertius* §§ 88-225; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* I 27; G. SEGRÈ in *Studi Simoncelli* 347.

(78) Fr. 3 § 4 D. 3, 5.

(79) Fr. 95 § 2 D. 46, 3. KRETSCHMAR, *Theorie der Konfusion* 94, 135, 148.

possibilità della novazione mediante promessa fatta al pupillo, e senza spiegarla, addita la conseguenza: ammissione del credito. L'obbligazione nulla del pupillo può dar vita all'obbligazione altrui e può prender la vita all'obbligazione altrui. Queste conseguenze civilmente logiche sono veramente inique. Nessun dubbio che l'asserzione dell'esistenza dell'obbligazione almeno naturale verrebbe quasi ad eliminare l'iniquità. E veramente nella *sedes materiae*, nel fr. 1 pr. D. 46, 2, l'effetto estintivo della novazione fatta dal pupillo non è più aggiunto alla constatazione *quo eam rem amitto*, ma viene vincolato alla condizione che la seguente obbligazione almeno *naturaliter teneat ut puta si pupillus s. t. a. promiserit*. Il silenzio di Gaio circa la *naturalis obligatio pupilli* è così un argomento che questa *naturalis obligatio* gli era ignota.

Non è senza interesse il confrontare la novazione fatta dal pupillo con quella fatta dallo schiavo. Nel primo caso estinzione della precedente obbligazione, ma niente in sostituzione di essa. Nel secondo caso nessuna estinzione dell'obbligazione precedente, ma tuttavia nascita della *naturalis obligatio* dello schiavo. Ma appunto perchè lo schiavo *iuris civilis communionem non habet* (80), il diritto civile non può attribuire al suo contratto novatorio la forza di estinguere la precedente obbligazione civile. Poteva essere, naturalmente, intenzione delle parti di sostituire alla precedente obbligazione civile un'obbligazione servile, la quale, come *nomen peculiare*, poteva esser di non poco valore economico; per realizzare quest'intenzione non vi era sotto il regno del formalismo civile altra via che l'*acceptilatio* della precedente obbligazione, perdurante malgrado la promessa servile. Qui si palesa l'affinità fra novazione fatta dallo schiavo e novazione fatta sotto la condizione (81): anche questa lasciava *pendente condicione* intatta l'obbligazione precedente e l'intenzione di sostituire l'obbligazione condizionale a quella precedente pura, cioè di mutare anche dal punto di vista del diritto civile la precedente obbligazione pura nella condizionale, non si poteva realizzare altrimenti che mediante l'accettilazione della precedente obbligazione, sotto condizione novata (cfr. fr. 56 § 8 D. 45, 1 e Gai III, 179). Al contrario, la promessa novatoria fatta dal pupillo estingueva la precedente obbligazione *ipso iure*, non lasciando sorgere obbligazione di sorta, nemmeno quella naturale. Come l'esistenza della *naturalis obligatio servi* non poteva aver effetto estintivo sul suo contratto novatorio, così l'effetto estintivo del contratto novatorio fatto dal pupillo non era, e non aveva bisogno di essere influenzato dall'esistenza della *naturalis obligatio pupilli* (82). Quando Servio Sulpicio insegnava che anche la *promissio* novatoria, fatta dallo schiavo, estingue *civiliter* l'obbligazione precedente, era senza dubbio lontano da dedurre questo

(80) Fr. 20 § 7 D. 28 1.

(81) Gai III, 179.

(82) Cfr. SEGRÈ, *Studi Simoncelli* 347.

effetto dal sorgere della *naturalis obligatio*, ed è ugualmente certo che la giurisprudenza posteriore, negando unanimemente l'insegnamento di Servio, lasciava da parte questo criterio. Dunque, come per Servio l'invalida obbligazione dello schiavo estingueva l'obbligazione precedente, così per tutti i giuristi dell'età repubblicana ed imperiale l'invalida obbligazione del pupillo estingueva l'obbligazione precedente. I compilatori, a cui erano incomprensibili questi concetti, intendono l'effetto estintivo della novazione, fatta dal pupillo, solo in base al nuovo argomento che questi si obblighi naturalmente: *dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* (fr. 1 D. 46, 2); parole interpolate e sostituite, come bene ha rilevato il Siber, a ciò che risulta da Gaio (83). Quando si è così pervenuti al nuovo domma che anche l'obbligazione naturale *novandi animo* fatta estingua la precedente obbligazione, sia civile, sia naturale, c'era da affrontare la questione perchè l'obbligazione dello schiavo, caso notevole della *naturalis obligatio*, se fatta *novandi animo*, non estingua la precedente obbligazione; e la giustificazione si trova, come è noto, nella Parafraresi di Teofilo (84): non c'è persona capace d'obbligarsi. Per il diritto classico, a cui il domma della novazione mediante obbligazione naturale era ignoto, la questione esaminata da Teofilo non aveva senso.

Problema molto più grave è la questione della fideiussione per il pupillo obbligato *sine t. a.* Dalle Istituzioni di Gaio risulta piuttosto l'inammissibilità di questa fideiussione. Gaio, come abbiamo già prima avvertito, ammette senz'altro lo sponsore e il fidepromissore per l'impubere obbligato *sine t. a.*: circa l'ammissibilità della *sponsio pro servo* ci riferisce la discussione lasciando la questione aperta; invece per la fideiussione Gaio la fa dipendere dall'esistenza dell'obbligazione principale, o civile o naturale, aggiungendo che così è indiscutibile che il fideiussore possa intervenire *pro servo*. Il silenzio di Gaio sulla fideiussione *pro pupillo* (*pro muliere s. t. a. obligata, pro eo qui post mortem suam dari promisit*), l'impossibilità di riassumere l'obbligazione del pupillo sotto il concetto della *naturalis obligatio*, sembra esser argomento dell'inammissibilità di questa fideiussione. Non così nelle fonti giustinianee. Nel modo più esplicito si trovano formulate e l'esistenza della *naturalis obligatio pupilli* e l'ammissibilità della fideiussione nella Parafraresi di Teofilo (85): *κατὸν γὰρ ἔστιν ὁ λέγων ὃν οἱ πρωτότυποι φύσει κρατοῦνται, τούτων οἱ ἔγγνηται καὶ φύσει καὶ νόμῳ ἐνέχονται τοιοῦτός ἐστιν ὁ pupillos sine tutoris auctoritate δανεισάμενος. αὐτὸς μὲν γὰρ φύσει κρατεῖται, ὁ δὲ ἔγγνησάμενος αὐτὸν καὶ φύσει καὶ νόμῳ.*

(83) Ricostruzione del SIBER (Op. cit. 33): *licet interdum sequens obligatio non teneat.... si pupillus s. t. a. promiserit.*

(84) Paraphr. III, 20, 1 (ed. FERRINI 346).

(85) Paraphr. (ed. FERRINI 346). La stessa regola viene attribuita negli scolii dei Basilici (cfr. HEIMBACH I 613) a Stefano.

