



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Charlotte Chevalier

***Fictio e natura: due metodi alternativi per la
realizzazione dell'aequitas***

Numero XIV Anno 2021

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso) P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

Fictio e natura: due metodi alternativi per la realizzazione dell'aequitas

SOMMARIO: 1. Il paradosso di un' *obligatio naturalis* coercibile secondo il *ius praetorium*. – 2. Un problema di *aequitas*. – 3. La soluzione del pretore: la *fictio*. – 4. (Segue). L'estensione della *fictio* alla fase esecutiva del rapporto. – 5. La soluzione del giurista: la *natura*. – 6. (Segue). *Sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio*. – 7. L'*aequitas* pretoria e l'*aequitas* giurisprudenziale. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Il paradosso di un' 'obligatio naturalis' coercibile secondo il 'ius praetorium'*

Tradizionalmente si ritiene che Ulpiano, nel riportare e commentare la clausola edittale dell'*actio rescissa capitis deminutione*, avesse concepito l'esistenza di una *naturalis obligatio* coercibile, nella specie sanzionata dal diritto pretorio¹. Tale convinzione deriva dalla lettura di un frammento del Libro IV del Digesto, estrapolato dal dodicesimo libro *ad edictum*.

¹ Nell'ambito dell'ampia letteratura relativa alla *naturalis obligatio*, hanno sostenuto – seppur facendo leva su ricostruzioni differenti – la coercibilità dell'*obligatio naturalis* del *capite deminutus*: O. GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der 'naturalis obligatio'*, in *Festgabe Tb. Schirmer*, Königsberg, 1900, 31 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1906, 45 nt. 1; H. SIBER, '*Naturalis obligatio*', in *Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig, 1926, 9 ss.; J. VAZNY, '*Naturalis obligatio*', in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 170 ss.; V. DE VILLA, *Studi sull' 'obligatio naturalis'*, in *Studi Ssassaresi*, XVII, Sassari, 1939, 55 ss.; E. ALBERTARIO, *A proposito di 'obligatio naturalis'*, in *Studi di diritto romano. Obbligazioni*, III, Milano, 1936, 68; ID., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte generale*, III, Milano, 1938, 95 ss.; ID., *Recensione a H. SIBER, 'Naturalis obligatio'*, in *AG*, 102, 1929, 235 ss.; S. DI MARZO, *In tema di 'naturalis obligatio'*, in *Studi di storia e diritto in onore di C. Calisse*, I, Milano, 1940, 77 s.; M. KASER, *Zur Geschichte der 'capitis deminutio'*, in *Iura*, 3, 1952, 48;

Ulp. 12 ad ed. D. 4.5.2.1: *Ait praetor: «qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo».* 2. *Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea, imputare quis sibi debeat cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet. sed interdum, si contrabatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio: et quidem si adrogatus sit, nullus labor: nam perinde obligabitur ut filius familias.*

Secondo quanto riferito nel testo dell’editto, il pretore prometteva di concedere un’azione nei confronti di coloro che, dopo aver contratto un’obbligazione, subivano una *capitis deminutio minima* peggiorativa² – nelle forme dell’*adrogatio* e della *coemptio*³ –, vedendo mutato il proprio

A. BURDESE, *La nozione classica di ‘naturalis obligatio’*, Torino, 1955, 109 e 111 s.; ID., *Dubbi in tema di ‘naturalis obligatio’*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, 508; G.E. LONGO, *Ricerche sull’ ‘obligatio naturalis’*, Milano, 1962, 148 ss.; ID., *Lenti progressi in tema di ‘obligatio naturalis’*, in *Labeo*, 12, 1966, 830 ss.; P. CORNIOLEY, *‘Naturalis obligatio’. Essai sur l’origine et l’évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964, 120 ss.; S. LONGO, *‘Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei ‘filii familias’*, Milano, 2003, 130 s.

² O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, Graz, 1960, c. 292, nt. 1.

³ La delimitazione della *capitis deminutio minima* oggetto della disposizione pretoria ai soli casi dell’*adrogatio* e della *coemptio* si ricava, in particolare, dall’accostamento del passo del Digesto a Gai 4.38 – per la cui analisi si rinvia al § 3 –, ove il giurista adrianeo specifica come la *fictio rescissae capitis deminutionis* operasse con esclusivo riguardo al mutamento dello *status* della *mulier per coemptionem* e del *masculus per adrogationem*. A queste stesse ipotesi si sarebbe dunque riferito anche Ulpiano, menzionando nel passo tanto i *capite deminuti* che le *capite deminutae*. Oltre all’argomento testuale, ad ogni modo, l’ambito applicativo dell’*actio rescissa capitis deminutione* si spiegherebbe in ragione del fatto che l’esigenza del pretore di concedere un’*actio* a seguito di una *capitis deminutio minima* non poteva che sorgere in quelle ipotesi in cui, a seguito della *permutatio status*, il *capite deminutus* perdeva la capacità processuale già posseduta, con la conseguenza di non poter più essere costretto all’adempimento dei propri obblighi mediante un’*actio in personam*. Tanto poteva accadere, evidentemente, solo nei casi di *adrogatio* e di *coemptio*, ossia nelle ipotesi in cui un *pater familias* veniva assoggettato alla *patria potestas* di un altro *pater familias*, divenendo così *filius familias* (cfr., sul punto, Gai 1.99), e in quelle in cui una donna *sui iuris* compiva *tutoribus auctoribus* la *conventio* che la sottoponeva alla *manus*

status di *sui iuris* in quello di *alieni iuris*. Di talché, la perdita della capacità giuridica non impediva di convenire in giudizio il *capite deminutus* per l’adempimento dei debiti assunti anteriormente alla *permutatio status*: il pretore, invero, concedeva l’azione *quasi id factum non sit*.

Allo stesso tempo, però, nell’illustrare l’intervento pretorio Ulpiano affermava la permanenza, in capo a coloro che subivano un peggioramento della propria condizione giuridica, di un’obbligazione naturale: *manent obligati naturaliter*. Secondo il giurista, in altre parole, l’obbligazione assunta *ante capitis deminutio* sarebbe ‘perdurata’ in seguito a essa sotto forma di *obligatio non civilis*, bensì *naturalis*.

Proprio la contestualità della menzione dell’*actio* pretoria e dell’*obligatio naturalis* ha indotto la dottrina dominante a ritenere che

maritale, assumendo così lo *status* di *alieni iuris* (cfr., sul punto, Gai 1.162, Gai 3.83, Gai 4.38): in altri termini, solo in quelle ipotesi di perdita della capacità giuridica del soggetto. Ciò che, invece, non accadeva di certo nelle ipotesi di *adoptio* e di *conventio in manum* della *donna alieni iuris*, nelle quali non si verificava alcuna modifica in *peius* (posto che, nel primo caso, un *alieni iuris* passava semplicemente sotto la *potestas* di un altro *pater*, e, nel secondo caso, una *filia familiae* cessava di essere sottoposta alla *potestas* del padre per essere assoggettata alla *manus* del marito), né, a maggior ragione, nelle ipotesi di *emancipatio* e *diffareatio*, ove l’*alieni iuris* vedeva addirittura migliorato il proprio *status*, divenendo a tutti gli effetti *sui iuris*. In tal senso si sono espressi, per esempio, F. DESSERTAUX, *Contribution à l’étude de l’édit. Formation de la théorie prétorienne relative aux dettes contractuelles en cas de ‘capitis deminutio minima’*, in NRHD, 36, 1912, 426 ss.; ID., *Études sur la formation historique de la ‘capitis deminutio’*, II. *Évolution et effets de la ‘capitis deminutio’*, Paris, 1919, 356; M. KASER, *Zur Geschichte*, cit., 48; C. FAYER, *La ‘familia’ romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, II. ‘*Sponsalia*’ matrimonio dote, Roma, 2005, 207; E. BIANCHI, ‘*Fictio iuris*’. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all’epoca augustea*, Padova, 1997, 329 s. e 335; C. FURIA, *Gai 3.84; 4.38 e la collocazione originaria dell’editto ‘de capite minutis’*, in SDHI, 53, 1987, 110 nt. 1; R. DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1935, 23 ss.; L. DI LELLA, ‘*Formulae ficticiae*’. *Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, 184; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 340 nt. 75; ID., ‘*Capitis deminutio*’, in *Studi in onore di A. Arena*, I, Padova, 1981, 42 e 63; R. D’ALESSIO, *Studii sulla ‘capitis deminutio minima’*. *Dodici tavole giurisprudenza editto*, Napoli, 2014, 9 e 118; L. D’AMATI, *Considerazioni in tema di ‘actio utilis rescissa capitis deminutione’*, in D@S, 8, 2008, § 2. In senso contrario si sono espressi, esemplificativamente, S. SERANGELI, ‘*Abstinendū, ‘Beneficium competentiae’*, e codificazione dell’editto, Ancona, 1989, 63 nt. 67; P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 125 s.

pretore e giurista, descrivendo il medesimo fenomeno obbligatorio – il primo dal punto di vista processuale e il secondo dal punto di vista sostanziale –, avessero configurato, in prima persona o per mezzo di una supposta trasformazione giustiniana, una ‘particolare’ ipotesi di obbligazione naturale coercibile.

A mero titolo esemplificativo, riferendosi alla fonte in esame SIBER⁴, seguito da ALBERTARIO, affermava che «a volte si parla di *obligatio naturalis* per indicare quel rapporto in cui vi era un *teneri* secondo il *ius honorarium*»⁵; allo stesso modo, VAZNY scriveva che «*naturaliter obligati remanent* si riferisce [...] all’azione *honoraria*»⁶ e LONGO dichiarava che «anche in questo testo del *capite minutus* si riscontrava inequivocabilmente un elemento designante tale *o.n.* come rapporto coercibile»⁷. Ancora, secondo BURDESE, nel passo «il concetto di *naturalis obligatio* verrebbe quindi a qualificare un obbligo pienamente efficace secondo il *ius praetorium*»⁸.

La ‘peculiarità’ di tale ricostruzione discende dal fatto che, secondo l’opinione più accreditata, nel diritto romano un’obbligazione era definita *naturalis* essenzialmente in ragione della sua incoercibilità: ed invero, tra la seconda metà del I secolo d.C. e la prima metà del III secolo d.C.⁹ l’elaborazione giurisprudenziale romana aveva sviluppato, accanto

⁴ H. SIBER, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 10.

⁵ E. ALBERTARIO, *Recensione a H. SIBER, ‘Naturalis obligatio’*, cit., 9 s.

⁶ J. VAZNY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 172.

⁷ G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 156.

⁸ A. BURDESE, *La nozione*, cit., 111.

⁹ Precisamente, il concetto di *naturalis obligatio* fece la sua prima comparsa nell’ordinamento giuridico romano presumibilmente con Giavoleno, in D. 35.1.40.3 (sulla cui analisi cfr., in particolare, A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile – debitum naturale*’, Milano, 1979, *passim*), nella forma del credito naturale del *servus* verso il *dominus*: prima di tale testimonianza – che, peraltro, parla solo di *debitum naturale* e non ancora di *naturalis obligatio* – non sembrano esservi altre attestazioni espresse in materia. Per tale motivo, la concettualizzazione dell’*obligatio naturalis* viene tradizionalmente fatta risalire alla seconda metà del I secolo d.C., durante la fase augustea del Principato. Le ulteriori esemplificazioni della figura paiono invece svilupparsi nel corso del periodo adrianeo, specialmente grazie al pensiero di Giuliano, Africano, Pomponio e Gaio. Le testimonianze più tarde, infine – lasciando per il momento da parte eventuali interventi

alla nota *obligatio civilis*, una nuova specie di obbligazione, chiamata *naturalis*, al precipuo fine di qualificare una serie di fenomeni obbligatori accomunati dall’inazionabilità processuale della pretesa creditizia e dall’irreversibilità dell’adempimento spontaneamente posto in essere dal debitore (cd. *soluti retentio*)¹⁰.

Sebbene plurimi indizi avvalorino tale convinzione¹¹ – tra cui

dei compilatori giustinianeici –, sembrano risalire fino all’epoca severiana, durante la quale l’*obligatio naturalis* risulta applicata da Ulpiano, Paolo, Papiniano, Trifonino e Rufino.

¹⁰ Tale concezione dell’*obligatio naturalis* è accolta in modo preponderante anche dagli studiosi che ammettono che talune fonti parlino di *obligationes naturales* coercibili: cfr., per esempio, A. BURDESE, *La nozione*, cit., *passim*.

¹¹ Non essendo questa la sede per dilungarmi sull’istituto della *naturalis obligatio*, mi limito a segnalare alcune delle ragioni che fanno propendere per la strutturale incoercibilità della medesima. In primo luogo, sarebbe lo stesso aggettivo *naturalis* a evocare, quale caratteristica distintiva dell’*obligatio*, l’assenza di mezzi coercitivi appositamente predisposti dall’ordinamento giuridico – e, in specie, appositamente ‘creati’ dagli operatori del diritto – per assicurare la soddisfazione dell’interesse del creditore anche a seguito di un inadempimento. L’*obligatio* sarebbe stata naturale, dunque, quando, pur sussistendo *in rerum natura* tutti gli elementi di fatto necessari al sorgere di un rapporto di debito tra le parti, l’ordinamento non reputava il credito meritevole a tal punto da permettere al suo titolare di ricorrere al sistema processuale per costringere il debitore ad adempiere: sicché, in assenza di un rimedio coniato *ad hoc*, per vedersi soddisfatto il creditore avrebbe potuto unicamente contare su un’esecuzione spontanea della controparte (cfr. G. SCHERILLO, *Le obbligazioni naturali*, in *AG*, 175, 1986, 520; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 126 s.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei ‘servi’*, Napoli, 1976, 273). Va considerato, poi, che il sintagma *naturalis obligatio* fu ideato dalla giurisprudenza romana innanzitutto allo specifico fine di designare le obbligazioni assunte da quei soggetti che, essendo privi di capacità – giuridica o d’agire (*servus, filius familias* e *pupillus* che contraeva *sine tutoris auctoritate*) –, non potevano agire o essere convenuti in giudizio ai fini dell’adempimento (questo aspetto è posto in luce in modo particolare da A. BURDESE, *La nozione*, cit., 147 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 402 s.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 61). Infine, anche volendo ipotizzare che i compilatori avessero tramutato la struttura originaria dell’*obligatio naturalis* – intesa come rapporto incoercibile – in rispondenza ad asserite nuove concezioni, un intervento interpolazionistico di questo tipo sarebbe difficile da immaginare già solo per il fatto

primeggia il dato testuale¹² –, gran parte della romanistica ha ritenuto che il concetto di *naturalis obligatio* si riferisse, oltreché a rapporti non azionabili, anche a obbligazioni coercibili¹³: e ciò sulla base di

che un mutamento così drastico non si sarebbe di certo manifestato in un numero così risicato di passi né, tanto meno, in modo così ambiguo.

¹² La stragrande maggioranza delle fonti che fanno menzione della *naturalis obligatio*, invero, allude chiaramente a rapporti non sanzionati dal diritto sul piano processuale, per cui colui che rivestiva la posizione di ‘creditore’ non disponeva di un’*actio in personam* nei confronti del ‘debitore’.

¹³ Sintetizzando al massimo i termini del problema, una volta ammessa l’esistenza di obbligazioni naturali processualmente sanzionate, la dottrina in parola si è polarizzata attorno a due macro-orientamenti, a seconda dell’importanza attribuita al momento coattivo del vincolo e della diversa scansione cronologica delle manifestazioni dell’*obligatio naturalis* quale rapporto coercibile o meno. Una prima parte della letteratura è addirittura giunta ad annoverare la coercibilità del vincolo tra le caratteristiche strutturali dell’*obligatio naturalis* classica, ritenendo che l’elemento caratteristico della categoria dovesse piuttosto rinvenirsi nel tipo di sanzione. Precisamente, mentre le obbligazioni propriamente dette *civilis* avrebbero trovato attuazione nel *ius civile*, l’azionabilità delle obbligazioni naturali si sarebbe fondata secondo taluno nel *ius gentium* (H. SIBER, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 9 ss.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, 154 s.; ID., *L’‘obligatio naturalis’ nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, in *Riv. dir. civ.*, XVIII, 1995, 39 ss.; E. ALBERTARIO, *Recensione a H. SIBER, ‘Naturalis obligatio’*, cit., 1 ss.; ID., *Corso*, cit., 87 ss.; P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 84 ss.; M. KASER, ‘*Ius gentium*’, Köln, 1993, 52 ss.; P.L. LANDOLT, ‘*Naturalis Obligatio*’ and *Bare Social Duty*, Köln-Weimar-Wien-Böhlau, 2000, 177 ss.), secondo altri sul regime peculiare e, in specie, sui mezzi dell’*actio* e della *deductio de peculio*, rispettivamente sanzionanti il debito naturale dell’*alieni iuris* nei confronti di un terzo o nei confronti dell’avente potestà (G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 16, 1950, 86 ss.; ID., *Ricerche*, cit., 19 ss., 47 ss.; ID., *Lenti progressi*, cit., 375; I. BUTI, *Studi*, cit., 147 ss.). Sempre secondo tale orientamento, poi, la concezione di un’*obligatio naturalis* sformata di tutela giurisdizionale sarebbe invece emersa solo in epoca giustiniana, a seguito di un cambiamento di vedute maturato in merito alla natura dell’istituto. I compilatori, precisamente, avrebbero denominato *obligationes naturales* taluni rapporti privi di *actio* non solo per la loro insensibilità riguardo alla distinzione tra le categorie del *debitum* e dell’*obligatio*, ma soprattutto in virtù di una nuova tendenza volta a considerare come *obligationes naturales* tutta una serie di situazioni in cui, malgrado l’inesistenza di un’azione, una volta avvenuto l’adempimento non si concedeva la *condictio indebiti* in ragione dei nuovi valori promossi dalla valenza etico-morale pretesamente assunta, in epoca tarda, dal *ius naturale*. Entro quest’ordine di idee, dunque, la fonte ulpianea è stata valorizzata –

un’interpretazione del tutto peculiare di un insieme fonti – per vero, poche¹⁴ –, tra cui figura anche quella in esame.

Non è certo questa la sede per entrare nel merito della questione – di troppo ampio respiro – della coercibilità dell’*obligatio naturalis*. Cionondimeno, non stupisce rilevare come tutte le opzioni ermeneutiche favorevoli a una siffatta concezione abbiano dovuto ricorrere alla critica interpolazionistica per spiegare la sussunzione di

attraverso ricostruzioni diverse a seconda delle particolarità della tesi sposata da ciascun autore – al fine di dimostrare come la struttura originaria della *naturalis obligatio* contemplasse, parimenti ad ogni altro vincolo obbligatorio, anche l’aspetto della responsabilità (cfr., in modo particolare, P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 120 ss. e G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 148 ss.). Viceversa, altri studiosi si sono dichiarati convinti della genuinità dell’*obligatio naturalis* incoercibile, rilevando come ogni riferimento a una supposta azionabilità del vincolo naturale sarebbe dipeso dalla mano compilatoria (O. GRADENWITZ, *Natur*, cit., 31; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 40 ss.; J. VAZNY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 131, 133, 170 ss.; V. DE VILLA, *Studi*, cit., 56 nt. 65, 137 ss., 205 ss., 243 s.; S. DI MARZO, *In tema*, cit., 77 ss.; A. BURDESE, *La nozione*, cit., 15 ss., 100 ss., 112 s., 149 ss.; ID., *Dubbi*, cit., 501 ss.; J.A.C. THOMAS, ‘*Naturalis obligatio pupill?*’, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1970, 457 ss.; P. DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA*, 19, 1972, 244 e 257 s.; L. LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3.119a*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, 55; ID., ‘*Rescriptum divi Pi?*’, in *Gli atti del pupillo ‘sine tutoris auctoritate’*, Napoli, 1962, 56; S. LONGO, ‘*Naturalis obligatio*’ e ‘*debitum serv?*’ in *Gai 3.119a*, in *Iura*, 46, 1995, 53 ss.; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, Torino, 2001, 122 ss., 124 nt. 97, 126 ss.). La concezione di un’*obligatio naturalis* azionabile, in specie, è stata ricondotta a delle non meglio precisate visioni giustiniane di stampo puramente teorico e, in particolare, all’oscillazione del concetto bizantino del *ius naturale*, che avrebbe assunto rilievo in un ambito non chiaramente definito. Precisamente, da un lato si sarebbe affermata l’interscambiabilità delle espressioni *obligatio naturalis* e *obligatio iuris gentium*, in dipendenza del consolidarsi della categoria delle *obligationes iuris gentium* e della più generale equivalenza tra il *ius gentium* e il *ius naturale*; dall’altro lato si sarebbero qualificati naturali taluni obblighi sanzionati, in epoca classica, solo *iure praetorio*, e ciò in ossequio all’idea secondo la quale vi sarebbe stata, in epoca bizantina, una corrispondenza tra *ius naturale* e *ius honorarium*. Secondo questa prospettiva, pertanto, la locuzione *manent obligati naturaliter* tramandata in D. 4.5.2.2 non avrebbe affatto espresso il pensiero originario di Ulpiano, trattandosi di un’aggiunta postuma ispirata alle nuove concezioni giustiniane miranti a trasformare l’obbligazione naturale – per sua essenza incoercibile – in un rapporto sanzionato.

¹⁴ D. 4.5.2.2.; D. 19.2.1; D. 26.8.5pr.; D. 44.7.10; D. 46.1.16.4; D. 50.17.84.1.

fattispecie al contempo coercibili e incoercibili entro il medesimo schema concettuale, nella specie imputando a un supposto intervento compilatorio l’ambivalenza dell’istituto sotto il profilo della tutela giurisdizionale: già tale circostanza, invero, segnalerebbe una certa consapevolezza dell’anomalia insita nel ritenere l’obbligazione naturale come un rapporto debitorio azionabile.

