



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Raffaele D'Alessio

**Le obbligazioni degli *alieno iuri subiecti* fra
metodologia di Gradenwitz
e percorsi dell'analisi esegetica**

Numero XI Anno 2018
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

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

Redazione

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

Comitato dei Referees

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

Segreteria di Redazione

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

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

Come Collaborare

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

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

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

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

LE OBBLIGAZIONI DEGLI 'ALIENO IURI SUBIECTI' FRA METODOLOGIA DI GRADENWITZ E PERCORSI DELL'ANALISI ESEGETICA

SOMMARIO: 1. L'analisi di Gradenwitz sui debiti servili e i riflessi nella letteratura – 2. Il 'rinnovato interpolazionismo' in tema di *obligationes* degli *alieno iuri subiecti* – 3. Nuovi interrogativi: un dibattito con Gradenwitz ancora aperto.

1. *L'analisi di Gradenwitz sui debiti servili e i riflessi nella letteratura*

Se lo scopo dell'interessante incontro svoltosi in villa Vigoni a Loveno di Menaggio nell'aprile 2016 era la realizzazione «di un progetto di ricerca afferente a una rivisitazione del metodo interpolazionistico, scomparso... praticamente senza lasciare tracce, a cavallo fra gli anni '50 e '60 dello scorso secolo», l'occasione a me ha offerto, invece, soprattutto l'opportunità di rivalutare il contributo di Otto Gradenwitz alla ricostruzione della capacità negoziale e processuale degli *alieno iuri subiecti* in quegli anni di declino del metodo interpolazionistico e ancora nei decenni successivi. Mi riferisco, in particolare, all'influenza che ha spiegato nella letteratura romanistica il celebre, denso lavoro pubblicato nel

* Sono molto grato ai proff. Martin Avenarius, Christian Baldus, Francesca Lamberti e Mario Varvaro non solo per avermi consentito di partecipare al brillante Convegno intitolato alla *Circolazione di modelli metodologici fra giuristi di fine ottocento: enigmi fra Heidelberg, Palermo e Berlino*, ma anche per aver voluto generosamente offrirmi molti e preziosi suggerimenti in quell'occasione.

¹ Così S. BARBATI, *Juristischer Methodentransfer im späten 19. Jahrhundert: Rätsel zwischen Heidelberg, Berlin und Palermo. Circolazione di modelli metodologici fra giuristi di fine ottocento: enigmi fra Heidelberg, Berlino e Palermo*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 6, 2016, 412.

1900, in onore di J.Th. Schirmer, sotto il titolo *Natur und Sklave bei der 'naturalis obligatio'*.

Il saggio si apre con la segnalazione dell'intensificarsi della ricerca interpolazionistica nello spazio dei precedenti 'dieci, quindici anni': un arco temporale indubbiamente significativo per essere stato segnato (direi quasi 'introdotto') dal lavoro *Interpolationen in den Pandekten*, pubblicato dallo stesso autore nella *Romanistische Abteilung* della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* del 1886, e soprattutto dall'omonima monografia dell'anno seguente, recentemente definita come un «manifesto fondazionale' dell'interpolazionismo moderno»². Il contributo, tuttavia, non accenna a queste opere; si fonda piuttosto sul lavoro lessicografico condotto per l'allestimento del *VIR* (denominato nel contributo '*Vocabularium iuris Romani*')³, e su quello più avanzato (ma anche più lacunoso) dell'*Indice* che – a cura di von der Leyen – era stato redatto per l'edizione mommseniana dei *Digesta*⁴.

L'indagine di Gradenwitz si sofferma, in particolare, sulla ricorrenza di due *leges geminatae* nel *Digesto*, l'una attribuita a Giuliano in Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.4 (la cui lettura non può prescindere dal paragrafo 3), e l'altra a Ulpiano in Ulp. 47 *ad Sab.* D. 44.7.10.

Nei paragrafi 3 e 4 di Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16 leggiamo infatti:

² F.J. ANDRÉS-SANTOS, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 33, 2011, 78 s.; ID., *El interpolacionismo. Auge y decadencia de un método de investigación sobre el Digesto*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di D. Mantovani e A. Padoa Schioppa, Pavia, 2014, 558-595, in part. 562 s. In proposito, cfr. già E. VOLTERRA, *Otto Gradenwitz*, in *Rivista di diritto privato*, 6, 1936, 99 s., ora in ID., *Scritti giuridici*, VIII, Napoli, 2005, 99 s.; A. CASTRESANA, *Otto Gradenwitz*, in *Juristas universales*, III, a cura di R. Domingo Madrid, Barcelona, 2004, 740 s.

³ D. MANTOVANI, *La critica dei testi del Digesto*, in *Problemi e prospettive della critica testuale*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento, 2011, 157.

⁴ VON DER LEYEN, *Ein Index zu den Digesten*, in *ZSS*, 4, 1883, 125-129.

Iul. 53 *dig. D.* 46.1.16: 3. *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur.* 4. *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

Analogamente in

Ulp. 47 *ad Sab. D.* 44.7.10: *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.*

Entrambi i frammenti si distinguono per la medesima incongruenza sintattica: l'espressione «*eorum nomine*» non concorda infatti con «*obligationes*». In più, il tenore letterale del primo brano, al paragrafo 3, sembra avvicinarsi alle parole di

Gai 3.119a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeat.*

Supportato, quanto alla locuzione (*alicuius/alicuius rei nomine*) «*actio competit*», dal lavoro di schedatura affrontato per il *VTR* e, quanto alla locuzione «*natura*», dai dati ricavabili dall'*Indice*, e ispirato dall'affinità fra il frammento giuliano e l'*excursus* gaiano, Gradenwitz ipotizzava che in entrambi i brani trāditi dal *Digesto* il

pronomi personale 'eorum' avrebbe dovuto leggersi come 'servorum'⁵.

In definitiva Gradenwitz proponeva l'inserimento, in Iul. 53 dig. D. 46.1.16.3-4, delle parole «*adeo quidem ut pro servis quoque obligetur, quorum*» prima dell'espressione «*naturales obligationes*» con cui si apre il paragrafo 4, e suggeriva la sostituzione della parola «*servi*» in luogo di «*naturales debitores*». Ne deduceva, in tal modo, che l'*actio eorum nomine* sarebbe stata una cd. '*actio adiecticiae qualitatis*', individuando il nucleo delle *obligationes naturales* nei *debita servili*⁶. Così Gradenwitz avrebbe fondato una nuova importante teoria che G.E. Longo⁷ non avrebbe esitato a definire una vera e propria

⁵ L'ipotesi sembra trovare una conferma anche in Gai 3.119a, là dove l'osservazione «*ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*» (che conferma e quasi rievoca le parole di Giuliano «*fideiusor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*») viene formulata in tema di fideiussione di debiti servili.

⁶ Fino all'esegesi di Gradenwitz, le *obligationes naturales* erano solitamente ricondotte alla tematica del *ius naturale* e dei suoi rapporti con il *ius gentium*: sul punto, cfr. F. KLINGMÜLLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten*, Berlin, 1905, 110. In termini analoghi, in tempi più recenti, anche CH. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Festgabe Wieacker*, Ebelbach, 1985, 42 s. Una sintesi del pensiero storiografico antecedente al lavoro di Gradenwitz può consultarsi in L. DI CINTIO, 'Natura debere'. *Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli, 2009, 5 ss., in part., nt. 10, 73, 75.

⁷ G.E. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano, 1962, 7 s., il quale osserva che il risultato esegetico raggiunto da Gradenwitz «segnasse un orientamento basilare per la ricerca storica sul nostro istituto, denunciando l'intervento di una generalizzazione – e forse di un'alterazione sostanziale – compilatoria nonché indicando nell'obbligazione dello schiavo, già per altri indizi considerata come il caso più importante una fattispecie sicuramente classica di o.n. e offrendo in essa una base di comparazione storica con le altre figure di o.n. contenute nella legislazione giustinianea».

scoperta e che avrebbe indubbiamente segnato la letteratura fino ai nostri giorni.

L'ipotesi, infatti, ha immediatamente trovato largo consenso, finendo anche per essere radicalizzata dalla storiografia successiva (così da Perozzi⁸) e per assurgere a esempio di critica testuale (a cui si sarebbe rivolto Albertario nel volume di *Studi di Storia, metodologia, esegesi* del '37⁹).

Il successo dell'esegesi gradenwitziana non sarebbe stato ostacolato dal contrasto di Siber¹⁰ il quale, contestando la genuinità di buona parte del passo giuliano¹¹, avrebbe invece ricondotto le

⁸ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928 (rist. 2002), 33 ss.; in tema cfr. ID., *Interpretazione di Gai 3.119a*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano, 1930, 73 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 631 ss. Sulla medesima linea di pensiero anche J. VÁŽNÝ, 'Naturalis obligatio', in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 135 ss.; diffusamente V. DE VILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*', in *Studi Sarsaesi*, 17, 1938, 13 ss., 137 ss.; ID., *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, 365 ss., ripercorrendo, sinteticamente, gli indirizzi storiografici precedenti.

