

Quia nec natura debet
Una riflessione di Nerazio
sulla *solutio* del pupillo

Anna Sara GIUMELLI

(Université de Milan)

1. Il breve passo di Nerazio è stato per lo più negletto dalla letteratura moderna, che là dove lo ha preso in considerazione, ha fortemente dubitato della sua genuinità:

D.12.6.41 (Ner. 6 membr.):

Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit repetitio est, quia nec natura debet.

La fattispecie proposta all'attenzione dello scolarca sannita è molto semplice: un pupillo agendo, senza l'autorizzazione del tutore, promette una prestazione e la adempie. Nerazio sostiene la ripetibilità di quanto prestato: così laconicamente, liquida il problema dell'invalidità dell'obbligazione dell'impubere. In quella che sembra una scarna motivazione si legge che il pupillo non deve per natura e, mancando la giustificazione dello spostamento patrimoniale, c'è ripetizione.

Il brano è stato ed è oggetto di pesanti sospetti di interpolazione: già la critica più risalente aveva indicato diversi aspetti formali e sostanziali del testo che sarebbero indice certo di un rimaneggiamento, che avrebbe comportato, secondo alcuni, addirittura uno stravolgimento del brano neraziano.

Siber¹ ritiene che il *promiserit* ed il *solverit* debbano essere connessi con un *et*, e che a quest'ultimo verbo debba seguire un *eius*, che, presente nell'originale, sarebbe stato eliminato successivamente. In sostanza egli ricostruisce il brano nei seguenti termini: *quod*

¹ H.SIBER, *Naturalis obligatio*, Leipzig 1926, p.50.

pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit et solverit eius repetitio est.

Di Marzo² sostiene che Triboniano, o qualcuno precedente a lui, abbia inserito *solverit repetitio est, quia*, corrompendo così la genuinità dell'intero brano.

La frase di chiusura del frammento ha attirato particolarmente la critica interpolazionistica che ha assunto posizioni diverse quanto all'attribuzione della chiusa, ma che, comunque, giungono al medesimo risultato sostanziale: la conclusione è ritenuta pressoché unanimemente insiticia. Secondo Eisele³ quella che pare essere la motivazione del frammento non è genuina, ma di fattura compilatoria e della stessa idea sono Bonfante⁴ e Pringsheim⁵. Siber⁶ la ritiene un glossema, ma a quest'ultima tesi si contrappone Suman⁷.

La dottrina più risalente, insomma, respinge l'originalità della chiusa del brano. È opportuno osservare che tale rilievo non è solo formale, ma ha risvolti considerevoli sul piano sostanziale; gli autori più risalenti negano, in definitiva, la menzione del debito naturale, il che fa venire meno la parte più oscura e al tempo stesso più interessante del testo.

La letteratura più recente è tornata sulla critica formale e sostanziale del brano neraziano. Burdese⁸ ritiene che i giustinianeî abbiano apportato tali modifiche al frammento da renderne la formulazione nell'insieme tutt'altro che corretta. Come i primi autori che si confrontarono con l'indagine circa l'interpolazione del testo, anche questo studioso sottolinea la mancanza quanto meno di una congiunzione tra il *promiserit* ed il *solverit*, così come trova scorretta la motivazione finale, che riferendosi ad un obbligo già estinto dal

² S. DI MARZO, *Per la storia della naturalis obligatio pupilli*, Circolo giuridico 32, Palermo 1901, p.354, citato in a cura di E. LEVY e E. RABEL, *Index interpolationum, quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* I, Weimar 1929, p.186.

³ F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, ZSS 11 (1890), p.24.

⁴ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano 1987, p.322 nt.7.

⁵ F. PRINGSHEIM, *Naturalis obligatio, Besprechung von H. Siber*, ZSS 46 (1926), p.361.

⁶ H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., p.50.

⁷ A. SUMAN, *L'obbligazione naturale del pupillo in diritto romano*, Filangieri 2 (1914), p.39, citato in a cura di E. LEVY e E. RABEL, *Index interpolationum* I, Weimar 1929, p.186.

⁸ A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955, p.46.

pagamento, non dovrebbe presentare un indicativo presente, bensì un perfetto. Manca poi la precisazione, sempre secondo Burdese, se il pupillo al tempo dell'adempimento fosse ancora impubere, o se avesse estinto il debito sopraggiunta la pubertà. Rispetto al brano nella versione di cui disponiamo, l'autore ritiene che la prima soluzione sia la più plausibile, ma allora non si potrebbe sostenere una ripetizione, bensì il pupillo potrebbe esperire una *rei vindicatio*, non essendoci stato il passaggio della proprietà della *res*. Nel caso poi che i *nummi* fossero stati *consumpti* in buona fede dall'*accipiens*, il pupillo avrebbe potuto esperire una *condictio*. Inoltre egli reputa che la soluzione *repetitio est* non si accordi grammaticalmente con la parte precedente del brano e concettualmente sia accettabile solo se si ipotizzi che il pupillo abbia adempiuto *iam pubes factus*. Burdese spende alcune considerazioni in merito al richiamo da parte di Nerazio della obbligazione naturale: sarebbe poco attendibile ritenere che il giurista avesse già un pensiero compiuto rispetto ad un istituto che trova la prima sporadica menzione solo in Giavoleno.