Anche volendo prescindere da questa considerazione di metodo, a mio avviso il concetto di *obligatio naturalis* coercibile non sarebbe ammissibile anzitutto perché privo di prove testuali: nessuno dei passi valorizzati dalla dottrina, invero, mi pare veicolare l’idea – del tutto paradossale – di un’obbligazione sì naturale ma, cionondimeno, processualmente sanzionata.

Rinviando la critica delle altre fonti a una sede più opportuna, in queste pagine mi soffermerò unicamente sull’analisi del testo di Ulpiano, con lo scopo di dimostrare come in esso l’*obligatio naturalis* non fosse concepita alla stregua di un rapporto sanzionato dal rimedio pretorio oggetto di commento. Leggendo la fonte nel suo giusto contesto, ci si avvedrà di come la contemporanea menzione dell’*actio* pretoria e dell’*obligatio naturalis* rispondesse a una logica ben diversa.

2. Un problema di ‘aequitas’

Per cogliere la *ratio* dell’accostamento dell’obbligazione naturale al rimedio pretorio è innanzitutto opportuno chiarire qual era la problematica che, nel caso di specie, richiamava l’attenzione di entrambi i formanti del diritto, ovverosia tanto di quello giurisdizionale quanto di quello giurisprudenziale.

Ebbene, come a breve si illustrerà, la fattispecie affrontata da pretore e giurista manifestava un’esigenza di ripristino dell’*aequitas*, la quale nel caso concreto si vedeva frustrata da una rigida applicazione dei principi sanciti dal *ius civile*.

Com’è noto, nell’ambito della *scientia iuris* l’*aequitas* rappresentava uno strumento operativo che guidava gli operatori del diritto nell’individuazione del trattamento giuridico più idoneo a soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale sottese al caso controverso, e ciò nella

direzione di un progressivo e sempre maggiore affinamento dell’ordinamento giuridico romano¹⁵. In quest’ottica, l’equità assolveva a una funzione dinamica, mirando a garantire la costante aderenza del diritto alla realtà dei rapporti e alla coscienza sociale diffusa in ogni epoca storica: precisamente, l’*aequitas* assicurava, da un lato, l’aggiornamento continuo del *ius* in dipendenza dell’evolversi delle istanze di tutela palesate dal tessuto socio-economico e, dall’altro lato, la revisione di quelle regole che non rispondevano adeguatamente alle esigenze di protezione scaturenti dalla pratica.

Quanto all’aspetto contenutistico, il concetto di *aequitas* sottendeva una pluralità di significati¹⁶ – progressivamente assunti in dipendenza dei diversi contesti storico-sistematici entro i quali veniva richiamato¹⁷ –,

¹⁵ Cfr., senza pretesa di esaustività: S. RICCOBONO, voce ‘*Aequitas*’, in *Nuovo dig. it.*, XVI, Torino, 1937, 211 ss.; V. DE VILLA, ‘*Aequitas naturalis*’, in *Studi Sassaresi*, 16, Sassari, 1938, 125 ss.; A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 619 ss.; V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 69 ss.; A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul concetto di ‘aequitas’*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano, 1973, 137 ss.; G. BROGGINI, *Riflessioni sull’equità*, in *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli, 2007, 51 ss.; L. VACCA, *Considerazioni sull’ ‘aequitas’ come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, in *Studi in memoria di G. D’Amelio*, I, Milano, 1978, 397 ss.; EAD., *L’ ‘aequitas’ nell’ ‘interpretatio prudentium’ dai giuristi ‘qui fundaverunt ius civile’ a Labeone*, in *‘Aequitas’. Giornate in memoria di P. Silli. Atti del convegno (Trento, 11-12 aprile 2002)*, a cura di G. Santucci, Milano, 2006, 21 ss.; P. SILLI, voce *Equità (storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 7, Torino, 1991, 477 ss.; M. TALAMANCA, *L’ ‘aequitas naturalis’ e Celso in Ulp. 26 ‘ad ed.’ D. 12.4.3.7*, in *BIDR*, 96-97, 1993-1994, 1 ss.; ID., *L’ ‘aequitas’ nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in *‘Aequitas’*, cit., 53 ss.; ID., *L’ ‘aequitas naturalis’ e D. 12.4.3.7*, in *BIDR*, 35-36, 1993-1994, 1 ss.; W. WALDSTEIN, *‘Aequitas’ e ‘summum ius’*, in *Saggi sul diritto non scritto*, Padova, 2002, 133 ss.; ID., *‘Aequitas naturalis’ e ‘ius naturale’*, in *‘Aequitas’*, cit., 43 ss.; M. HUMBERT, *Equité et raison naturelle dans les œuvres de Celse et de Julien*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 419 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’ ‘aequitas’. Lezioni*, Torino, 2013, *passim*; D. MANTOVANI, *L’ ‘aequitas’ romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in *Antiquorum philosophia*, XI, Pisa-Roma, 2017, 27 ss.

¹⁶ L’estrema polivalenza di accezioni del sostantivo *aequitas*, in particolare, è ben posta in luce da A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, cit., 619 ss.

¹⁷ Come evidenza D. MANTOVANI, *L’ ‘aequitas’*, cit., 17, siccome l’*aequitas* «era un termine valoriale, il suo significato reagiva a contatto con il contesto». L’*aequitas*,

ciascuno dei quali suggeriva all’interprete del diritto una serie di criteri decisionali utili per risolvere la complessa casistica giurisprudenziale.

In particolare, *aequitas* significava innanzitutto uguaglianza, coerenza o, ancora, proporzionalità: tutti concetti che, sotto il profilo operativo, suggerivano di decidere la controversia in modo da garantire una parità di trattamento tra casi simili e, al tempo stesso, una differenziazione di regime tra fattispecie difformi¹⁸.

precisamente, assume rilievo diverso innanzitutto a seconda del tipo di sistema giuridico entro il quale si trova a operare: se negli ordinamenti a impronta codicistica e a formazione legislativa il suo ruolo è marginale, nei sistemi a prevalente formazione casistico-giurisprudenziale, qual era quello romano del periodo preclassico e classico, l’*aequitas* riveste un ruolo essenziale, assurgendo a criterio determinante per la formazione e l’evoluzione dell’intero ordinamento giuridico (sulla differenza tra sistema ‘aperto’ e sistema ‘chiuso’ in relazione al parametro dell’equità, in particolare, cfr. L. VACCA, *Considerazioni*, cit., 399 ss.; EAD., *L’‘aequitas’*, cit., 24 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 23 ss.; M. TALAMANCA, *L’‘aequitas’*, cit., 56 ss.). Con specifico riferimento all’ordinamento romano, poi, l’*aequitas* assumeva vigore diverso in dipendenza del contesto storico entro il quale veniva invocata (la necessità di valutare l’*aequitas* romana nella sua evoluzione storica è segnalata dalla stragrande maggioranza della dottrina, tra cui P. SILLI, voce *Equità (storia del diritto)*, cit., 482 ss.; G. BROGGINI, *Riflessioni*, cit., 56 ss. e 66 ss.; A. MANTELLO, *Un’etica per il giurista? Profili d’interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 581; L. VACCA, *Considerazioni*, cit., 402 ss.; EAD., *L’‘aequitas’*, cit., 26 ss. e 33 ss.; M. BRENONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, 334 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 27 e 60 ss.): in particolare, tale parametro decisorio assunse un’importanza sempre maggiore in concomitanza con la maturazione del metodo scientifico della giurisprudenza, il quale si perfezionò con l’avvento dell’Impero, raggiungendo i suoi apici con la dinastia dei Severi. A favorire un sempre maggiore impiego dello strumento equitativo, oltretutto un incremento dei suoi contenuti, fu anche lo scarto sempre più ampio che si era venuto a creare – sul finire della Repubblica e l’inizio del Principato – tra le esigenze dell’*aequitas* e il *ius strictum*, il quale col passare del tempo diveniva sempre più obsoleto e inadatto a regolare gran parte della casistica che si presentava all’interprete (sul punto si è espressa in modo significativo L. VACCA, *Considerazioni*, cit., 402 ss.).

¹⁸ In tale accezione, precisamente, l’*aequitas* guidava il giurista a decidere conformemente al principio di uguaglianza e commisurabilità (cfr., per esempio, D. 43.21.3pr.-1; D. 43.24.7.4; D. 9.2.52.2; D. 39.2.24.4), a quello di coerenza e corrispondenza (cfr., per esempio, D. 17.2.30; D. 44.1.14), o, ancora, a rapportare

Oltre a legittimare interpretazioni di tipo analogico o estensivo, il canone dell’equità ispirava pure soluzioni informate alla nozione di equilibrio: ciò che, nella specie, si traduceva nell’applicazione delle massime *nemo cum alterius damno locupletior fiat*, *neminem laedere* e *ius suum cuique tribuere*, allo scopo di assicurare un equo contemperamento tra gli interessi delle parti e un corretto bilanciamento tra prestazioni, reprimendo ogni spostamento patrimoniale ingiustificato¹⁹.

Più in generale, poi, in concomitanza con il recepimento nel mondo giuridico del concetto di *iustitia*²⁰, l’*aequitas* giunse a sottolineare in modo quasi intuitivo l’opportunità di una soluzione giuridica, in virtù di una più ampia esigenza di giustizia sostanziale diretta a rinvenire la decisione più confacente alle peculiarità del caso concreto²¹. Sicché una soluzione si diceva conforme ad *aequitas* quando realizzava la giustizia del caso singolo, attraverso una composizione degli interessi in gioco che fosse ragionevole in quanto espressione di un’evidenza logica e, soprattutto, naturale. Ed invero, l’essenza dell’*aequitas* si coglieva principalmente in relazione all’elemento della *natura*, la quale, intesa come realtà

l’ammontare della condanna pecuniaria al valore della lite stimato in base a dati obiettivi al fine di realizzare il *suum cuique tribuere*, attribuendo all’attore ciò che effettivamente gli era dovuto (D. 47.10.17.2).

¹⁹ Il ricorso all’*aequitas* in aderenza a questi tre principi fondamentali è ben testimoniato da Giuliano (a proposito dei criteri decisionali adottati dal giurista in ossequio all’*aequitas* cfr. M. HUMBERT, *Équité*, cit., 444 ss.).

²⁰ D. MANTOVANI, *L’‘aequitas’*, cit., 50 e 53. La teorizzazione greca in tema di *iustitia* (cfr. *eth. Nicom.* V.1130b.30-33; V.1132a.25-28) risulta recepita in ambito giuridico in modo particolare da parte di Ulpiano (D. 1.1.10pr.). Sul rapporto esistente tra *ius*, *iustitia* e *aequitas* cfr. H. MAZEAUD, *Les notions de droit, de justice et d’équité*, in ‘*Aequitas*’ und ‘*Bona Fides*’. *Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius*, Basel, 1955, 229 ss.; A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, cit., 623; D. NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, in *Testi*, cit., 521 ss.; F. SENN, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice*, Paris, 1927, 4 ss. e 19 ss.; W. WALDSTEIN, *La definizione della giustizia di Ulpiano (D. 1.1.10pr.)*, in *Saggi*, cit., 88 ss. e 122 ss.; V. MAROTTA, ‘*Iustitia*’, ‘*vera philosophia*’ e ‘*natura*’. *Una nota sulle ‘Institutiones’ di Ulpiano*, in *Testi*, cit., 563 ss.

²¹ Cfr. M. TALAMANCA, *La ‘bona fides’ nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 298, nt. 811, ove l’autore afferma che «l’*aequitas* esprime l’esigenza di una disciplina adeguata».

fenomenica, consentiva al giurista di individuare regole ritenute eque per il solo fatto di rispecchiare l’evidenza naturale delle cose, secondo la sequenza *ex facto oritur ius*. È in questo senso, peraltro, che l’*aequitas* veniva altresì definita come *veritas*²², facendo allusione alla verità oggettiva che doveva essere recepita in sede di elaborazione del diritto.

La giurisprudenza, inoltre, distingueva un’*aequitas* ‘*civilis*’ da un’*aequitas* ‘*naturalis*’ al precipuo fine di segnalare come il *ius civile*, pur costituendo di per sé il prodotto di un’*ars boni et aequi*²³, potesse talvolta rivelarsi iniquo in sede applicativa, mostrandosi inadatto a riflettere correttamente le circostanze di fatto e a soddisfare pienamente le esigenze pratiche di tutela, viceversa palesate – senza soluzione di continuità – dall’*aequitas naturalis*, la quale era intesa alla stregua di un elemento ‘pre-positivo’ che consentiva un costante giudizio critico sul sistema normativo²⁴. L’*aequitas naturalis*, in buona sostanza, rilevava là

²² L’*aequitas* era espressamente definita come *veritas* anche dall’autore della *Rhetorica ad Herennium* (cfr. Her. 2.20: *Ex aequo et bono ius constat quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere; quod genus ut maior LX et cui morbus causa est cognitorem def*). In ossequio a tale significato essenziale, una certa decisione appariva equa quando rifletteva la realtà concreta delle cose: cfr. P. PINNA PARPAGLIA, ‘*Aequitas in libera republica*’, Milano, 1973, 106; A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 599 ss.; M. HUMBERT, *Equité*, cit., 428 ss.; W. WALDSTEIN, *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in *Testi*, cit., 321; M. BREONE, *Storia*, cit., 333 ss.; ID., *Labeone e l’ordine della natura*, in *Testi*, cit., 208 ss.; P. SILLI, voce *Equità (storia del diritto)*, cit., 480; A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, cit., 620; R. FIORI, ‘*Bonus vir*’. *Politica filosofia retorica e diritto nel ‘De officiis’ di Cicerone*, Napoli, 2011, 130.

²³ Con l’avvento del Principato, invero, l’equità non rappresentava più soltanto uno strumento e un argomento idoneo a fondare una determinata soluzione, quanto piuttosto l’obiettivo di tutto il sistema normativo, permeando di sé l’intero diritto al punto che Celso lo definiva alla stregua di un’*ars boni et aequi* (D. 1.1.1pr.): sulla definizione cfr., tra i tanti, F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7 ss.; ID., ‘*Ars boni et aequi*’ e ‘*ius naturale*’, in *SDHI*, 75, 2009, 15 ss.; ID., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 30 ss.; P. CERAMI, *La concezione celsina del ‘ius’*. *Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, I. *L’interpretazione degli atti autoritativi*, in *AUPA*, 38, 1985, 18 ss.; S. RICCOBONO, ‘*Ius est ars boni et aequi*’, in *BIDR*, 8-9, 1947, 233 ss.

²⁴ Cfr. M. BREONE, *Labeone*, cit., 251, il quale osserva che l’*aequitas* «non è sempre intrasistemica. Può agire anche fuori del sistema, e rappresentare rispetto a quest’ultimo un punto di vista critico [...]. Ora non è in gioco la capacità espansiva del

dove l’*aequitas* positivizzata – per questa ragione definita ‘*civilis*’ – finiva per rivelarsi inattuale o incompleta, vuoi perché la *ratio* di certe norme non rispondeva più alla coscienza sociale del tempo, vuoi perché la portata di altre norme non era idonea a esprimere in modo compiuto le peculiarità delle fattispecie concrete.

Ciò premesso, il caso riportato da Ulpiano costituiva una di quelle fattispecie in cui si verificava uno scollamento tra *aequitas civilis* e *naturalis*.

Precisamente, presentava evidenti profili di criticità l’applicazione di quel principio di *ius civile* in forza del quale la *capitis deminutio minima* – *sub specie* di *adrogatio* e *coemptio* – esplicava i propri effetti distruttivi, oltre che con riguardo ad altri istituti civilistici quali l’*adgnatio* e la capacità giuridica²⁵, anche rispetto ai vincoli obbligatori assunti dal *capite minutus* prima del mutamento di *status*.

Secondo quanto riferito da Gaio²⁶, invero, l’*adrogatio* e la *coemptio* provocavano l’estinzione di tutte le obbligazioni assunte dal *sui iuris* e non ancora adempite: il che, chiaramente, costituiva una diretta e logica conseguenza del fatto che per il *ius civile* gli *alieni iuris* erano privi di capacità giuridica patrimoniale e processuale.

A ben vedere, tuttavia, un’applicazione rigida del principio civilistico menzionato al caso concreto comportava un esito irragionevole, dal momento che i creditori del *capite deminutus* si vedevano privati di tutela in dipendenza di una circostanza – il mutamento di *status* – a loro in alcun modo imputabile. In buona sostanza, se, in astratto, era

‘diritto civile’ (nel suo significato più ampio) o la sua dinamica interna. Avviene qualcosa d’altro e di più profondo. La norma per la tutela di un interesse che si giudica rilevante, bisogna ricercarla non in ‘ciò che è costituito’, l’*insitutum* o la *constitutio*, ma fuori dalle strettoie dogmatiche e in un ambito diverso, la natura (comunque la natura vada poi intesa)». Parla di elemento ‘pre-positivo’ dell’ordinamento, in particolare, W. WALDSTEIN, *Elementi ‘pre-positivi’ dell’ordinamento nel diritto romano*, in *Saggi*, cit., 9 ss.: l’autore colloca «oltre il diritto positivo», per esempio, i concetti di *ius naturale*, *natura aequum*, *rerum natura*, *aequitas*, *bonum et aequum*, *bona fides*, *instum*, *iustitia*. La superiorità dell’*aequitas naturalis* sull’*aequitas civilis* era nota ai giureconsulti, come ben rilevano L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 86 ss. e 91; M. HUMBERT, *Equité*, cit., 461 s.; L. VACCA, *L’‘aequitas’*, cit., 40.

²⁵ Cfr. F. DESSERTAUX, *Études*, cit., 110 s.

²⁶ Cfr. Gai 4.38, per la cui analisi si rinvia al § 3.

formalmente corretto – perché in tal senso statuivano i precetti civilistici – impedire al creditore di convenire in giudizio il *capite deminutus* ai fini dell’adempimento, sostanzialmente doveva apparire contrario all’*aequitas* che chi aveva contratto *ab origine* con un soggetto *sui iuris* vedesse frustrato il proprio diritto di credito a causa della circostanza sopravvenuta e non prevedibile della perdita di capacità del proprio debitore.

Non si vuole certo negare che la regola sancente l’estinzione delle obbligazioni contratte dal *capite deminutus* rispondesse essa stessa a una propria *ratio* equitativa. Il principio in esame, infatti, mirava a garantire l’uguaglianza nel trattamento giuridico di casi simili: appurato che, per regola consolidata, gli *alieni iuris* non potevano essere titolari di obbligazioni, doveva ritenersi coerente – e in questo senso equo – negare tale titolarità anche a coloro che divenivano *alieni iuris* solo dopo aver preso parte a un rapporto obbligatorio.

Nondimeno, nel caso in esame la ragione di equità che era sottesa al precetto civilistico menzionato entrava evidentemente in conflitto con una diversa esigenza di *aequitas*, la quale, pur essendo trascurata dal *ius civile*, doveva apparire sotto vari profili più forte e meritevole: nella specie, la necessità di approntare una tutela appropriata per il creditore²⁷.

Per giunta, la norma estintiva del *ius civile* finiva per contraddire la *ratio* del principio che si prefiggeva di attuare, ossia quello che negava la capacità giuridica ai soggetti *alieni iuris*²⁸.

Ciò accadeva, precisamente, sotto un duplice profilo.

Tra le varie ragioni fondanti il predetto principio vi era, anzitutto, quella per cui si dovevano ‘sanzionare’ – o comunque dissuadere – coloro i quali concludevano affari – o si accingevano a concluderli – con soggetti sottoposti all’altrui potestà. Nel caso della *capitis deminutio minima*,

²⁷ Cfr. A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, cit., 612.

²⁸ In questo senso può richiamarsi F. GALLO, *L’‘officium’ del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 106, ove osserva «sono lodevoli e necessari gli sforzi per la esatta rappresentazione normativa. Nonostante essi è però possibile, ed accade realmente, che si diano casi, rientranti bensì in tale rappresentazione, ma collidenti con la specifica *ratio* della norma o coi supremi principi ispiratori del diritto: con il *bonum* e – più frequentemente – con l’*aequum*».

tuttavia, il creditore si rapportava fin dall’inizio con un *sui iuris*, contraendo con un soggetto legittimato a operare nel traffico giuridico²⁹. Conseguentemente, la sopravvenuta estinzione delle obbligazioni assunte da chi subiva una *capitis deminutio* finiva per pregiudicare in modo irragionevole quei creditori che, essendo divenuti tali anteriormente al mutamento di *status*, avevano agito in perfetta conformità ai dettami del *ius civile*. Senza dire che, per converso, non avendo contratto con un *alieni iuris* il creditore non avrebbe neppure potuto contare sulla responsabilità del *pater* o del titolare della *manus*³⁰.

²⁹ Cfr. G. DONATUTI, *Recensione a G.E. LONGO, Ricerche*, cit., in *BIDR*, 65, 1962, 316.