⁹ Vd. lo studio n. 8 (*Da Diocleziano a Giustiniano*) tratto dal volume *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931 ripubblicato in E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 205 ss., (da cui si cita), in part. 222 ss. Cfr. già ID., *Recensione a H. SIBER, 'Naturalis obligatio'*, in *Gedenkschrift f. Ludwig Mitteis*, Leipzig, 1925 (estr.), 1 ss., in *AG*, 102, 1929, 230 ss., ora in ID., *Studi*, cit., III, Milano, 1936, 57 ss. In argomento pure ID., *Corso di diritto romano: 'obligationes civiles', 'honorariae', 'naturales'*, Milano, 1947, 73 ss.

¹⁰ H. SIBER, 'Naturalis obligatio', in *Gedenkschrift f. Ludwig Mitteis*, Leipzig, 1925 (estr.), 1 ss.

¹¹ Questa, in particolare, la ricostruzione di H. SIBER, 'Naturalis obligatio', cit., 27: *Fideiussor <ab omnibus debitoribus> accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. [4 Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competat], verum <interdum> etiam cum <obligatio non tenet, sed eius nomine> soluta pecunia repeti non potest [: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse].*

obbligazioni naturali alla tutela del *ius gentium*¹², per distinguerle così dai *debita*¹³ servili, incoercibili e rilevanti solo ai fini della *soluti retentio* o della *deductio de peculio*.

Il tema, ripreso da G.E. Longo in un articolo del 1950¹⁴, avrebbe poi ispirato nel 1955 una monografia di Burdese¹⁵ (che all'argomento si era già avvicinato in un saggio del 1954¹⁶ e vi sarebbe ritornato in uno del 1972¹⁷) e uno studio monografico di G.E. Longo, nel 1962¹⁸, animando di lì la letteratura ancora nel corso dei decenni successivi: per Burdese¹⁹, in adesione all'esegesi

¹² In tal senso H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 1 ss., confronta tra l'altro anche Gai 3.154 (*sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit*) con Paul. 10 ad Sab. D. 12.6.15 pr. (*indebiti soluti conditio naturalis est et inter omnes homines consistit...*). Sempre in tal senso legge tra l'altro Paul. 34 ad ed. D. 19.2.1: *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2: *... plane si procedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione...*; Paul. 3 quaest. D. 50.17.84.1: *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*.

¹³ Distingueva i *debita* naturali dalle *obligationes* nel senso che solo i primi fossero incoercibili G. PACCHIONI, *Divagazioni in tema di obbligazioni naturali*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 5-6, 1918, 9 ss.; sul punto cfr., altresì, E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1935, 3 ss.; G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., *passim*.; PH. DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA*, 3, 1972, 239 ss.; ID., *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romain du II et III siècles*, in *SDHI*, 47, 1981, 212 ss.

¹⁴ G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 16, 1950, 86 ss.

¹⁵ A. BURDESE, *La nozione classica di 'naturalis obligatio'*, Torino, 1955, 86 ss.

¹⁶ A. BURDESE, *Il concetto di 'ius naturale' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, 7, 1954, 407 ss.

¹⁷ A. BURDESE, *Dubbi in tema di 'naturalis obligatio'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, 485 ss.

¹⁸ G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 126 ss.

¹⁹ A. BURDESE, *La nozione*, cit., 147 ss.

gradenwitziana, risalirebbero ‘al pensiero genuino’ dei classici esclusivamente le testimonianze concernenti la *naturalis obligatio* del *potestati subiectus* verso l’esercente potestà (e viceversa), verso altri *alieno iuri subiecti* in potestà del medesimo *pater*, verso gli *extranei*, e la *naturalis obligatio* del pupillo *qui iam aliquem intellectum habet*, contratta *sine tutoris auctoritate*. La nozione avrebbe poi subito un’estensione nel ‘diritto giustiniano’ fino a perdere valore unitario per assimilarsi a quella di *obligatio iuris gentium*, pur ricomprendendo anche quella relativa ad obblighi non coercibili²⁰.

Secondo G.E. Longo, diversamente, la testimonianza giuliana avrebbe riguardato la sola tutela pretoria – mediante *actio de peculio* – delle *obligationes naturales servorum* verso gli *extranei*; si dovrebbe, invece, ascrivere a mano giustiniana il successivo riferimento, nelle due *leges geminatae*, alla *soluti retentio*, in luogo di un’originaria menzione della *deductio de peculio* relativa alle obbligazioni servili verso il *dominus*²¹; la nozione ‘classica’ non avrebbe incluso, inoltre, i crediti degli *alieno iuri subiecti* verso l’esercente potestà.

A distanza di un paio d’anni dalla monografia di G.E. Longo, Cornioley²², correggendo ‘*eorum*’ al femminile²³, avrebbe riferito invece il pronome ricorrente in Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.4 e Ulp. 47 *ad Sab.* D. 44.7.10 a *obligationes naturales* che, in quanto fondate sulla

²⁰ G.E. LONGO, *Concetto*, cit., 112, ID., *Ricerche*, cit., 13.

²¹ Sul punto cfr. le repliche di A. BURDESE, *La nozione*, cit., 35, nt. 20.

²² P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964, 18 ss.

²³ P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 31 ss. legge in tal senso il testo della *Vulgata* nella quale in entrambi i passi (Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.3-4; Ulp. 47 *ad Sab.* D. 44.7.10) si legge ‘*earum*’ al posto di ‘*eorum*’. Una conferma sarebbe derivata, inoltre, dalla lettura dei *Basilici*, poiché nel passo corrispondente a Ulp. 47 *ad Sab.* D. 44.7.10 (Bas. 52.1.9), il pronome in questione, tradotto con il termine ‘*αὐτῶν*’, non avrebbe posto alcun problema di ordine grammaticale e si riferisce all’iniziale «*αἱ φυσικαὶ ἐνοχαί*».

fides, avessero ricevuto tutela dall'*actio aliqua* indicata nel primo frammento, evidenziando peraltro come all'integrazione (proposta da Gradenwitz al plurale) «*pro servis*» non corrispondesse il sostantivo (al singolare) «*fideiusson*». L'espressione gaiana «*adeo quidem ut*», cui Siber aveva assegnato valore avversativo²⁴ e Perozzi quello esplicativo²⁵, avrebbe indicato per Cornioley una gradazione esemplificativa di ipotesi strutturalmente differenti²⁶, anche se questi riconosce che almeno dall'età tardo-classica la nozione di *obligatio naturalis* si sarebbe allargata a tal punto da ricomprendere anche i *debita* degli *alieno iuri subiecti*²⁷.

Nel 1976 la correzione del pronome personale al femminile sarebbe stata accolta, non senza sforzo²⁸, da Buti che pure avrebbe ritenuto plausibili le critiche alla ricostruzione di Cornioley mosse da Kaser (il quale aveva ammesso una lettura *ad sensum* del problematico «*eorum*» con il successivo «*debitore*») ²⁹, e pur evidenziando, con Labruna³⁰, che l'esegesi di Gradenwitz («campione del metodo interpolazionistico»), rispetto a quella di

²⁴ H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 21.

²⁵ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 45, nt. 1.

²⁶ Sul punto però cfr. L. LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3.119a*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, 57.

²⁷ Sull'origine glossematica di Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16.3-4 vd. P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 38, 263. Contro l'ipotesi di un'origine glossematica del frammento giuliano ricalcata su quello ulpiano, M. KASER, *Recensione a P. CORNIOLEY, 'Naturalis obligatio'*, cit., in *ZSS*, 83, 1966, 467, rileva però che la costruzione resa col congiuntivo «*eo si... possit*» suggerirebbe l'idea che il giurista severiano stesse in effetti citando Giuliano.

²⁸ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976, 230, nt. 10; 232, nt. 15.

²⁹ M. KASER, *Recensione a P. CORNIOLEY, 'Naturalis obligatio'*, cit., 466. Analogamente anche Y. THOMAS, *Naturalis obligatio pupilli*, in *Sein und Werden im Recht. Fest. von Lübtow*, Berlin, 1970, 478 ss., e I. BUTI, *Studi*, cit., 232 s.

³⁰ L. LABRUNA, *Recensione a P. CORNIOLEY, 'Naturalis obligatio'*, cit., in *Iura*, 16, 1965, 401 s.