(*est enim iuris regula, quorum principales naturaliter tenentur, fideiussores naturaliter et civiliter obligari. in qua causa est pupillus qui sine tutoris auctoritate mutuum accipit: ipse enim naturaliter tenetur, fideiussor autem eius naturaliter et civiliter.*)

Nella stessa connessione, cioè insieme con la *naturalis obligatio pupilli*, si parla della fideiussione *pro pupillo* già nel Digesto, nel celebre

fr. 95 § 4 D. 46, 3 (Papin. lib. 28 quaest.): *Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iure iurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.*

Per quel che riguarda nel testo citato la connessione della fideiussione con la *naturalis obligatio*, è oggi quasi *communis opinio* (86) che si tratti d'interpolazione: *naturalis obligatio* come *aequitatis vinculum* è un concetto bizantino; che *aequitatis vinculum conventionis aequitate dissolvitur*, può esser astrattamente giusto, ma quando si esamina un caso notevolissimo, l'obbligazione dello schiavo, questa regola si rivela inapplicabile, anzi falsa, chè il modo normale della remissione del debito dello schiavo era l'accettazione (vedansi: fr. 8 § 7 D. 46, 4; fr. 11, 2 D. eod.; fr. 21 § 1 D. 2, 14). Dunque del testo citato non resta per la conoscenza del diritto classico quasi nulla: tutt'al più la menzione del *fideiussor pupilli*. L'Alibrandi (87) ha ritenuto che questi fosse obbligato solo *naturaliter*, e che così si spieghi la sua liberazione mediante patto e mediante giuramento fatto dal pupillo. Non credo che quest'interpretazione del celebre romanista, appunto nella nostra materia indagatore felicissimo, sia da accettarsi. Il diritto romano conosce *sponsio* e *fidepromissio* civilmente valide per l'obbligazione invalida, conosce fideiussione per l'obbligazione naturale, ma della fideiussione naturalmente valida per l'obbligazione invalida non si può parlare. A me pare molto più probabile ritenere che nel testo in esame anche la menzione della *fideiussio pro pupillo* derivi da interpolazione. Sono appunto i compilatori (o i giuristi bizantini) che amano illustrare il concetto della *naturalis obligatio* non già col caso di *obligatio servi*, ma con quello di *obligatio pupilli*: si confr. Parafraresi di Teofilo III, 20, 1 con Gai III, 119 a; e il testo interpolato nel fr. 1 § 1 D. 46, 2a con Gai III, 176.

Altri testi, trattanti della fideiussione *pro pupillo* in connessione con la *naturalis obligatio pupilli*, non ne abbiamo. Sarà dunque opportuno di studiare qui separatamente i testi relativi alla fideiussione *pro pupillo* e quelli relativi alla *naturalis obligatio pupilli*.

L'ammissibilità della fideiussione *pro pupillo* si deduce specialmente dal fr. 2 D. 46, 1 (Pomp. lib. 22 ad Sab.): *Et commodati et depositi fideiussor accipi potest: et tenetur, etiamsi apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit.*

(86) SIBER, Op. cit. 51 ed autori ivi citati.

(87) BIDR 24 (1912) 171.

Il Lenel (Pomp. 689) colloca questo frammento subito dopo il testo, già più volte citato (fr. 13 pr. D. 12, 6): *naturaliter etiam servus obligatur ... fideiussor pro servo acceptus tenetur*. Se così è, possiamo giudicare quasi con certezza che il testo si riferisse solo all'*obligatio servi*, e suonasse press'a poco così: *etiamsi depositum apud servum vel commodatum ei fuerit, fideiussor accipi potest* (88).

L'altro frammento, relativo alla fideiussione *pro pupillo*, è il fr. 127 D. 45, 1 (Scaev. lib. 5 quaest.): *Si pupillus s. t. a. Stichum promittat et [fideiussorem] <sponsorem> dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec [fideiussor] <sponsor> erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora fieri, ubi nulla [petitio] <obligatio> est*.

Ma il testo perde ogni forza probatoria, chè la parola *fideiussorem* deve esser stata sostituita a *sponsorem* (Lenel; l'Alibrandi accanto a questo ritiene, molto a ragione, interpolata la parola *petitio* per la classica *obligatio*); che i compilatori non capiscano gli effetti dell'atto obbligatorio del pupillo in connessione colla mancanza di qualsiasi obbligazione del medesimo, e che perciò costruiscano una *aequitatis vinculum* del pupillo, è già stato detto; da questa tendenza risulta la formulazione che dal contratto del pupillo non sorge la *petitio*.

L'altro testo che qui ci interessa è il

fr. 35 D. 4, 8 (Gaius lib. 5 ad ed. prov.): *Si pupillus s. t. a. compromiserit, non est arbiter cogendus pronuntiare, quia, si contra eum pronuntietur, poena non tenetur: praeterquam si [fideiussorem] <sponsorem> dederit, a quo poena peti possit. Idque et Iulianus sentit*.

Anche in questo testo l'Alibrandi ritiene interpolato *fideiussorem* invece del classico *sponsorem*.

Già nella negazione della fideiussione *pro pupillo* è implicitamente contenuta la negazione della *naturalis obligatio pupilli*. Ma devesi affrontare la grave situazione risultante dal linguaggio delle fonti: vi sono i testi esplicitamente neganti, ma vi sono anche i testi esplicitamente riconoscenti questa *naturalis obligatio*. Tuttavia, se è vero che la *naturalis obligatio* si connette col rapporto della schiavitù e con simili rapporti; se è vero, che la differenziazione dell'elemento civile dal naturale in ogni rapporto obbligatorio valido non si può imputare alla giurisprudenza classica, bisognerà escludere per diritto classico non solamente il positivo riconoscimento della *naturalis obligatio pupilli*, ma direttamente ogni menzione di questo concetto. Vediamo le fonti.

Una negazione della *n. o. pupilli* è formulata da Nerazio nel

fr. 41 D. 12, 6: *Quod pupillus s. t. a. stipulanti promiserit solverit, repetitio est quia nec natura debet*.

Già il fatto stesso che il testo ha dato grande imbarazzo agli interpreti del diritto giustiniano potrebbe favorire piuttosto la supposizione che ciò che vi è detto risponda sostanzialmente molto più al diritto classico che non

al diritto giustiniano. La Glossa vuole salvare il testo mediante l'interpretazione che si tratti della promessa dell'infante o della promessa fatta al proprio tutore. Credo che nel nostro caso sia molto più vicina alla verità la giurisprudenza bizantina, ad es. Stefano (89), il quale distingue: a) *λαβὼν μὲν τὸ ἄμβλος τυχὼν δανεισάμενος ἐνέχεται φυσικῶς καὶ δίχα τῆς ἀδελφείας τοῦ ἐπιτρόπου (pupillum, si quid acceperit, puta mutua pecunia sumpta, naturaliter obligari etiam sine t. a.)* b) *ἐπιθωρηθεὶς δὲ σὺν τ. α. οὐδὲ φύσει κατέχεται (si quid autem sine t. a. stipulanti promiserit, ne natura quidem teneri)*. Dunque, il testo si deve interpretare nel modo che dalla mera forma verbale non sorge obbligazione naturale (c'è qui *obligatio civilis tantum*) e conseguentemente nel caso, che il promittente sia pupillo, nessuna obbligazione di sorta (90). Questa è però l'interpretazione del testo dal punto di vista del diritto giustiniano. Per diritto classico essa è invece inammissibile. Cercando il significato delle parole citate nel diritto classico dobbiamo limitarci alla constatazione che il pupillo, avendo fatta la promessa *sine t. a.* ed avendola adempiuta, possa ripetere. Dalla circostanza che Nerazio abbia preso di mira l'obbligazione verbale, non si è senz'altro legittimati a ritenere un'altra soluzione per il caso del mutuo. Del resto anche la menzione dell'obbligazione verbale si potrebbe spiegare. Nerazio forse esprimeva il pensiero che il pupillo possa dare uno *sponsor* per la sua promessa, ma che il pagamento fatto dallo stesso pupillo possa esser revocato; forse in questa forma: *quod pupillos sine t. a. st. promiserit solverit repetere potest, quodsi sponsor eius solverit repetitio cessat*: i compilatori avrebbero in questo caso omessa l'interpolazione del fideiussore in luogo del sponsor, perchè ritenendo la mera "civiltà" dell'obbligazione verbale come mera forma, ciò che avrebbero espresso nelle parole *quia nec natura debet*, sarebbero giunti alla conseguenza che anche il fideiussore non sia obbligato *naturaliter* e dunque possa *solutum repetere*.

Altro testo, negante anche l'obbligazione naturale del pupillo, è la regola di Licinio Rufino, così riprodotta nel

fr. 58 (59) D. 44, 7: *pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur*.