³⁰ Cfr. C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 110 s. In dottrina, nondimeno, non vi è chiarezza circa l’esperibilità dell’*actio de peculio* nei confronti del *capite deminutus* per i debiti sorti prima dell’*adrogatio* o della *conventio in manum*: incertezza che, peraltro, è anche palesata in una fonte ulpianea (D. 15.1.42), ove è riferito che *quidam* ritenevano esperibile l’*actio de peculio* contro l’*adrogatus*, mentre Sabino e Cassio la ritenevano non esperibile per i debiti sorti prima del mutamento di *status*, evidentemente sulla base del fatto che, nel caso concreto, mancavano tutti i presupposti fondanti l’esercizio dell’*actio de peculio* (l’esistenza del peculio, della *patria potestas* e della *manus* al momento della nascita del debito e l’estinzione del debito che conseguiva alla *capitis deminutio*). L’incertezza circa l’esperibilità dell’azione adietizia a sanzione delle obbligazioni estinte per *capitis deminutio* ha comportato, inoltre, dubbi anche in merito al tipo di rapporto eventualmente esistente tra la stessa e l’*actio utilis*. Sul punto si possono ricordare S. SOLAZZI, *Studi sull’ ‘actio de peculio’*, I. ‘*Actio de peculio*’ contro venditore e compratore, in *BIDR*, 17, 1905, 229 ss., per il quale i due rimedi erano contemporaneamente esperibili con riguardo alla stessa fattispecie; L. DI LELLA, ‘*Formulae*’, cit., 186 ss., il quale ha sostenuto l’anteriorità dell’*actio de peculio* rispetto all’*actio ficticia* contro il *filius*; C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 117, per la quale l’*actio de peculio* sarebbe stata, viceversa, successiva all’*actio ficticia*, e sarebbe stata esperibile, nei limiti dell’arricchimento, nel caso in cui l’*adrogatus* e la donna conventa *in manum* avessero posseduto un peculio; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 341 s. nt. 80, il quale sottolinea l’iniziale sfavore della giurisprudenza in merito all’applicazione dell’*actio de peculio* (considerata normale solo dai tempi di Pomponio), la quale sarebbe stata comunque concessa sulla base dell’argomento per cui il patrimonio già appartenente al *sui iuris*, acquistato per *successio* da colui che ne diveniva l’avente potestà, si considerava come una «massa isolata nel più vasto ambito del patrimonio del *pater familias*»; R. D’ALESSIO, *Studii*, cit., 126 ss., il quale esclude che le fonti abbiano tramandato un caso di mera duplicazione di tutela: le due azioni, invero, «sarebbero state sì, alternativamente esperibili, ma la scelta, lungi dall’essere indiscriminata, sarebbe stata ponderata dagli effetti cui si fosse mirato».

Oltre a costituire un monito per la controparte, la disposizione sull’incapacità giuridica mirava altresì a proteggere quei soggetti che, disponendo solo in parte di autonomia patrimoniale e d’azione a causa della propria soggezione all’altrui potere, erano privi dei mezzi per far fronte ai propri comportamenti e si presumevano sprovvisti dell’esperienza necessaria per ponderare le proprie scelte.

Anche da questo punto di vista lo *status* di *alieni iuris* del *capite deminutus* non risultava sufficiente a giustificare l’estinzione delle obbligazioni dallo stesso assunte prima dell’assoggettamento a potestà: ed invero, al momento della contrazione del vincolo il *capite deminutus* versava nella condizione di *sui iuris* e, quindi, di soggetto capace sia giuridicamente che – la fonte lo lascia presumere – intellettualmente.

Cosicché, se da un punto di vista l’applicazione del precetto civilistico si sarebbe riverberato ingiustamente a danno del creditore, da un altro punto di vista lo stesso avrebbe comportato un vantaggio iniquo per il debitore, che si sarebbe visto liberato dai propri obblighi per il solo fatto di essersi sottoposto a un mutamento di stato³¹. In buona sostanza, quindi, sull’esigenza di tutelare il debitore, diventato *alieni iuris* solo in via sopravvenuta, doveva senza dubbio prevalere quella di tutela del creditore, che bene aveva agito nel contrarre con un *sui iuris*.

Nella parte in cui disciplinava la sorte delle obbligazioni assunte dal *capite deminutus*, in definitiva, il *ius civile* si discostava dall’*aequitas* – che, non essendo positivizzata, era *naturalis* –, la quale palesava l’esigenza di assicurare una corretta protezione degli interessi del creditore, altrimenti destinati a rimanere inspiegabilmente frustrati a ingiusto vantaggio del debitore inadempiente. In questo senso deponevano il principio di uguaglianza, il quale suggeriva di concedere una tutela univoca per i creditori che contraevano con un *sui iuris* e di differenziare il trattamento di questi ultimi rispetto a quello riservato ai creditori che, viceversa, si

³¹ A tal proposito L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 3, osserva che «quelli riportati da Gaio sono gli unici casi di *capitis deminutio minima* nei quali il *civis* passa volontariamente da una condizione di *sui iuris* ad una condizione di *alieni iuris*», con la conseguenza che un *sui iuris* si sarebbe potuto sottrarre all’adempimento dei propri debiti semplicemente sottoponendosi alla *potestas* o alla *manus* altrui.

rapportavano sin da subito con soggetti *alieni iuris*; il concetto di equilibrio, che imponeva di tenere in debita considerazione le ragioni della parte creditrice del rapporto, al fine di scongiurare il verificarsi di spostamenti patrimoniali ingiustificati; la verità naturale, in forza della quale la soluzione giuridica doveva rispecchiare, nella maggior misura possibile, i dati della realtà, che nel caso di specie mostrava l’esistenza di un credito da soddisfare; da ultimo, il concetto di giustizia sostanziale, il quale rappresentava, da un punto di vista più generale, l’obiettivo che una soluzione conforme ad *aequitas* doveva realizzare.

A ben vedere, dunque, una tutela effettiva degli interessi creditizi si sarebbe potuta conseguire solo previa correzione della norma di *ius civile* che disciplinava gli effetti della *capitis deminutio*, con particolare riguardo alla parte della disposizione che sanciva il venir meno, tra le altre cose, anche delle obbligazioni assunte dal *capite deminutus* prima della perdita di capacità. Precisamente, per vedersi realizzata l’*aequitas* esigeva che venisse rimodulata la portata della norma predetta, in particolare restringendone l’ambito applicativo e assicurandone, per tale via, la defettività³².

Chiarita quella che, probabilmente, era la prospettiva di riflessione sul caso concreto, l’idea che si profila è che pretore e giurista avessero fatto uso, ciascuno conformemente al proprio ruolo, di strumenti distinti – non integrantisi l’uno con l’altro – per qualificare la posizione giuridica del debitore *capite deminutus* diversamente da quanto previsto dal *ius civile* – che ne sanciva la liberazione –, e ciò al fine di assecondare l’esigenza – veicolata dall’*aequitas* ma non espressa dal *ius* – di tutelare i creditori insoddisfatti.

Non può escludersi *a priori*, dunque, che l’*actio* pretoria e l’*obligatio naturalis* fossero coesistite all’interno del passo senza implicare l’esistenza

³² Cfr. F. GALLO, L’ ‘*officium*’, cit., 129 s., ove afferma «le norme erano sì generali e astratte, ma congiuntamente presentavano un carattere strumentale: essendo poste al fine di realizzare il *bonum et aequum* nei casi concreti, andavano applicate agli stessi fin quando lo realizzavano. Sarebbe stato assurdo applicarle a casi per i quali la loro applicazione confliggeva [...] col *bonum et aequum*. Perciò il pretore, in tali casi, [...] apprestava o concedeva un apposito mezzo processuale, idoneo ad assicurare, nel caso specifico, l’attuazione del *bonum et aequum*».

di un’obbligazione naturale coercibile, ma esprimendo ciascuna una propria ragion d’essere: precisamente, la prima avrebbe concretato una soluzione tipicamente pretoria, mentre la seconda una soluzione più propriamente giurisprudenziale.

3. La soluzione del pretore: la ‘fictio’

Come anticipato, a fronte della *permutatio status* del debitore che subiva un’*adrogatio* o una *coemptio* il pretore accordava azione ai creditori anteriori ‘*quasi id factum non sit*, ossia ‘come se’ non si fosse verificata alcuna *capitis deminutio*: era grazie all’argomento finzionistico, dunque, che il pretore consentiva di convenire in giudizio quei debitori che, per effetto delle regole del *ius civile*, perdevano la condizione di *sui iuris* per acquistare quella di *alieni iuris*.

A far trapelare la natura fittizia del *iudicium* è, in primo luogo, la stessa lettera della clausola edittale, ove la parola *quasi* paleserebbe, seppure in via meramente indicativa³³, quel metodo manipolativo che era tipico della *fictio iuris*³⁴. Secondo l’opinione consolidata, invero, la finzione era una particolare tecnica solutoria – largamente impiegata dal pretore³⁵ – che si risolveva in un’operazione di cosciente deformazione dei dati della

³³ Sulla rilevanza della locuzione *quasi* con riguardo alla *fictio iuris* cfr. E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 32; S. RICCOBONO, *Analogia, assimilazione, approssimazione nell’opera dei giuristi romani ed in particolare dell’uso dell’avverbio ‘quasi’*, in *AUPA*, 3-4, 1917, 697 ss.; G. WESENER, *Zur Denkform des quasi in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, Milano, 1973, 1387 ss.; W. KERBER, *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg, 1970, *passim*; H. VAHINGER, *The Philosophy of As if*, Routledge, 2014, *passim*; Y. THOMAS, ‘Fictio legis’. *L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 21, 1995, 31 s.

³⁴ Sebbene si possa attribuire al diritto romano il merito della «creazione cosciente e l’utilizzazione sistematica dello strumento tecnico della finzione, con impegno e rigore che non si riscontrano in nessun altro ordinamento, antico o moderno» (così S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 662 s.), non si rinviene mai, nelle fonti, l’espressione *fictio iuris*, né tanto meno una sua definizione.

³⁵ Come rileva M. BRETONNE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI.2, Bologna, 2001, 297, «la *fictio* ebbe nel tribunale del pretore un luogo privilegiato».

realtà finalizzata a far progredire l’ordinamento giuridico in maniera impercettibile, ossia senza implicare alcuna deroga formale alle regole consolidate del *ius civile*, là dove questo si rivelava incompleto, inattuale o iniquo³⁶. Precisamente, come ricorda Bretone³⁷, rileggendo Austin³⁸, la finzione consisteva, in linea di massima, «nel simulare o assumere che qualche cosa che certamente *era*, *non era*; e che qualcosa che certamente *non era*, *era*»: il che serviva, essenzialmente, al fine di ‘precostituire’ i presupposti di fatto rispettivamente necessari a restringere la vigenza di

³⁶ Questo dato è pacifico tra gli studiosi che si sono occupati, sotto vari profili e con particolare riguardo al diritto romano, del tema della *fictio iuris*: cfr., a titolo meramente esemplificativo, G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Weimar, 1858, 51 ss.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1875, 357 ss.; B. VON BÜLOW, *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *AcP*, 62, 1879, 1 ss.; R. DE RUGGIERO, voce *Finzione legale*, in *Diz. prat.*, 3, Milano, 1923, 184 ss.; S. RICCOBONO, ‘*Formulae ficticiae*’ a Normal Means of Creating New Law, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, IX, 1929, 1 ss.; R. DEKKERS, *La fiction*, cit., *passim*; F. PRINGSHEIM, *Symbol und Fiktion in den antiken Rechten*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, 1955, 209 ss.; G. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, in *AHDE*, 27-28, 1957-1958, 305 s.; C. LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la ‘fictio iuris’*, Madrid, 1963, *passim*; S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, cit., 662 ss.; V. COLACINO, voce ‘*Fictio iuris*’, in *NNDI*, VII, 1968, 269 ss.; U. ROBBE, *La ‘fictio iuris’ e finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano, 1978, 634 ss.; A. GUZMAN BRITO, *Sobre el objeto de las ficciones pretorias*, in *REHJ*, 3, 1978; R. SOTTY, *Recherche sur les ‘utiles actions’*. *La notion d’action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, 24 ss. e ID., *Les actions qualifiées d’ ‘utiles’ en droit classique*, in *Labeo*, 25, 1979; F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della ‘fictio iuris’*, Padova, 1979, *passim*; K. HACKL, *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano, 1982, 245 ss.; M. FUHRMANN, *Die Fiktion in römischem Recht*, in *Funktionen des Fiktiven*, München, 1983, 413 ss.; L. DI LELLA, ‘*Formulae*’, cit., *passim*; A. DOS SANTOS JUSTO, *A ‘fictio iuris’ no direito romano (‘actiones ficticiae’)*, I. *Época clássica*, Coimbra, 1988, 1 ss.; ID., *A ‘fictio iuris’ no direito romano (‘actio ficticia’)*. *Época clássica*, in *Boletim de Faculdade de Direito*, 33, 1989, 1 ss.; A. GAMBARO, voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 8, Torino, 1992, 342 ss.; Y. THOMAS, ‘*Fictio*’, cit., 17 ss.; E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 259 ss.; T. GIARO, *Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Warszawa, 2000, 277 ss.; M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 295 ss.; F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones ficticiae*’. *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, *passim*.

³⁷ M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 299.

³⁸ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1885, 609 s.

una disposizione³⁹, o, viceversa, a consentire l’applicazione di una norma o l’estensione di una formula processuale del *ius civile* a casi dalle stesse non previsti o sanzionati⁴⁰. In altre parole, la finzione – negativa o positiva – di un fatto fungeva da espediente che legittimava la produzione di effetti giuridici – ritenuti equi e ragionevoli – altrimenti non scaturenti dalla fattispecie concreta per come considerata e disciplinata dal *ius civile*.

Anche volendo prescindere dal sopra accennato indizio lessicale, ad ogni modo, una conferma della natura fittizia dell’azione concessa dal pretore si ricava da una fonte di Gaio, ove è esposta la formula dell’*actio rescissa capitis deminutione*:

Gai 4.38: *Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum capite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et capite deminutus deminatae fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminatae non esse.*

Secondo quanto riferito nel testo, l’azione in parola era stata introdotta proprio al fine di far fronte all’estinzione, sancita dal *ius civile* (*desinit iure civili debere*), delle obbligazioni contratte da quelle o quelli che, dopo l’assunzione del vincolo, subivano un peggioramento della propria condizione giuridica (*capite deminutus deminatae fuerit*), la donna per *coemptio* e il maschio per *adrogatio*⁴¹.

³⁹ A questa logica rispondevano, per esempio, la *fictio legis Corneliae*, il *postliminium*, oltreché, come si vedrà, la *fictio rescissae capitis deminutionis*.

⁴⁰ Ciò è quanto accadeva, per esempio, con la *fictio heredis*, la *fictio* dell’*actio Publiciana* e la *fictio civitatis*.

⁴¹ Il riferimento dell’estinzione *iure civili* delle obbligazioni anche al caso dell’*adrogatio* ha generato un ampio dibattito in seno alla dottrina, e ciò in ragione del fatto che, nel momento di probabile vigenza dell’editto *de capite minutus*, il *filius familias* sarebbe stato capace di obbligarsi *iure civili* con i terzi estranei alla propria *familia*, donde l’inutilità della concessione di un’*actio utilis rescissa capitis deminutione* nei suoi confronti. La

questione centrale del problema concerne, in particolare, la collocazione temporale dell’editto pretorio rispetto alla progressiva acquisizione della capacità negoziale da parte del *filius*. Semplificando al massimo i termini del dibattito, la parte preponderante della dottrina ritiene che l’editto del pretore (risalente alla fine dell’età repubblicana, secondo F. DESSERTAUX, *Contribution*, cit., 433, seguito anche da E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 325 e da L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 8) avrebbe preceduto nel tempo l’acquisto da parte del *filius* di una qualche capacità di contrarre valide obbligazioni civili (avvenuto, secondo i più, non prima dell’inizio dell’epoca classica: cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 275 s. e nt. 317 e 318; l’opinione tradizionale è revocata in dubbio dalla tesi di S. LONGO, ‘Filius’, cit., 2003, 47 ss., 78 ss. e 121, secondo la quale la capacità negoziale del *filius familias* risalirebbe invece all’epoca giustiniana), con la conseguenza che il riferimento della clausola edittale anche al caso dell’*adrogatio* conserverebbe significato relativamente al periodo anteriore. Oltretutto, sarebbe la stessa natura fittizia dell’azione a deporre in questo senso, dal momento che se il pretore costruiva l’azione come fittizia, ciò doveva dipendere proprio dal fatto che, per poter ammettere il *filius* in giudizio, era necessario fingere l’inesistenza di tale qualità (in tal senso cfr., per esempio, C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 115; E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 325 nt. 362; R. D’ALESSIO, *Studi*, cit., 120 ss.). Quanto al motivo della mensione dell’*adrogatio* da parte di Gaio – alla cui epoca la capacità negoziale del *filius* doveva già essere riconosciuta –, interessante e condivisibile è l’interpretazione di R. D’ALESSIO, *Studi*, cit., 122, secondo il quale «fintanto che il suo patrimonio fosse stato destinato ad essere acquistato dall’*adrogator* [...] sarebbe persistita l’esigenza di conservare una finzione che ne eliminasse gli effetti nell’interesse dei creditori e consentisse, in definitiva, l’aggressione di un patrimonio giuridicamente alieno all’esecutando, anche quando fosse ormai riconosciuta la capacità negoziale passiva del *filius*». Ad ogni modo, la circostanza che Gaio avesse tramandato la regola secondo la quale l’*actio utilis rescissa capitis deminutione* era esperibile anche nei confronti dell’*adrogatus* potrebbe spiegarsi anche alla luce dello spirito conservatore manifestato dai giuristi romani verso le regole del passato. In senso contrario all’opinione dominante si è sostenuto che la *fictio rescissa capitis deminutione* risalisse ad un periodo successivo alle riforme augustee del processo e che, conseguentemente, l’azione fittizia concessa nei confronti dell’*adrogatus* presupponesse «la capacità del *filius familias* di contrarre obbligazioni *proprio nomine* e di essere convenuto in giudizio per gli atti giuridici da lui compiuti» (così L. DI LELLA, ‘*Formulae*’, cit., 185 ss.; nello stesso senso cfr. anche S. SOLAZZI, *Sulla capacità del ‘filius familias’ di stare in giudizio*, in *BIDR*, 9, 1899, 113 ss.). Un’opinione ancora diversa e particolare è quella di L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 3, la quale ritiene che «l’estinzione del debito contrattuale è un effetto esclusivo della *capitis deminutio* nella quale è incorso il debitore: pertanto, anche ammessa e riconosciuta detta capacità, l’intervento del pretore [...] trova la sua ragione di principio in quella estinzione, del tutto inevitabile». Per parte mia, ritengo maggiormente attendibile la prima opinione:

In particolare, appurato che, da un lato, i creditori non potevano essere ammessi all’esercizio dell’azione diretta scaturente dal contratto (*nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere*) – non essendovi più un’*obligatio civilis* sanzionabile –, e che, dall’altro lato, la circostanza del passaggio in potestà non poteva giungere al punto da pregiudicare i loro diritti (*sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere*), il pretore aveva ritenuto opportuno intervenire concedendo un’*actio utilis* che era detta *rescissa capitis deminutione* in quanto fondata sulla finzione che i debitori non avessero subito alcun mutamento di *status* (*in qua fingitur capite deminutus deminutae non esse*).

Stando al dato testuale, dunque, l’oggetto della *fictio* veniva fatto coincidere con la *capitis deminutio* (*minima*⁴²), ovvero con l’effetto giuridico del mutamento dello *status familiae*. Peraltro, contrariamente alle altre *actiones ficticiae* – espone in Gai 4.34-37 –, ove si fingeva, in positivo, l’esistenza di un elemento irreali o comunque non contemplato dal *ius civile*⁴³, la finzione in esame era di segno negativo, implicando, a seconda della prospettiva di osservazione adottata, l’inesistenza di una qualifica

d’altro canto, la circostanza che il pretore concedesse un’azione fittizia contro chi diveniva *filius familias* costituirebbe anche un indizio del fatto che ormai da tempo si faceva sentire l’esigenza di superare la norma che, negando ai figli di famiglia la capacità giuridica sotto il profilo sostanziale e processuale a scapito di una necessaria semplificazione dei traffici commerciali, si rivelava sempre più iniqua, e ciò anche in casi diversi da quelli in cui sorgeva un’esigenza di tutelare i soggetti divenuti creditori anteriormente alla *permutatio status*. In buona sostanza, l’*actio* pretoria potrebbe aver preceduto di poco, e in un certo senso preannunciato, il riconoscimento della capacità di obbligarsi del *filius familias*.

⁴² Che l’editto pretorio si riferisse esclusivamente alla *capitis deminutio minima* è un dato pacifico in dottrina: cfr., per esempio, F. DESSERTAUX, *Contribution*, cit., 425; ID., *Études*, cit., 347 ss.; U. COLI, ‘*Capitis deminutio*’, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 155; E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 335; B. ALBANESE, ‘*Capitis deminutio*’, cit., 63 nt. 75; C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 118 ss.; L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 8; R. D’ALESSIO, *Studii*, cit., 118.

⁴³ In Gai 4.34-38 Gaio effettua un *excursus* delle *fictiones* pretorie del processo formulare. Oltre alla *fictio rescissae capitis deminutionis*, in specie, vengono illustrate la *fictio* del *bonorum possessor* (Gai 4.34); la *fictio* del *bonorum emptor* (Gai 4.35); la *fictio* dell’*actio Publiciana* (Gai 4.36); la *fictio civitatis* (Gai 4.37). Per una compiuta trattazione delle medesime si rinvia a E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 259 ss.

prevista dal *ius civile* o, comunque, di un fatto realmente accaduto dal quale scaturiva la qualifica predetta⁴⁴.

A quest’ultimo proposito, una precisazione merita di essere fatta.

Premesso che, come visto, la finzione consisteva nella supposizione secondo cui *aduersarium nostrum kapite deminutum non esse*, si potrebbe cadere nell’equivoco di ritenere che la *fictio* concernesse, direttamente ed esclusivamente, la qualifica di *alieni iuris*. A ben vedere, in verità, nell’ottica del pretore l’elemento che veniva supposto come inesistente era, piuttosto, la situazione di fatto che, a monte, aveva causato la perdita di capacità⁴⁵.