In conclusione Burdese⁹ ritiene che il brano, con un buon margine di probabilità, affermasse la irripetibilità di quanto prestato dal pupillo già pubere, in adempimento di un obbligo naturale scaturente da una *stipulatio sine tutoris auctoritate*, ovvero, la ripetibilità, nel caso in cui il pupillo non fosse ancora *pubes* e avesse pagato senza l'autorizzazione tutoria, sempre che i *nummi* fossero stati *consumpti* in buona fede dall'accipiente. Anch'egli, come i suoi predecessori poc'anzi citati, conviene circa l'inattendibilità della motivazione, la quale non sarebbe figlia del pensiero di Nerazio.

Del medesimo avviso è Labruna¹⁰, il quale si è soffermato su una serie di elementi che minerebbero la classicità del brano. Egli concorda con quanto detto da Burdese, in particolare, con la cesura tra il *promiserit* ed il *solverit* che è vista come un grave indizio, così come quel *debet* finale che andrebbe corretto in *debit*. Inoltre - continua l'autore appena citato - nel frammento manca l'indicazione se il pagamento fosse stato effettuato da un pupillo ancora impubere, e, nel qual caso, se la *solutio* fosse o meno assistita dalla valida *interpositio auctoritatis* del tutore, oppure se l'adempimento fosse

⁹ A.BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p.78.

¹⁰ L.LABRUNA, *Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962, p.31ss.

avvenuto dopo il raggiungimento della pubertà. Tale specificazione sarebbe fondamentale per un classico, essendo diverse le soluzioni che un giurista avrebbe prospettato: come detto, nel caso di pagamento effettuato da un impubere non autorizzato, a questi spetterebbe l'azione di rivendica per il recupero della *res* oggetto di *solutio*, poiché, data la mancanza di legittimazione ad alienare, non si sarebbe verificato il trasferimento della proprietà; qualora, invece, il pupillo fosse stato autorizzato al pagamento, o questo fosse avvenuto successivamente alla fine della tutela, allora a fronte di un'obbligazione *iure civili* invalida, egli avrebbe potuto agire solo con una *condictio*.

Ulteriore mancanza sospetta, secondo Labruna, che concorda con la dottrina a lui contemporanea, è il non aver distinto circa la sorte dei *nummi* offerti in pagamento: elemento parimenti fondamentale per un classico¹¹, poiché la presenza presso lo stipulante dei soldi avrebbe implicato una *vindicatio*, di contro se fossero stati *consumpti*, una *condictio*. In conclusione di questa lunga analisi del brano, l'autore non trova ragionevole neppure il richiamo alla *naturalis obligatio*.

Altri autori hanno proposto una ricostruzione del brano partendo dallo stesso assunto di Burdese e di Labruna, ossia che il frammento del giusperito sannita sia stato alterato. Così uno studioso¹² ha ricomposto il passo nei seguenti termini: *quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit repetere potest, quodsi sponsor eius repetitio cessat*. Per altro, è stato sostenuto che questa ricostruzione sia del tutto fantasiosa¹³; lo stesso Burdese propone una diversa soluzione più verosimile della precedente, che riecheggia un frammento paolino¹⁴ contenuto nel medesimo titolo del Digesto: il frammento originale sarebbe stato *quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, si pubes factus solverit, non repetat*. È da notare come Vážny, ricostruendo in questo modo il brano, ne

¹¹ Si veda Gai.2.82: *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate pecuniam, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extant, id est eos petere (...)*.

¹² J.VÁŽNY, *Naturalis Obligatio*, Studi Bonfante 4, Milano 1930, p.165.

¹³ L.LABRUNA, *Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, cit., p.35 nt.117.

¹⁴ D.12.6.13.1 (Paul. 10 ad Sab.): *Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit*. Così A.BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p.78 nt.15.

stravolga completamente il significato; egli, infatti, in totale contrapposizione con il testo, così come pervenutoci, prevede la non ripetibilità dei *nummi* pagati dal pupillo pubere. Al di là del parallelismo col frammento paolino, non vi sono indizi che conducano a propendere per una siffatta ricostruzione che vede l'aggiunta di una serie di elementi che non possono essere ritenuti nemmeno sottointesi: non si comprende, infatti, per esempio, in forza di quali elementi si possa concludere che il pagamento sia stato effettuato da un pupillo pubere.