Cornioley, fosse più aderente al dato letterale del testo³¹, anche se, nel complesso, meno persuasiva³². Dal canto suo Buti³³, escludendo l'identità concettuale delle *obligationes naturales* con i *debita servorum*, ha ipotizzato invece che Giuliano avesse descritto nel brano una categoria di obbligazione naturale attraverso due parametri diversi: uno (elaborato all'età di Labeone e Sabino³⁴) con riguardo alle negoziazioni extrapeculiari; e l'altro, successivamente esteso (sia pure *per abusioem*, Iul. 53 dig. D. 46.1.16.4) ai rapporti tutelati dall'*actio de peculio*, fino a raccogliervi le obbligazioni naturali *iuris gentium*³⁵. Tale interpretazione però – avrebbe replicato Burdese – avrebbe comportato che la definizione giuliana contenesse una enunciazione di criteri «tanto generica da involgere qualunque obbligazione, senza che ne risultasse individuata qualsiasi nozione di *o.n.*»³⁶.

Invece, negli scritti di G.E. Longo e di Cornioley, che pure muovevano dall'analisi testuale di Gradenwitz, Mantello³⁷ avrebbe registrato una tensione 'sistematizzante': il primo avrebbe infatti informato la sua ricerca a un metodo d'indagine ispirato dalla coerenza logico-domatica³⁸; il secondo, a un metodo ideologicamente ispirato all'organicismo e all'evoluzionismo; «in altri termini – osserva Mantello – anche il Cornioley rimane invischiato nell'idea della logicità interna dei processi sovrastrutturali, con la differenza però, rispetto al Longo, che tale

³¹ I. BUTI, *Studi*, cit., 230.

³² Sul punto, cfr. anche già G. SCHERILLO, *Le obbligazioni naturali*, in *AG*, 175, 1968, 546 ss.

³³ I. BUTI, *Studi*, cit., 227.

³⁴ Quanto alla posizione di Sabino, cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 270, nt. 120.

³⁵ I. BUTI, *Studi*, cit., 232 ss.

³⁶ A. BURDESE, *Recensione a I. BUTI, Studi*, cit., in *Iura*, 27, 1976, 208.

³⁷ A. MANTELLO, 'Beneficium servile' - 'Debitum naturale', Milano, 1979, 186 ss., 186 ss., 206 ss.

³⁸ Vd., ad es., G.E. LONGO, *Concetto*, cit., 112.

logicità non gli appare statica. Egli la concepisce dinamicamente, come frutto di sviluppo e di assestamenti diacronici, coordinati e legati di necessità fra di loro»³⁹.

Sta di fatto che al di là delle numerose variazioni sul tema avvicendatesi nella letteratura⁴⁰, il problema si è così principalmente tradotto – e non solo negli scritti di G.E. Longo e Cornioley, ma anche in buona parte della letteratura successiva, se si pensa alle monografie e ai contributi ancora di recente dedicati in argomento⁴¹ da Lucia di Di Cintio⁴² e Sara Longo⁴³ – in un interrogativo d'ordine dogmatico: vale a dire se potesse

³⁹ A. MANTELLO, *'Beneficium'*, cit., 207.

⁴⁰ Sul punto sia consentito rinviare alla bibliografia attentamente ripercorsa da S. LONGO, *'Actio' contro il 'fideiussor servi' e 'actio de peculio' contro il 'dominus'*, in *Labeo*, 44, 1998, 377, nt. 2, aggiornata in S. LONGO *'Filius familias se obligat'? Il problema della capacità patrimoniale dei 'filii familias'*, Milano, 2003, 17, nt. 23.

⁴¹ Sul tema di recente anche PH. LANDOLT, *D.12.6.60 pr. et l'obligation naturelle*, in *RIDA*, 45, 1998, 255 ss.; ID., *Natural bare and social duty*, Wien, 2000; H. HONSELL, *'Naturalis obligatio'*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Milano, 2001, 367 ss.; M. HUMBERT, *Equité et ration naturelle dans le oeuvres de Celse et de Julien*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 465 ss., pur proponendo con cautela la correzione di *'eorum'* al femminile, giudica complessivamente chiara la posizione di Giuliano: «Julien ne définit pas l'*obligatio* par référence à l'existence d'une sanction (l'action), aspect externe, formel, artificiel, qui ne relève que du *ius*. Il remonte à ce que l'on pourrait appeler l'*'Urtyt'* de l'obligation, à sa structure élémentaire, à son essence, bref à sa nature. C'est le sens qu'il donne à la *naturalis obligatio*, l'obligation qui existe indépendamment de sa reconnaissance ou de sa réception par le droit civil».

⁴² L. DI CINTIO, *Considerazioni sulla 'naturalis obligatio' del 'filiusfamilias' (a proposito di Afr. D. 12.6.38, Ven. 14.6.18)*, in *RIDA*, 53, 2006, in part. 218 ss.; EAD., *'Natura debere'*, cit., 40 ss.

⁴³ S. LONGO, *'Naturalis obligatio' e 'debitum servi' in Gai 3.119a*, in *Iura*, 46, 2000, 53 ss.; EAD., *D. 46.1.16.3-4 (e D. 44.7.10)*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'*. *Studii in onore di L. Labruna*, Napoli, 2007, 2933 ss.; EAD., *Il credito del 'servus' nei confronti di un 'extraneus': 'naturale creditum'?*, in *AUPA*, 58, 2015, 131 ss.

riconoscersi una, o più di una, nozione classica di *obligatio naturalis* e se potessero esserne delimitati i contorni, al punto tale da raccogliervi i debiti dell'esercente potestà verso i suoi figli e servi⁴⁴, e ricomprendervi i debiti servili verso il *dominus*, verso gli *extranei* o nei riguardi di altri *alieno iuri subiecti* in potestà del medesimo *pater*.

La questione rileva, poi, anche sotto il profilo processuale, dal momento che la riconduzione dei debiti servili nell'ambito delle *obligationes naturales* potrebbe ammettere un'ipotesi ricostruttiva dell'*intentio* (*in ius concepta*) delle cd. *actiones adiecticiae qualitatis* che avesse tollerato, in età abbastanza risalente, la definizione di questi rapporti in termini di 'oportere'⁴⁵. E tuttavia, l'elaborazione concettuale delle *obligationes naturales* – vista dalla prospettiva di Gradenwitz – non sembrerebbe precedere l'opera di Salvio Giuliano.

Vero è che la concettualizzazione del *debitum naturale* nel suo maestro Giavoleno⁴⁶, trovando forse un riscontro in Seneca⁴⁷, potrebbe indurre a supporre un tessuto dottrinario⁴⁸ più antico (che

⁴⁴ Lo esclude G.E. LONGO, *Concetto*, cit., 95 ss., ID., *Ricerche*, cit. 91, nt. 12, 95 ss. Sul punto cfr., però, I. BUTI, *Studi*, cit., 247 ss.

⁴⁵ Per una recente, rapida ma efficace analisi della critica interpolazionistica sull'*oportere* vd. R. CARDILLI, *'Dammatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 15 ss. e ivi bibl.

⁴⁶ Iav. 2 *ex post*. D. 35.1.40.3.

⁴⁷ Sen. *ben.* 6.4.6: ...*manet beneficium, quamvis non debeatur, sicuti quaedam pecuniae, de quibus ius creditori non dicitur, debentur, sed non exiguntur*. Sull'influenza del pensiero seneciano sull'elaborazione dei giuristi in materia vd. F. STELLA MARANCA, *Seneca giureconsulto*, Lanciano, 1926, 13 ss.; sul punto, però, cfr. A. MANTELLO, *'Beneficium'*, cit., *passim*, spec. 451. Rintraccia invece un'influenza della dottrina stoica sulla concettualizzazione delle *obligationes naturales* CH. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot*, cit., 41 ss.

⁴⁸ A. MANTELLO, *'Beneficium'*, cit., in part. 395 ss. e ivi bibl.

in storiografia è stato retrodatato al contesto tardo-repubblicano⁴⁹); in ogni caso però, essa sembrerebbe successiva alla formazione e allo sviluppo delle azioni adiectitiae⁵⁰.

Pertanto, in tempi più recenti sono ritornati sull'argomento Miceli e S. Longo. La prima⁵¹ aderisce alla ricostruzione di Gradenwitz, finendo con l'escludere che le cd. azioni adiectitiae relative ai debiti degli *alieno iuri subiecti* implicassero la cd. trasposizione di soggetti, e concludendo, in adesione a Burdese⁵², che la nozione di *obligatio naturalis* trovasse una giustificazione diversa e autonoma da quella individuata alla base delle *actiones adiecticiae qualitatis*.

S. Longo⁵³, invece, si è occupata di *filii familiarum* giungendo a stimarli incapaci di obbligarsi in proprio se non in prossimità dell'età giustiniana: i loro debiti, in tanto sarebbero stati rilevanti in quanto fossero rientrati – come i *debita servorum* – nell'alveo delle *obligationes naturales*. Ovviamente, accedendo a questa ipotesi si complicherebbero ulteriormente le chiavi di lettura dell'espressione «*eorum nomine*» ricorrente nelle *leges geminatae* su cui si era appuntata la lettura di Gradenwitz: se, come i servi, anche i figli avessero prodotto solo obbligazioni naturali, sarebbe infatti

⁴⁹ F. SENN, *Les obligations naturelles: la leçon de la Rome antique*, in RHD, 36, 1958, 179 s.