Di nuovo: le difficoltà sostanziali che ci dà il testo riguardano molto più il diritto giustiniano che il diritto classico. Che neanche dal mutuo sorge l'obbligazione del pupillo è cosa naturalissima per il diritto classico. Non più per il diritto giustiniano, come ci mostrano le esitazioni dei bizantini, da Stefano fino ai recenti scolasti: qui, nel campo del diritto giustiniano interpretato dai bizantini, regna incertezza se il pupillo si obblighi naturalmente senz'altro in ogni caso, se si obblighi naturalmente nei casi di *naturalis aequitas*, ad es. per mutuo, o se vi sia, anche in questi limiti, la *naturalis obligatio* limitata al caso e alla misura dell'arricchimento. Può essere che una certa tendenza

(89) Stephanus ad fr. 42 pr. D. 12, 2 (HEIMB. II 564; *Manuale* 255).

(90) Cfr. PACCHIONI, Op. cit. 175.

(88) Però cfr. DE RUGGIERO in BIDR 19 (1907) 51.

dei compilatori a limitare la *naturalis obligatio pupilli* col criterio dell'arricchimento vi fosse: ne sarebbero prova, insieme al nostro testo, il fr. 13 § 1 D. 12, 6 e il fr. 5 D. 26, 8. Stefano riconoscendo un certo fondamento per questa limitazione — sebbene non l'accetti apertamente — designa tale obbligazione come *χρέος νόμου και φύσει γνωστόμερον* (*debitum legi et naturae cognitum*) (91). Ma la tendenza non è stata realizzata (92) e così è sorto uno stato pienamente caotico. Stefano ritiene l'opinione media (la quale è forse la più fondata); egli concepisce la funzione della *tutoris auctoritas* così (93): *ὅσα μὲν γὰρ κατὰ νόμον ἐλλείπει τῷ πονπίλλῳ, ταῦτα δὴ διὰ τὴν ἀδυναμίαν ἀναπληροῖ ὁ ἐπίτροπος. τὰ δὲ κατὰ φύσιν ἐλλείποντα, ὅσον ἐπὶ τοῦ γάμου και τῆς ἐπ' αὐτὸν συναφείας, πῶς ὅσον τε ἐστὶ τὸν ἐπίτροπον ἀναπληρῶσαι; (quae enim civiliter pupillo desunt haec auctoritate sua tutor supplet: quae vero naturaliter, ut in matrimonio contrahendo... 'quo modo haec tutor supplere posset?') Questo è prova che il diritto bizantino riconosce in linea di principio l'obbligazione naturale del pupillo; dunque non solamente nei limiti dell'arricchimento. Per il diritto classico, come si è detto, non c'è difficoltà: negazione di ogni obbligazione. Se il testo fosse formulato precisamente come è riprodotto, o se, come è più probabile, senza menzionare l'obbligazione *iure naturali*, semplicemente si limitasse a negare la responsabilità, non è di grande importanza. La ricostruzione del Siber: *pupillus mutuam pecuniam accipiendo <et spondendo> ne quidem iure naturali obligatur*, sebbene certo ingegnosa, non si può per il diritto classico accettare, perchè così il testo entrerebbe nell'ambito del fr. 126 § 2 D. 45, 1: *plane si praecedat numeratio sequatur stipulatio non est dicendum recessum a naturali obligatione*, rappresentante i concetti bizantini.*

E adesso vediamo i testi nei quali è riconosciuta la *naturalis obligatio pupilli*. Se è vero che il pupillo *non obligatur*, non ha senso dire che, avendo pagato, *liberatur* o *liberatur naturali obligatione*. E tuttavia questo si legge nel fr. 21 pr. D. 35, 2 (Paul. lib. 12 quaest.): *Si pupillus, cui sine t. a. decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione*.

Il testo non può rendersi più corretto cancellando *naturali obligatione* (94), perchè appunto anche il solo *liberatur* di fronte al *non obligatur* non regge; bisogna cancellare *liberatur naturali obligatione* sostituendolo forse a *mutui*

(91) Steph. ad fr. 13 § 1 D. 12, 6 (HEIMB. III 31). Si noti specialmente che designare le obbligazioni, munite di azione, come naturali non è per i bizantini qualche cosa di strano o impossibile; lo prova ad es. lo scolio di Stefano ad fr. 2 § 2 D. 4, 5, dove si opera coll'idea che l'azione pretoria sia una conseguenza del debito naturale. Confr. HEIMB. IV 553, VI Manuale 232.

(92) Il Perozzi (Ist. II² 44) però sostiene la tesi che, in generale, la responsabilità del pupillo fosse dai compilatori mitigata essendosi realizzata la tendenza di cui parliamo nel testo.

(93) Bas. Suppl. ZACH. 206 Scolio di Stef. ad fr. 2 § 3 D. 15, 1.

(94) SIBER, Op. cit. 29.

solutionem o a una simile espressione (95). Appunto perchè tutta l'importanza del contratto fatto dal pupillo *sine t. a.* è concentrata nell'aspettativa del futuro adempimento, non è del tutto arbitraria la menzionata correzione del testo. Perchè il pagamento è sotto certe cautele irrevocabile (se fatto *tutore auctore*, o dal contraente stesso acquistata la pubertà), si può far conto di quest'eventualità facendone condizione dell'acquisto di un diritto al pupillo (come nel nostro testo), o ad altri, come in un testo di Papiniano (fr. 25 § 1 D. 36, 2). Questo frammento pure importante, si riferisce al caso di legato: *'heres meus Titio dato quod mihi Seius (pupillus qui sine t. a. nummos accepit) debet'*; il legato, per rendersi valido non si deve secondo Papiniano interpretare altro che nel modo: *Titio dato quod pupillus solverit*; Papiniano dice espressamente: *si creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: 'Titio dato, quod pupillus solverit'*: se il testatore pensava al *debitum* (96), il legato è invalido, se invece alludeva all'eventualità del futuro pagamento, il legato è valido.

Dunque nè il testo di Paolo (fr. 21 pr. D. 35, 2), nè quello di Papiniano (fr. 25 § 1 D. 36, 2) provano l'esistenza della *naturalis obligatio pupilli*. Lo stesso deve dirsi della frase *non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intellegitur* nel fr. 66 pr. D. 36, 1 di Meciano (97) in rapporto con quella più generale *immo et causa naturalium obligationum transit* (98).

Per render più chiaro il nostro punto di vista, non possiamo far meglio che paragonare il nostro caso con quello dell'obbligazione servile. Là, se si trattava, ad es., di giustificare la mancanza della *condictio indebiti* riguardo all'obbligazione servile adempiuta dallo schiavo manomesso, bisognava costruire la *naturalis obligatio*; il fatto del contratto dello schiavo bastava bensì come presupposto della nascita delle azioni adiettorie (specialmente dell'*actio de peculio*), ma certo non bastava alla giustificazione della *solutio*. Invece qui, nel contratto di pupillo, vi era una fattispecie *iuris civilis*, capace ad invocare tanti effetti civili, eccettuato il sorgere dell'obbligazione di pupillo. Come effettuata quella fattispecie, poteva validamente obbligarsi lo sponsore, così poteva farsi la soluzione. La giurisprudenza, dovendo stabilire quando questa soluzione sia revocabile e quando no, doveva decidere in quali circostanze posteriori po-

(95) BESELER: *et solvit* (ved. Tijdschr. cit. 324).

(96) *praesens* è falso; non c'è debito, nè presente, nè futuro; con questa parola i compilatori hanno voluto esprimere un'antitesi dirimpetto alla susseguente *furura solutio* ed indebolire l'affermazione che il pupillo non possa essere debitore. Similmente è interpolato anche il seguente *naturalem obligationem* che di nuovo indebolisce l'antitesi. Cfr. PEROZZI, Ist. II², 45 n. 1.

(97) Itp.: BESELER, SUMAN, SIBER, op. cit. 31.

(98) Itp.: SIBER, Op. cit. 76 e gli autori ivi citati.

teva la mancata *tutoris auctoritas* riguardarsi irrilevante, e a questa decisione l'idea della *naturalis obligatio pupilli* non poteva in nessun modo contribuire.

Se, esaminando gli effetti positivi del contratto del pupillo, quelli della novazione della fideiussione e del pagamento, abbiamo fatto a meno del concetto di *naturalis obligatio*, tanto più facilmente spiegheremo gli altri effetti senza aiuto di questo concetto.