Burdese¹⁵ propone un'ulteriore interpretazione del passo, condivisa anche da Cornioley¹⁶. Egli giudica il brano neraziano rappresentativo della posizione della scuola proculiana, la quale avrebbe riconosciuto l'ammissibilità della obbligazione naturale solo rispetto ad alcune fonti obbligatorie, in particolare non avrebbe ammesso l'obbligazione naturale in relazione alla *stipulatio*. Dunque gli antagonisti dei Sabiniani avrebbero selezionato i casi in cui fosse rinvenibile un vincolo naturale, attraverso un criterio schiettamente formale, ossia in ragione della fonte obbligatoria da cui discendeva il rapporto tra i due soggetti. Secondo detti autori, i corifei proculiani avrebbero ritenuto che l'obbligazione naturale non potesse sorgere da una *stipulatio* ed il brano di Nerazio sarebbe la testimonianza di questa posizione di scuola.

Greiner, nella sua opera dedicata a Nerazio¹⁷, ritiene indimostrabili le congetture relative ad una interpolazione del brano¹⁸ e giudica "sicher klassisch"¹⁹ la parte che da *repetitio est* conclude il brano, sebbene ricordi che la dottrina dominante la reputi insiticia. Egli rileva immediatamente che nel Digesto sono presenti molti passi che qualificano come naturale l'obbligazione assunta dal pupillo senza l'assistenza del tutore, ma sottolinea che al brano di Nerazio non si possa attribuire altro significato che quello dato dal tenore testuale,

¹⁵ A.BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p.214.

¹⁶ P.CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève 1964, p.184ss.

¹⁷ R.GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973.

¹⁸ R.GREINER, *Opera Neratii*, cit., p.106ss.

¹⁹ L'autore sottolinea che *natura debere* è un'espressione pienamente classica e cita a supporto della sua conclusione, tra gli altri, i seguenti brani: D.36.1.49 (Pomp. *1 var. lect.*), D.12.6.26.12 (Ulp. *26 ad ed.*); D.50.17.84.1 (Paul. *3 quaest.*), D.5.3.31.1 (Ulp. *15 ed.*), D.16.2.6 (Ulp. *30 ad Sab.*), D.50.16.10 (Ulp. *6 ed.*).

ossia che egli, così come Rufino²⁰, preveda in casi siffatti la ripetizione della somma data.

Infine, ulteriore argomento a sostegno della sostanziale classicità del frammento neraziano, è la versione contenuta nei Basilici²¹:

Bas.24.6.41:

Ἐὰν χωρὶς τοῦ ἐπιτρόπου ἀνηβος ὁμολογήσας καταβάλῃ, ἀναλαμβάνει· οὔτε φυσικῶς γὰρ ἐνέχεται.

Il testo corrisponde alla versione latina presente nel Digesto: ciò comporta che avendo le due opere una storia separata, il brano, qui oggetto di approfondimento, potrebbe essere quanto più vicino all'originale.

Lasciandosi le conclusioni raggiunte dalla letteratura appena riportata in merito alla non genuinità del passo e le ipotesi ricostruttive che non hanno a loro fondamento alcun indizio tangibile circa la loro corrispondenza al brano originale, sembra doveroso concentrarsi sul frammento così come riportato nel Digesto. Al di là dei sospetti di non genuinità, come è stato recentemente sostenuto²², il brano in questione è tutto sommato logico al suo interno e, si crede di aggiungere, se estrapolato, letto isolatamente sembra, o meglio, è coerente con la linea di tutela predisposta dall'ordinamento a presidio del pupillo. Il giurista accorda una protezione totale perché non ritiene neppure configurabile un'obbligazione naturale che, come risaputo, in caso di spontaneo adempimento avrebbe comportato quale principale effetto, la *soluti retentio*²³.

²⁰ Al riguardo cfr. *infra* nel testo §4.

²¹ Edizione H.SCHELTEMA/N.VAN DER WAL, *Basilicorum Libri LX*, Groningen 1960. Si riporta la traduzione in latino di W.ERNST/G.E.HEIMBACH, *Basilicorum libri 60*, Leipzig 1843: *Si pupillus, qui sine tutore promisit, solverit, repetit. Neque enim naturaliter obligatur.*

²² L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo tra naturalis obligatio e vinculum aequitatis*, SDHI 74 (2008), p.440.

²³ Come è noto, l'obbligazione naturale non aveva come unico effetto l'irripetibilità di quanto spontaneamente prestato: ad essa poteva accedere un valido rapporto fideiussorio, che avrebbe sopperito all'assenza di azionabilità del rapporto principale naturale. Come ricorda BURDESE (cfr. sul punto, *Diritto privato romano*, Torino 1993, pp.611ss.), il vincolo naturale aveva ulteriori conseguenze, di cui però non è sempre sicura la classicità; in particolare si riteneva valida la costituzione di pegno o ipoteca a garanzia del debito naturale e la possibilità di opporre in compensazione o di novare il rapporto.