Va considerato, infatti, che la *capitis deminutio* rappresentava, di per sé, un semplice schema concettuale che raggruppava una pluralità di atti strutturalmente diversi ma parimenti implicanti, quale conseguenza costante, la perdita dei vincoli agnatizi, oltre alla quale si aggiungevano, in certi casi, conseguenze di più ampia gravità⁴⁶. Di talché, nel caso di

⁴⁴ Sulla natura negativa della finzione cfr. E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 334 ss.; C. FURIA, *Gai* 3.84, cit., 122; Y. THOMAS, ‘Fictio’, cit., 22 ss.

⁴⁵ Come osserva E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 336, l’equivoco in parola deriverebbe dal fatto che la finzione della rescissione della *capitis deminutio* sarebbe, tra tutte le finzioni pretorie, quella «che denota il più alto grado di astrazione, in quanto essa presuppone di porre attenzione “all’effetto” derivante dall’*adrogatio* o dalla *coemptio* (che è comune ai due atti) e, quindi, di considerare come non avvenuto questo effetto». Di talché, conclude l’autore, la supposizione di mancato avvenimento della *capitis deminutio* «si attua negando che sia occorsa la condizione fattuale del “*se alieni iuris subicere*” quasi, quindi, che questa conseguenza giuridica dei due atti [...] rilevasse nella sensibilità giuridica sul piano fattuale». Sul punto, cfr. anche M. SARGENTI, *Recensione* a E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., in *SDHI*, 66, 2000, 508 s. In dottrina, tuttavia, la stragrande maggioranza degli autori ritiene che l’oggetto delle finzioni pretorie potesse essere tanto un elemento fattuale quanto un elemento di diritto: cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 56 nt. 397; R. DEKKERS, *La fiction*, cit., 39 nt. 1; A. DOS SANTOS JUSTO, *A ‘fictio’*, cit., 41; Y. THOMAS, ‘Fictio’, cit., 24; F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones*’, cit., 84; R. LLANO CIFUENTES, *Naturaleza*, cit., 49; L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 6. Secondo A. GUZMAN BRITO, *Sobre el objecto*, cit., 116 ss., invece, diversamente dalle *formulae in factum* quelle *ficticiae* avrebbero supplito unicamente alla mancanza di elementi giuridici, e non anche a quelli materiali.

⁴⁶ Cfr., in tal senso, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 311 ss.; ID., ‘*Capitis deminutio*’, cit., 34 ss.; U. COLI, ‘*Capitis deminutio*’, cit., 158 ss.; F. DESSERTAUX, *Études*, cit., 372; R.

specie il riferimento ‘sintetico’ (e, in questo senso, più ‘comodo’) alla *capitis deminutio* – effettuato sia in D. 4.5.2.1 che in Gai 4.38 – doveva sottendere, più precisamente, un rinvio a quegli avvenimenti concreti dai quali scaturiva la sola perdita dello *status* di *sui iuris*⁴⁷. La stessa espressione pretoria *quasi id factum non sit*, invero, segnalerebbe che era «sul piano dei fatti che la *capitis deminutio*» veniva «percepita come non avvenuta»⁴⁸.

In altre parole, ciò che si dava per non accaduto non era tanto, genericamente, l’effetto della *capitis deminutio* – che poteva discendere da una pluralità di atti anche non implicanti un peggioramento di *status* –, quanto piuttosto quei fatti che davano luogo ad *adrogatio* o a *coemptio*⁴⁹.

D’ALESSIO, *Studii*, cit., 4 s. Precisamente, la *capitis deminutio* non era che un’etichetta con cui si indicavano unitariamente fenomeni diversi, ossia una serie di eventi che comportavano o la mera estinzione dei vincoli agnatizi (nel qual caso la *capitis deminutio* si chiamava *minima*) o, unitamente all’estinzione dei vincoli agnatizi, la perdita vuoi della cittadinanza (*capitis deminutio media*), vuoi della libertà (*capitis deminutio maxima*).

⁴⁷ L’esigenza di tenere conto della specificità delle singole fattispecie di *capitis deminutio* che venivano concretamente in rilievo, a dispetto dei riferimenti generici al fenomeno della *capitis deminutio*, è, a mio avviso, ben posta in luce da R. D’ALESSIO, *Studii*, cit., 9 s. Merita richiamare, inoltre, quanto osserva E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 331 ss., a mente del quale l’oggetto della falsa supposizione parrebbe riguardare «direttamente, la “qualità” della *capitis deminutio* e non già un fatto» in quanto vi erano «maggiori difficoltà a individuare il “fatto” da supporre per considerare *sui iuris* il soggetto *capite deminutus*, conseguendo questa condizione a due atti differenti. Precisamente si sarebbe, infatti, dovuto supporre, rispettivamente, come non avvenute l’*adrogatio* e la *coemptio*. Evidentemente, invece, l’espressione “*rescissa capitis deminutione*” consente di indicare sinteticamente la situazione di fatto che era preesistente ad entrambi gli atti».

⁴⁸ Cfr. E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 335.

⁴⁹ In questo senso si esprime, in modo condivisibile, E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 335 e 338 s., ove osserva: «parrebbe, in altri termini, che la stessa clausola edittale menzioni quell’effetto giuridico conseguente ad atti differenti, considerandolo, però, sul piano della fattispecie concreta in presenza della quale l’azione è concessa». In generale, l’autore caldeggia la tesi del carattere fattuale della *fictio*, la quale, a suo dire, «cade sempre su un elemento fattuale o, più precisamente, su un elemento che è “percepito” come fattuale». Invero, la *fictio* poteva esprimersi «non già modificando il dato normativo, ma solo quello reale sino ad ottenere che quest’ultimo sia rispondente a quello previsto dalla norma». Sicché, non si poteva «fingere direttamente la “qualità” carente» ma, al contrario, non vi erano difficoltà «nel supporre falsamente quei dati

D’altro canto, se la *fictio* avesse direttamente riguardato la qualità giuridica di *alieni iuris*, non si comprenderebbe la ragione per la quale il pretore non si fosse limitato ad affermare, più semplicemente, ‘*si sui iuris essent*’ o ‘*si alieni iuris non essent*’⁵⁰. Viceversa, il riferimento del *quasi id factum non sit* alla *capitis deminutio* – e, dunque, ai due atti che concretamente la provocavano nello specifico caso considerato – si spiegherebbe proprio alla luce della particolare struttura del procedimento finzionistico: per velare il più possibile ciò che, nella sostanza, integrava una vera e propria deroga del *ius civile*, si evitava di riferire apertamente la finzione alla qualifica giuridica dallo stesso (non) contemplata, preferendo far cadere la supposizione di (mancato) avvenimento sulla condizione fattuale che ne presupponeva l’(in)esistenza⁵¹. In buona sostanza, sebbene il fine ultimo della *fictio rescissa capitis deminutionis* fosse effettivamente quello di negare lo *status* di *alieni iuris* per supporre quello di *sui iuris*, il pretore si guardava bene dal presentare, quale oggetto mirato della finzione negativa, la qualità giuridica ammessa dal *ius civile*, preferendo intraprendere un percorso meno immediato che, in quanto tale, fosse idoneo a perseguire lo stesso fine mascherando al contempo la ‘modifica normativa’ perseguita⁵². Nell’*intentio* della formula, invero, il pretore non considerava direttamente inesistente la qualità giuridica contemplata dal *ius civile*, bensì una circostanza di fatto realmente accaduta (che integrava *adrogatio* o *coemptio*), la cui supposizione di inesistenza permetteva di considerare irrealizzato il presupposto che dava origine alla qualità di *alieni iuris*⁵³.

Era solo tramite un siffatto *escamotage*, a ben vedere, che il pretore riusciva a oltrepassare le regole del *ius civile* concedendo un’azione nei

fattuali che avrebbero condotto a far conseguire “naturalmente” quelle medesime qualità, quasi che si percepisca la necessità – sotto un profilo psicologico – di riportarsi alla situazione fattuale da cui quella “qualità” giuridica carente discende».

⁵⁰ Per quanto riguarda l’affermazione ‘*si se alieno iuri non subieciissent*’ contenuta in Gai 3.84, si vedano le considerazioni svolte *infra*, nt. 65.

⁵¹ Cfr. E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 343.

⁵² Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, cit., 673, definisce la finzione un «procedimento indiretto».

⁵³ Cfr. E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 339.

confronti di quei soggetti che, secondo le norme vigenti, erano privi sia della legittimazione passiva che della titolarità di una qualche *obligatio*.

Si trattava, dunque, di un’azione tipicamente *ficticia*⁵⁴, la cui *intentio*, espressa al congiuntivo, palesava proprio quello scarto tra «obiettività» e «possibilità»⁵⁵ che consentiva di lasciare immutate le prescrizioni del *ius civile* – che neppure il pretore aveva l’autorità di derogare⁵⁶ – neutralizzandone gli effetti su un piano diverso: il che avveniva, come si è visto, mediante il ripristino della situazione fattuale e giuridica che aveva preceduto la *capitis deminutio*. È in questi termini che va letta l’espressione ‘*rescissa*’: l’azione fittizia, invero, era strutturata alla stregua di una *in integrum restitutio*⁵⁷, per cui il pretore concedeva al creditore da

⁵⁴ Che tale fosse la natura dell’*actio rescissa capitis deminutione* trova conferma, d’altro canto, dall’inquadramento sistematico della stessa nell’ambito della trattazione delle *formulae ficticiae* e dalla descrizione fatta da Gaio (non solo in Gai 4.38 ove, come visto, si legge «[...] *introducata est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse* [...]»), ma anche in Gai 3.84, a mente del quale «[...] *in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione* [...] *si se alieno iuri non subieccissent*). Ad ogni modo, era la stessa struttura della formula – in particolare la parte dell’*intentio* – a palesare il carattere fittizio dell’azione («*Si Ns Ns capite deminutus non esset, tum si Ns Ns Ao Ao* [...] *dare oporteret, index Nm Nm Ao Ao* [...] *c.s.n. p.a.*»: cfr. O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’. Ein Versuch seines Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 133 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 338 e 340 nt. 74).

⁵⁵ Cfr. F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones*’, cit., 54.

⁵⁶ Sul punto si rinvia al § 7. Come nota A. GAMBARO, voce *Finzione*, cit., 344, «quando [...] il pretore prese a coniare le cosiddette *formulae ficticiae* la finzione divenne uno strumento atto non solo ad interpretare una contingente esigenza politica, ma anche a superare l’ostacolo rappresentato dalla dubbia legittimazione del pretore a mutare le forme del *ius civile*. Sull’impiego della *fictio* quale strumento volto a supplire l’impossibilità di una deroga del *ius civile* da parte del pretore cfr. anche Y. THOMAS, ‘*Fictio*’, cit., 32.

⁵⁷ Cfr., per esempio, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 341 nt. 77; E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 330; Y. THOMAS, ‘*Fictio*’, cit., 24; E. BETTI, *Diritto romano*, I. *Parte generale*, Padova, 1935, 522; L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 7; M. LAURIA, ‘*Iurisdictio*’, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 517. Secondo C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 127 ss., la ricompreensione dell’*actio utilis rescissa capitis deminutione* tra le *in integrum restitutiones* sarebbe ascrivibile solo all’opera della tarda giurisprudenza classica. La qualificazione del rimedio pretorio analizzato tra le *in integrum restitutiones* non è del tutto pacifica tra gli studiosi, e ciò principalmente in ragione del fatto che, nel caso di *capitis deminutio*, il

atto lecito una formula nella quale, fingendo di retrocedere alla situazione *quo ante*, annullava sostanzialmente gli effetti determinati dalla *capitis deminutio* e fondava, così, la possibilità giuridica di esperire un’*actio in personam* nei confronti dell’*alieni iuris*.

In questo modo, a essere violata era più la realtà fattuale che la norma giuridica: la mancata osservanza del precetto di *ius civile* che sanciva la perdita della capacità giuridica del *capite deminutus* e l’estinzione delle obbligazioni dallo stesso previamente assunte non veniva fatta dipendere da una sua deroga, quanto piuttosto dalla mancata integrazione dei presupposti di fatto necessari per la sua applicazione.

Oltre che *ficticia*, poi, l’*actio rescissa capitis deminutione* era anche definita *utilis*⁵⁸: il che ben si spiega se si tiene conto del fatto che la stessa era stata

rimedio rescissorio veniva concesso dal pretore direttamente, ossia senza una previa *causa cognitio*, come invece accadeva normalmente: il che, secondo alcuni, costituiva una semplice particolarità del rimedio in esame (cfr., per esempio, M. LAURIA, ‘*Iurisdictio*’, cit., 513; R. MARTINI, *Il problema della ‘causae cognitio’ pretoria*, Milano, 1960, 74 ss.), mentre secondo altri implicava l’esclusione dello stesso dal novero delle *in integrum restitutiones* (cfr., per esempio, F. CARRELLI, *D. 4.5.2.1 e la ‘causae cognitio’ nella ‘restitutio in integrum adversus capite deminutos’*, in *SDHI*, 2, 1936, 7 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla ‘restitutio in integrum’*, Milano, 1965, *passim*).

⁵⁸ Questa classificazione viene fatta da Gaio non solo in Gai 4.38, ma anche in Gai 3.84, su cui cfr. *infra*. La contemporanea qualificazione dell’*actio rescissa capitis deminutione* sia come *actio utilis* che come *actio ficticia* è stata intesa dalla dottrina come una conferma dell’idea secondo la quale le *actiones ficticiae* sarebbero state tutte anche *utiles*. Precisamente, la romanistica è abbastanza concorde nel ritenere che le *actiones utiles* non integrassero una categoria autonoma, munita di una propria specifica costruzione formulare: al contrario, la qualifica *utilis* veniva data a volte alle *actiones ficticiae*, altre volte alle *actiones in factum* ed altre volte ancora a quelle con trasposizione di soggetti, al mero scopo di segnalare l’opportunità e l’efficacia di certe azioni appositamente preposte alla tutela di rapporti specifici e diversi da quelli considerati dal *ius civile*. Di talché, le azioni utili non si sarebbero esaurite in quelle fittizie, rappresentando un insieme più ampio di rimedi processuali. In questo senso possono citarsi, tra i tanti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 318; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 331; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II. *Il processo formulare*, Torino, 1982, 84 nt. 2; L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 6; C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 125. Tra gli studiosi che sono di contrario avviso si ricordano F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones*’, cit., 60 e 142, a mente del quale le *actiones ficticiae* non potrebbero essere anche *utiles*; A. D’ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales ‘in factum’*, in

appositamente creata dal pretore per soddisfare un interesse – quello dei creditori – che altrimenti sarebbe rimasto *iure civili* privo di protezione⁵⁹. Invero, l’azione si rivelava utile in quanto poteva essere esperita al di fuori dei presupposti tipici previsti per la concessione dell’*actio directa*, così andando a colmare le lacune o a correggere le iniquità inficianti il diritto positivo⁶⁰.

Nello specifico caso esaminato, infatti, lo scopo cardine della *fictio* era quello di tutelare istanze di equità che il *ius civile* non aveva considerato a causa dell’eccessivo formalismo che lo connotava⁶¹. Come si è visto, d’altro canto, lo stesso Gaio giustificava – seppur solo implicitamente – l’introduzione dell’*actio* invocando un’esigenza di equità: a suo dire, infatti, la regola che sanciva l’estinzione *iure civili* delle obbligazioni già contratte dal *capite minutus* avrebbe compromesso i diritti dei creditori senza una valida ragione, non bastando, a tal riguardo, l’argomento del

Iura, 20, 1969, 115 e E. VALINO, ‘*Actiones ficticiae*’, Pamplona, 1974, 343, per i quali tra *actiones ficticiae* ed *actiones utiles* esisterebbe una totale coincidenza; R. SOTTY, *Recherches*, cit., 24 ss. e ID., *Les actions qualifiées d’‘utiles’*, cit., 139 ss., ritiene, dal suo canto, che il significato di *utilis*, se riferito all’*actio*, fosse quello di indicare solamente quelle azioni che consentivano un’effettiva condanna del convenuto (il che avveniva, per l’appunto, nel caso dell’*actio rescissa capitis deminutione*, posto che, come a breve si vedrà, in caso di *indefensio* da parte dell’*adrogator* o del *coemptionator* il pretore concedeva la *missio* nei beni che erano appartenuti al *capite deminutus*, così offrendo una tutela completa al creditore).
⁵⁹ Sebbene, di norma, le *actiones utiles* fossero decretali, venendo concesse in un caso specifico sulla base dell’adattamento di un’azione già prevista dal *ius civile*, non è esclusa la configurabilità di azioni utili editali (come sarebbe, appunto, quella commentata): invero, poteva accadere che un’*actio utilis* venisse introdotta con tale denominazione nell’editto pretorio dopo aver fornito una buona prova nella pratica giudiziaria: cfr., sul punto, L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 6; F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones*’, cit., 54.

⁶⁰ Cfr., per esempio, R. DEKKERS, *Les actions utiles en droit romain classique*, in *Revue de l’Université de Bruxelles*, 41, 1935-1936, 232 ss.; P. COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l’oeuvre de Justinien*, Paris, 1947, 89 ss.; E. BETTI, *Diritto*, cit., 506 ss.; E. VALINO, ‘*Actiones*’, cit., 138 ss.; C. FURIA, *Gai 3.84*, cit., 122.

⁶¹ Che la *fictio* fosse uno strumento preposto alla soddisfazione dell’*aequitas* è un dato pacifico in dottrina: cfr., ad esempio, M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 298; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 68; E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 345 ss.; F. TODESCAN, *Diritto*, cit., 77. Del tutto particolare è, invece, la tesi di M. HUMBERT, *Equité*, cit., 429 ss., secondo il quale finzione ed equità sarebbero incompatibili per il fatto che la prima si porrebbe in contrasto con la verità, mentre la seconda si identificherebbe con essa.

passaggio in potestà del soggetto debitore (*sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere*).

Per giunta, va precisato che la *fictio* era limitata a quanto strettamente necessario per la soddisfazione dell’*aequitas*: la supposizione di mancato avvenimento della *capitis deminutio*, infatti, non era generale, ma operava al solo fine di consentire ai creditori anteriori di agire in giudizio per la tutela delle proprie pretese. Gli atti dell’*adrogatio* e della *coemptio*, in altri termini, non venivano completamente posti nel nulla dalla finzione, la quale li investiva esclusivamente allo scopo di conservare intatta la capacità giuridica del debitore e far sopravvivere le obbligazioni dallo stesso contratte per salvaguardare le ragioni creditizie. Sicché, con riguardo a tutti gli altri aspetti⁶², l’*adrogatio* e la *coemptio* rimanevano valide e pienamente efficaci⁶³.

Diversamente dalle finzioni positive – che miravano a estendere le forme del *ius civile* a fattispecie dallo stesso non contemplate –, dunque, nel caso in esame la *fictio* serviva ad assicurare la defettività della norma positiva, ossia a restringerne l’ambito di vigenza là dove la sua applicazione, pur essendo formalmente corretta in quanto rispettosa dei principi consolidati dell’ordinamento, produceva esiti contrari all’*aequitas*⁶⁴.

4. (*Segue*). L’estensione della ‘fictio’ alla fase esecutiva del rapporto

⁶² Gli effetti collaterali della *capitis deminutio minima* erano vari, non limitandosi ovviamente alla mera estinzione dei debiti da atto lecito assunti *ante capitis deminutio*. Sul punto cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 336 ss.

⁶³ Così anche U. ROBBE, *La ‘hereditas iacet’ e il significato della ‘hereditas’ in diritto romano*, Milano, 1975, 169 ss.

⁶⁴ A tal proposito, mi paiono efficaci le parole di S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, cit., 663, ove afferma, con riguardo alla *lex Cornelia* e al *postliminium* (integranti, parimenti alla *fictio rescissa capitis deminutio*, ipotesi di finzioni negative), come «specifiche ragioni di carattere pratico suggerirono l’esigenza di un temperamento e di una restrizione delle conseguenze del principio» e come la prassi «suggerì l’opportunità di non essere eccessivamente consequenziali».