⁵⁰ Sulla datazione delle cd. *actiones adiecticiae qualitatis* vd., recentemente, S. LONGO, *Filius*, cit., 14 ss., nt. 22, ed ivi bibl., C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di M. Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 294 e ivi bibl.

⁵¹ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001.

⁵² A. BURDESE, *La nozione*, cit., 35.

⁵³ S. LONGO, *Filius*, cit., *passim*.

ingiustificata una lettura che limitasse il significato del pronome 'eorum' ai primi e non anche ai secondi⁵⁴.

E infatti S. Longo⁵⁵ propone la seguente integrazione del frammento giuliano in

Iul. 53 dig. D. 46.1.16: 3. *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur <: et ideo pro servo et filio familias obligetur, quorum>. 4. naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine <non> competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

La palingenesi ricalca per grandi linee quella di Gradenwitz, ma se ne discosta non solo per una variante pressoché innocua («*et ideo pro servo*» invece che «*adeo quidem ut pro servis*») e per la conservazione delle parole «*naturales debitores*» sostituite da Gradenwitz con «*servi*», ma anche per l'inserimento di «*et filio*

⁵⁴ Analogamente, L. DI CINTIO, *Natura debere*, cit., 50 in part., nt. 47, 61 ss. Sta di fatto però che per una lettura del brano giuliano limitata ai soli *servi* depone il dato testuale che ci deriva dal confronto con Gai 3.119a.

⁵⁵ S. LONGO, *D. 46.1.16.3-4*, cit., 2933 ss. in part. 2972, EAD., *Il credito*, cit., 131.

familias» subito dopo «*pro servo*» e soprattutto per un «*nom*»⁵⁶ prima di «*competit*»⁵⁷.

2. Il 'rinnovato interpolazionismo' in tema di 'obligationes' degli 'alieno iuri subiecti'

L'interessante integrazione proposta da S. Longo si pone in un contesto più ampio di quello osservato da Gradenwitz, e il cui baricentro non insiste più sulla nozione di *obligatio naturalis*, ma sulla capacità negoziale degli *alieno iuri subiecti*.

Purtroppo, con riguardo alla capacità negoziale e processuale del *filius familias*, le fonti estranee alla Compilazione non ci conservano informazioni univoche: la più importante è sicuramente Gai 3.104, ma si tratta di un brano mutilo proprio nella parte in cui il maestro antonino elenca i soggetti incapaci di obbligarsi mediante *stipulatio*⁵⁸. Qualche impressione, invero

⁵⁶ Seguendo il rilievo di G. BROGGINI, 'Obligatio naturalis', in *SDHI*, 31, 1965, 366 ss., ora in ID., 'Coniectanea'. *Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 491 ss., in part. 503 s.; S. LONGO, *D. 46.1.16.3-4*, cit., 2958 ss., giudica un controsenso «una nozione di *naturalis obligatio*» che si articolasse sia nel debito tutelato da azione sia in quello protetto in ragione della *soluti retentio*, qualora le due ipotesi fossero 'alternative', laddove, a giudicarle 'cumulative' escluderebbe dalla sua trattazione i debiti servili contratti con i padroni.

⁵⁷ S. LONGO, *D. 46.1.16.3-4*, cit., 2973, infatti, ritiene che il frammento sia stato stravolto dalla ricomprensione giustiniana delle *obligationes iuris gentium* in seno alla categoria di *obligationes naturales*.

⁵⁸ *Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.* Il Veronese, al r. 9 f. 94 u., presenta infatti una lacuna integrata, sulla scorta di I. 3.19.6, come *filia familias*. S. LONGO, 'Filius', cit., 54 ss., però, evidenzia la difformità testuale tra le *Istituzioni* di Gaio che elencano gli *alieno iuri subiecti* incapaci di vincolarsi a mezzo di stipulazione, e quelle di Giustiniano che

incerta, può forse trarsi da qualche fonte atecnica; ma gli elementi che se ne ricavano sono fragili e, forse anche per questo, vengono perlopiù trascurati dalla letteratura che si è occupata *ex professo* del tema⁵⁹.

limitano l'osservazione al *servus*, al quale sono contrapposti i figli. *Contra*, però, A. BURDESE, *Recensione a S. LONGO, 'Filius'* cit., in *SDHI*, 71, 2005, 599.

⁵⁹ Il riconoscimento della capacità del *filius familias* sembrerebbe postulata da Cicerone (Cic. *Phil.* 2.18.45-46) che riferisce di un'obbligazione di garanzia contratta da un minore ancora sottoposto a potestà paterna contro il consenso di suo padre. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, 1927, 52, scorge nel soccorso paterno sollecitato dall'Arpinate una prova relativa all'esperibilità dell'*actio indicati* contro il figlio di famiglia. In ogni modo, si tratta solo di un'ipotesi esegetica, sulla quale è ora tornato F. KLINK, *Die persönliche Haftung des 'filius familias'*, in *ZSS*, 132, 2015, 126: in effetti non sappiamo neanche quale tipo di garanzia avesse offerto il *filius familias* interessato; se, com'è probabile, fosse stata una fideiussione, essa comunque non sarebbe stata «*sine effectus*»: lo avrebbe precisato Ulp. 7 *disp.* D. 46.1.10.2: *filius familias pro parte poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et, dum in potestate manet, condemnari potest.* S. LONGO, *'Filius'*, cit., 105 s., giudica insitiche le parole '*condemnari potest*'. Ancora di Cicerone merita di essere però segnalato Cic. *pro Cael.* 16.37, in cui si raffigura il rimprovero di un padre per la condotta dissoluta del figlio, per il rischio che avrebbe comportato in capo a lui, e non al padre, di condurre a un futuro di ristrettezze economiche. Un'altra attestazione ci proviene da Sen. *ben.* 5.19: interrogandosi sul debito di riconoscenza (descritto con il verbo '*obligo*') che fosse derivato al *pater* per effetto di benefici ricevuti attraverso un familiare, un servo o un oggetto, Seneca invita a distinguere gli *exempla*, per isolare il caso del figlio il quale, a differenza del *servus*, *capax est beneficii* (*quia* – continua in Sen. *ben.* 5.19.5 – *et, si filius meus pecuniam sumpserit, creditori numerabo, non tamen ideo ego debuerō*). Secondo A. MANTELLO, '*Beneficium*', cit., 424, Seneca si fa portavoce di una rinnovata concezione della capacità patrimoniale del figlio che vedrebbe solo quest'ultimo come destinatario del beneficio anche se – ricorda Seneca attraverso le parole del suo interlocutore (Sen. *ben.* 5.19.2) – «*filiū ... patrimonium pertinet ad patrem*». Non può sfuggire, tuttavia, che il filosofo, lungi dal riconoscere il debitore nel figlio, si limita piuttosto a distinguere il caso del

Non ricorrendo neanche attestazioni papirologiche ed epigrafiche di azioni processuali concernenti la responsabilità personale dei *fili familiarum*⁶⁰, il tema deve essere affrontato, dunque, principalmente alla luce delle fonti giustinianee, che sul punto però non riescono a sottrarsi al sospetto di interpolazioni; tant'è che a tutt'oggi il dibattito, ancora molto vivace, coinvolge anche brani passati indenni attraverso la critica interpolazionistica.

Si tratta perlopiù di frammenti che esulavano dall'indagine di Gradenwitz, programmaticamente⁶¹ condotta sullo studio delle testimonianze che recano, tra l'altro, la locuzione «*actio competit*» (rivelatrice di un'azione civile, cui corrispondeva l'*oportere* nell'*intentio* a carico del convenuto)⁶², laddove – vedremo – la

beneficium accordato al servo, idoneo a creare un debito in capo al *dominus* da quello accordato al *filius* che non avrebbe vincolato il padre.

⁶⁰ Nonostante R. TAUBENSCHLAG, '*Patria potestas*' im Recht der Papyri, in ZSS, 54, 1934, 137-146, ora in ID., *Opera Minora*, II, Warszawa, 1959, 261-321, in part. 312 ss., avesse evidenziato che non ricorrano papiri attestanti azioni processuali che abbiano coinvolto *fili familiarum*, ricavava invece – R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of papyri*, Warszawa, 1955, 149, nt. 77 – una testimonianza, invero abbastanza tarda, della capacità negoziale dei *filiifamilias* in PSI VIII.873 del 299. Deve segnalarsi, tuttavia, che il papiro attesta un debito di un figlio di famiglia contratto, con la garanzia del padre, innanzi a una comunità civica; l'intervento del padre sembra sottendere, però, quantomeno un'autorizzazione del padre, sufficiente a radicare la responsabilità di quest'ultimo anche secondo i criteri delle cd. azioni adietizie; e ciò, senza voler considerare che la garanzia paterna, ove intesa in senso tecnico, potrebbe essere stata anche accessoria a un'obbligazione naturale del figlio.