2. *Ratio* fondante la mancanza di giuridicità della obbligazione assunta dal pupillo che agisce senza l'autorizzazione del tutore è certamente da rinvenirsi nella finalità dell'ordinamento di tutela del pupillo, ossia di un soggetto impubere, che data la giovane età, difficilmente avrebbe potuto ponderare l'onerosità di un vincolo giuridico, o, anche, cogliere l'intento truffaldino di controparte.

Come insegna Gaio nelle sue Istituzioni²⁴, *meliozem condicionem suam facere eis etiam sine tutorum auctoritate concessum est*, ed il medesimo concetto è ribadito nel primo libro all'editto provinciale²⁵: la limitazione a compiere negozi giuridici non era assoluta, bensì relativa, per cui il pupillo poteva concludere senza l'assistenza del tutore tutti quegli atti che avrebbero comportato un miglioramento della sua condizione patrimoniale. Dato il principio generale²⁶, forse il problema di individuare quali fossero, però, i negozi a cui sarebbe conseguito un peggioramento e dunque l'invalidità degli stessi: ammettendo la regola esposta da Gaio, si può ritenere che con la *stipulatio*, negozio concluso dal pupillo del frammento di Nerazio, l'impubere potesse validamente obbligarsi anche senza l'assistenza del tutore, solo qualora avesse assunto la veste di beneficiario della promessa; di contro, avrebbe sempre necessitato della figura tutoria per accettare il vincolo in qualità di promittente. Anche nelle Istituzioni giustinianee²⁷ è contenuta la medesima regola riferita alla *stipulatio*, che discriminava la sorte del vincolo giuridico in ragione del ruolo assunto dall'impubere.

Da quanto riportato da Gaio e ribadito secoli dopo da Giustiniano, il metro di giudizio doveva essere prettamente formale: qualora il

²⁴ Gai.2.83.

²⁵ D.2.14.28pr. (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur: veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit ne a debitore suo peteret, aut ne intra certum tempus veluti quinquennium peteret: nam nec solvi ei sine tutoris auctoritate potest. ex diverso autem si pupillus paciscatur, ne quod debeat a se peteretur, ratum habetur pactum conventum: quia meliozem condicionem suam facere ei etiam sine tutoris auctoritate concessum est.*

²⁶ Si veda in argomento H.ANKUM, *Paiements à un pupillus en droit romain classique*, Studi Remo Martini I, Milano 2008, p.23ss.

²⁷ I.1.21pr.: *Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce si quid dari sibi stipuletur non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque placuit meliozem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriozem vero non aliter quam tutore auctore.*

pupillo avesse assunto le vesti di promittente *sine tutoris auctoritate*, per ciò solo il negozio sarebbe stato paralizzato. A mio parere, il criterio, come declinato dalla giurisprudenza e poi dalla codificazione giustiniana, è strettamente correlato alla posizione assunta dalla parte e non è esente da censure di imprecisione: il presunto svantaggio patrimoniale, conseguenza dell'assunzione di una posizione debitoria, poteva nella realtà non corrispondere ad un danneggiamento della condizione economica dell'impubere. Si può ritenere che il discrimine impiegato quale criterio di validità del vincolo concluso senza interposizione tutoria fosse limitato proprio dalla staticità della prospettiva che i giuristi assumevano: si concentravano solo sulla posizione formale assunta dal pupillo in un rapporto che poteva mancare di causa espressa senza ampliare il campo d'indagine in funzione di un'operazione contrattuale complessa in cui erano coinvolti i medesimi soggetti. In caso di contratto bilaterale quale la compravendita, per fare un esempio, il contratto non veniva considerato complessivamente, ma scisso nelle sue diverse obbligazioni costitutive, così che il rapporto contrattuale non veniva giudicato completamente nullo, ma, in forza del principio appena esposto, *ex uno latere constat contractus*, così si concludeva che, nel caso il pupillo fosse il venditore, l'altro contraente *qui emit, obligatus est pupillo*, ma *pupillum sibi non obligat*²⁸.