La soluzione pretoria non si esauriva nella semplice concessione di un’*actio utilis* nei confronti del *capite deminutus*: vi era il rischio, infatti, che una tutela di questo tipo venisse posta nel nulla dall’incapacità patrimoniale del debitore, il quale cessava di disporre di beni propri nell’istante in cui diveniva *alieni iuris*. Pertanto, al fine di scongiurare l’eventualità che l’azione si rivelasse infruttuosa, il pretore estendeva la finzione di mancato avvenimento della *capitis deminutio* anche alla fase esecutiva del rapporto:

Gai 3.84: *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quae in manum conuenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptiuum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit; de eo enim, quia ipse pater adoptiuus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is uero, qui se adoptandum dedit, quae in manum conuenit, desinit esse heres; de eo uero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptiuus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, uel ipsa, quae in manum conuenit, maneat obligatus obligatae, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et, si aduersus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permittit.*

Diversamente da quanto accadeva per i debiti relativi a un’eredità che era già stata acquistata dall’adottato o dalla donna, dei quali l’*adrogator* e il *coemptionator* avrebbero risposto per essere succeduti nella qualità di erede, le obbligazioni che erano state assunte *proprio nomine* dal *capite minutus* prima dell’*adrogatio* e della *coemptio* non si trasferivano in capo al titolare della *potestas* o della *manus*. Precisamente, per tali debiti non sarebbero stati tenuti né il *pater adoptivus* né il *coemptionator*, né sarebbero rimasti obbligati (*ne ipse quidem [...] maneat obligatus obligatae*) il maschio *adrogatus* o la donna *conuenta in manum*, giacché gli stessi erano stati liberati per effetto dalla *capitis deminutio*. Cionondimeno, ricorda Gaio, nei loro confronti veniva concessa un’*actio utilis rescissa capitis deminutione*: orbene, nell’ipotesi in cui l’*adrogator* o il *coemptionator* non avessero assunto la

defensio dell’*adrogatus* o della *mulier* in giudizio⁶⁵, il pretore avrebbe consentito al creditore di vendere tutti quei beni che sarebbero

⁶⁵ Tale circostanza è ribadita anche in Gai 4.80, ove si legge «*nisi [...] in solidum defendentur*». Sull’*indefensio* dell’*adrogator* e del *coemptinator* quale condizione per la *missio in bona* e, in generale, sulla duplicità della tutela edittale cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 341, nt. 78, a mente del quale la *defensio* si poteva concretamente realizzare «o con il pagamento della somma della condanna, o con la garanzia che quella somma sarebbe stata pagata». Cfr. anche O. LENEL, *Das ‘Edictum’*, cit., 117; F. DESSERTAUX, *Contribution*, cit., 434, nt. 3; G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 160 s.; E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 330; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 34; L. DI LELLA, ‘Formulae’, cit., 183; R. SOTTY, *Les actions*, cit., 141; ID., *L’età delle ‘formulae ficticiae’*, in *Labeo*, 31, 1985, 346. Diversa è, invece, l’opinione di R. D’ALESSIO, *Sulla legittimazione passiva nell’ ‘actio rescissa capitis deminutione’*, in *Index*, 36, 2008, 375 ss.; ID., *Studii*, cit., 136, il quale ipotizza che il ‘*defendantur*’ avrebbe sostituito un originario ‘*defendatur*’, dal momento che non sarebbe coerente «da un lato ammettere che l’*adrogatus* e la *mulier coempta* potessero essere chiamati in giudizio personalmente, e dall’altro richiedere la sostituzione processuale dell’*adrogator* o del *coemptinator*, i quali non sarebbero affatto passivamente legittimati in un giudizio che avesse, per l’appunto, presupposto il ripristino della capacità giuridica in capo ai soggetti convenuti». A mio avviso, il fatto che il pretore non concedesse direttamente ed automaticamente la *missio* nei confronti dei *capite minuti* dipendeva dall’esigenza di evitare, ove possibile, il ricorso ad una *fictio*, dal momento che quest’ultima integrava una forma di deroga al *ius civile*, anche se indiretta. Poiché, come si è visto, l’effetto della finzione veniva limitato a quanto era necessario e sufficiente a soddisfare i diritti dei creditori, il pretore dovette ritenere opportuno subordinare il protrarsi dell’efficacia della *fictio rescissa capitis deminutio* con riguardo all’esecuzione della condanna all’eventualità in cui i titolari della potestà non avessero prestato la propria *defensio* in giudizio, non essendo necessario, in caso contrario, aggirare nuovamente le norme del *ius civile*.

appartenuti a questi ultimi se non si fossero assoggettati al potere altrui (*si se alieno iuri non subieciissent*)⁶⁶⁶⁷.

Per assicurare una protezione effettiva degli interessi dei creditori, dunque, il pretore prolungava l’efficacia della finzione al fine di superare l’ulteriore ostacolo, derivante sempre dal *ius civile*, rappresentato dall’inesistenza di un patrimonio su cui poter eseguire la condanna pecuniaria. Ipotizzando il mancato verificarsi del passaggio in potestà, il pretore creava le condizioni di fatto necessarie per separare il patrimonio dell’*alieni iuris* – idealmente costituito dai beni che gli erano appartenuti prima del mutamento di *status* – da quello dell’*adrogator* o del *coemptior*, sì da consentire al creditore di soddisfarsi mediante la *missio* nei beni del primo e la vendita dei medesimi, esattamente come sarebbe accaduto in mancanza di *capitis deminutio*.

Questa finzione ulteriore, tuttavia, non era automatica, essendo subordinata alla mancata *defensio* da parte del titolare del potere: a ben vedere, dunque, il pretore evitava di servirsi della *fictio* quando ciò non era indispensabile per la soddisfazione dell’*aequitas*, come accadeva, per

⁶⁶ Si è detto che la *fictio rescissa capitis deminutione* non riguardava, direttamente, la qualità giuridica di *alieni iuris*, incidendo piuttosto sulle circostanze di fatto che, a monte, cagionavano la perdita di capacità. Orbene, tale considerazione potrebbe sembrare contraddetta dalla locuzione ‘*si se alieno iuri non subieciissent*’, ove l’oggetto della finzione parrebbe coincidere, per l’appunto, proprio con la qualifica di *alieni iuris*, che veniva supposta come inesistente. A ben vedere, in verità, nell’*intentio* il pretore non ipotizzava che i *capite minuti* non fossero *alieni iuris* (nel qual caso, invero, avrebbe piuttosto affermato ‘*si se alieno iuri non essent*’), bensì che gli stessi non lo fossero diventati (la differenza, in specie, va rinvenuta a mio avviso nell’impiego del verbo ‘*subieciissent*’, piuttosto che del verbo ‘*essent*’), così ponendo l’attenzione più sul fatto causativo della *capitis deminutio* che sulla qualifica assunta in seguito alla stessa.

⁶⁷ Secondo R. SOTTY, *Les actions*, cit., 139 ss., l’*actio rescissa capitis deminutione* era qualificata come utile proprio in ragione del fatto che il pretore si era preoccupato di predisporre una tutela completa per i creditori, tenendo in particolare considerazione il rischio dell’eventuale inesecuzione della sentenza che sarebbe derivato dall’incapacità patrimoniale degli *alieni iuris*. In altre parole, affinché l’azione fittizia presentasse una qualche utilità per il creditore, era indispensabile che il pretore prevedesse, in aggiunta, un particolare strumento di coercizione. Lo studioso, in particolare, trae da questo esempio un argomento a sostegno della tesi secondo la quale non necessariamente tutte le azioni *ficticiae* erano automaticamente anche *utiles*.

L'appunto, nell'ipotesi in cui la condanna del debitore *alieni iuris* fosse stata eseguita dall'*adrogator* o dal *coemptinator*. In questa eventualità, invero, gli interessi dei creditori venivano soddisfatti senza che fosse necessario incidere sulla portata dei principi vigenti.

Ciò conferma, in ultima analisi, come la *fictio* rappresentasse uno strumento per mezzo del quale si derogava sostanzialmente al *ius civile*. È per tale ragione che, quando l'*aequitas* poteva essere attuata già in virtù delle regole consolidate, si preferiva evitare di ricorrere al procedimento finzionistico, il quale, oltre a essere macchinoso, mirava essenzialmente a modificare, seppure in modo velato, ciò che era considerato immutabile. Non potendo derogare formalmente il *ius civile* quando se ne presentava la necessità il pretore attuava le modifiche che reputava indispensabili alle esigenze dell'*aequitas* preoccupandosi di nasconderle mediante lo strumento della finzione, in modo da conservare intatta, sotto il profilo formale, la vigenza dei principi civilistici⁶⁸. Cionondimeno, è innegabile che, di fatto, tramite la *fictio* il pretore disattendeva i precetti del *ius civile*, attuando una sorta di deroga parziale e, comunque, transitoria, che era accettata proprio perché non irreversibile⁶⁹.

5. La soluzione del giurista: la ‘natura’

Si è visto che, nel commentare la clausola edittale dell'*actio rescissa capitis deminutione*, Ulpiano riteneva che i debitori *capite deminuti* rimanessero (*manent*) obbligati *naturaliter*. Il giurista, in buona sostanza, evocava l'idea che l'*obligatio civilis* già contratta sopravvivesse all'estinzione disposta dal *ius civile* sotto forma di *obligatio naturalis*. Dal suo punto di vista, dunque, la regola *desinit iure civili debere nobis* non avrebbe potuto esplicitare una forza tale da annientare completamente l'obbligazione precedentemente assunta dai *capite deminuti*.

⁶⁸ Cfr. M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 301, a mente del quale «il cambiamento si compie non alterando gli schemi e le categorie che già esistono».

⁶⁹ Cfr. F. GALLO, *L'‘officium’*, cit., 59.

Una tale convinzione, probabilmente, dipendeva innanzitutto dal fatto che, indipendentemente da quanto stabiliva il *ius civile*, agli occhi del giurista la sostanza dell’obbligazione rimaneva intatta, non potendo una norma giuridica, per sua natura frutto di un artificio umano, cancellare dal mondo reale la circostanza di fatto che aveva dato origine al vincolo obbligatorio⁷⁰. Un ragionamento di questo tipo, d’altro canto, troverebbe fondamento nell’insegnamento gaiano a mente del quale un principio di diritto civile, qual era la *capitis deminutio*, poteva attingere solo gli istituti civilistici, ma non anche quelli di origine naturale:

Gai 1.158: *Sed adgnationis quidem ius kapitis diminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*

Secondo il giurista adrianeo, la *capitis deminutio*, esprimendo una *ratio civilis*, poteva estinguere il vincolo di *adgnatio* ma non quello di *cognatio*: quest’ultimo, invero, essendo fondato su un rapporto di sangue, non costituiva, come il primo, il prodotto di una statuizione civilistica, ma esprimeva piuttosto una caratteristica invariabile del dato reale⁷¹. Per lo

⁷⁰ A tal riguardo è significativo sottolineare che Ulpiano, riportando la definizione celsina del diritto in D. 1.1.1pr., evidentemente condivideva la concezione del *ius* alla stregua un’*ars*, ossia come il frutto di un’attività umana di intermediazione che, in quanto tale, poteva fisiologicamente dare luogo a un’erronea interpretazione dei dati della realtà e, conseguentemente, a delle imperfezioni delle norme giuridiche che andavano corrette in modo da assicurare una costante aderenza del diritto alla natura delle cose, alle particolari esigenze di tutela scaturenti dal caso concreto e, quindi, all’*aequitas naturalis* (sul punto cfr. F. GALLO, ‘*Ars*’, cit., 18 s. e 26. e M. HUMBERT, *Equité*, cit., 429 e 438, secondo il quale, pur essendo vero che la scienza giuridica derivava dalla natura, l’*aequitas naturalis* si opponeva all’*aequitas civilis* ogni qualvolta la natura si elevava contro un intervento, una manipolazione o una trasformazione artificiale dell’uomo che lo portavano ad attingere l’ordine naturale delle cose: secondo l’autore, in particolare, l’*aequitas* integrava «un appel à la vérité naturelle et fait triompher la réalité sur l’artifice du droit»).

⁷¹ G.G. ARCHI, ‘*Lex*’ e ‘*natura*’ nelle Istituzioni di Gaio, in *Scritti di diritto romano: metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato*, I, Milano, 1981, 154 ss., osserva, in merito alle espressioni adoperate da Gaio, che «non si tratta di posticcia erudizione, ma di convinzioni, che guidano l’*interpretatio prudentium* a partire almeno da un certo periodo

stesso motivo, dunque, così come la perdita dello *status* di *sui iuris* da parte del *capite minutus* non giungeva al punto di annientarne la personalità, la regola che sanciva l’estinzione delle *obligationes civiles* già contratte, esplicando la propria efficacia solo sul piano del *ius civile*, non avrebbe potuto negare la persistenza, nei fatti, di quel legame che aveva astretto il debitore al creditore a seguito del sorgere del vincolo e che nella realtà delle cose continuava a unirli in forza del perdurante interesse del secondo a vedersi attuata la condotta ‘dovuta’ dal primo⁷². Che questo fosse un corollario del principio sopra riportato, peraltro, è esplicitato dallo stesso Gaio in un altro frammento, ove il giurista osservava che le obbligazioni aventi a oggetto una ‘prestazione naturale’ – e cioè concretamente tangibile – non si estinguevano per *capitis deminutio*, dal momento che la ragione civile non poteva intaccare i diritti fondati in natura:

Gai. 4 *ad ed. provinc.* D. 4.5.8: *Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*⁷³.

La *capitis deminutio minima*, dunque, in quanto istituto giuridico che esprimeva una *ratio civilis*, avrebbe avuto sì la forza di far venir meno l’*obligatio* nella sua forma *civilis* – ossia l’*oportere* processuale –, ma non

storico» nell’ambito di un «travaglio critico, che, basandosi sull’apprezzamento della realtà di fatto, mette in evidenza l’artificiosità di una certa normativa del passato e un certo suo modo di rappresentare le fattispecie».

⁷² A riprova di ciò va rilevato che, nonostante ricorrano nelle fonti definizioni quali *loco mortui*, la *capitis deminutio minima* non implicava affatto l’annientamento della personalità giuridica del *capite minutus*, né tanto meno di quella fisica e naturale, dal momento che, anche dopo il mutamento di *status*, l’*alieni iuris* era dotato «de la vie et d’une personnalité juridique plus ou moins développée»: cfr. F. DESSERTAUX, *Études*, cit., 129 ss.

⁷³ Il frammento è completato dall’affermazione «*itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nibilo minus durat etiam post capitis deminutionem*»: secondo la dottrina maggioritaria, tuttavia, si tratterebbe di un’aggiunta compilatoria (cfr. P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 135 s.). Per il resto, il brano è ritenuto dai più genuino, soprattutto in ragione del fatto che la fonte riproduce gli stessi termini usati da Gaio nelle sue Istituzioni (Gai 1.158).

quella di cancellare dall’esistente la *substantia* dei vincoli già sorti, e cioè la struttura naturale e indefettibile dell’obbligazione⁷⁴, la quale era integrata da una relazione intersoggettiva caratterizzata dalla compressione della sfera di libertà di una parte a vantaggio della soddisfazione degli interessi di un’altra.

Per Ulpiano, pertanto, i *capite minuti* rimanevano obbligati *naturaliter* in quanto l’eliminazione della valenza civilistica del vincolo non impediva di ravvisare, in natura, il substrato materiale del rapporto obbligatorio già sorto. Nessun artificio giuridico avrebbe cioè potuto obliterare quegli elementi di fatto che il *ius civile* aveva considerato come fonte dell’*obligatio*.

La limitazione dell’effetto estintivo scaturente dalla *capitis deminutio* alla mera rilevanza civile dell’obbligazione, tuttavia, non doveva dipendere solo dal fatto che il *ius civile* non poteva travisare il dato reale: come si è visto trattando della *fictio*, invero, l’alterazione dei dati della realtà era ben possibile e, anzi, era praticata con relativa frequenza nell’elaborazione del diritto romano⁷⁵.

Probabilmente, l’*obligatio* veniva fatta sopravvivere nei suoi elementi naturali anche e soprattutto perché l’applicazione dalla disposizione che ne sanciva l’estinzione poneva evidenti problemi di equità, determinando uno scostamento tra l’*aequitas civilis* espressa dalla norma e l’*aequitas naturalis* non recepita⁷⁶: se, in astratto, la liberazione del *capite deminutus* dal vincolo obbligatorio rifletteva una *ratio civilis*⁷⁷, in concreto

⁷⁴ Come rileva A. MANTELLO, ‘Beneficium’, cit., 389 nt. 336, l’*obligatio naturalis* rappresentava il vincolo fondato sulla pura e semplice realtà delle cose. Cfr. anche C.A. MASCHI, *La concezione*, cit., 142, secondo il quale tutte le *obligationes naturales* sarebbero accomunate da una base comune, ossia il «fatto giuridicamente rilevante», il quale «non è un elemento filosofico o astratto, ma una realtà, costituita [...] da una *datio* e da un substrato obbligatorio».

⁷⁵ Cfr., per esempio, Y. THOMAS, ‘Fictio’, cit., 18.

⁷⁶ Non è un caso che a riferire la distinzione labeoniana tra *aequitas civilis* e *naturalis* fosse stato proprio Ulpiano (in D. 47.4.1pr.-1). Come rileva L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 101, peraltro, il tema dell’*aequitas naturalis* è particolarmente ricorrente negli scritti ulpianei.

⁷⁷ Il binomio *civilis ratio-naturalis ratio* utilizzato da Gaio non era altro che un modo in cui si declinava quello più ampio relativo all’*aequitas civilis* e *naturalis*: cfr., tra i molti, V.

ciò comportava un pregiudizio a danno di quei soggetti che avevano acquisito un credito anteriormente alla *permutatio status*⁷⁸.

Richiamando l’*obligatio naturalis*, in buona sostanza, Ulpiano non avrebbe fatto altro che fornire una soluzione allo stesso problema equitativo affrontato dal pretore. Nella prospettiva del giurista, precisamente, lo scarto tra il *ius civile* e l’*aequitas naturalis* si sarebbe potuto attenuare valorizzando la persistenza degli elementi sostanziali dell’*obligatio*⁷⁹: se, come insegnava lo stesso Gaio, questi elementi non potevano essere posti nel nulla da una *ratio civilis*, a maggior ragione ciò non poteva accadere nelle ipotesi in cui quest’ultima confliggeva con le esigenze di *aequitas* che il caso concreto poneva in luce.

DE VILLA, *Studi*, cit., 113 ss.; J. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, ‘*Naturalis ratio*’ en droit classique romain, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 469 ss.; P. STEIN, *The Development of the Notion of ‘Naturalis Ratio’*, in *Daube noster*, Edinburgh-London, 1974, 305 ss.; P. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel (II et III siècles)*, in *SDHI*, 47, 1981, 195 ss.; C.A. MASCHI, *La concezione*, cit., 236 ss.; N. SCAPINI, *I riferimenti alla ‘ratio’ nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese in onore di S. Romano (4-5 maggio 1978)*, Milano, 1981, 325 ss.; G. MANCINETTI, *La ‘naturalis ratio’ e la critica degli ordinamenti particolari in Gaio. La ‘nulla pretiosa ratio’ dei Romani e la ‘lex’ dei Bitini in tema di ‘tutela mulierum’*, in *Testi*, cit., 475 ss.

⁷⁸ Come l’*aequitas naturalis*, invero, la *naturalis ratio* rappresentava per i *perites* uno strumento di critica dell’ordinamento giuridico il quale, dal suo canto, esprimeva una *ratio* soltanto *civilis*, ossia ‘codificata’ e per questo superabile, allo stesso modo di come le norme del *ius* erano considerate la manifestazione di un’*aequitas civilis* che, in quanto tale, era sempre perfettabile e correggibile dai valori più puri e attuali insiti nella *natura rerum* latamente intesa. Sottolinea bene la superiorità della *ratio naturalis* rispetto alla *ratio civilis* F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C. Il senso del passato*, in *Giuristi adrianei*, Roma, 2011, 46 s. e 50 (già in *ANRW*, II.15, 1976, 131 ss.).

⁷⁹ Come osserva M. HUMBERT, *Equité*, cit., 462, nei casi in cui la natura prevaleva sul diritto, l’obbligazione si presentava come *naturalis*, reggendosi sugli elementi essenziali che ne integravano la sostanza: la distinzione tra l’obbligazione civile e quella naturale, pertanto, si sarebbe spiegata in base al divario esistente tra gli elementi naturali costitutivi dell’obbligazione e quelli recepiti dal diritto. Cfr. anche A. BURDESE, voce ‘*Ius naturale*’ (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1975, 384, a mente del quale «di massima naturali sono designate qualità essenziali o normali di uomini o cose, anche immateriali, ovvero fenomeni che esistono nella realtà di fatto o sono il prodotto di inderogabili leggi fisiche, o anche situazione che configurano a prima vista il normale e ragionevole assetto di interessi umani».

Per come configurata, invero, l’*obligatio naturalis* costituiva un particolare schema obbligatorio che serviva a soddisfare esigenze di equità non recepite dal diritto⁸⁰. Mediante tale espressione, precisamente, i giureconsulti dell’epoca classica – da Giavoleno a Ulpiano – designavano talune relazioni intersoggettive alle quali l’ordinamento consolidato negava forza vincolante⁸¹, ma che l’*aequitas naturalis* imponeva di considerare alla stregua di un rapporto giuridico obbligatorio⁸²: ciò non solo perché sul piano prettamente empirico e materiale risultavano i presupposti fattuali costitutivi dell’*obligatio*, ma anche e soprattutto perché un tale riconoscimento era necessario per poter decidere il caso concreto conformemente ai principi cardini della giustizia. Poiché, dunque, il *ius civile* non soddisfaceva pienamente – a

⁸⁰ Non è un caso se nel Digesto (e, precisamente, in D. 46.3.95.4) l’*obligatio naturalis* è definita alla stregua di un *vinculum aequitatis*. Tale concezione è stata ritenuta frutto di interpolazione da una parte della dottrina più risalente (cfr. H. SIBER, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 75, nt. 3; A. SUMAN, *L’obbligazione naturale del pupillo in diritto romano*, in *Il Filangeri*, Milano, 1914, 23; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 40 ss.; J. VAZNY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 163; V. DE VILLA, *Studi*, cit., 102 ss.; G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 223, 226 nt. 10, mentre è stata rivalutata in termini di genuinità dalla letteratura più recente (J.A.C. THOMAS, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 457; P. DIDIER, *Les diverses conceptions*, cit., 245; P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 364 ss.; B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di ‘obligatio’ in I. 3.13pr.*, in *SDHI*, 50, 1984, 167 ss.; P.L. LANDOLT, ‘*Naturalis Obligatio*’, cit., 206 ss.; G. FALCONE, ‘*Obligatio est iuris vinculum*’, Torino, 2003, 180 ss.; L. DI CINTIO, ‘*Natura debere? Sull’elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, 101 ss.).