⁶¹ O. GRADENWITZ, *Natur*, cit., 4, nt. 1.

⁶² Cfr., tra gli altri, M. WLASSAK, *Edikt und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena, 1882, 35 s., 61, ID., *Römische Prozessgesetze*, Leipzig, 1888, 43 ss.; inoltre, P. KRÜGER, *Ueber 'dare actionem' und 'actionem competere' in der justinianischen Compilation*, in ZSS, 16, 1895, 1 ss., H. ERMANN, *Recht und Prätor*, in ZSS, 25, 1904, 319, nt. 1, A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 84 ss. Sul punto, recentemente, anche per ulteriore bibl., vd. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, Torino, 2006, 226, nt. 625.

convenibilità dei *filii familiarum* viene invece affermata da azioni onorarie (esprese con la locuzione «*actionem dabos*» e simili⁶³, rispetto alla quale il vincolo a carico del convenuto è solitamente sintetizzato come «*actione teneri*»).

Tralasciando le proclamazioni a carattere generale, l'autonomia riconducibile al *peculium castrense* e le controverse testimonianze relative al *SC. Macedonianum*⁶⁴, conviene qui riservare la nostra attenzione ai frammenti di Giuliano, al quale viene attribuita la prima delle due *leges geminatae* e del quale la Compilazione, in numerosi luoghi, testimonia un particolare

⁶³ Quanto alle ipotesi sulla differenza semantica tra *dare/denegare actionem e iudicium* e in particolare alla posizione di Gradenwitz in proposito, vd. O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 103 ss.; ID., *Zum Sprachgebrauche des prätorischen Edikts*, in *ZSS*, 8, 1887, 252 ss. Sul punto, anche per ult. bibl., cfr. S. LONGO, *Filius*, cit., 160, spec., nt. 162; S. SCIORTINO, *'Denegare iudicium' e 'denegare actionem'*, in *AUPA*, 58, 2015, 197 ss., in part. 202 s.

⁶⁴ Per la letteratura più recente, cfr. F. LUCREZI, *'Senatusconsultum Macedonianum'*, Napoli, 1992, 87; B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Antecedentes y consecuencias del SC. Macedoniano*, Valencia, 2000, 263; M. MICELI, *Sulla struttura*, cit., 93; *contra* S. LONGO, *Filius*, cit., 191 ss.; EAD., *'Senatusconsultum Macedonianum'. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino, 2012, 96 ss. Tra le testimonianze estranee alla compilazione, giova segnalare al riguardo Tac. *ann.* 11.13 in cui si ascrive già a Claudio un intervento finalizzato a reprimere i prestiti di denaro a figli di famiglia, in *mortem parentum*, nonché Suet. *Vesp.* 11 (...*neve filiorum familiarum faeneratoribus exigendi crediti ius umquam esset, hoc est ne post patrum quidem mortem*), laddove l'estensione del divieto 'anche' dopo la morte del genitore lascia intendere che l'intervento concernesse il *ius exigendi crediti* anche durante la vita del padre. La specificazione conferma le parole di Ulp. 29 *ad ed. D.* 14.6.1 pr.: *placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam po di dist mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur...* Al riguardo, però, cfr. S. SOLAZZI, *Sulla capacità del 'filius familias' di stare in giudizio*, in *BIDR*, 11, 1898, 113 ss. ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, 1 ss. (da cui si cita), in part., 28 ss.; F. LUCREZI, *'Senatusconsultum Macedonianum'*, cit., 84, S. LONGO, *Filius*, cit., spec. 253 ss. Sul punto vd. altresì Paul. Sent. 2.10.

interesse al tema. In effetti – anche senza tener conto dei frammenti in materia di responsabilità da delitto o quasi delitto – la responsabilità del *filii familias* viene espressa in diversi luoghi del *Digesto*⁶⁵, il più antico dei quali è riferibile proprio a Giuliano⁶⁶ ad eccezione di un discusso brano attribuito a Mela e Fulcinio⁶⁷. A Giuliano si devono anche le prime riflessioni in materia di *obligatio naturalis*⁶⁸. Rinviando a Giuliano, Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.42 intende

⁶⁵ Così Afr. 7 *quaest.* D. 3.5.45(46) pr.; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3.4; Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.5.2.2; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 5.1.57; Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.36.1; Paul. 28 *ad ed.* D. 12.2.24; Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.26.1; Paul. 9 *ad Sab.* D. 13.1.5; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.3.4; Paul. 30 *ad ed.* D. 14.5.5 pr.; Ulp. 63 *ad ed.* D. 15.1.44; Paul. 61 *ad ed.* D. 15.1.45; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.3.10.2; Paul. 32 *ad ed.* D. 16.2.9.1; Ulp. 29 *ad ed.* D. 16.3.1.42; Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19.1.6.7; Marcian. 4 *reg.* D. 22.1.32.3; Tryphon. 12 *disp.* D. 24.3.53; Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.6.1; Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.11.8; Gai 3 *ad ed. prov.* D. 44.7.39; Ulp. 7 *disp.* D. 46.1.10.2. Con riferimento alla responsabilità da atto illecito Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.3.1.7 e l'analoga testimonianza in Gai 3 *aur.* D. 44.7.5.5; cfr., inoltre, oltre al già citato Ulp. 41 *ad Sab.* D. 5.1.57, Pomp. 14 *ad Sab.* D. 9.4.33; Iul. 4 *ad Urs.* D. 9.4.34; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 9.4.35; Iul. 45 *dig.* D. 47.10.36.

⁶⁶ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 274, nt. 313. Non è forse un caso la consistenza numerica delle informazioni in tema di responsabilità adiettizia tratte dalle opere giulianee e conservate nel *Digesto*, come Gai 1 *ad ed. prov.* D. 2.14.28.2; Gai 1 *ad ed. prov.* D. 2.14.30.1; Paul. 17 *ad Plant.* D. 12.1.31.1; Iul. 11 *dig.* D. 13.7.28.1; Iul. 11 *dig.* D. 14.3.12; Ulp. 64 *ad ed.* D. 14.6.3.2; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.6; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.7.1; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.9.8; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.11.2-4, 7; Ulp. 12 *dig.* D. 15.1.16; Iul. 12 *dig.* D. 15.1.37.3; Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.33; Iul. 15 *dig.* D. 19.1.24; Iul. 57 *dig.* D. 21.2.39.1; Iul. 43 *dig.* D. 40.7.13.1; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.5; Iul. 44 *dig.* D. 41.4.7.2; Ulp. 49 *ad Sab.* D. 45.1.38.6; Iul. 42 *dig.* D. 45.1.56; Iul. 52 *ad ed.* D. 45.3.1; Iul. 12 *dig.* D. 46.1.11; Iul. 4 *ex Min.* D. 46.1.19.

⁶⁷ Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.3.4 su cui *infra*.

⁶⁸ Paul. 3 *quaest.* D. 12.6.60 pr.; Iul. 53 *dig.* D. 46.1.7; Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.1.8; Iul. 53 *dig.* D. 46.1.16. Rileva in argomento anche Iul. 10 *dig.* D. 12.6.32. Sui frammenti Afr. 9 *quaest.* D. 12.6.38; Ven. 2 *stip.* D. 14.6.18; Iul. 43 *dig.* D. 46.1.12, notevole, questo, anche per le implicazioni con il SC. Macedoniano

avvalorare una esplicita petizione di principio che ha quasi il sapore di una *regula* (*'filium familias teneri depositi constat'*), e che non è stata travolta dai numerosi dubbi della critica interpolazionistica sulla genuinità del brano⁶⁹ (espressi soprattutto per la ricorrenza dell'espressione *'plane'*, di *'veniat'* invece che *'venire'*, del plurale *'nobis'*, della ripetizione *«ut et...contractum est»*, ma che sono stati ripercorsi e superati da Litewski⁷⁰):

Ulp. 30 *ad ed. D. 16.3.1.42: Filium familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur: sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio. idem et in servo: nam cum domino agatur. plane et Iulianus scripsit et nobis videtur, si eorum nomine qui sunt in potestate agatur, veniat in iudicium et si quid per eum in cuius iure sunt captus fraudatusve est, ut et dolus eorum veniat, non tantum ipsorum cum quibus contractum est.*

Si tratta di una testimonianza, quest'ultima, che, pur recando la locuzione *«eorum nomine»*, non veniva presa in considerazione nello studio di Gradenwitz dal momento che postulava un'*«actione teneri»* invece che un'*«actio competiti»*.