Si pone a questo punto il problema se Nerazio conoscesse la *regula iuris* esposta da Gaio e, in caso di risposta affermativa, se la condividesse. Il corifeo proculiano nacque attorno al 57/58 d. C. e morì, probabilmente, attorno a 133²⁹. Gaio visse nel II sec. d. C. e dovrebbe essere morto attorno al 180. Data la parziale sovrapposibilità del periodo di attività dei due giuristi si può pensare che anche Nerazio conoscesse e forse assumesse questo criterio come guida per la soluzione in caso di mancanza di *auctoritas tutoris*. Ma se anche avesse prediletto un approccio più casistico, il quale sarebbe stato maggiormente in linea con il metodo adottato dai giusperiti

²⁸ Così D.19.13.29 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*

²⁹ Per una ricostruzione della figura di Nerazio Prisco, cfr. G.CAMODECA, *Il giurista L. Neratius Priscus Cons. Suff. 97. Nuovi dati su carriera e famiglia*, SDHI 72 (2006), p.291ss; D.LIEBS, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010, p.31-32.

romani, vagliando le circostanze concrete, nel brano qui in commento Nerazio non smentisce la regola di valutazione riportata da Gaio, prima, e poi accolta da Giustiniano: il pupillo del frammento, infatti, assumeva il ruolo di promittente nella *stipulatio*.

La conclusione circa la ripetibilità di quanto promesso e pagato dal pupillo, senza l'assistenza del tutore, è perfettamente consequenziale a quanto sin qui detto in tema di tutela del patrimonio pupillare. Il frammento avrebbe potuto chiudersi con la dichiarazione di ripetizione del dato e non avrebbe destato particolari problemi alla dottrina, ma vi è l'aggiunta di quella che pare essere la motivazione della decisione: *quia nec natura debet*.

Lo scolarca sannita si pose il problema se il caso prospettato potesse delineare un'obbligazione naturale³⁰, un *debitum naturale*;

³⁰ Per non uscire dal tema del presente contributo, non si ritiene qui opportuno ripercorrere tutta la letteratura inerente alla *naturalis obligatio*, limitandosi a citare le opere più significative; tra le più risalenti: G.MOSCATO, *Le obbligazioni naturali nel diritto romano e moderno*, Torino 1897; O.GRANDENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, Festgabe für Schirmer, Königsberg 1900, p.1ss.; G.BRINI, *L'obbligazione in diritto romano*, Bologna 1905; G.BRINI, *Intorno all'obbligazione naturale del diritto romano*. Memorie della R. Accademia di scienze dell'istituto di Bologna 1906-7, I; I.ALIBRANDI, *Intorno alla obbligazione naturale del pupillo contraente "sine tutoris auctoritate"*, BIDR 26 (1912), p.170; G.PACCHIONI, *Il concetto di obbligazione naturale*, RDC 10 (1912), II, p.400ss; P.BONFANTE, *Il concetto di obbligazione naturale*, Milano 1914 [già pubblicato in Rivista del diritto commerciale, 5, 1912, II, p.358ss]; H.SIBER, *Naturalis obligatio*, cit.; H.SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin 1928, p.165-167, 185, 297; G.MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932; G.LONGO, *Obbligazioni*, Catania 1934, p.143ss.; C.A.MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937; V.DE VILLA, *Studi sull'"obligatio naturalis"*, Studi Saresani 17 (1939-1949), p.215ss.; E.ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Obligationes civiles, honorariae, naturales*, Milano 1947, p.53ss. Tra i lavori più recenti si possono ricordare: G.LONGO, *Concetti e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, SDHI 16 (1950), p.89ss.; A.BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit.; V.DE VILLA, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, Studi Betti 2, 1962, p.48ss.; G.LONGO, *Ricerche sulla "obligatio naturalis"*, Milano 1962; P.FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, Padova 1963, p.35ss.; P.CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit roman*, Genève 1964; G.LONGO, *Lenti progressi in tema di "obligatio naturalis"*, Labeo 12 (1966), p.830ss.; J.A.C.THOMAS, *Naturalis obligatio pupilli*, Sein und Werden im Recht. Festgabe für U.von Lübtow, 1970, p.457ss.; P.DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, RIDA 3 (1972), p.239ss.; I.BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, p.225ss.; P.L.LANDOLT, *Naturalis Obligatio and bare social Duty*,

vagliò l'ipotesi e la escluse facendone conseguire la ripetibilità di quanto prestato. Un'osservazione viene spontanea: se il giureconsulto affronta la questione della configurabilità della obbligazione naturale, ciò significa che in casi simili, ossia casi di assunzione di un vincolo obbligatorio e di adempimento dello stesso da parte di un pupillo, in alcuni di questi casi, si diceva, si sarebbe potuto rinvenire un'*obligatio naturalis*. Logicamente non avrebbe avuto alcun senso citare un istituto che nulla aveva a che fare con la soluzione del caso prospettato e di cui era comunque esclusa l'applicabilità.