⁸¹ Precisamente, pur integrando situazioni ‘di fatto’ sovrapponibili a quelle qualificate come *obligationes civiles*, tali rapporti non erano riconosciuti come tali dal *ius civile*, a causa della vigenza di principi consolidati che negavano fin dall’origine il sorgere di un’obbligazione o sancivano l’estinzione di quella già sorta (cfr., in merito a tale ricostruzione, A. BURDESE, *La nozione*, cit., *passim*.)

⁸² Significativo è C.A. MASCHI, *La concezione*, cit., 111, là dove afferma che «mentre il *naturalis* aggiunto a *possessio*, *obligatio* e *cognatio* dà normalmente a queste espressioni il significato di rapporti di mero fatto i quali non hanno, in sé, alcun significato giuridico pieno, né alcuna tutela giuridica diretta; talora il *naturalis* è riferito – almeno nel caso della *naturalis obligatio* – all’istituto nella sua funzione giuridica più piena e il *naturalis* assume allora il senso di ‘corrispondente alla realtà del rapporto’, non già per diminuire il valore e l’efficacia della *obligatio*, come nel caso in cui *naturalis* indica ‘di fatto’, ma, al contrario, per accentuarli».

causa della propria staticità e imperfezione – le variegata esigenze di tutela che scaturivano dalla prassi, i giuristi furono indotti a escogitare un modello obbligatorio alternativo all’*obligatio civilis*, che fosse idoneo a ripristinare l’equità nel caso concreto e ad assicurare al tempo stesso il continuo rispetto dei precetti inderogabili dell’ordinamento civilistico. Il regime dell’*obligatio naturalis*, invero, consentiva di far salve entrambe le predette esigenze, conferendo rilevanza giuridica alla posizione di coloro che, di fatto, risultavano creditori, senza che fosse necessario ammettere l’esistenza di un’*obligatio civilis*. Il che avveniva su due fronti: a monte, concedendo loro la possibilità di precostituirsi una garanzia per l’attuazione della propria pretesa⁸³; a valle, tramite l’effetto della *soluti retentio* che, facendo salvo l’eventuale atto di adempimento, riconosceva la doverosità giuridica del medesimo⁸⁴.

In questo modo la norma di *ius civile* che negava l’esistenza di un’*obligatio*, o che ne sanciva l’estinzione, non veniva direttamente derogata, bensì solamente aggirata, dal momento che coloro i quali rivestivano la posizione di creditori solo in linea di fatto rimanevano

⁸³ Cfr. Gai 3.119a; D. 12.2.42pr.; D. 12.6.13pr.; D. 14.6.18; D. 15.1.50.2; D. 46.1.6.2; D. 46.1.7; D. 46.1.8.3; D. 46.1.16.3; D. 46.1.21.2; D. 46.1.21.3; D. 46.1.35; D. 46.1.60; D. 46.3.95.4. I giuristi, precisamente, dovettero trovare nella *fideiussio* un mezzo giuridico idoneo a supplire all’incercibilità del rapporto, offrendo al creditore naturale una tutela giuridica, seppure solamente indiretta – non potendo egli ricevere la prestazione dovuta direttamente dal soggetto debitore – ed eventuale – essendo la garantibilità del credito subordinata a una stipulazione fideiussoria. Sul punto cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, 61 s.

⁸⁴ Cfr. D. 44.7.10; D. 46.1.16.4; D. 12.6.64; D. 12.6.60pr.; D. 2.2.3.7; D. 12.6.19pr. L’impossibilità per il debitore di esperire la *condictio indebiti* – che costituiva un rimedio processuale volto a correggere unicamente quegli spostamenti patrimoniali realizzati *pro soluto* nell’errata convinzione della doverosità dell’atto di pagamento – presupponeva, infatti, che il soggetto che prestava quanto dovuto *naturaliter* stesse adempiendo un debito. Per i giureconsulti, dunque, l’attuazione di un’*obligatio naturalis* non configurava un indebito, quanto piuttosto un atto di adempimento legittimo e causalmente fondato. Chiaro è G. SCHERILLO, *Le obbligazioni*, cit., 529 ss.

comunque provvisti di un’*actio* per ottenere una tutela processuale immediata delle proprie ragioni⁸⁵.

La tutela che veniva assicurata tramite lo schema dell’*obligatio naturalis*, pertanto, era solo indiretta ed eventuale, essendo subordinata a un atto di adempimento spontaneo del debitore e alla volontà del creditore di stipulare una fideiussione. Cionondimeno, è innegabile che, rispetto alla totale assenza di un’*obligatio* di *ius civile*, il riconoscimento di un’*obligatio naturalis* consentiva al creditore di giovare di taluni effetti giuridici di cui altrimenti non avrebbe disposto.

Il problema equitativo che si profilava nello specifico caso analizzato, in definitiva, veniva risolto dal giurista per mezzo di una soluzione alternativa rispetto alla concessione di un’*actio*, in assenza della quale era comunque possibile conferire un rinnovato rilievo giuridico alla pretesa del creditore che, pur avendo cessato di esistere dinanzi al diritto, persisteva nei suoi elementi di fatto⁸⁶. Se per il *ius civile* il creditore non

⁸⁵ Come rileva, ad esempio, L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 9, il *manent* che si legge nel testo di Ulpiano implica «la sopravvivenza dell’obbligazione primitiva dopo la *permutatio status*, ma sotto una forma diversa, estranea al *ius civile*, essendo venuto meno a seguito dell’estinzione l’elemento civile dell’obbligazione, vale a dire l’azione che ne deriva». Può citarsi anche L. LABRUNA, *Recensione* a P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., in *Iura*, 16, 1965, 414, ove l’autore sottolinea come il verbo *manent*, nella logica del testo, indicasse «la persistenza del vincolo (*obligatio*), non pure la sua qualifica. I *capite minutis* restano sì obbligati, ma *naturaliter*».

⁸⁶ L’*aequitas naturalis*, in buona sostanza, nella misura in cui esprimeva le esigenze scaturenti dalla realtà fattuale e sociale costituiva una fonte di norme giuridiche, sul presupposto imprescindibile che intervenisse il filtro costituito dalla mediazione del giurista, il quale faceva emergere la regola dal reale mediante un giudizio di valore (in dottrina si suole parlare, a tal proposito, di «normatività della natura»). Si veda, in particolare, M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 70, 1977, 336 nt. 340, ove osserva come tale valutazione potesse realizzarsi ipotizzando una normatività oggettivamente latente nel reale e, dunque, un ruolo quasi notarile dell’interprete oppure postulando la necessità di un suo giudizio di valore al fine di far emergere la regola, pur muovendo dal reale. Cfr., anche Y. THOMAS, ‘*Imago naturae*’. *Note sur l’institutionnalité de la nature à Rome*, in *Théologie et droit dans la science politique de l’État moderne. Actes de la table ronde organisée par l’école française de Rome avec le concours du CNRS (Rome, 12-14 novembre 1987)*, Roma, 1991, 201 ss.; A. MANTELLO, *Natura e diritto*

poteva più considerarsi tale, grazie allo schema dell’*obligatio naturalis* l’aspettativa creditizia riacquisiva rilevanza giuridica, ricevendo una protezione – limitrofa all’*actio in personam* – che solo l’ordinamento giuridico poteva approntare, corredando di effetti giuridici quelle fattispecie che ne erano prive nella loro configurazione meramente naturale. Il progresso rispetto al regime sancito dal *ius civile* era dunque evidente: il rapporto che, in quest’ultima ottica, era considerato di mero fatto, veniva giuridicizzato dal giurista, anche se solo parzialmente al fine di non derogare i principi consolidati⁸⁷.

Guardando alla natura delle cose, in definitiva, Ulpiano forniva la propria soluzione equitativa al caso concreto aggirando l’estinzione dell’*oportere* sancito dal *ius civile*. Diversamente dalla soluzione pretoria, tuttavia, quella del giurista non contemplava la concessione di un’*actio* al creditore del *capite minutus*⁸⁸.

Eppure, Ulpiano conosceva la portata della clausola edittale che stava commentando. Nella seconda parte della fonte (*ceterum si postea [...] ad verba huius edicti pertinet*), invero, il giureconsulto distingueva il regime riservato ai creditori anteriori alla *capitis deminutio* da quello vigente per i creditori divenuti tali solo in seguito, precisando che la possibilità di avvalersi delle parole dell’editto era riservata solo ai primi, mentre i secondi si sarebbero dovuti fare carico delle conseguenze derivanti dall’aver contratto con un *alieni iuris*.

Tracciando tale distinzione, in buona sostanza, Ulpiano evidenziava la *ratio* equitativa sottesa al provvedimento pretorio. Come si è rilevato, invero, l’*aequitas* suggeriva, tra l’altro, che non si trattassero allo stesso modo casi diversi: poiché i creditori anteriori, diversamente da quelli

da Servio a Labeone, in *Testi*, cit., 234 ss.; M. BRETONE, *Storia*, cit., 332; W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 320.).

⁸⁷ Cfr. P. DIDIER, *Les obligations*, cit., 245, il quale vede nella *soluti retentio* «un début de consécration juridique des devoirs moraux ou encore l’obligation des incapables qui semblent connaître un embryon de vie juridique».

⁸⁸ Come rileva P. CORNIOLEY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 137, la persistenza dell’*obligatio naturalis* non dipendeva dalla concessione dell’*actio ficticia* da parte del pretore: l’obbligazione, infatti, non periva per poi risorgere con l’intervento pretorio, ma semplice sopravviveva, in una forma, appunto, solo naturale.

posteriori, si erano rapportati con un soggetto non ancora *capite deminutus*, era equo differenziare il rispettivo trattamento giuridico, valorizzando la circostanza che nel primo caso l’*obligatio* era stata assunta da un *sui iuris*, mentre nel secondo da un *alieni iuris*. Pertanto, poiché la regola che estingueva la capacità giuridica dal *capite deminutus* produceva un esito distorto solo nei confronti dei creditori anteriori, il pretore interveniva in via correttiva con una *datio actionis* limitatamente a questa ipotesi⁸⁹.

6. (Segue). ‘*Sed interdum, si contrabatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio*’

Problemi particolari non si ponevano, infatti, se a contrarre l’obbligazione era un soggetto già *capite deminutus*: in tal caso trovavano applicazione le normali regole in tema di capacità, per cui colui che contraeva con un *alieni iuris*, ben sapendo che non avrebbe potuto acquisire altro che un credito naturale, agiva a suo rischio e pericolo.

Nell’ultima parte della fonte, tuttavia, Ulpiano precisava che talvolta veniva concessa azione anche quando il contratto era concluso dopo il peggioramento della condizione giuridica. Ciò accadeva, precisamente, nell’ipotesi dell’*adrogatio*: a partire da tale momento, infatti, il *capite deminutus* si sarebbe obbligato *ut filius familias*, donde l’esperibilità nei suoi confronti di un’*actio* che, si badi, non era quella pretoria, bensì quella normalmente scaturente dal contratto.

Con tale inciso, evidentemente, Ulpiano si riferiva al regime giuridico vigente nel momento in cui il figlio di famiglia aveva acquisito la capacità negoziale nei confronti dei terzi, potendo essere da questi convenuto in giudizio per l’adempimento dei propri debiti.

Un’affermazione siffatta potrebbe stupire, se si considera che l’editto *de capite minutus* era riferito sia al caso della *coemptio* che a quello dell’*adrogatio*. Che senso aveva per il pretore concedere un’*actio utilis* al creditore dell’*adrogatus* se quest’ultimo, una volta subita la *capitis deminutio*, era già convenibile in giudizio in virtù delle regole generali?

⁸⁹ Cfr. F. GALLO, *L’ ‘officium’*, cit., 113.

La spiegazione più probabile di tale – solo apparente – contraddizione, a ben guardare, potrebbe rinvenirsi nella diversa collazione temporale dell’editto pretorio rispetto all’acquisto della capacità negoziale dei *filius familias*. Se, come ritiene l’opinione maggioritaria⁹⁰, il primo risalirebbe alla fine dell’età repubblicana, il riferimento della clausola edittale anche al caso dell’*adrogatio* manterrebbe significato con riguardo al periodo anteriore al consolidarsi della regola relativa alla capacità giuridica dei *filius*. Poiché, secondo quanto comunemente si sostiene, quest’ultimo principio si sarebbe affermato tra la fine dell’epoca augustea e il I secolo del Principato⁹¹, vi sarebbe stato

⁹⁰ Cfr. *supra*, nt. 41.

⁹¹ Cfr., tra i tanti, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 275; G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 130; A. BURDESE, *La nozione*, cit., 28 s.; ID., *Recensione a S. LONGO, ‘Filius’*, cit., in *Recensioni e commenti: sessant’anni di letture romanistiche*, II, Padova, 2009, 469 ss.; F. SENN, *Les obligations naturelles. La leçon de la Rome antique*, in RHD, 35, 1958, 168 ss.; I. BUTI, *Studi*, cit., 259; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., 59 nt. 418; M. BALESTRI FUMAGALLI, voce *Persona e famiglia nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 13, Torino, 1995, 453; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 240; M. MICELI, *Sulla struttura*, cit., 95; L. DI CINTIO, *Considerazioni sulla ‘naturalis obligatio’ del ‘filius familias’ (a proposito di Afr. D. 12.6.38 e Ven. D. 14.6.18)*, in RIDA, 53, 2006, 217; EAD., ‘Natura’, cit., 71 ss.; L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 3. In senso contrario si è espressa di recente S. LONGO, ‘Filius’, cit., 1 ss., 79 nt. 72, 93 ss. Secondo l’autrice, in specie, in diritto classico il *filius familias* non si sarebbe potuto obbligare se non *naturaliter*, dal momento che un’eventuale *condemnatio* pronunciata nei suoi confronti non avrebbe avuto alcuna efficacia, non essendovi un patrimonio sul quale la stessa potesse essere eseguita. Tale tesi risulta valutata con favore da A. TRISCIUGLIO, ‘Fideiussio iudicio sistendi causa’ e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica, Napoli, 2009, 100 nt. 24; M.V. BRAMANTE, *Il ‘senatusconsultum Macedonianum’ tra degenerazione dei costumi e affermazioni giurisprudenziali di tutela della ‘patria potestas’*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011; G. NICOSIA, *Profili istituzionali di diritto privato romano*, Catania, 2017, 351 s. e 400. Sempre in questo senso vanno pure ricordati quegli autori che, scorrendo di *obligatio naturalis* e di *actiones adiecticiae qualitatis*, menzionano senza distinzioni i *servi* e i *filius familias*: cfr. U. VINCENTI, *L’ ‘obligatio’*, in E. CANTARELLA, V. MAROTTA, B. SANTALUCIA, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, U. VINCENTI, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 335; R. MARTINI, *Appunti di diritto privato romano*, Padova, 2007, 200 ss.; P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Genève-Zurich-Bâle, 2008, 117 s.;

un periodo durante il quale la concessione di un’*actio ficticia* nei confronti dell’*adrogatus* avrebbe effettivamente giovato al suo creditore, non essendo il *filius familias* ancora legittimato a stare in giudizio.

Ulpiano, esponente dell’epoca severiana, commentava la disposizione editale quando la capacità negoziale del *filius familias* verso i terzi era riconosciuta ormai da tempo: è ben probabile, quindi, che il giurista avesse riportato il testo dell’editto nella sua versione originaria – ove era fatto riferimento anche al caso dell’*adrogatio* – per rispetto della tradizione⁹², menzionando la nuova regola relativa alla capacità giuridica del *filius familias* al fine di aggiornare la disposizione pretoria. D’altro canto, si è visto che pure Gaio, nella cui epoca il principio in esame doveva già essersi diffuso, menzionava in Gai 4.38 l’esperienza dell’*actio utilis*, oltreché nei confronti della *mulier*, anche nei confronti dell’*adrogatus*.

L’intervento pretorio, ad ogni modo, avrebbe conservato una propria utilità anche in seguito all’acquisto della capacità negoziale da parte del *filius*.

Secondo le regole generali, una volta esperita l’azione civile i terzi creditori non potevano portare a esecuzione la sentenza di condanna pronunciata nei confronti del *filius*, essendo preclusa ogni forma di esecuzione, sia personale che patrimoniale: in assenza di adempimento spontaneo, quindi, i creditori avrebbero dovuto attendere che il *filius* divenisse egli stesso *pater familias*⁹³. Diversamente, sperando l’azione pretoria i creditori si sarebbero potuti giovare dell’estensione dell’efficacia della *fictio rescissae capitis deminutione* anche alla fase esecutiva del rapporto, mediante la quale, in caso di mancata *defensio* da parte dell’avente potestà, il pretore consentiva la *missio* nei beni che sarebbero

E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, 169 ss.; G. COPPOLA, ‘*Institutiones*’. *Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2021, 186, 368.

⁹² Fa leva su questo argomento anche R. D’ALESSIO, *Studi*, cit., 123.

⁹³ Secondo quanto affermato da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Milano, 1963, 122, l’incapacità patrimoniale del *filius* a fronte della sua capacità di obbligarsi, costituiva un’«anomalia».

appartenuti all’*adrogatus* (*quae bona eorum futura fuissent*) in assenza di *capitis deminutio*⁹⁴.

Nel caso in cui il debito fosse stato contratto prima del mutamento di *status*, dunque, il creditore del *filius familias* avrebbe verosimilmente disposto di due azioni alternative, quella civile – scaturente dal contratto secondo le regole generali – e quella pretoria – concessa dal pretore a fronte del sopravvenuto mutamento di *status* –: tra le due, però, vi era una differenza pratica fondamentale, dal momento che solo quella pretoria consentiva, grazie alla *fictio*, di eseguire la condanna nonostante l’incapacità patrimoniale del *filius*.

Non va dimenticato, poi, che una residua utilità dell’*actio rescissa capitis deminutione* permaneva anche con riguardo alla *filia* adrogata, non avendo la stessa mai assunto una capacità negoziale assimilabile a quella del *filius*⁹⁵.

In definitiva, Ulpiano, che come il pretore percepiva l’*iniquitas* della regola *desinit iure civili debere* ove riferita ai debiti assunti anteriormente alla *capitis deminutio*, cercava di superarla conferendo rilievo giuridico alla *natura* delle cose⁹⁶. Servendosi del concetto di *naturalis obligatio*, il giurista evidenziava la permanenza degli elementi fattuali dell’*obligatio* riconducendovi degli effetti giuridici che fossero idonei ad attenuare, quanto meno, l’effetto pregiudizievole derivante in capo ai creditori dalla norma di *ius civile*. La *natura*, intesa in una concezione pragmatica, manifestava la sua forza proprio là dove il *ius* si mostrava insensibile alle peculiarità del caso concreto e, di conseguenza, alle esigenze dell’*aequitas*⁹⁷.

⁹⁴ Sul punto cfr. *supra* § 4.

⁹⁵ Le donne, infatti, potevano essere arrogate per *rescriptum principis*: cfr. M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 235.

⁹⁶ Come osserva F. GALLO, *La ‘verità’, valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *D@S*, § 1, secondo Ulpiano «le norme e gli istituti giuridici non rispondenti alla realtà, di cui sono parte le esigenze umane, non sono neppure equi».

⁹⁷ La rilevanza e la forza normativa della *natura* per i giuristi romani è una tematica ben nota in letteratura: cfr., a mero titolo esemplificativo, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 385, ove si legge «la riflessione del giurista continuamente riduce e “traduce” in un mondo di parole il mondo della realtà, della

Valorizzando la *natura*, peraltro, il giurista riusciva a limitare le conseguenze distorte di una norma consolidata senza derogarla, ma aggirandola solamente, non restituendo al creditore l’*actio* che il *ius civile* gli aveva negato, ma limitandosi a riconferire al rapporto una forma di giuridicità per mezzo di rimedi alternativi, seppur non altrettanto efficaci.

Rimane da spiegare, dunque, perché, nella prospettiva di Ulpiano, il debitore *capite deminutus* rimaneva *naturaliter obligatus* nonostante il pretore concedesse un’*actio ficticia* nei suoi confronti.

7. L’‘aequitas’ pretoria e l’‘aequitas’ giurisprudenziale

realtà concreta, di quella che potremmo dire la ‘realtà umana’»; M. BRETONE, *Quattro punti per una ricerca*, in *Le finzioni del diritto*, a cura di F. Brunetta D’Usseaux, Milano, 2002, 39, a mente del quale «al fondo del lavoro interpretativo della giurisprudenza romana, si scorge non di rado un ancoraggio naturalistico o empirico, che non implica una filosofia giusnaturalistica (anche se non la esclude). È piuttosto un’attenzione al ‘fatto’ e alla ‘natura’ di una cosa»; W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 321, afferma dal suo canto che quando ci si riferisce all’ordine normativo della natura «non si tratta di ‘valutazioni’ soggettive, ma del riconoscimento di realtà conoscibili»; M. HUMBERT, *Equité*, cit., 463 ss., il quale riporta tra gli esempi di una natura costitutiva del *ius*, proprio la figura dell’*obligatio naturalis*; molto significativo è, poi, quanto affermato da A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 600: secondo l’autore, precisamente, quando la ricerca dell’*aequum* comportava l’esigenza di prescindere dalla regolamentazione positiva, «la soluzione andava rintracciata nell’elemento naturale ovvero nella *dignitas rei*, nella ‘qualità’ strutturale, storica del fatto. È chiaro che in tal modo potevano rilevare esigenze sociali non altrimenti conosciute e ‘formalizzate’»; emblematico è F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946, 29 ss., là dove osserva che «il lavoro dei giuristi, in larga parte, fa un’impressione quasi matematica o meglio, l’impressione di un diritto di natura [...] anche il caratteristico modo di esposizione, che non motiva esplicitamente le affermazioni, bensì le ricava immediatamente dall’osservazione dei rapporti della vita, le crea in base alla *ratio iuris*. Da qui viene la loro sicurezza giusnaturalistica». Più in generale, sul rilievo giuridico della *natura*, cfr. C.A. MASCHI, *La concezione*, cit., *passim.*; A. BURDESE, voce ‘*Ius naturale*’, cit., 384 s.; ID., *Il concetto di ‘ius naturale’ nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, 7, 1955, 407 ss.; M. BARTOSEK, *Sulla concezione naturalistica e materialistica dei giuristi classici*, in *Studi in memorie di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 465 ss.; Y. THOMAS, ‘*Imago*’, cit., 201 ss.; G. NOCERA, ‘*Ius naturale* nella esperienza giuridica romana, Milano, 1962.