Recentemente S. Longo esclude la genuinità anche della parte del frammento ulpiano in cui si proclama la responsabilità del *filius*. Nella versione originaria – ipotizza S. Longo – il giurista avrebbe invece equiparato la posizione del figlio a quella del servo come dimostrerebbe l'*idem et in servo*. Espressione, questa, che non

postulate da Iul. 12 *dig. D. 46.1.11, vd., da ultimo, L. DI CINTIO, Considerazioni, cit., 199 ss.*

⁶⁹ M. PAMPALONI, *Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, in *AG*, 55, 1895, 509; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 46 s.; B. BIONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, in *AUPA*, 10, 1925, 50; ID., *'Actiones stricti iuris'*, in *BIDR*, 32, 1922, 65, nt. 4.

⁷⁰ W. LITEWSKI, *Die Personen des römischen Verwahrungsverhältnisses*, in *RIDA*, 47, 2000, 286 ss.

sarebbe circoscritta alle parole immediatamente precedenti '*sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio*'.

Il frammento avrebbe subito vicende analoghe al brano ulpiano raccolto in Ulp. 48 *ad Sab.* D. 46.4.8.4, laddove, a dispetto della *regula* enunciata in apertura '*filiusfamilias promittendo patrem civiliter non obligat sed se obligat*', Ulpiano avrebbe equiparato (*idem erit et in servo dicendum*) la situazione del *filius familias* a quella del *servus*⁷¹.

Similmente interpolato sarebbe anche il frammento ulpiano in Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.3.4⁷² che, pur equiparando, ai fini della responsabilità *de peculio*, la condizione del figlio a quella del *servus*, dichiara la convenibilità diretta del *filius familias*, finendo per contraddirsi con il successivo confronto con i casi della *filia* e dell'*ancilla*.

Tali argomenti di critica interpolazionistica, indubbiamente puntuali e molto suggestivi, meritano di essere confrontati anche con quei frammenti che conservano il ricordo dell'insegnamento giuliano in materia. Significativamente, infatti, la regola indicata da Ulp. 30 *ad Sab.* D. 16.3.1.42 trova riscontro nella riflessione di Giuliano, sia pure in prospettiva inversa, anche in

⁷¹ Ulp. 48 *ad Sab.* D. 46.4.8.4: *Filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat: propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius. Idem erit et in servo dicendum: nam et servus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum. Quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: ἔχεις λαβῶν δηνάρια τόσα, ἔχω λαβῶν.*

⁷² Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.3.4: *Si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. Sed et si ancillae vel filiae familias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum.*

Paul. 9 *ad Sab.* D. 44.7.9⁷³: *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat.*

Notizia, questa, che a sua volta coincide con l'opinione di Giuliano riferita da Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.19⁷⁴ sull'esperimento dell'*actio iniuriarum* da parte del *filius familias*.

Sempre Giuliano – leggiamo ancora in Ulp. 23 *ad ed.* D. 5.1.18.1, sospettato nella forma da Eisele⁷⁵, Beseler⁷⁶, Rabel⁷⁷, De Francisci⁷⁸, Solazzi⁷⁹ soprattutto per la ricorrenza dell'avverbio

⁷³ Sui limiti della capacità patrimoniale attiva del *filius familias*, con specifico riferimento al mandato, rileva anche Afr. 2 *quaest.* D. 28.5.47(46). Sui rapporti fra le *Quaestiones* di Africano e i *Digesta* di Giuliano vd. P. CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e la logica di Cecilio Africano (a proposito di D. 35.2.88 pr.)*, in *Iura*, 22, 1971, 127. Si riferisce ancora a Giuliano Iul. 52 *dig.* D. 45.1.56.2 (che merita di essere confrontato con Afr. 7 *quaest.* D. 46.3.38 pr.). Quanto a Paul. 9 *ad Sab.* D. 44.7.9, per un buon saggio sulla prospettiva della critica interpolazionistica contemporanea a Gradenwitz, vd. R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*. *Contributo alla teoria delle interpolazioni*, in *BIDR*, 19, 1907, 21 s., nt. 2.

⁷⁴ Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.19: *Idem Iulianus scribit filium non tantum ipsum agere debere, verum procuratorem dare posse: alioquin, inquit, nisi ei permiserimus procuratorem dare, futurum est, ut, si valetudine impediatur neque sit qui iniuriarum actionem exequatur, impediatur actio.*

⁷⁵ F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in *ZSS*, 11, 1890, 16.

⁷⁶ G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1913, 14.

⁷⁷ E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I7, München-Leipzig-Berlin, 1915, 415, nt. 4.

⁷⁸ P. DE FRANCISCI, *'Synallagma'*. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 418.

⁷⁹ S. SOLAZZI, *Sulla capacità*, cit., 53 ss., il quale definisce – p. 54 – «indizio gravissimo d'interpolazione» la ricorrenza iterata dell'avverbio «*forte*».

'forte' – si è interrogato anche sulla capacità processuale del *filius familias* che fosse vittima di un *furtum* o danneggiamento (*furtum vel damnum iniuria passus*) di introdurre (*si non sit qui patris nomine agat*) un *utile iudicium*, *ne impunita sint maleficia*:

Ulp. 23 *ad ed.* D. 5.1.18.1: *Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat (...)*

Nel frammento Ulpiano, dopo aver citato l'ipotesi giuliana del figlio che, lontano da casa *legationis vel studiorum gratia*, avesse subito un furto o un'*iniuria*, ancora in adesione a una prospettiva comune allo stesso Giuliano secondo il frammento paolino in Paul. 9 *ad Sab.* D. 44.7.9 (ma con la precisazione del carattere utile dell'azione) estende poi l'orizzonte anche alle azioni '*ex contractu*'. Tra di esse prende in esame anche la tutela del deposito la cui l'enunciazione – salvo qualche eccezione, come quella (giudicata arbitraria da Litewski⁸⁰) di Rabel⁸¹ – perlopiù viene ritenuta genuina, anche se in linea di massima l'indicazione del deposito e del comodato contenuta nelle *Pandette* non viene giudicata affidante, tanto da essere presa come tema da De Ruggiero⁸² per un

⁸⁰ A.W. LITEWSKI, *Die Personen*, cit., 282.

⁸¹ E. RABEL, *Grundzüge*, cit., 415, nt. 4.

⁸² R. DE RUGGIERO, *'Depositum'*, cit., 1 ss.

contribuito sulla teoria delle interpolazioni pubblicato nel *Bullettino* sette anni dopo il nostro saggio di Gradenwitz.

Nel complesso, in definitiva, l'insistenza con la quale le fonti ritornano in argomento ci induce a supporre quantomeno l'esistenza di una questione giurisprudenziale sulla capacità e sulla legittimazione processuale (anche quella attiva) dei figli in ordine alle azioni che derivavano da questi contratti (probabilmente nella loro versione *in factum*, a seguire Ulp. 1 *disp.* D. 44.7.13⁸³). E possiamo apprezzare come intorno a tale problema si soffermi, in particolare, la riflessione giuliana (quantomeno nelle versioni che ci ha tramandato Giustiniano).

La questione, invero, è collegata anche a una problematica più articolata, che riguarda i limiti della responsabilità degli *alieno iuri subiecti*, come emerge in Paul. 60 *ad ed.* D. 16.3.21, generalmente ritenuto genuino nonostante l'imprecisione dell'indicativo in dipendenza da *licet*:

Paul. 60 *ad ed.* D. 16.3.21: pr. *Si apud filium familias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius. 1. Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur.*

Nel passo si spiega, in particolare, che il figlio depositario che avesse conservato la detenzione della cosa dopo essere stato emancipato, avrebbe dovuto essere convenuto personalmente, escludendo invece che il creditore dovesse ricorrere all'*actio de peculio annalis*. Paolo ricorda, poi, l'opinione di Trebazio secondo cui persino il *servus*, una volta manomesso, avrebbe potuto essere

⁸³ S. SOLAZZI, *Sulla capacità*, cit., 57.

convenuto con l'*actio depositi* se avesse conservato la disponibilità del bene, *licet ex ceteris causis actio non datur*.

Di avviso contrario – apprendiamo da Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.18⁸⁴ – sarebbe stato Marcello (del quale peraltro è nota la tensione antagonistica rispetto alle posizioni di Giuliano), almeno con riferimento alla posizione del *servus*. Quanto al *filius* però, Ulpiano ricorda la convergenza di opinioni sulla legittimazione attiva tra Giuliano e Marcello, in Ulp. 17 *ad ed.* D. 16.3.19: *Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse*. E ciò probabilmente potrebbe spiegare il '*constat*' in Ulp. 17 *ad ed.* D. 16.3.1.42 relativamente alla legittimazione passiva del *filius familias*.