La frase in oggetto ha suscitato una serie di discussioni in ambito romanistico. Come si è visto poc'anzi, molti hanno liquidato la questione sostenendo che i rimaneggiamenti del brano avessero corrotto il passo a tal punto da rendere impossibile ogni tipo di interpretazione. Altri, invece, hanno ipotizzato interessanti letture del frammento. Di Cintio³¹, in particolare, conviene, da un lato, con la dottrina che ritiene il brano conosciuto non corrispondente a quello che doveva essere l'originale, constatando la presenza di quegli errori stilistici e sostanziali prima rilevati, dall'altra, però, non reputa il frammento frutto di un'alterazione sostanziale, bensì di un semplice accorciamento compilatorio. L'autrice ragiona sul termine *debere* presente nel testo, il quale sarebbe centrale per il dibattito circa la configurabilità di un'obbligazione senza azione. Di Cintio ritiene necessario, per la soluzione del problema, discostarsi dal modello servile³², il quale non può essere esteso ai pupilli, per differenze congenite. A suo parere, escludendosi che la negazione circa la sussistenza della obbligazione naturale fosse dovuta al fatto che la fonte fosse una *stipulatio*, si potrebbe immaginare che i *prudentes*, tra cui Nerazio, avessero sollevato la questione in generale relativa al riconoscimento di tale vincolo naturale, ma ne avessero negato l'applicabilità in concreto. Non è da tacere che Nerazio si collochi temporalmente subito dopo Giavoleno, giureconsulto del periodo tardo traiano, il quale fu il primo a trattare della tematica del debito naturale³³; dunque la conclusione di Nerazio si situa agli albori del

Köln 2000; G.FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, p.145ss.; L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit.

³¹ L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.441.

³² L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.458.

³³ Il brano di Giavoleno, qui di seguito, è infatti considerato il primo presente nel Digesto ad affrontare il problema della obbligazione naturale: D.35.1.40.3 (Iav. 2 ex

ragionare giurisprudenziale intorno all'obbligazione naturale del pupillo e, proprio perché si trattava di una tematica nuova, non ancora sviscerata, non poteva avere già un'idea precisa dell'istituto³⁴.

3. Tornandosi ulteriormente al testo neraziano, si può notare che si distingue indirettamente l'obbligazione civile da quella naturale: Nerazio, infatti, come precedentemente detto, ritiene che debba essere restituito quanto dato, e tale conclusione è frutto di una riflessione inerente alle circostanze del caso concreto. Inizialmente il giurista esamina la possibile sussistenza nel caso *de quo* di una *obligatio* civile, ma la nega in forza di quel principio di diritto, che richiede, perché sorga un rapporto valido, la presenza dell'autorizzazione del tutore qualora il pupillo voglia assumere una posizione debitoria, patrimonialmente peggiorativa: mancando, nel caso di specie, questo requisito costitutivo, vi è l'invalidità genetica del rapporto, che travolge la dazione della *res* e comporta la doverosa restituzione di quanto è stato dato. Successivamente, Nerazio sente il bisogno ulteriore di escludere la possibile configurazione di un'obbligazione naturale: ciò si deduce ragionando proprio su quel *quia nec natura debet*, così che nulla osta alla decisione.

La motivazione del giurista è il fulcro dell'analisi del frammento; è un indizio di un dibattito appena sorto in ambito giuridico e, prima ancora, sociale. Qualora si togliesse la parte finale, il brano sarebbe comunque compiuto, ma l'aggiunta dell'ultima spiegazione rivela che la possibilità di ritenere un'obbligazione naturale il rapporto tra promittente e stipulante fosse possibile o quanto meno discussa se non altro in determinati casi, o, se non dallo stesso Nerazio, da alcuni giurisperiti: ciò avrebbe comportato l'irripetibilità del prestatore, effetto questo che Nerazio escludeva per il caso *de quo*.

Semplificandosi ulteriormente, a fronte di un'invalidità genetica del rapporto, tale da impedire che lo stesso sia efficace per l'ordinamento civile, l'obbligazione è giuridicamente nulla, tuttavia in casi simili si potrebbe ipotizzare un'obbligazione naturale, vincolo

post. Lab.): Dominus servo aureos quinque sic legaverat: " heres meus Stichus servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato". nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.

³⁴ L. DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.443.

non di diritto civile, ma che comporterebbe, qualora ammessa, un effetto riconosciuto dall'ordinamento giuridico, la c.d. *soluti retentio*, sempre che vi sia lo spontaneo adempimento dell'obbligato naturale.

Nel brano il giurista nega espressamente che si possa trattare di un debito naturale e quindi nulla impedisce la restituzione di quanto promesso e dato.

A questo punto, ci si può chiedere se tale esclusione si debba ritenere un'opinione propria del caposcuola proculiano o comune anche ad altri giuristi romani ed ancora, se la negazione dell'obbligazione naturale del pupillo agente senza l'autorizzazione tutoria sia assoluta o relativa alle peculiarità del caso sottoposto alla sua attenzione. In particolare pare necessario soffermarsi su alcune considerazioni proposte dalla romanistica.