Compensazione. Ulpiano (fr. 3 § 4 D. 3, 5): *Pupillus si negotia gesserit... agendo compensationem eius quod gessit patitur*. Evidentemente era la *bona fides* determinante la pretesa del pupillo gestore che guidava il giudice a prender in considerazione tutto il rapporto reciproco fra le parti. Sebbene in giudizio fosse dedotta la separata pretesa del pupillo (della deduzione delle reciproche pretese naturalmente non si può parlar qui), il giudice doveva sottrarne la pretesa dell'altra parte. È questo fenomeno una speciale applicazione dell'assioma: *etiam quod natura debetur venit in compensationem?* Nel diritto giustiniano, in cui questa frase (fr. 6 D. 16, 2) ha significato generale, certamente; che anche la *naturalis obligatio pupilli* sia compresa nella regola, nessun dubbio. Non così invece nel diritto classico. Anzitutto, già il Lenel (Ulp. 2738) ha reso probabile che il testo in cui figura la regola si riferisse originariamente all'obbligazione dello schiavo, risultante dal contratto di società. E sappiamo che l'obbligazione dello schiavo fosse il caso precipuo del concetto di *n. o.* Ma vi ha di più: credo che la regola citata sia del tutto di fattura compilatoria. Se anche il diritto romano non avesse creato il concetto di *nat. obligatio servi*, sarebbe del tutto chiaro e comprensibile che: *si cum servo contracta sit societas et agat dominus, solidum per compensationem servamus, quamvis si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur* (fr. 9 D. 16, 2). E così, anche senza aiuto di questo concetto, si comprende che *si pupillus negotia gesserit agendo compensationem eius quod gessit patitur* (99).

Expromissio. Se nel problema della compensazione vi era analogia fra contratto dello schiavo e contratto del pupillo, è da aspettare che l'analogia cesserà, quando si tratterà d'un problema sulla cui soluzione possa influire il concetto di *naturalis obligatio*. Ma insieme c'è da aspettarsi che nelle fonti giustinianee l'analogia si affermerà. Questo bisogna considerare prima di prendere in esame un testo di Ulpiano il

fr. 19 § 4 D. 33, 5: *Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo qui sine t. a. debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat*.

L'analogia, anzi l'identità di questi due casi non esiste se non per coloro che presuppongono l'esistenza della *naturalis obligatio* in entrambi i

(99) Per questi problemi, al lume della dottrina della compensazione, veggasi il bel libro del BIONDI, *La compensazione* (1927). Cfr. pure ALBERTARIO, *RIL* 46 (1913) 848.

casi (100). Ma se non ci lasciamo guidare da questo preconetto ci accorgeremo che ognuno di questi due casi sta a sè, per quanto si giunga al risultato che in entrambi non c'è la donazione. Vediamo anzitutto il primo caso. Sappiamo che la giurisprudenza classica non costruisce il concetto della *n. o. servi*, se non per poter giustificare certi effetti, che altrimenti (specie mediante le norme peculiari) le riuscirebbero inesplicabili. Il solo fatto che lo schiavo manomesso abbia fatto la promessa di ciò che doveva al padrone dal tempo della schiavitù, non suscitava interesse dal punto di vista della *naturalis obligatio*. Esempio di tale promessa: *quod negotia mea gesseris, quidquid ob eam rem, si tunc liber fuisses, te mihi dare oporteret, id dari spondesne?* (fr. 1 § 4 D. 44, 5). Ma sorgevano alcune questioni: è donazione questa promessa? compete l'*exceptio libertatis onerandae causa* contro l'azione da questa promessa? Bisognava esaminare il precedente rapporto e si constatava l'esistenza di *naturalis obligatio* (101). Invece nel caso dell'*expromissio* fatta dal pupillo tutore auctore si ha semplicemente una ripetizione, rinnovazione del precedente contratto (cfr. fr. 7 § 1 D. 18, 5); che nell'*expromissio* non vi sia donazione non spiega l'esistenza del debito di pupillo (ciò che non poteva esistere, Papin. fr. 25 § 1 D. 36, 2), ma la necessità di interpretare il nuovo negozio come conferma del precedente invalido. Il negozio concluso dal pupillo senza intervento del tutore non può far sorgere l'obbligazione se il tutore interpone l'*auctoritas* in seguito. Bisogna ripetere il negozio tutore auctore (102). Dunque nella *expromissio* del manomesso riguardo al suo debito naturale si effettua veramente la liberazione da questo debito mediante la nuova promessa in funzione di *datio in solutum*. Si noti che tale *expromissio* poteva esser fatta da un terzo, ed abbiamo diretta notizia che fatta tale promessa da una donna (dunque contro il senatoconsulto Velleiano) si attuava *ipso iure* l'estinzione dell'obbligazione naturale, rivelantesi nell'estinzione dell'azione *de peculio*, la quale doveva essere restituita (cfr. fr. 9 D. 16, 1; fr. 32, 5 D. eod.). Invece nella nuova promessa del pupillo tutore auctore riguardo a ciò che ha promesso prima da solo, non si aveva una *debiti solutio*, perchè il debito non c'era. Sono dunque i compilatori gli autori di tutta la frase *idem in pupillo*. Se è vero che già la giurisprudenza classica insegna che la novazione (come la

(100) Ugualmente per coloro che negano la *naturalis obligatio* in tutti e due i casi: ad es. SIBER, Op. cit. 30.

(101) *Debiti solutio* significa *naturalis debiti*. Nel fr. 1 § 4 D. 44, 5 si dice, un po' inesattamente, una cosa simile.

(102) C'era in origine una certa analogia fra *tutoris auctoritas* e *sponsio*, due istituti importantissimi nel campo dei contratti del pupillo, avendo avuta anche la prima probabilmente una forma solenne di domanda e risposta subito dopo la promessa del pupillo. Cfr. BONFANTE, *Corso* I 441.

fideiussione) si effettua anche rispetto all'obbligazione naturale, abbiamo visto nell'obbligazione dello schiavo un esempio notevole (103); nel diritto giustiniano appartiene qui l'obbligazione del pupillo.

Obbligazioni estinte per *capitis deminutio* o *litis contestatio*

Era un domma del diritto civile che la *capitis deminutio* estinguesse i debiti del *capite minutus*. Per eliminare evidenti iniquità dell'estinzione sono stati introdotti nel caso di *c. d. minima* due rimedi, l'uno e l'altro indipendenti tra loro (104): in base all'editto del pretore l'azione fittizia contro il *minutus* (105); per opera della giurisprudenza la teoria del perdurare dell'obbligazione come naturale. Testo principale di quest'obbligazione naturale è il fr. 2 § 2 D. 4, 5 (Ulp. lib. 12 ad ed.): *Hi qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter rel.*

Quale effetto aveva la teoria dell'obbligazione naturale perdurante dopo la *capitis deminutio*? Gli autori non sono concordi; e, trovando il campo di applicazione della medesima quasi esaurito dai rimedi pretorii, le danno una efficacia quasi eccezionale (106) oppure si contentano di constatare che vi si trattava della prima reazione del *ius aequum* rispetto all'iniqua conseguenza del diritto civile (107), o di simili constatazioni generali. La causa di questo stato della dottrina è in primo luogo la mancanza di fonti classiche; inoltre — e questo è interessante — l'esistenza d'uno scolio di Stefano (108) dove e la *naturalis obligatio* e l'azione pretoria sono concepite come due aspetti della stessa cosa.