In un contesto di testimonianze concordi nell'evidenziare, sotto diversi profili, le problematicità delle azioni di comodato e di deposito, la testimonianza raccolta in Paul. 60 *ad ed.* D. 16.3.21 mi sembra affermare il principio secondo cui quando il figlio emancipato avesse conservato il bene, avrebbe dovuto essere chiamato a risponderne lui stesso *in solidum*. Vale a dire che non gli sarebbe stata riconosciuta quella limitazione della responsabilità accordata agli emancipati, sotto forma di *beneficium competentiae*, dal

⁸⁴ Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.18: *Si apud servum deposuero et cum manumisso agam, Marcellus ait nec tenere actionem, quamvis solemus dicere doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur: erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum*.

cd. *edictum triplex*⁸⁵ anche per i debiti contratti *sua voluntate*, durante la soggezione alla *patria potestas*⁸⁶.

L'attenzione di Giuliano alle azioni di deposito e comodato che avessero coinvolto gli *alieno iuri subiecti* viene ricordata anche da Gai 9 *ad ed. prov.* in D. 15.1.27 pr.⁸⁷. Nonostante la ricorrenza dell'espressione «*earum nomine*» riferita ad *ancilla e filia familias (depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Iulianus ait)*, il brano – sospettato in letteratura⁸⁸ proprio per la menzione del deposito e

⁸⁵ Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.5.2: pr. *Ait praetor: «in eum, qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate eius cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest». 1. Sed et si citra emancipationem sui iuris factus sit vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit, item si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum est causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest.*

⁸⁶ Beneficio, questo, che sembra confermare i limiti contro i quali si scontrava il creditore, prima come dopo l'acquisto dell'autonomia familiare, se ad esso non si fosse accompagnato anche il suo subingresso, a titolo ereditario, nel patrimonio paterno, o se un significativo lasso di tempo tra la morte del *pater* o l'*emancipatio*, ovvero l'accertamento del dolo a carico del *filius* non giustificassero la sua responsabilità *in solidum*: lo ricorda ancora una volta Marc. 2 *dig.* D. 42.1.10, confermato da Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.5.4.1 e da Ulp. 2 *disp.* D. 14.5.6.

⁸⁷ Gai 9 *ad ed. prov.* D. 15.1.27 pr.: *Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio. depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Iulianus ait: sed et tributariam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse. longe magis non dubitatur, et si in rem versum est, quod iussu patris dominive contractum sit.*

⁸⁸ C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG*, 52, 1882, 469-499; *AG*, 53, 1883, 41-73, 257-309, ora in *Opere di Contardo Ferrini*, III, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 81-203, da cui si cita, in part. 109, giudica «veramente inopinata» la menzione del deposito e del comodato, che farebbero «pensare ad un'alterazione del testo. La quale si rivela sicura a chi confronti il fr. 36 *ibid.*, dove precisamente si discorre dell'*actio de peculio* in

del comodato in luogo dell'*actio fiduciae* – è sfuggito alla cernita di Gradenwitz, contemplando un caso in cui un'*actio* dovesse essere *data* e non spettasse (*competit*) al creditore. La soluzione descritta nel passo trova qualche conferma però – s'è visto – anche in Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.3.4 (*si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. sed et si ancillae vel filiae familias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum*) là dove viene confrontata la condizione della *filia familias* e dell'*ancilla* con la situazione speculare del *filius familias* e del *servus*. Rispetto alla condizione degli altri *alieno iuri subiecti* viene, poi, isolata quella del *filius* che avrebbe potuto essere convenuto personalmente.

In ciò il frammento ulpiano certamente non descrive le innovazioni di Giustiniano per effetto delle quali anche la *filia*, come il figlio, sarebbe stata generalmente passibile di azione; tant'è che l'antico scoliaste (Stefano?) di Sch. 15 *ad Bas.* 13.1.3⁸⁹ avrebbe evidenziato (a dispetto della distinzione ulpiana) che, proprio come il figlio, anche la figlia ἐκ τῶν πρὸς αὐτὴν συναλλαγμάτων καὶ αὐτοπροσώπος ἐνάγεται.

In quel contesto (pregiustiniano) sembrerebbero, pertanto, collocarsi sia la proclamazione della generale responsabilità personale del *filius familias* sia il confronto della sua capacità con quella affatto marginale della *filia*. Analogamente credo, infatti, che

rapporto alla fiducias». Per la letteratura più recente cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, 62 s.; A.W. LITEWSKI, *Hauskinder im römischen Verwahrungsverhältnis*, in 'Status familiae'. *Festschrift für A. Wacke*, München, 2001, 251 ss.; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012, 141 s. e ivi bibl.

⁸⁹ A proposito di Sch. 15 *ad Bas.* 13.1.3 (p. 605, B. II Sch.), vd. C. FERRINI, *Storia*, cit., 140; cfr. pure S. SOLAZZI, *Sulla capacità*, cit., 34.

si debba intendere Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.3.4⁹⁰, a proposito dell'*actio ob res amotas* là dove si legge:

Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.3.4: *Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem*⁹¹.

Il frammento parrebbe attestare la possibilità di convenire la *filia* con l'*actio ob res amotas* sempreché, riconducendo il *dari actionem* ad *aiunt*, e non al *displicuit*, si possa intendere che Mela e Fulcinio avrebbero riferito che 'dovesse essere accordata' (e non che 'fosse disdicevole' accordare) contro di lei tale azione. Sarebbe improbabile, infatti, una diversa interpretazione, dal momento che proprio Paul. 7 *ad Sab.* in D. 25.2.6.2⁹², nel confermare la facoltà del creditore di esperire sia un'*actio de peculio* contro il padre sia di convenire direttamente il figlio *ob res amotas*, rinvia infatti a quanto

⁹⁰ Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.3.4: *Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfatione defendat. sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.*

⁹¹ Analogamente nel nono libro *ad Sabinum* (D. 13.1.5) Paolo conferma «*ex furtiva causa filio familias condici potest; numquam enim ea condicione alius quam qui fecit tenetur aut heres eius*». Va segnalato, però, che Paolo, ricordando in Paul. 3 *ad Nerat.* D. 13.1.19 il parere di Giuliano secondo cui «*filiae, quae res amovit, dandam in patrem condicionem in peculium*», non menziona l'azione rivolta alla figlia.

⁹² Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.6.2: *Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium: si filius familias maritus sit, utrum de peculio an in ipsum actio dari debeat? eadem repetemus, quae de filia familias diximus.*

avrebbe detto a proposito della figlia⁹³: *'eadem repetemus, quae de filia familias diximus'*.

In ogni modo, anche in questa testimonianza, il confronto tra la condizione del *filius* e quella della *filia familias* (e, in particolare, la descrizione dell'una mediante un rinvio a quella dell'altra) sembra essere giustificato da un regime generale altrimenti differenziato tra i due casi, difficilmente riferibile all'età giustiniana.

3. Nuovi interrogativi: un dibattito con Gradennwitz ancora aperto.

Sotto altro profilo, non può essere trascurato come anche una donna *alieno iuri subiecta* equiparabile alla figlia, qual era la *uxor in manu*, potesse essere convenuta attraverso un'*actio utilis rescissa capitis deminutione*⁹⁴.

Ora, è vero che tale azione volgeva al ripristino (sia pure attraverso una *fictio*) dell'autonomia perduta, come se la *status mutatio* non avesse estinto le obbligazioni e la capacità patrimoniale della *capite minuta*; ma è pure vero che tale finzione serviva non a radicare la sua legittimazione passiva, ma piuttosto a consentire l'escussione del suo patrimonio. Lo conferma (*e contrario*) ancora

⁹³ Sarebbe anche ipotizzabile, invero, che le stesse parole in Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.3.4 fossero state inserite da un interpolatore pregiustiniano, e che i Commissari di Giustiniano vi si fossero ispirati, per chiosare in Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.6.2 «*eadem repetemus, quae de filia familias diximus*». I sospetti, però, in questo caso mi sarebbero retti solo dal presupposto (o dal pregiudizio) dell'assoluta incapacità processuale della *filia familias*; e su ciò S. SOLAZZI, *Sulla capacità*, cit., 21 ss., fondava esplicitamente i suoi argomenti interpolazionistici. Sul punto, cfr. altresì R. D'ALESSIO, *Margini di autonomia per le 'filiae familiarum'*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, 4, 2014, 117 ss.

⁹⁴ R. D'ALESSIO, *Sulla legittimazione passiva nell'actio rescissa capitis deminutione*, in *Index*, 36, 2008, 375 ss., ID., *Studi sulla 'capitis deminutio minima'*, Napoli, 2014, 117 ss. e ivi bibl.

una volta Paolo riportando sia pure marginalmente, il pensiero di Giuliano in

Paul. 11 *ad ed. D. 4.5.7.2: Si libertate adempta capitis deminutio subsecuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est, quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit: sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Iulianus scribit, et nisi in solidum defendatur, permittendum mihi est in bona quae habuit mitti.*

Escludendone l'esperibilità *adversus servum* di quella *restitutio* accordata dal pretore contro *adrogati* e *mulieres coëmptae*, *quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit*, nel brano si postula infatti, in negativo, la regola della convenibilità *iurisdictione praetoria* non solo degli *adrogati* (equiparabili ai *fili*) ma anche delle *mulieres coëmptae (familiarum loco)*, perseguibili *praetoria iurisdictione*.