4. La dottrina³⁵ suole citare il frammento del corifeo proculiano accompagnandolo ad un altro, nel quale il vincolo naturale è parimenti negato espressamente:

D.44.7.58(59) (Lic. Rufin. 8 reg.):

Pupillus mutuum pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.

Il brano di Licinio Rufino è stato anch'esso vagliato attentamente dalla critica interpolazionistica e non è passato esente da accuse di non genuinità. Perozzi³⁶ reputa il contenuto del passo genuino, sebbene abbia subito qualche alterazione formale. A tale affermazione si contrappongono Pringsheim³⁷ e Beseler³⁸, i quali ritengono che il frammento abbia subito rimaneggiamenti anche contenutistici. Secondo alcuni³⁹ tra *accipiendo* e *ne quidem* ci sarebbe stato in

³⁵ Cfr., solo per citarne alcuni autori, P.BONFANTE, *Lezioni di diritto romano (le obbligazioni): anno accademico 1918-1919*, Roma 1919, p.402; A.BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p.72; G.LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, cit., p.288; R.GREINER, *Opera Neratii*, cit., p.106.

³⁶ S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano II*, Roma 1928, p.44 nt.2.

³⁷ F.PRINGSHEIM, *Naturalis obligatio. Besprechung von H. Siber*, cit., p.360.

³⁸ G.BESELER, *Romanistische Studien*, TR 8 (1928), p.324.

³⁹ H.SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., pp.3 e 43; E.ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, Milano 1936, p.50; H.NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p.102.

origine *et spondendo*, ma la dottrina maggioritaria⁴⁰ giudica indimostrabile questa congettura. Secondo altri⁴¹, poi, lo stesso *ne quidem*, prima citato, sarebbe un'aggiunta compilatoria, così come, a parere di altra dottrina⁴², anche il riferimento all'obbligazione naturale.

Per la genuinità del testo si sono pronunciati diversi autori⁴³, secondo i quali, così come riporta Longo⁴⁴, il frammento non recherebbe difficoltà, se si concludesse per la non classicità della *obligatio naturalis pupilli*.

Longo⁴⁵ osserva che nella *Florentina*⁴⁶, il frammento costituisce uno dei rari casi di brano integralmente aggiunto da una seconda mano. L'autore, che ammette l'impossibilità di raggiungere prova certa, ritiene vi sia la probabilità che originariamente il brano fosse stato escluso dalla "catena" predisposta dai compilatori, ma vi sia rientrato per una disattenzione di un amanuense. In favore di tale tesi, Longo evidenzia la mancanza di indizi, quali collegamenti letterali con i frammenti adiacenti, idonei a far pensare che il testo sia stato erroneamente escluso da un copista. Altro elemento interessante dell'incomodo testo di Rufino è tratto dall'osservazione del *Codex Palatinus Vaticanus*. Nel manoscritto i frammenti del Digesto sono ordinati in due colonne: in quella sinistra sono contenuti gli ultimi brani del titolo VII del libro 44 e l'inizio del libro 45, il cui primo frammento si conclude nella colonna destra, ed è tratto dai libri a

⁴⁰ G.BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p.324; J.VÁŽNY, *Naturalis obligatio*, cit., p.134; V.DE VILLA, *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., p.44; G.LONGO, *Ricerche sulla "obligatio naturalis"*, cit., p.288.

⁴¹ S.DI MARZO, *Per la storia della naturalis obligatio pupilli*, cit., p.353; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1934, p.383, nt.2; *contra* H.SIBER, *Naturalis obligatio*, p.3 nt.5; F.PRINGSHEIM, *Naturalis obligatio. Besprechung von H.Siber*, cit., p.360.

⁴² J.VÁŽNY, *Naturalis obligatio*, cit.; S.RICCOBONO, *Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte*, ZSS 47 (1927), p.109.

⁴³ G.BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p.324; P.FREZZA, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, RISG 8 (1933), p.463; E.LEVY, *Natural Law in Roman Thought*, SDHI 15 (1949), p.16 nt.123; J.GAUDEMET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, RIDA I (1952), p.457.

⁴⁴ G.LONGO, *Ricerche sulla "obligatio naturalis"*, cit., p.288.

⁴⁵ G.LONGO, *Ricerche sulla "obligatio naturalis"*, cit., p.290.

⁴⁶ Cod. Florent., II, p.326 r.