Sono d'avviso che, indagando il campo d'applicazione della nostra *naturalis obligatio*, dobbiamo studiare di nuovo il regime dell'*actio de peculio* e della *retentio de p.* Vedremo subito che da questo lato la teoria della *n. o.* si presenta, almeno a prima vista, sotto un aspetto molto attraente. Specialmente nel caso di *adrogatio*: caso unico, di cui abbiamo speciali notizie. Vi era, come riferisce

(103) Si capisce che altro è dire che anche l'obbligazione dello schiavo venga influenzata, cioè estinta, dalla nuova obbligazione (al contrario la *litis contestatio* col *dominus* dell'*actio de peculio* non aveva simile effetto traslativo, Papiniano fr. 50 § 2 D. 15, 1) e ne sono prova il fr. 9 D. 16, 1 e il fr. 32 § 5 D. cod., nonché il 13 § 2 D. 14, 3; ed altro è che l'obbligazione dello schiavo non possa dal punto di vista del diritto civile estinguere la precedente obbligazione civile.

(104) DESSERTAUX, *Capitis deminutio* II 354.

(105) Gai III, 84; IV, 38. Cfr. DESSERTAUX Op. cit. 356.

(106) Ad es. SCHWANERT, *Naturalobligationen* 415 seg.

(107) Così il KLINGMÜLLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten* 58. Cfr. DESSERTAUX, Op. cit. 355, il quale vi vede la conseguenza del riconoscimento della *naturalis obligatio* come *aequitatis vinculum*.

(108) HEIMB. IV 553; VI *Manuale* 232.

Ulpiano (fr. 42 D. 15, 1), una controversia fra Sabino e Cassio da un lato ed altri giuristi (probabilmente Proculiani) dall'altro sul punto se si potesse dar l'azione *de peculio ex ante gesto* contro l'arrogatore. Al tempo di Ulpiano era indiscusso che sì, ma è probabile che già molto prima, al tempo di Pomponio, la giurisprudenza fosse pervenuta all'opinione affermativa. Ne è prova il testo di Pomponio (109) fr. 7 D. 33, 8: *Si quis creditorum suo adrogandum se dederit et agetur de peculio cum adrogatore, idem puto dicendum, quod de herede dicitur.* Dunque l'arrogatore può detrarre dal peculio dell'arrogato ciò che questi gli doveva prima dell'arrogazione. Se consideriamo che, ricorrendo alla *deductio de peculio* il *dominus* o *paterfam.* o l'*adrogator* si presenta come creditore, naturalmente privilegiato rispetto agli estranei (ved. fr. 1 pr. D. 14, 4, e la costruzione dello stesso Pomponio: *peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur* in fr. 9 § 2 D. 15, 1), dobbiamo ritenere che dal testo di Pomponio discenda la conseguenza che come ha l'*adrogator* la *deductio de peculio ex ante gesto*, così abbia l'estraneo creditore *ex ante gesto* l'azione *de peculio* contro l'arrogatore (110). Anzi la regola che l'arrogatore può detrarre *de peculio* ciò che l'arrogato doveva prima dell'arrogazione non era che la conseguenza della norma accordante l'azione *de peculio ex ante gesto* all'estraneo creditore (111).

Dunque qui potrebbe essere il nucleo della teoria della *naturalis obligatio* perdurante la *capitis deminutio*. Infatti c'è azione *de peculio* e *deductio de peculio*: uno dei criteri del debito naturale. Però consideriamo quanto segue. La vera apparizione della *naturalis obligatio* ci si presenta così: *naturaliter servus obligatur: et ideo si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, repeti non poterit.* Non troviamo nessun testo descrivente la *naturalis obligatio* forse nel modo: *n. s. obligatur: et ideo cum domino de peculio agi potest.* Questo criterio da solo non basta, come sappiamo dal testo principale di Giuliano fr. 16 § 4 D. 46, 1 e da tutto ciò che abbiamo accertato studiando la *naturalis obligatio servi*. E ugualmente non sarebbe esauriente la formulazione: *naturaliter s. obligatur: et ideo dominus de peculio deducere potest...* Tutti questi effetti riguardanti il peculio, risulterebbero da soli dal regime stesso del peculio. Il concetto di *naturalis obligatio* andava più oltre; e, se questo si possa trasferire anche all'obbligazione estinta per la *capitis deminutio*, resta (nella mancanza di testi) incerto. E questa è la ragione per cui anche la *naturalis obligatio* dell'arrogato — e tanto più nel caso di *capitis deminutio minima* in genere — resta per il diritto romano classico incerta. Il testo di Scevola fr. 60 D. 46, 1 è

(109) DESSERTAUX, Op. cit. 352; *Adrogation* (1892) 48 seg.

(110) Ma se anche l'argomento da me addotto fosse dubbio per l'interpolazione del fr. 9 § 2 D. 15, 1 (SIBER, loc. cit.) la tesi è certa. Cfr. DESSERTAUX, loc. cit.

(111) In qual rapporto stiano i due mezzi processuali, l'*actio ficticia* e l'*actio de peculio*, non è, per mancanza di testimonianze, molto chiaro.

concepito così genericamente che non si possono trarre conseguenze per qualche caso speciale (112).

Nel diritto giustiniano non c'è più incertezza: *naturaliter obligati remanent* si riferisce (ved. scolio di Stefano al testo citato) all'azione *honoraria*, di cui potremmo dunque dire che *naturalem potius quam civilem in se habet aequitatem* (fr. 1 § 2 D. 47, 4). In luogo dei due rimedi, sopra menzionati, Giustiniano (§ 3 Inst. III, 10) accordò ai creditori l'unico rimedio, l'azione contro l'arrogatore *filii nomine* (113).

Un altro domma del diritto civile diceva: *tollitur obligatio litis contestatione* (114). All'estinzione dell'obbligazione, dedotta nel giudizio, si ricollegano liberazione di correi, liberazione di adpromissori. E se la liberazione del pegno non avviene, gli è perchè la condizione dell'*actio pignoratitia* " *pecuniam solutam esse* " evidentemente non si verifica. *Solutum non videtur si lis contestata cum debitore sit* (Ulp. fr. 11 D. 13, 7).

Ma sebbene estinta, produce l'obbligazione dedotta nel giudizio vari effetti: può essere validamente adempiuta, può esser base della fideiussione. Per spiegare questi effetti si è costruita nella dottrina romanistica la teoria della *naturalis obligatio* perdurante la *litis contestatio*. Basti citare, della letteratura, lo Schwanert (115): " Wenn nun aber der bedingte Anspruch auf Condemnation nur an die Stelle der nicht die ganze *obl.* umfassenden ursprünglichen *actio* getreten ist, so bleibt die *obl.* soweit sie über die *actio* hinausliegt, und ohne dieselbe sich rechtlich betätigen kann, unbedingt, und insofern ist denn wirklich das *debitum* während der Dauer des Processes in jeder Weise ein der *actio* entbehrendes, ein *nat. debitum* ". E, per mostrare come viene formulata la costruzione al giorno d'oggi, possiamo citare l'autore dei " Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen ", G. Beseler (116): " *L. c.* tötet *civilem et naturalem obligationem* (jede *civilis obligatio* ist *civilis et naturalis obligatio*) nur als *civilem*, nicht auch als *naturalem obligationem*, sie tötet *naturalem tantum obligationem* (wie sie der vertragschliessende Sklave auf sich nimmt) über-

(112) Confr. DESSERTAUX, *Adrogation* 51 sg. La ricostruzione del SIBER (Op. cit. 9) è molto attraente, ma nondimeno non è sicura; si potrebbe, ad es., pensare (in conseguenza di ciò che abbiamo detto) che Scevola contrapponesse due casi più speciali, e cioè: l'arrogazione (il fideiussore resta obbligato) e la *litis contestatio* col debitore (*fideiussor liberatur*); o che si trattasse della contrapposizione ancor più spiccata dell'adozione (di *filiusfam.* debitore) e *litis contestatio* col *filiusfam.* O, serbando il carattere generale del testo, si potrebbe in base al fr. 19 D. 46, 2 pensare che Scevola, invece di dire *naturale debitum manet* esprimesse il pensiero: *ipsa res non solvitur*.

(113) DESSERTAUX, *Capitio deminutio* 370; *Adrogation* 56.

(114) Gai III, 10.

(115) *Naturalobligationen* 426 sg.