Come anticipato, l’idea secondo cui la *naturalis obligatio* e l’*actio utilis* si implicavano l’un l’altra palesando l’esistenza di un’obbligazione naturale coercibile per diritto pretorio risulta poco convincente. Piuttosto, sembrerebbe che giurista e pretore avessero risolto il medesimo problema equitativo ciascuno dal proprio punto di vista.

La ragione di tale divergenza di vedute andrebbe a mio avviso rinvenuta nel diverso potere che i due formanti del diritto avevano di appianare le iniquità e le storture del *ius civile*⁹⁸: se Ulpiano si limitava a riconoscere l’esistenza di una *naturalis obligatio* pur sapendo che, in quella stessa situazione, il magistrato accordava l’azione, ciò dipendeva probabilmente dal diverso ruolo che giurista e pretore ricoprivano nell’ordinamento e, soprattutto, dal diverso ambito entro il quale si esplicavano i rispettivi interventi.

Con riguardo ai settori già regolati dal *ius civile* l’attività dei *prudentes* si concretava principalmente in un’opera sostanziale di *interpretatio* e di guida di coloro che, come i pretori, rivestendo un ruolo istituzionale erano formalmente legittimati a introdurre soluzioni che, di fatto, si rivelavano sovversive del sistema. Là dove il *ius civile* si dimostrava inadatto a soddisfare le nuove istanze di tutela che si profilavano nella pratica i giuristi, che percepivano la contrapposizione esistente tra la rigidità formalistica del diritto e le esigenze di giustizia sostanziale, esprimevano la propria opinione tecnico-giuridica ponendo le premesse teoriche per un’eventuale modifica normativa o, in alternativa, giustificando in ottica retrospettiva taluni interventi – normativi o giurisdizionali – innovativi rispetto alle regole tradizionali⁹⁹.

Il ruolo del giurista, in buona sostanza, era quello di individuare dal punto di vista tecnico la sostanza della soluzione giuridica che appariva più adatta, rispetto ai precetti vigenti, a regolare la fattispecie concreta¹⁰⁰. Il giureconsulto, però, se da un lato percepiva e palesava l’esigenza di superare determinate regole al fine di limitarne le asperità, dall’altro lato doveva fare i conti con gli strumenti a propria disposizione. Oltretutto,

⁹⁸ Sul punto è molto chiara L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 60 ss.

⁹⁹ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 72 s. e 101 s.

¹⁰⁰ Cfr. M. D’ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, Napoli, 1990, 20.

vi era pure la consapevolezza della necessità di mantenere inalterate, quantomeno sotto il profilo formale, le norme vigenti, le quali costituivano un ordinamento fondato su «tradizioni quiritarie venerate come sacre, e perciò fundamentalmente eterno ed immutabile»¹⁰¹.

Nel richiamare il concetto di *naturalis obligatio*, invero, Ulpiano segnalava l’*iniquitas* della norma che sanciva l’estinzione del vincolo obbligatorio e ne aggiustava – in parte – le conseguenze distorte, salvaguardando al tempo stesso la vigenza della regola che disponeva l’estinzione dell’*oportere*, dal momento che non riviveva alcuna *actio* a sanzione del vincolo. Limitandosi ad affermare la permanenza di un’obbligazione incoercibile, in buona sostanza, il giurista calibrava la soluzione del caso concreto in virtù dei poteri che gli erano propri: sebbene l’*aequitas* esigesse che il creditore riacquisisse lo stesso apparato rimediale di cui si sarebbe potuto giovare in assenza di *capitis deminutio*, ivi compreso lo strumento dell’*actio*, il giurista non poteva procedere in tal senso, non operando sul piano processuale. L’obiettivo di tutela del creditore, di conseguenza, poteva essere perseguito da Ulpiano solo tramite la valorizzazione della realtà dei fatti e il riconoscimento di due effetti giuridici limitrofi (la *soluti retentio* e la garanzia) all’azione.

Conformemente al proprio ruolo, dunque, il giurista delineava la sostanza della soluzione equitativa – che nel caso concreto esigeva il ripristino del rapporto obbligatorio estinto –, vuoi in un’ottica preventiva – suggerendola a chi poteva concedere una tutela completa –, vuoi in un’ottica retrospettiva – conferendo fondamento ad alcune deviazioni dai principi civilistici già praticate. Sebbene, per come strutturata, la soluzione del giurista appagasse solo in parte le esigenze dell’*aequitas*, ciò non accadeva perché Ulpiano vi era insensibile, quanto

¹⁰¹ Cfr. A. GUARINO, *Equità*, cit., 621; M. D’ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 10: «Il giurista tardo-repubblicano avverte che le risposte di volta in volta rese alle diffuse istanze del sociale devono rendersi compatibili, ora, a uno *ius* tutto civile»; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 102: «Il giurista severiano non può di certo ambire ad uno stravolgimento del diritto vigente mediante il ricorso allo schema operativo dell’*aequitas*».

piuttosto perché il giurista non disponeva degli strumenti processuali che nel caso concreto erano necessari a ‘modificare’ il diritto consolidato¹⁰².

Dal canto suo, il pretore, in quanto magistrato munito di *imperium*, disponeva di mezzi ufficiali che gli consentivano di forzare maggiormente i limiti del diritto positivo, là dove necessario: ciò che avveniva, per esempio, proprio tramite il rimedio della *datio actionis*¹⁰³. L’intervento pretorio, pertanto, serviva il più delle volte a legittimare formalmente una soluzione giuridica individuata, a monte, dal giurista, il quale poneva le proprie conoscenze giuridiche a servizio della magistratura giudicante che, dal canto suo, sopperiva in sede processuale all’incapacità oggettiva del primo di oltrepassare i confini formali del *ius*¹⁰⁴. In altri casi, invece, era la giurisprudenza che

¹⁰² Cfr. B. ALBANESE, ‘*Capitis*’, cit., 63, ove osserva che, rispetto al riconoscimento da parte della giurisprudenza classica del carattere di *obligationes naturales* ai debiti dei *capite minuti*, «ben più incisivo, al riguardo, fu l’intervento pretorio ispirato all’intento ragionevole ed equo d’apprestare un rimedio contro l’ingiusto danno imposto dalla logica del *ius civile* ai creditori»; P. SILLI, voce *Equità (storia del diritto)*, cit., 482 ss., il quale sottolinea che «la funzione dell’*aequitas* sul piano tecnico giuridico di diritto privato trovò la sua massima espressione nel tribunale del *praetor urbanus* e si sostanzialmente nel suo editto».

¹⁰³ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 72; S. RICCOBONO, voce ‘*Aequitas*’, cit., 211 ss.; F. GALLO, *L’‘officium’*, cit., 103 ss. Che l’intervento pretorio, concretantesi nella concessione dell’*actio utilis rescissa capitis deminutione*, mirasse a superare le preclusioni insite nel rigido *ius civile*, in attuazione di ragioni equitative, eludendo così il «principio di irresponsabilità del debitore» grazie all’uso della *fictio*, è ben posto in luce anche da A. METRO, *Recensione a F. MERCOGLIANO, ‘Actiones’*, cit., in *Index*, 29, 2001, 372. Anche U. ROBBE, *La ‘hereditas’*, cit., 169 s., evidenzia come la *fictio* servisse essenzialmente a sancire l’irrelevanza dell’estinzione per diritto civile dell’obbligazione validamente assunta dall’arrogato o dalla donna prima dell’*adrogatio* o della *coemptio*, per l’esclusiva salvaguardia e tutela dei diritti dei creditori.

¹⁰⁴ Cfr. A. GUARINO, voce *Equità (dir. rom.)*, cit., 622, a mente del quale «confortato e sorretto dalla *iurisprudencia*, il pretore si valse dei suoi poteri di *imperium* [...] per negare la rigida applicazione del *ius civile* tutte le volte che essa sembrasse iniqua»; H. LÉVY-BRUHL, *Prudent et préteur*, in *RHD*, 5, 1926, 5 ss., 11; M. D’ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 26 nt. 46; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 112 s. Sul punto è chiaro G. ZARRO, *Cic. de inv. 2.65 e Cic. top. 5.28. Il ruolo della consuetudine nella formazione dello ‘ius honorarium’*, in *TSDP*, 9, 2016, 35, a mente del quale il diritto onorario crea «mezzi temporanei di difesa giudiziaria di fatti cui attribuisce rilevanza giuridica».

interveniva *ex post*, al fine di conferire un fondamento sostanziale e, quindi, una giustificazione teorica, alle innovazioni attuate dal pretore¹⁰⁵.

In entrambe le ipotesi, dunque, se il pretore agiva sul piano pratico-operativo, il giurista operava in sede di riflessione teorica.

La circostanza che, nel caso analizzato, fosse il pretore a restituire al creditore l’azione di cui era stato privato a causa dell’operatività delle norme del *ius civile*, non è ad ogni modo sufficiente ad attribuire *sic et simpliciter* al magistrato tutto il merito della soluzione equitativa¹⁰⁶.

Considerata la diversa dialettica che poteva intercorrere tra pretore e giurista le ipotesi che si profilano sono due: o l’intervento pretorio serviva a rendere operativa la soluzione dell’*obligatio naturalis* già individuata dal giurista, corredandola di una tutela processuale, o il commento del giureconsulto sovveniva *ex post* a spiegare la soluzione del pretore e a fondarla sotto il profilo sostanziale. Va da sé che, in entrambi i casi, anche la soluzione del giurista contribuiva a rimediare all’*iniquitas* della norma: tramite la stessa, infatti, il ‘creditore’ del *capite minutus* vedeva accrescere le proprie prospettive di soddisfazione, potendo giovare di una seppur parziale tutela giuridica.

La probabile più risalente datazione dell’editto *de capite minutus*, ad ogni modo, porta a ritenere come maggiormente plausibile la seconda ipotesi: Ulpiano, in quanto giurista dell’epoca severiana, sarebbe intervenuto in via successiva a fondare l’intervento magistratuale, evidenziandone la *ratio* equitativa ed esplicitando la propria soluzione di giurista alla *quaestio*¹⁰⁷. Il che, comunque, non esclude affatto l’eventualità che nel caso concreto il pretore avesse risentito della riflessione

¹⁰⁵ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 113; H. LÉVY-BRUHL, *Prudent*, cit., 31.

¹⁰⁶ Merita ricordare il famoso passo di Marciano D. 1.1.8: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*. Il pretore, infatti, era la viva voce del *ius civile* anche quando correggeva le norme positive attualizzandole sulla base delle nuove esigenze dell’*aequitas*.

¹⁰⁷ Ciò che, per giunta, era in linea con una tendenza tipica del giurista, ossia quella delle *laudationes* degli editti pretori, dei quali evidenziava il fondamento equitativo.

giurisprudenziale in tema di *naturalis obligatio*, iniziata già a partire dalla seconda metà del I secolo d.C.¹⁰⁸.

Il rimedio pretorio, comunque, in nessun caso implicava l’esistenza di un’obbligazione naturale coercibile¹⁰⁹.

Innanzitutto, la menzione dell’*obligatio naturalis* da parte del giurista avrebbe avuto lo scopo di spiegare perché il pretore riteneva opportuno concedere l’azione nonostante le norme del *ius civile* sancissero l’estinzione dell’*obligatio civilis*. La circostanza che il pretore sanzionasse un rapporto dichiarato inesistente dal *ius*, invero, non poteva che dipendere dal fatto che la sostanza del vincolo sopravviveva, non potendo essere incisa da una norma la cui applicazione comportava effetti irragionevoli e iniqui. Il giurista, dunque, avrebbe evidenziato la bontà dell’intervento pretorio rilevando come, nel caso concreto, l’*aequitas* richiedesse che venisse conferito rilievo giuridico al rapporto in modo da superare e correggere l’effetto estintivo prescritto dal diritto: poiché, però, solo il pretore poteva riscontrare tale esigenza mediante il conferimento dell’*actio*, il giureconsulto non poteva che limitarsi, per

¹⁰⁸ M. D’ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 19, rileva come la presenza del giurista non fosse «delimitata entro l’ambito dell’*interpretatio*, bensì orientata a improntare tecnicamente la *iurisdictio*»; L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. I re. La città. Il principe: settimo quaderno di lezioni*, Napoli, 1989, 3656, a mente del quale «dietro ogni invenzione pretoria vi è certamente la giurisprudenza».

¹⁰⁹ Cfr., per questa posizione, J. VAZNY, ‘*Naturalis obligatio*’, cit., 170; F. DESSERTAUX, *Études*, cit., 354; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 402 ss.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., 66, ntt. 460 e 463; G. SCHERILLO, *Le obbligazioni*, cit., 528 e 534; A. BURDESE, *La ‘naturalis obligatio’ nella più recente dottrina*, in *Studi parmensi*, 32, Milano, 1983, 75; L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 9; R. D’ALESSIO, *Studi*, cit., 154 e 158. Quanto a L. DI CINTIO, ‘*Natura*’, cit., 23, 115 ss., 129 ss., e EAD., ‘*Naturalis obligatio e coercibilità in Paolo*, in *Labeo*, 49, 2003, 334 ss., 347, l’autrice – in modo del tutto particolare ma non convincente – non ritiene che il termine *naturaliter* si riferisse all’*obligatio* per il semplice fatto di trovarsi vicino al verbo *obligari*. Nella fonte, a suo avviso, non si sarebbe parlato di obbligazione naturale, giacché l’avverbio *naturaliter* avrebbe piuttosto rinvio, nella sua genericità, a diverse aree semantico-concettuali, non sempre attinenti a quella della *naturalis obligatio*: in particolare, «Ulpiano non avrebbe inteso riferirsi alla *naturalis obligatio* [...] bensì avrebbe enfatizzato il rimedio pretorio, rendendolo rispondente, pur *in factum*, oltre che ad un ordine giuridico, anche a uno naturale».

parte sua, ad appagare le istanze di equità nella misura in cui gli era consentito disattendere le norme dell’ordinamento consolidato¹¹⁰. L’*obligatio* era *naturalis*, dunque, solo nei limiti in cui il giurista valorizzava, con i poteri che gli erano propri, la persistenza del rapporto obbligatorio al fine di ricondurvi, in un’ottica di tutela del creditore, gli effetti giuridici della *soluti retentio* e della garantibilità.

Le soluzioni del giurista e del pretore, peraltro, riguardavano ipotesi distinte e non interscambiabili. Mentre il giurista si interessava del caso in cui il debitore avesse spontaneamente pagato, preoccupandosi di fondare giuridicamente la conservazione del *solutum*, il pretore considerava, in un’ottica processuale, la fase patologica del rapporto, presupponendo un contrasto tra le parti in ragione del mancato adempimento dell’ex debitore, risolvibile mediante la restituzione dell’azione venuta meno in concomitanza con l’estinzione dell’*obligatio*. Un siffatto intervento, nondimeno, non era in alcun modo diretto a tutelare la *naturalis obligatio* di Ulpiano: ricorrendo a una finzione, invero, il pretore indirizzava l’azione unicamente all’*obligatio civilis* che, pur essendo venuta meno, veniva fatta rivivere grazie alla supposizione del mancato verificarsi della *capitis deminutio*.

Il *manent obligati naturaliter* di Ulpiano e l’*actio rescissa capitis deminutione* del pretore, in definitiva, avrebbero rappresentato due diverse soluzioni volte a soddisfare – seppure con una diversa intensità – le esigenze di *aequitas* che scaturivano dal caso concreto.

Il diverso potere d’intervento che pretore e giurista avevano rispetto al diritto positivo troverebbe conferma, peraltro, nei differenti espedienti argomentativi dagli stessi impiegati al fine di riscontrare la medesima istanza equitativa: la *fictio* e la *natura*.

Se da un lato la valorizzazione di ciò che era in *natura* consentiva al giurista di mitigare le incongruenze derivanti dall’applicazione del *ius civile* senza che fosse necessario concedere l’azione¹¹¹, dall’altro lato il

¹¹⁰ Cfr., a tal proposito, L. VACCA, *Considerazioni*, cit., 40, e E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 27.

¹¹¹ Cfr. A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 610, il quale osserva come tramite il tema della ‘naturalità’ «il ragionamento giurisprudenziale lascia trasparire tensioni e tentativi di superamento del *traditum*».

ricorso alla *fictio* permetteva al pretore di restituire l’*actio* senza implicare una deroga della norma vigente¹¹².

Riattribuendo al creditore il rimedio processuale che il *ius civile* gli aveva sottratto, invero, il magistrato si poneva in diretto contrasto con le regole dell’ordinamento consolidato, soppiantando la disciplina tradizionale con una nuova regolamentazione pretoria¹¹³. Una siffatta ‘sovversione’ dei principi civilistici era possibile, a ben vedere, solo in quanto il procedimento finzionistico, per come strutturato, consentiva di far passare sotto silenzio ciò che, di fatto, integrava una vera e propria deroga. Neppure il pretore, difatti, aveva il potere di disattendere formalmente il *ius civile*: nondimeno, lo strumento della *fictio* gli consentiva di attuare una prassi riformatrice del sistema conservando al contempo la formale vigenza delle regole del *ius strictum*¹¹⁴. Come si è

¹¹² Come osserva A. GAMBARO, voce *Finzione*, cit., 343 ss., le finzioni pretorie furono uno strumento atto «non solo ad interpretare una contingente esigenza politica, ma anche a superare l’ostacolo rappresentato dalla dubbia legittimazione del pretore a mutare le formule del *ius civile*».

¹¹³ Cfr. M. LAURIA, ‘*Ius civile*’ - ‘*ius honorarium*’, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 422: il diritto «pretorio presuppone il civile, ma lo modifica».

¹¹⁴ La dottrina è solita riconoscere come la *fictio* assumesse una posizione di rilievo specialmente all’interno degli ordinamenti contraddistinti dall’esistenza di due sistemi normativi, quale sarebbe stato l’ordinamento giuridico romano: la stessa, invero, permetteva l’elaborazione di un diritto – il *ius honorarium* – con funzione integrativa, correttiva e suppletiva del *ius civile*, conservando al tempo stesso la vigenza di quest’ultimo, in quanto sistema giuridico tradizionale e perciò immutabile: cfr., a mero titolo di esempio, S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, cit., 343 ss.; E. BIANCHI, ‘*Fictio*’, cit., 259 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1968, 20 nt. 1; E. BETTI, *La creazione del diritto nella ‘iurisdictio’ del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 101 ss.; F. MERCOGLIANO, ‘*Actiones*’, cit., 60 e 69 ss.; L. DI LELLA, ‘*Formulae*’, cit., 146 s., 189 s.; S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell’evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil*, II, Paris, 1926, 235 ss.; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ‘ius honorarium’*, in *SDHI*, 62, 1996, 1 ss.; M. KASER, ‘*Ius honorarium*’ und ‘*ius civile*’, in *ZSS*, 101, 1984, 74 ss.; G. SEGRÉ, *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e pretorio*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 729 ss. Più in generale, quanto al potere del pretore di derogare al *ius civile* mediante l’elaborazione del *ius honorarium*, la dottrina è principalmente divisa in un due orientamenti. Da un lato, i sostenitori della tesi della duplicità degli ordinamenti (tra cui, per esempio, E. BETTI, *La creazione*, cit., 100 ss., 125 ss.; ID., ‘*Iurisdictio praetoris*’ e *potere normativo*, in *Labeo*, 14, 1968, 7 e 14 ss.; G. PUGLIESE, ‘*Actio*’ e

visto, invero, mediante la formula finzionistica il pretore ipotizzava, a seconda dei casi, l’assenza o l’esistenza dei presupposti di fatto che determinavano l’applicazione di una determinata norma di *ius civile* al precipuo fine di mantenere apparentemente intatti i precetti del sistema giuridico e, quindi, di mascherare le innovazioni praticate. Pertanto, quando l’*aequitas* richiedeva – come nel caso analizzato – di disattendere una determinata norma, il pretore, anziché infrangerla *apertis verbis*, fingeva il mancato avveramento dei fatti presupposti dalla norma medesima, così legittimando esteriormente il proprio intervento correttivo.