La ragione (*quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit*) che spiega la differenza tra le ipotesi dei servi e dei figli, mi sembra poter escludere sospetti di interpolazione tardoantica o giustiniana, trovando una giustificazione solo in un'età in cui fosse ancora efficace quella *iurdictio praetoria* – che trova conferma nella costante ricorrenza della locuzione «*actionem dabo*» – evocata a fondamento del discrimine tra le situazioni.

A commento dello stesso editto Ulp. 12 *ad ed. D. 4.5.2.2* ribadisce, d'altronde, esplicitamente la capacità negoziale e processuale del solo *filius familias*, escludendo perciò la necessità di un intervento pretorio a tutela dei creditori degli *arrogati* per i debiti contratti dopo la loro *capitis deminutio*:

Ulp. 12 *ad ed. D. 4.5.2.2: 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.

La testimonianza ulpiana imbarazzava Gradenwitz⁹⁵ – Perozzi non avrebbe esitato a definirla una «stoltezza»⁹⁶ – nella parte in cui menziona l'*obligatio naturalis* invece che una tutela pretoria, anche se il commento riguarda un'azione *honoraria*. Su questo punto Gradenwitz sarebbe stato seguito da Siber⁹⁷ e quindi da quasi tutta la letteratura successiva⁹⁸.

G.E. Longo⁹⁹, invece, escludeva che il brano identificasse la nozione di obbligazione naturale con quella onoraria, ipotizzando

⁹⁵ O. GRADENWITZ, *Natur*, cit., 31.

⁹⁶ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 45, nt. 1.

⁹⁷ H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 10.

⁹⁸ Sul punto cfr. E. ALBERTARIO, *A proposito di 'naturalis obligatio'*, in *AG*, 102, 1929, 230 ss., ora in ID., *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 57 ss., in part. 68; G. SEGRÈ, *'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 605, nt. 312, ora in ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 392, nt. 314; J. VÁŽNÝ, *'Naturalis obligatio'*, cit., 172; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaftsstipulationen*, Weimar, 1932, 99, nt. 2; M. KASER, *Zur Geschichte der 'capitis deminutio'*, in *Iura*, 3, 1952, 48; A. BURDESE, *La nozione*, cit., 112 ss.; ID., *Dubbi*, cit., 508; sul punto però cfr., altresì ID., *La 'naturalis obligatio' nella più recente dottrina*, in *Studi Parmensi*, 32, 1983, 75, ora in ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 220, in cui ammette come possibile la genuinità del richiamo alla permanenza dell'*obligatio naturalis*; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 78 s.; S. LONGO, *'Filius'*, cit., 128 ss. Per la genuinità dell'avverbio *'naturaliter'*, sotto diversi profili, cfr. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 348 ss.; G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 151 ss.; P. CORNIOLEY, *'Naturalis obligatio'*, cit., 120 ss.

⁹⁹ Sch. 2 *ad Bas.* 46.2.1 (p. 2737, B, VII Sch.), ripercorrendo il commento di Ulpiano all'editto del pretore, spiega che λέγει δὲ ὁ Οὐλπιανὸς ὅτι οἱ καπίτις ὑποστάντες δεμινουτίονα καὶ τυχὸν εἰς θέσιν ἑαυτοὺς ἐκδεδωκότες, ὑπὲρ μὲν τῶν πρὸ τῆς καπίτις δεμινουτίονος συναλλαγμάτων μένουσι φυσικῶς

piuttosto che volgesse al commento di un'ipotesi di sovrapposizione di tutela onoraria su di un'obbligazione naturale¹⁰⁰. Assegnava, però, a matrice giustiniana l'intero inciso introdotto da «*sed interdum, si contrahatur*» fino alla fine del paragrafo¹⁰¹. Ritenendo, infatti, che nella parte precedente del brano Ulpiano trattasse di un'ipotesi comunque tutelata dal pretore in via di azione, rilevava l'incongruenza della chiusa, la quale – contrariamente agli intenti espressi dalla formula eccezionale «*sed interdum*» – non avrebbe enunciato alcuna deroga se non in riferimento alle *mulieres coemptae*, a cui si riferirebbe l'editto commentato (Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.5.2.1)¹⁰² menzionando le *capite deminutae*.

Tale valutazione, tuttavia, a mio giudizio non tiene conto del fatto che nel caso concreto la specificazione, se avesse voluto esplicitare l'incapacità negoziale delle *mulieres coemptae*, apparirebbe non solo illogica ma addirittura anacronistica per i giustiniani che non solo non avrebbero praticato più la *coemptio*, ma che, sotto altro profilo, equiparavano la capacità negoziale della figlia a quella del figlio.

εἰδὲ ὀλόκληρον ἐνεχόμενοι· τῷ γὰρ πολιτικῷ νόμῳ τεθνάναι δοκοῦσι· καὶ διὰ τοῦτο δίδωσι εἰς ὀλόκληρον κατ'αὐτῶν τὸν ῥεσκισσόριον τύπον ὁ πραιτωρ, ἐπειδὴ κατὰ φύσιν ἐνέχονται.

¹⁰⁰ S. LONGO, *Filius*, cit., 129, vi intravede invece un'interpolazione finalizzata ad affermare la convenibilità del *filius familias* a chiusura di un più grave intervento manipolatorio volto a generalizzare il riferimento al *debitum naturale*, inizialmente riservato agli *adrogati*, ritenendo che il brano ulpiano sull'editto *de capite minutis*, nell'affermare la convenibilità in giudizio del *filius familias*, sia inconciliabile con la testimonianza di Gai 4.38 nella parte in cui afferma che l'*adrogatus* «*desinit iure civili deberi*».

¹⁰¹ G.E. LONGO, *Ricerche*, cit., 165 ss.

¹⁰² 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».*

Se invece si prende in considerazione che la prospettiva dalla quale è informato il *principium* del frammento¹⁰³ contiene una descrizione comparativa tra l'ipotesi di *capitis deminutio minima* e quelle più gravi, la chiosa «*sed interdum... se obligat*» rivela la sua funzione eccettuativa rispetto all'*adrogatus*, la cui condizione veniva contrapposta a quanti avessero subito altre forme di *capitis deminutio* dal momento che solo l'*adrogatus perinde obligabitur ut filius familias*.

Ovviamente, alla luce dei nuovi percorsi seguiti dalla letteratura dopo le riflessioni di Gradenwitz e sempre più distanti dal loro punto di partenza, restano aperti molti altri problemi che pure non erano avvertiti come tali quando lo studioso tedesco affrontava i temi in esame: il più difficile è segnato dalla individuazione delle forme di esecuzione a carico di un figlio tra le incertezze storiografiche oscillanti dall'idea di un'assoluta irresponsabilità del figlio per le sue obbligazioni a quella di una forma di esecuzione personale¹⁰⁴. Questioni, queste, con cui la storiografia dovrà confrontarsi ancora a lungo, e che, infittendosi, tendono ad allontanarsi ulteriormente dai temi analizzati da Gradenwitz nel saggio del 1900, ma che proprio per questo ne confermano ancora oggi la straordinaria fecondità.

¹⁰³ Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.5.2 *pr.*: *Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt. Ceterum sine amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum neque possunt hi penitus conveniri: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum.* In proposito R. D'ALESSIO, *Studii*, cit., 151 ss.

¹⁰⁴ Sembrerebbe postulare la possibilità di un'esecuzione sul peculio Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.11. Più in generale, però, e per l'ipotesi di un'esecuzione personale *vd.*, da ultimo, F. KLINK, *Die persönliche Haftung*, cit., 126 ss.

ABSTRACT

Lo studio si occupa dell'influenza del saggio di Gradenwitz *Natur und Sklave bei der 'naturalis obligatio'* sulla storiografia che si è occupata della capacità negoziale degli *alieno iuri subiecti*. Si esamina, in particolare, lo sviluppo del dibattito storiografico su questioni che, pur allontanandosi dall'analisi di Gradenwitz sulle obbligazioni naturali, da questa traggono origine conservandone il metodo critico. Si analizza, in particolare, il dibattito sulla genuinità di fonti, passate indenni attraverso la stagione interpolazionistica, ma recentemente messe in discussione e su di esse si prende posizione.

The paper regards the influence of the essay of Gradenwitz *Natur und Sklave bei der 'naturalis obligatio'* on the studies concerning obligations of persons *alieno iuri subiecti*. The historiographic debate is analysed in the light of subjects which have departed from Gradenwitz, although founding on his study and his exegetic methods. Indeed, the paper deals with the historiographic analysis of sources recently considered as interpolated, beyond the interpolationistic critique.

RAFFAELE D'ALESSIO
Ricercatore di Diritto Romano
Università del Salento
E-mail: raffaele.dalessio@unisalento.it