(116) *Beiträge* IV 289. Cfr. LEVY, *Konkurrenz*: I 360.

haupt nicht, sodass alle Obligationen auch noch *post l. c.* verbürgbar sind ". Queste costruzioni, prossime al concetto della Glossa circa i due elementi dell'obbligazione, sono veramente in aperta contraddizione con l'apparizione della *nat. obligatio* fin qui illustrata. Nondimeno le fonti, sebbene sporadiche ed ambigue, sembrano a prima vista esprimere la teoria della *naturalis obligatio* perdurante dopo la *litis contestatio*. Bisogna dunque cominciare dall'esegesi dei testi. Dobbiamo constatare che nella monografia del Siber si trovano contributi pregevoli a quest'esegesi.

Fr. 60 D. 12, 6 (Paul. lib. 3 quaest.): *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: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. 1 Ubi autem quis quod pure debet sub condicione novandi animo promisit, plerique putant pendente novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit: idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione novandi animo promisisse. sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debiturum certum est.*

L'estinzione dell'obbligazione mediante la *litis contestatio* apparisce ai Romani nella connessione coll'effetto estintivo della novazione. Non erano ammessi tra le stesse persone due contratti aventi lo stesso oggetto, come non erano possibili due processi sullo stesso oggetto (117). Anche il nostro testo presuppone, come si vedrà, il comune fondamento dei due istituti, *litis contestatio* e *novatio*, come cause d'estinzione dell'obbligazione. Nel testo vengono posti l'uno vicino all'altro, due casi: quello di Giuliano, se il debitore solvente dopo la *litis contestatio manente adhuc iudicio*, possa in questo stadio ripetere ciò che ha pagato; e quello di Paolo, se il debitore obbligatosi mediante contratto di novazione, fatto sotto condizione, solvente *pendente condicione novationis*, possa ripetere. Elemento comune di questi due casi è l'estinzione della precedente obbligazione per " contratto processuale " di *litis contestatio*, risp. per la novazione condizionale. Qui (novazione condizionale) e là (*litis contestatio*) il nuovo rapporto è incerto: la novazione, perchè fatta sotto condizione, la *litis contestatio*, perchè l'obbligazione processuale che ne sorge è per sua natura incerta. Ebbene, la soluzione dei casi menzionati è differente; nel primo caso negativa, nel secondo positiva. La ragione è che sebbene, entrambi i rapporti siano incerti, la *litis contestatio* ha estinto la precedente obbligazione, mentre la novazione fatta sotto condizione non ha distrutto la precedente obbligazione. Siamo qui, come si vede, nel centro di complicati problemi della novazione

(117) BONFANTE, *Ist.*^s 409. Cfr. GIRARD, *Manuel*^o 742.

condizionale (118). Come ci è noto dalle Istituzioni di Gaio (III, 179), il giurista repubblicano Servio Sulpicio riconosceva l'effetto estintivo anche nella novazione condizionale (come analogicamente imputava la stessa efficacia della novazione fatta dallo schiavo). Ma la giurisprudenza posteriore riprovava questo insegnamento e si è pervenuti all'altro estremo della inefficacia totale dalla novazione condizionale *condicione pendente*. Però da quest'estremo, veramente iniquo e contrario alla normale intenzione delle parti, seppero staccarsi alcuni giuristi: Giavoleno sostenendo contro Labeone l'esclusione dell'azione della precedente obbligazione nello stadio di pendenza della *condicio novationis* (fr. 80 D. 23, 3); Marcello insegnando contro l'autorità di Giuliano che la novazione condizionale estingua gli effetti della mora (fr. 72 §§ 1-3 D. 46, 3). Gaio ci riferisce della discussione riguardo alla estinzione totale, avvenuta naturalmente *ope exceptionis* del precedente debito mediante la novazione condizionale. Si vede che era nella giurisprudenza una tendenza a concepire la novazione condizionale non già come causa che estinguesse, ma almeno rendesse incerta la precedente obbligazione. Nel nostro testo si specchia questa tendenza. *Plerique* sostenevano che il debitore obbligato pure, obbligatosi poi mediante novazione condizionale, possa ripetere perchè era incerto *ex qua obligatione solvat*. Di fronte a questi *plerique* erano altri giuristi (evidentemente i giuristi neganti qualsiasi effetto alla novazione condizionale *pendente condicione*) i quali conseguentemente dovevano insegnare che il pagamento fatto nelle circostanze menzionate non si può interpretare altro che fatto alla precedente obbligazione, dalla novazione in nessun modo toccata.

Applichiamo questo al caso in esame. Appunto perchè la *litis contestatio*, se anche faceva sorgere un'obbligazione processuale incerta, estingueva la precedente obbligazione, e così non si aveva che una sola obbligazione, cioè la processuale, la soluzione del caso non si poteva muovere che entro il campo di quest'obbligazione processuale. L'analogia fatta da Paolo col caso della novazione condizionale lo prova il modo decisivo. Ripetiamo: il caso della novazione condizionale è, secondo la concezione dei *plerique*, di tal indole da rendere incerto da quale rapporto, primo o novatorio, sorgerà l'obbligazione (se si è mutata la persona del debitore non c'è, dice Paolo, questa incertezza): nel caso della *litis contestatio* è certo che esiste solamente l'obbligazione processuale. Riguardando questa sola, si può risolvere la questione in esame. E la soluzione di Giuliano fu negativa; e ragione della esclusione della *condictio indebiti* fu che il pagamento, fatto dopo la *litis contestatio*, si doveva interpretare come

(118) Confr. KADEN, *Z. Sav.-St.* 44 (1923) 164; BOHÁČEK, *Note esegetiche in Ann. sem. giur. Palermo* XI, 330; KOSCHAKER, *Bedingte Novation in Festschrift f. Hanausek* 118; BESELER, *Z. Sav.-St.* 47 (1927) 377; LEVY, *Ib.* 168; HAYMANN, *Z. Sav.-St.* 48 (1928) 358; VÁŽNÝ, *Římské právo obligáční* II 25.

fatto per qualunque risultato del processo. Il pagante non può ripetere durante lo stato del giudizio, perchè neanche dopo, fino nel caso della sentenza assolutoria, non potrebbe ripetere, chè il pagamento, come è detto, si deve interpretare come fatto per ogni caso, quale che sarà l'esito del processo.

Sono stati i compilatori a interpolare la frase: *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet*. Il criterio logico dell'interpolazione, la quale fu provata dapprima dal Siber (119), risulta da quanto precede. Si capisce che per i compilatori non si trattava tanto della *naturalis obligatio post litis contestationem* (questo sarebbe illusorio quando nel diritto giustiniano di consunzione processuale quasi non si può parlare più), come della *naturalis obligatio* perdurante dopo la sentenza assolutoria, e ciò (come risulta dalle parole *verum debitorem* secondo il Siber interpolate in luogo di *reum*), perchè sentenza ingiusta. Si vede che con la interpolazione è stata, a tacer d'altro, anche ristretta la portata della decisione di Giuliano.

Anche la questione della fideiussione dopo la *litis contestatio* dovrà esser esaminata nella stessa direzione.