In definitiva, il passo esaminato sembrerebbe riflettere la diversità di ruolo e potere del giurista e del pretore: diversità che, ad ogni modo, tendeva ad appiarsi nella prassi giuridica, in considerazione della dialettica che si stabiliva tra *iurisprudens* e magistrato e, conseguentemente, delle interferenze che si verificavano tra i rispettivi ambiti d’azione. Spesso accadeva, infatti, che la soluzione giurisdizionale e quella giurisprudenziale si integrassero al fine di pervenire a una decisione ottimale del caso concreto¹¹⁵. La discrepanza tra la soluzione

diritto subiettivo, Milano, 1939, 112 ss.; A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, 368 s.) ritengono che il pretore non potesse mai abrogare il diritto vigente, né modificarlo o violarlo: il pretore, invero, avrebbe sì potuto regolarsi nel caso concreto diversamente da quanto prescriveva il *ius civile*, ma ciò avrebbe implicato una mera disapplicazione della norma civilistica, la quale conservava comunque la propria efficacia. Dall’altro lato, invece, vi è chi ritiene (cfr. per esempio, M. LAURIA, *Ius*, cit., 597 ss.; M. D’ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 13 ss.; F. GALLO, *L’ ‘officium’*, cit., 57 ss.), al contrario, che l’ordine giuridico romano fosse unico, comprensivo sia del *ius civile* che del *ius honorarium*, i quali si sarebbero posti l’un l’altro in un rapporto interattivo: la norma di *ius civile*, quindi, non sarebbe persistita dopo la sua disapplicazione da parte del pretore, giacché quest’ultimo, attuando una disapplicazione continua e generalizzata, finiva nel concreto per soppiantare la norma, al punto da trasformarla in lettera morta e renderla priva di qualsivoglia effetto pratico. A prescindere dall’adesione all’uno o all’altro orientamento, mi pare comune ad entrambi l’idea che, ferma restando la vigenza formalistica della norma, la stessa veniva nel concreto superata dal pretore: sicché può parlarsi di una deroga non formale ma sostanziale del *ius civile*.

¹¹⁵ M. D’ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 18: «alla cultura antica del *ius civile*, che tende a ricondurre e ad ancorare il *ius* a una tradizione di valori perenni, a concetti secolari

del giurista e quella del pretore, dunque, avrebbe riflesso null’altro che la diversa efficacia del ricorso al parametro equitativo da parte dei medesimi. Ed invero, se l’*aequitas* pretoria e l’*aequitas* giurisprudenziale coincidevano dal punto di vista dei contenuti, posto che sia il giurista che il pretore valorizzavano l’esistenza del rapporto obbligatorio, esse differivano dal punto di vista operativo, stante la diversa forza del giureconsulto e del magistrato di rendere effettiva, sul piano pratico, la sostanza della soluzione equitativa individuata.

8. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto illustrato, il passo commentato non sembra affatto recare traccia di un’obbligazione naturale coercibile.

Più probabilmente, la *naturalis obligatio* e l’*actio ficticia* rappresentavano la stessa soluzione equitativa entro due ottiche diverse: quella del giurista, il quale, non disponendo dello strumento dell’*actio*, poteva limitarsi ad assecondare l’*aequitas naturalis* valorizzando la persistenza della struttura sostanziale dell’*obligatio* e approntando una forma di tutela incompleta ma comunque migliore di quella scaturente dal *ius traditum*, che negava ogni forma di protezione giuridica; quella del pretore, il quale, potendo concedere gli strumenti processuali necessari ad assicurare il conseguimento delle esigenze del *bonum* e dell’*aequum*, completava e rendeva operativa la soluzione sostanziale suggerita dal giurista.

Poiché nello specifico caso esaminato la riflessione di Ulpiano aveva verosimilmente succeduto la soluzione pretoria, è ragionevole ipotizzare che, nell’affermare *manent obligati naturaliter* con riferimento ai debitori contro i quali il pretore concedeva l’*actio utilis*, il giurista non intendesse far altro che fornire un fondamento sostanziale all’intervento del magistrato¹¹⁶, mostrando al contempo come lui stesso, in quanto giureconsulto, avrebbe soddisfatto il problema di *aequitas*.

fondanti e di riferimento, si affiancano nuove posizioni normative *iure praetorio*, esito della dialettica giurista-pretore».

¹¹⁶ Come osserva anche L. D’AMATI, *Considerazioni*, cit., § 9, «l’*obligatio naturalis*, mantenendo fermo il debito primario – inteso come debito pagabile ma non esigibile

A riprova della duplicità di prospettive palesate nel testo, peraltro, si è visto come, per uniformare il *ius* all’*aequitas naturalis*, ciascun formante del diritto utilizzasse strumenti distinti: la *natura*, da un lato, consentiva al giurista di attenuare le iniquità del *ius civile* pur non disponendo del mezzo dell’azione; la *fictio*, dall’altro lato, permetteva al pretore di concedere l’azione eludendo l’applicazione delle regole vigenti.

Mentre il giurista, non contraddicendo completamente il diritto vigente, si limitava a valorizzare la persistenza degli elementi di fatto (*naturalis*) del rapporto obbligatorio già sorto (*obligatio*), il pretore, soppiantando in modo più radicale la disciplina scaturente dal *ius civile*, necessitava viceversa di ricorrere a un artificio. Poiché conferire l’*actio* significava disattendere il *ius civile*, seppur solo sul piano pratico, il magistrato si avvaleva dello strumento finzionistico per superare la propria incapacità di derogare formalmente il diritto vigente. La ‘deroga’ del precetto civilistico che estingueva l’*oportere*, invero, era accettata proprio perché il procedimento indiretto tipico della *fictio* consentiva al tempo stesso di mascherarla.

Fictio e *natura*, in buona sostanza, integravano due espedienti preposti alla soddisfazione delle esigenze di *aequitas* non recepite dal diritto positivo, seppure con una diversa intensità ed efficacia. Entrambi, nondimeno, garantivano la conservazione delle regole vigenti che pur si volevano superare in quanto inadatte ad assecondare le istanze di tutela del caso concreto¹¹⁷. L’analisi che si è condotta, invero, ha posto in luce un *leitmotiv* delle soluzioni ispirate all’*aequitas naturalis*, ossia il forte tradizionalismo e conservatorismo giuridico che accomunavano le risposte dei principali autori del *ius* impegnati nel rendere il diritto

– non solo non è in contrasto con la concessione al creditore dell’*actio ficticia*, ma ne può addirittura diventare un ottimo supporto concettuale».

¹¹⁷ L’intreccio che si è delineato tra *fictio*, *natura*, *aequitas* e formalismo giuridico è ben posto in luce da M. BRETONE, *Quattro punti*, cit., 38, il quale indica quali punti rilevanti di una riflessione sulle finzioni del diritto romano «1) il rapporto tra la finzione e il formalismo giuridico; 2) il rapporto tra la finzione e il naturalismo, o essenzialismo; 3) il nesso tra la *fictio* e l’*aequitas*; 4) il rapporto fra il tradizionalismo, o conservatorismo, giuridico e la finzione».

sempre più conforme all’equità¹¹⁸: la norma di *ius civile* che giurista e pretore cercavano di correggere non veniva mai formalmente derogata, né tramite la *fictio* né, tanto meno, tramite la *natura*.

Quanto a quest’ultima, si è visto come tramite l’*obligatio naturalis* si riconosceva l’esistenza del substrato materiale dell’*obligatio* in una misura bastevole ad assicurare, conformemente a quanto voluto dall’*aequitas naturalis*, una qualche tutela per il creditore – *soluti retentio* e garanzie –, senza giungere al punto di concedere al medesimo l’*actio* che il *ius civile* gli aveva negato.

Anche la *fictio* operava sempre entro i limiti formali dell’ordinamento, preservando apparentemente l’efficacia della *regula iuris* che veniva corretta, e ciò nonostante la stessa consentisse una deviazione dalla norma più forte rispetto a quella derivante dal richiamo alla *natura*, permettendo di convenire in giudizio chi secondo il *ius civile* era *alieni iuris*. Ciò era possibile, come si è visto, grazie alle peculiarità dello strumento a tal fine impiegato dal magistrato¹¹⁹: incidendo sulla realtà fattuale e solo indirettamente su quella giuridica, la *fictio* consentiva di

¹¹⁸ Pur operando al di fuori dei limiti dell’ordinamento giuridico, l’*aequitas naturalis* innovava e correggeva il *ius civile* senza mai comportare delle vere e proprie deroghe, agendo sempre nel rispetto della coerenza del sistema: L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 114; G. BROGGINI, *Riflessioni*, cit., 64, ove si legge: «l’equità segue il diritto, si muove all’interno del tessuto del *ius civile*, costruisce lentamente e misuratamente il suo sviluppo partendo dal testo del *ius*. Nessuno strappo brutale, nessun confronto violento tra ordinamenti contrapposti, ma paziente ed attenta evoluzione giurisprudenziale». Con particolare riguardo all’attività del pretore, G. ZARRO, *Cic. de inv.* 2.65, cit., 36 s., osserva che, anche leggendo Cicerone, il magistrato, «nell’elaborare lo *ius honorarium*, non si poneva in contrasto con la mentalità e i principi giuridici consueti tanto alla mentalità dei giureconsulti [...] quanto a quella dei comuni utenti del diritto»: e infatti, «il successo della sua attività edicente dipendeva [...], in gran parte, dalla conformità dei suoi interventi al sentimento della collettività».

¹¹⁹ Sulla capacità della *fictio* di innovare mascherando al contempo la modifica normativa introdotta cfr., a titolo esemplificativo, S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, cit., 672 s.; A. GAMBARO, voce *Finzione*, cit., 342 ss., e 347 ss.; M. BREONE, *Finzioni*, cit., 299 s.; ID., *Quattro punti*, cit., 38; E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 341 ss. e, precisamente, 343; Y. THOMAS, ‘Fictio’, cit., 19; F. AMARELLI, *La realtà e la finzione giuridica*, in *Labeo*, 26, 1980, 111 ss.

rendere l’innovazione giuridica più tollerabile in un contesto in cui le regole della tradizione erano ritenute immutabili¹²⁰.

Un’ultima considerazione merita di essere fatta.

Potrebbe sembrare un controsenso che una medesima esigenza di *aequitas* venisse perseguita sia mediante il procedimento finzionistico che tramite la valorizzazione della natura delle cose. *Fictio* e *natura*, invero, esprimevano concetti tra loro incompatibili: l’artificio, da un lato, la verità dei fatti, dall’altro lato.

Eppure, come dovrebbe essere emerso dall’analisi condotta, non sempre la *fictio* contraddiceva la *natura*¹²¹: nel caso esaminato, infatti, la

¹²⁰ Aniché affermare, *sic et simpliciter*, che nel caso concreto l’efficacia estintiva della *capitis deminutio* non poteva estendersi sino al punto di cancellare le obbligazioni contratte prima del mutamento di *status*, il pretore preferiva ricorrere al procedimento macchinoso della *fictio*, in quanto solo in tal modo avrebbe potuto attuare uno «sviluppo senza salti» che assicurava di mantenere un legame tra il diritto anteriore e l’innovazione normativa: così M. BRETONE, *Finzioni*, cit., 300, e, prima ancora, C.F. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrerer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1840, 32; H.S. MAINE, *Ancient Law, with an introduction by C.K. Allen*, in *Cambridge Law Journal*, IV.2, 1931, 259 ss.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts: auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, 1898-1907, 306 ss.

¹²¹ Significativi in questo senso sono F. AMARELLI, *La realtà*, cit., 114, secondo il quale «proprio perché nella realtà giuridica è presente uno scarto tra la realtà sensibile degli accadimenti disciplinati dal diritto e la realtà intellegibile delle forme che servono a qualificare tali accadimenti la finzione si innesta quale punto di collegamento e di sutura tra il continuo e mutevole fluire degli accadimenti ed una logica (quella giuridica) che non può essere per sua natura, che tipica e, quindi, generale ed astratta»; U. ROBBE, *La ‘fictio’*, cit., 641, il quale ritiene che «de finzioni e le presunzioni giuridiche hanno un punti di contatto, perché entrambe debbono essere regolate dalla verità, e tendono a questa»; E. BIANCHI, *‘Fictio’*, cit., 145 ss., che, dal suo canto, analizzando le origini sacre della *fictio*, pone significativamente in luce come «le accezioni più antiche del termine *sacer*, inteso nel significato di ‘reale’, di ‘esistente’ (dalla radice *sak*) possono contribuire ad indicare che appunto nell’ambito del diritto sacro si presentavano le condizioni ideali per identificare la finzione con la realtà, in quanto ciò che veniva considerato come sacro non poteva non essere tale» (così recensisce questo passaggio della monografia M. SARGENTI, *Recensione* a E. BIANCHI, *‘Fictio’*, cit., 502); C.A. CANNATA, *Finzioni*, in *Le finzioni del diritto*, a cura di F. Brunetta D’Usseaux, Milano, 2002, 47, il quale nota, con riguardo alla *fictio si heres esset*, che la finzione «non vuol cambiare la realtà dei fatti, né occultarla».

prima si poneva in continuità con la seconda, coadiuvandola al fine di far emergere nel modo più pieno la verità tradita dal *ius civile*.

Ciò dipendeva dalla peculiare esigenza equitativa che emergeva nel caso concreto, la quale richiedeva, per riscontrare in modo compiuto la realtà delle cose, che il creditore pregiudicato riacquisisse il mezzo processuale di tutela sottrattogli dal *ius*. La mera valorizzazione della natura, invero, non era a tal fine sufficiente, essendo necessario un espediente apposito che consentisse di superare la norma senza far trapelare troppo vistosamente la violazione dell’impianto normativo tradizionale: il che, come visto, era possibile solo ricorrendo a una finzione.

A ben guardare, dunque, nel caso concreto la finzione era tale solo rispetto alla costruzione artificiosa sottesa alla norma di *ius civile* che iniquamente sanciva l’estinzione delle obbligazioni contratte da coloro che subivano una *capitis deminutio minima*. Ed invero, la regola che disponeva la perdita di capacità giuridica e il venir meno dei vincoli assunti dal *capite minutus* era essa stessa frutto di un artificio giuridico, dal momento che gli istituti dell’*adrogatio* e della *coemptio* erano modellati sullo schema finzionistico, per cui se nel primo caso si fingeva l’esistenza del rapporto di filiazione naturale tra l’adrogante e l’adrogato¹²², nel secondo

¹²² In merito alla connotazione finzionistica dell’istituto dell’*adrogatio*, cfr. G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion*, cit., 30 ss. e 76. Come correttamente osservava R. VON JHERING, *Geist*, cit., 306, gli istituti quali l’*adrogatio* avrebbero sì avuto le caratteristiche della finzione, dando luogo a coscienti deformazioni della realtà, ma ciò solo nel senso generale che si legge nei dizionari filosofici, non costituendo finzioni giuridiche vere e proprie. Ragionando diversamente, invero, qualsiasi atto giuridico, in quanto produttivo di effetti convenzionali, costituirebbe finzione. In tale direzione si è orientata anche la dottrina successiva, ritenendo, in linea di principio, che gli istituti quali l’*adrogatio*, pur non integrando autentiche finzioni giuridiche, fossero comunque ‘modellati’ sullo schema finzionistico: cfr. E. BIANCHI, ‘Fictio’, cit., 172 ss. e nt. 29, a mente del quale, tuttavia, la considerazione dell’*adrogatio* alla stregua di una *fictio* sarebbe favorita dal fatto che «gli effetti giuridici degli atti considerati consistono in modificazioni (‘convenzionali’) di situazioni della realtà naturale»; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 219, nt. 60, ove si legge «l’*adrogatio* [...] è istituito per mezzo del quale un *pater familias* può procurarsi con artificio giuridico (*iure*) – e non per generazione (*natura*) – *fili* in potestate»; Y. THOMAS, ‘Fictio’, cit., 30; C. CASTELLO, *Il problema evolutivo della*

caso si fingeva che l’ingresso della donna per *conventio in manum* nella famiglia del marito avvenisse *filiae loco*, ossia in posizione di discendente in *potestate*¹²³.

La finzione sottesa al conferimento dell’*actio utilis*, in fin dei conti, serviva a ripristinare il dato reale iniquamente alterato, a monte, dalla *fictio* che reggeva gli istituti della *capitis deminutio minima*: supponendo che l’*adrogatio* e la *coemptio* non si fossero verificate era possibile riportare alla luce la verità naturale che la prima finzione aveva negato, ossia l’esistenza di un’obbligazione facente capo a un individuo che, al momento della contrazione del vincolo, non era soggetto alla *potestas* di alcuno.

In definitiva, conformemente al significato originario e principale del parametro equitativo, la *fictio* rappresentava uno strumento che poteva servire, tra le altre cose, anche al ripristino della *veritas* che certi artifici normativi trascuravano in spregio alle esigenze dell’*aequitas naturalis*¹²⁴. Il che accadeva, nel caso di specie, mediante il riconoscimento dell’*actio utilis rescissa capitis deminutione*, la cui concessione comprovava la persistenza, nella realtà dei fatti e contrariamente a quanto stabilito dal *ius*, di un’*obligatio*: quella stessa *obligatio ‘naturalis’* che Ulpiano menzionava per spiegare, sotto il profilo sostanziale, la *ratio* dell’intervento pretorio.

‘*adrogatio*’, in *SDHI*, 33, 1967, 129 ss.; E. VOLTERRA, *La nozione dell’ ‘adoptio’ e dell’ ‘adrogatio’ secondo i giuristi romani del II e III secolo d.C.*, in *BIDR*, 69, 1966, 121.

¹²³ Cfr. G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion*, cit., 30 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 20 s.; E. VOLTERRA, *La conception du mariage d’après les juristes romains*, Padova, 1940, 2 ss.; ID., *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma, 1961, 92 ss.; ID., voce *Matrimonio (diritto romano)*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, 333; J. GAUDEMET, *Observations sur la ‘manus’*, in *RIDA*, 2, 1953, 323 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 289 ss.; E. CANTARELLA, *Sui rapporti fra matrimonio e ‘conventio in manum’*, in *RISG*, 43, 1959-1962, 181 ss.; M. GARCIA GARRIDO, ‘*Conventio in manum’ y matrimonio*, in *AHDE*, 48, 1956, 181 ss.

¹²⁴ Significativo è, sul punto, Y. THOMAS, ‘*Fictio*’, cit., 24, secondo il quale il diritto romano ricorreva spesso a ‘finzioni multiple’: «de droit romain pratique les redoublements d’artifice, la multiplication des degrés d’irréel, les écarts répétés par rapport aux données premières».

ABSTRACT

Il presente contributo si incentra sull’analisi del commento Ulpiano alla clausola edittale dell’*actio rescissa capitis deminutione* conservato in D. 4.5.2.1, proponendosi di dimostrare come l’*obligatio naturalis* riconosciuta dal giurista e l’*actio ficticia* concessa dal pretore, lungi dal testimoniare l’esistenza di una *naturalis obligatio* coercibile, riflettessero tecniche solutorie diverse, seppur ispirate al medesimo problema di *aequitas*. Traendo spunto da questo caso particolare, il saggio analizza il diverso potere che i due formanti del diritto avevano nell’appianare le iniquità e le storture del *ius civile*. Al fine di uniformare il diritto alle esigenze dell’*aequitas* che, nel caso di specie, esigeva di tutelare il creditore pregiudicato dall’estinzione dell’obbligazione conseguente alla *permutatio status*, pretore e giurista si avvalevano di strumenti diversi anche se solo apparentemente incompatibili, la *fictio* e la *natura*, proponendo soluzioni alternative e non interscambiabili, conformemente al ruolo dagli stessi ricoperto all’interno dell’ordinamento. Mentre il giurista, non disponendo dello strumento dell’*actio*, poteva limitarsi a valorizzare la persistenza della struttura sostanziale dell’*obligatio* al fine di fondare la *soluti retentio* di quanto spontaneamente pagato dopo la *capitis deminutio*, il pretore considerava, in un’ottica processuale, la fase patologica del rapporto rimasto inattuato, restituendo l’azione che era venuta meno con l’estinzione dell’*obligatio civilis* grazie alla finzione del mancato verificarsi della *capitis deminutio*. L’analisi dei diversi espedienti argomentativi posti a fondamento delle soluzioni proposte, infine, mira a dimostrare come la correzione del diritto nelle parti in cui l’*aequitas* positivizzata non rispondeva più a quella *naturalis* avvenisse sempre nel rispetto del conservatorismo giuridico che connotava l’ordinamento romano, nell’ottica di salvaguardare la perdurante vigenza delle regole che pur si volevano superare in quando non più adatte ad assecondare le esigenze di tutela che scaturivano dal caso concreto.

This paper focuses on the analysis of the Ulpian comment on the edictal clause concerning the *actio rescissa capitis deminutione* reported in D. 4.5.2.1. The aim of the essay is to show that the specific *obligatio naturalis*

mentioned by Ulpian and the *actio ficticia* granted by the praetor did not involve the potential enforceability of an *obligation naturalis*, rather corresponded to two different legal instruments, although inspired by the same principle, i.e. *aequitas*. Starting from this particular case, the essay analyses the different role that the two legal formants played in smoothing out the inequities and distortions of the *ius civile*. In order to harmonise the legal system with the requirements of *aequitas*, which in this case demanded the protection of the creditor damaged by the extinction of the obligation resulting from the *permutatio status*, the praetor and the jurist made use of different instruments, namely *fictio* and *natura*. By means of these - only apparently - incompatible tools the praetor and the jurist suggested alternative and not interchangeable solutions, in accordance with their role within the system. While jurists, who could not grant new *actiones*, should limit themselves to enhancing the persistence of the substantial structure of the *obligatio* in order to justify the *soluti retentio* of what had been spontaneously paid after the *capitis deminutio*, the praetor considered the obligatory relationship from the perspective of non-performance and from a procedural point of view, restoring the action, which had failed as a consequence of the extinction of the *obligatio civilis*, thanks to the fictitious non-occurrence of the *capitis deminutio*. The analysis of the various argumentative devices at the basis of the aforementioned solutions, finally, aims to demonstrate that the correction of the law in cases where the posited *aequitas* no longer corresponded to the *aequitas naturalis* always took place in compliance with the legal conservatism that characterised the Roman legal system, while at the same time striving to safeguard the validity of those rules were to be overcome when no longer appropriate to the needs of protection that arose from a case.

PAROLE CHIAVE

obligatio naturalis, fictio, natura, aequitas, capitis deminutio

CHARLOTTE CHEVALIER

Email: charlotte.chevalier@unipd.it