Fr. 8 § 3 D. 46, 1 (Ulp. lib. 47 ad Sab.): *Et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Iulianus admittit eoque iure utimur. an ergo condemnato reo exceptione uti possit, quaeritur: nam ipso iure non liberatur. et si quidem iudicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicitur uti eum exceptione posse: si vero acceptus fuerit etiam totius causae, cessabit exceptio.*

Non c'è dubbio che l'efficacia della fideiussione è un fenomeno che appartiene alla stessa categoria del fenomeno dell'efficacia del pagamento, e che tanto l'efficacia della fideiussione quanto quella del pagamento deve desumersi dallo stesso principio. Ciò è detto espressamente da Papiniano: *quaratione si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur* (fr. 50 § 2 D. 15, 1). Ebbene, abbiamo visto che Giuliano, citato nel nostro testo come sostenitore dell'efficacia della fideiussione *post litem contestatam*, e cioè in base così della *naturalis obligatio* risultante dall'estinto *dare oportere* come della *civilis obligatio* processuale, nel testo precedente esaminava l'efficacia del pagamento esclusivamente dal punto di vista dell'obbligazione processuale; e la frase *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet* (già grammaticamente un elemento estraneo fra i pensieri svolti da Giuliano) non si può interpretare nemmeno come una nota di Paolo, perchè questi (contrapponendo il caso della novazione condizionale) ha mostrato nel modo più visibile che la decisione di Giuliano è, dal punto di vista del precedente rapporto obbligatorio, incomprensibile appunto perchè questo si estingue e non resta niente più. Queste considera-

(119) Loc. cit. 72.

zioni ci guidano alla conseguenza che il testo citato sia, per quel che riguarda la motivazione, interpolato e che Ulpiano si limitasse probabilmente a dichiarare: *quia subest obligatio*. E se si concepisce così la portata del testo, esso appare molto più comprensibile. Il fideiussore si è obbligato per colui che *litis contestatione tenetur*; ebbene, è quanto mai fondata la questione se l'obbligazione del fideiussore perdurerà *sublata litis contestatione pro condemnato*, il quale adesso *ex causa iudicati tenetur*, o se si estingua: Ulpiano decide che la questione dipende da ciò, se il fideiussore *iudicati actionis acceptus sit* o *tantum litis exercitationis*. Vediamo dunque che (a parte considerazioni generali, dedotte dal fr. 60 D. 12, 6) dal contenuto stesso del frammento citato risulta la non esistenza della *n. o.* dopo la *litis contestatio*, come ben vide già il Siber (120). La questione di grande importanza, se il fideiussore *post litem contestatam acceptus* resti obbligato *sublata litis contestatione*, non era dal punto di vista della obbligazione naturale perdurante dopo la *l. c.* risolvibile.

L'altro testo da cui si deduce l'esistenza della *n. o.* dopo la *l. c.* è il fr. 50 § 2 D. 15, 1 (Pap. lib. 9 quaest.): *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.*

Il Beseler (121), reagendo contro la costruzione del Levy, interpreta il testo nel modo seguente: "Wird eine *civilis et naturalis obligatio*, die einer *naturalis obligatio servi* adjiziert ist, in *iudicium* deduziert, so stirbt sie als *civilis obligatio* und sterben mit ihr als *civiles obligationes* alle anderen *civiles et naturales obligationes*, die mit ihr auf *eadem res* gehen, während sämtliche *civiles et naturales obligationes* als *naturales obligationes* und die *naturalis obligatio servi* zu existieren fortfahren". Senonchè quest'interpretazione, la più corretta formulazione della teoria dominante, proviene da un presupposto che non si può accettare più, dalla costruzione dell'obbligazione come risultante dai due elementi: civile e naturale. I Romani non solamente non esprimono mai tale pensiero (esso appare bensì in qualche testo, è dovuto però sempre ai compilatori), ma considerando le obbligazioni servili nei riguardi dei loro effetti positivi come un organismo stante fuori dal diritto positivo non trovano mai nella sostanza della *naturalis obligatio servi* un elemento comune a tutte le obbligazioni.

Sono i bizantini (ad es., Teofilo, Stefano ed altri) che formulano espressamente la regola (un *νάωω*) che dove il reo principale è obbligato *naturaliter*, li

(120) Loc. cit. 71. Altrimenti il BESELER, *Z. Sav.-St.* 45 (1925) 241, la cui dottrina e ricostruzione però in questo caso non sono persuasive, essendo troppo complicate.

(121) *Beiträge* IV 289.

il fideiussore è obbligato *naturaliter* e *civiliter*. Mai si trova questa regola nei classici; e se in un testo di Africano (fr. 21 D. 46, 1) si fa menzione del caso in cui la stessa persona è obbligata *civiliter* e *naturaliter*, si giustifica questo per l'accessione della *naturalis obligatio* alla *civilis* (o viceversa) in base alla successione e per mancanza della *confusio* (del resto il testo è interpolato). Sono i compilatori i quali: a) vedono nell'obbligazione di schiavi non più il caso principale della *n. o.*, ma solo uno di numerosi casi; b) trovano nell'obbligazione degli schiavi ciò che è elemento di ogni obbligazione. Nella frase *quia etc.* si ha interpolazione (122). A mio avviso, Papiniano aveva constatato: *quia naturalis obligatio in litem translata non est*. Le parole *naturalis obligatio* non si potevano comprendere — specialmente dopo il contesto precedente — che come *servi n. obligatio*. Per i bizantini le parole *naturalis obligatio* non bastavano più, perchè, dopo il contesto precedente, potevano sorgere dubbi circa questa *naturalis obligatio*: se designasse l'obbligazione dello schiavo, o l'obbligazione naturale del *dominus* convenuto coll'azione *de peculio* (obbligazione naturale perdurante dopo la *litis contestatio*). Perciò i compilatori hanno dovuto: a) aggiungere che si tratta dell'obbligazione dello schiavo; b) motivare che questa non è trasmessa nel giudizio riguardo all'*actio de peculio*, perchè essa, come ogni obbligazione naturale, come elemento naturale di ogni obbligazione in genere non si trasferisce nel giudizio. Questo trovo espresso nelle parole: *naturalis obligatio [quam etiam servus suscipere videtur] in litem translata non est*.

Altri casi

Il diritto romano conosceva vari casi di obbligazione dove non si aveva azione, ma fatto il pagamento non se ne ammetteva la ripetizione. Tali erano il caso del *Sc. Macedonianum*, dell'editto *Quod quisque iuris* e forse ancora altri. A questi pensa Papiniano, contrapponendo al debito efficace, cause *quae petitionem quidem non habent solutione autem facta repeti pecunia non potest* o nell'altra formulazione *species quae solvi non debuerunt... quae auxilium exceptionis habuerunt* (fr. 94 § 3 D. 46, 3). Allo stesso risultato ci conducono i testi trattanti della connessione tra l'*exceptio* e la *condictio indebiti*: *ubi in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit et pater familias factus solverit* (Marcian. fr. 40 pr. D. 12, 6).

Che questi casi si raccolgano tutti sotto il generale concetto della *n. o.* si constatata in un testo di Pomponio per questo riguardo interpolato.

Fr. 19 pr. D. 12, 6 (Pomp. lib. 22 ad Sab.): *Si poenae causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest*.

(122) Cfr. SIBER Op. cit. 71 n. 2. Però il Siber cancella troppo e motiva l'interpolazione con argomenti dedotti dalla negazione della *naturalis obligatio*; ciò che, credo, non può accettarsi.

Da tutto ciò che precede risulta che si tratta di interpolazione. Mi limito a rinviare alla monografia del Siber, dove è fatta la diligente e giusta esegesi di questo testo generale, nonchè dei testi relativi ai singoli casi (123). Aggiungo solo qualche nota. Papiniano nel testo sopra citato pone sulla stessa linea le cause *quae repetitionem quidem non habent* e la obbligazione dello schiavo derivante dalla fideiussione non riguardante il peculio. La comparazione è molto istruttiva. È costruita dal punto di vista pratico. Lo schiavo (attore) si dice legittimato al pagamento: a) di ciò che il *dominus* debba (nel senso del debito in stretto senso); b) di ciò che debba egli stesso, posto che potrebbe darsi l'azione *de peculio* contro il *dominus*: in altri termini, di ciò che rappresenti l'*onus peculii*. Non segue da questo che l'obbligazione dello schiavo derivante dalla fideiussione non riguardante il peculio (e simili casi) non sia per Papiniano obbligazione naturale, anzi tale obbligazione, esclusa completamente dal regime peculiare, ci si mostra come schiettissimo caso di obbligazione naturale. Dunque ad essa Papiniano raffronta i casi in cui non c'è azione in conseguenza della *exceptio*. In entrambe le serie di casi non si deve pagare. Ma concettualmente, quale differenza fondamentale fra queste due serie di casi! Solamente i Giustinianeî hanno posto nella stessa linea le obbligazioni degli schiavi e quelle delle persone libere cui era opponibile l'eccezione, data *in odium* del creditore.

Ed ora diciamo qualche parola sulle obbligazioni naturali *ex pacto*. Che queste obbligazioni provengano dai compilatori, è stato provato dal Siber (124). Qui ci interessa più di mostrare come sia accaduto che gli interpreti del diritto giustiniano sono stati così incerti per quel che riguarda il riconoscimento della *naturalis obligatio ex pacto*. Causa principale era il

fr. 1 § 2 D. 45, 1 (Ulp. lib. 48 ad Sab.): *Si quis ita interroget 'dabis' responderit 'quidni' ? et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra si sine verbis admisset, non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.*

Era questo testo argomento di primo ordine per coloro che negavano la *n. o. ex pacto* (125), mentre i sostenitori di essa (126) non sono riusciti ad interpretarlo in modo accettabile. Ma la moderna scienza romanistica ha saputo felicemente liberarsi da queste difficoltà. Anzi tutto, oggi, dopo la vigorosa critica del Riccobono (127), è *communis opinio* che il diritto classico dichiarava nulla

(123) Op. cit. 60, 52 seg.

(124) Op. cit. 61 seg.

(125) Cfr. SCHWANERT, Op. cit. 126.

(126) Cfr. SAVIGNY-PACCHIONI, *Le Obligat.*, cit. I 54; HELLMANN, *Naturalis obligatio ex pacto* in *Z. Sav.-St.* 12 (1891) 352.

(127) *Z. Sav.-St.* 35 (1904) 247; *La forma della stipulazione* in *BIDR* 31 (1921) 31 sg.; VÁZNÝ, *Římské právo obligacní* II 58.

la stipulazione per ogni difetto formale (di importanza): conseguentemente nel citato testo Ulpiano doveva dichiarare nulla la stipulazione in entrambi i casi. Per quel che poi riguarda la frase *non tantum — adnuit*, è stato sostenuto dallo stesso eccellente conoscitore della giurisprudenza romana che si tratta di interpolazione, del resto già prima scoperta dall'Albertario (128). Il Siber (129) vuole invece di nuovo utilizzare la frase citata per la conoscenza del diritto classico. Egli ragiona così: "Kopfnicken begründet weder auf die Frage *spondesne* eine *obligatio iuris civilis*, noch auf andere Fragen eine solche des *ius gentium*; da keine Verbalobligation entsteht, ist *sponsio* oder *fidepromissio*, und da eine andere *obligatio* nicht in Betracht kommt, ist auch *fideiussio* unmöglich". Non credo felice quest'interpretazione. Si osservi: Ulpiano adduce i casi della stipulazione formalmente difettosa e, passando dal difetto meno evidente (*dabis? quid ni*) al difetto più grave (*si sine verbis admisset*), per mostrare che non solo questa violazione evidentissima, ma ogni altra grave violazione (anche il primo caso: Riccobono) produca invalidità della stipulazione, dovette (com'è naturalissimo) far menzione della validità o invalidità della *sponsio*: e dichiarò l'invalidità anche di questa. I compilatori hanno limitato la nullità al solo caso *si sine verbis admisset*, e hanno cancellata la *sponsio* (130) sostituendovi la *fideiussio*; e perchè questa, anche per loro, è l'accessione dell'obbligazione, almeno naturale, hanno interpolato: *non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur qui ita adnuit*. Questa interpolazione, quasi meccanica, ha causato poi tanta incertezza perchè le si attribuiva una portata che non aveva. Non è impossibile che siano gli stessi compilatori che dall'inammissibilità della fideiussione esprimono la mancanza della *n. o.*: quei compilatori, che altra volta dal perdurare

(128) ALBERTARIO, *La possessio civilis e la p. naturalis* in *Filangieri* 37 (1912) 523.

(129) Loc. cit. 4.

(130) Ciò ha rilevato già il Siber, ma non ha potuto, fuorviato dal preconetto che la *n. o.* sia *o. iuris gentium*, approfittarne per la giusta ricostruzione. Questa è adesso quanto mai semplice: *Si quis ita interrogatus 'dabis' ? responderit 'quidni' ? et is utique in ea causa est, ut (non) obligetur. (Multo magis) [contra] si sine verbis admisset.* (RICCOBONO, loc. cit. 35) [*Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit*] *et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec [fideiussorem] (sponsorem) quidem.* Così interpretato, il testo ci completa la dottrina della *sponsio* accedente all'obbligazione invalida. Lo sponsore può talvolta obbligarsi per colui che ha fatto la promessa invalida (Gai III, 119), però sotto un'importante condizione, che cioè la promessa verbale del reo sia formalmente senza difetto. Appliciamo questo risultato a qualche caso, menzionato da Gaio, ad es. al contratto del pupillo. Lo sponsore può accedere alla promessa verbale del pupillo, se la *stipulatio* sia formalmente senza difetto; altrimenti no. Ebbene, secondo la dottrina del PACCHIONI (ad es. *Trattato* cit. 177 sgg.) il « debito » dovrebbe sorgere in ogni caso, presupposto solo che la causa vi sia. Ma la *sponsio*, che dovrebbe esser manifestazione del debito, dipende dall'elemento del tutto diverso, cioè dalla circostanza che la *stipulatio* fosse formalmente buona. Si vede anche da questo esempio non solo che la base della *sponsio pro pupillo* non poteva essere il *debitum*, ma che, generalmente, l'equiparazione della *naturalis obligatio* col *debitum* fosse al diritto romano, specialmente antico, estranea.

del diritto accessorio di pegno deducono la conseguenza: *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio* (131).

Finalmente, al concetto di *naturalis obligatio* si sottopongono nel diritto giustiniano obblighi morali e sociali, ad es.: l'obbligo del donatario a remunerare il donatore, l'obbligo della donna a costituire la dote, l'obbligo del liberto alla prestazione di servizi al patrono. Come i classici costruirono questi casi, risulta dal testo di Giuliano fr. 32 § 2 D. 12, 6: *Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest*. Lo stesso criterio decise che il liberto il quale *cum se putaret operas patrono debere solvit*, non possa ripetere (fr. 26 § 12 D. 12, 6): la giustificazione *natura enim operas patrono libertus debet* o è interpolata (132), o deve interpretare nel senso testè espresso. Del resto, nemmeno per il diritto giustiniano è esclusa questa interpretazione. In c. 1 C. 10, 35 il *naturale debitum* non è in sostanza che il *debitum pietatis*. Più grave è la situazione di fronte al fr. 25 § 1 D. 5, 3: *quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt*. Basterebbe certamente: *quamvis ad remun. sibi aliquem obligaverunt*, come nel fr. 55 (54) § 1 D. 47, 2, si parla semplicemente del *beneficii debitor* (cfr. anche Seneca, de beneficiis, passim); l'apposizione dell'avverbio *naturaliter* vuole certamente esprimere l'appartenenza di questo caso al concetto di *n. o.* Lo vide già l'Anonimo, il quale aggiungendo nello scolio al fr. 25 § 11 D. 5, 3 (Heimbach Bas. IV 219, VI Man. 235): *ἐνοχὴ φυσική ἐστίν, ἐξ ἧς ἀγογὴ μὲν οὐχ ἀρμόζει, τὸ δὲ καταβαλλόμενον οὐ ἔπεπιτεύεται, ὡς βιβλίῳ μδ'. τίτλῳ ζ'. διγέσῳ ι'. καὶ βιβλίῳ μς'. τι. α'. δγ. ις'. θεματι γ'.* apertamente accentua l'appartenenza del caso al concetto di *n. o.* Ma, per quel che riguarda il diritto classico, la parola *naturaliter* è interpolata; altrimenti il contesto: *nec si donaverint* (scil. *possessores hereditatis*) *locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem obligaverunt*, a parte l'errore grammaticale *quamvis obligaverunt* (133), rappresenta un pensiero classico.

Brno, dicembre 1928.

(131) Fr. 61 pr. D. 36, 1: SIBER, loc. cit. 70.

(132) Op. cit. 76.

(133) Cfr. GUARNERI-CITATI, *Indice*² s. v. *Quamvis*.