Sabino di Ulpiano⁴⁷. I due brani sono posizionati alla medesima altezza, quello di Rufino nella colonna di sinistra, quello di Ulpiano, a destra. Sulla stessa riga in cui è contenuto l'ultimo periodo del brano di Rufino, vi è una frase di Ulpiano molto simile: la prima è *nec q(uidem) iure nat(ur)ali obligat(ur)*, mentre la seconda è *nat(ur)alit(er) obligat(ur)*. Longo trae come conclusione che il brano di Rufino sia il risultato di una commistione compilatoria con il brano ulpiano, sebbene ribadisca che tale congettura sia di difficile dimostrazione, anche perché vi sono altri manoscritti nei quali i due frammenti sono proposti a diverse altezze. A me sembra che l'ipotesi avanzata da Longo, benché interessante, sia del tutto congetturale non basandosi su indizi solidi, quali non mi pare siano la somiglianza con il brano di Ulpiano e la vicinanza al frammento del giurista appena citato al brano di Rufino, coincidenza, quest'ultima, presente in un solo manoscritto. Vi è poi da sottolineare che, se anche si reputasse vera l'ipotesi di Longo, il problema della configurabilità della obbligazione naturale del pupillo non verrebbe meno.

Venendosi ora al contenuto del brano, come detto in precedenza, Rufino negherebbe espressamente l'obbligazione naturale del pupillo ed è per questo motivo che il passo viene sempre citato in supporto del frammento neraziano per dimostrare la non classicità di tale assunto. Tuttavia, nel testo non vi è alcun riferimento alla presenza o meno della autorizzazione del tutore al momento dell'accettazione del denaro a titolo di mutuo a favore del pupillo, ma, se si ritenesse presente l'interposizione tutoria, il frammento non avrebbe alcun senso, perché come esposto in precedenza, l'intercessione del tutore era condizione necessaria a che il pupillo si obbligasse validamente secondo il diritto civile. Inoltre, mi sembra che la presenza di *ne quidem*, esattamente come detto per il brano di Nerazio, faccia ritenere che il giurista scartasse entrambi i vincoli, quello naturale espressamente e, quello civile, in modo implicito. Un ulteriore parallelismo col testo di Nerazio è da rinvenirsi nella mancanza di qualsiasi indicazione circa l'età dell'impubere, se questo fosse prossimo alla pubertà o meno; in una visione d'insieme, il brano è

⁴⁷ D.45.1.2 (Ulp. 48 *ad Sab.*): *Si quis ita interroget "dabis?" responderit "quid ni?" et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.*

essenziale, privo di ulteriori descrizioni della fattispecie come il passo di Nerazio. Infine, la fonte obbligatoria è un contratto di mutuo, in cui il pupillo assume la parte di mutuatario, il quale, successivamente alla *datio* della somma, è l'unico su cui gravi il vincolo giuridico. Anche in questo caso il pupillo si trovava in posizione peggiorativa rispetto l'altro contraente, così che è da ritenere che anche in questa sede trovi applicazione la regola prima illustrata.

5. Vi sono altri frammenti nel Digesto che negano la possibilità per il pupillo di assumere una obbligazione senza l'assistenza del tutore. Anche questi brani vengono menzionati⁴⁸ per rafforzare la tesi di quanti ritengono la classicità dei due frammenti qui esaminati. È da rilevare fin da ora che non in tutti i testi è menzionato il vincolo naturale, così che, qualora manchi un qualsiasi riferimento espresso, pare avventato concludere per la certezza dell'esclusione del vincolo naturale, data l'evidente diversità intercorrente tra i due tipi di obbligazione.

In D.12.1.19.1⁴⁹, Giuliano attesta l'invalidità dell'obbligo pupillare, egli però non si riferisce nello specifico all'obbligazione naturale, ma parla in senso lato del vincolo assunto dal pupillo in mancanza della assistenza del tutore.

Anche altri *prudentes* escludono l'esistenza dell'obbligazione naturale nel caso di pupillo che agisca senza l'autorizzazione del tutore: così Gaio proclama l'invalidità di tale obbligazione⁵⁰ ed inoltre

⁴⁸ L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.443.

⁴⁹ D.12.1.19.1 (Iul. 10 dig): *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod factio eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.*

⁵⁰ Gai.3.118-119a: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. 119a. Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo*

di qualsiasi obbligazione assunta dal pupillo, *obligari ex omni contractu pupillus sine auctoritate non potest*⁵¹. Pomponio dichiara l'impossibilità per il pupillo di obbligarsi, *qui sine tutoris auctoritate non obligatur*⁵², in particolare egli esclude la sussistenza del vincolo civile, mancando l'*interpositio* tutoria, e sostiene che il pupillo sia tenuto nei limiti dell'arricchimento in forza di un rescritto di Antonino Pio, non affiancando a quest'ultima azione, a tutela dei terzi, l'obbligazione naturale.

Di Cintio⁵³ ritiene che in merito a questi brani contenuti nel Digesto, i compilatori avessero generalizzato il rimedio della *soluti retentio*: questa, infatti poteva essere concessa a seguito di istanze equitative contingenti a fronte di un obbligo ben circoscritto, e non doveva essere un istituto proprio della sola obbligazione naturale.

Anche nelle altre parti della compilazione giustiniana, nelle Istituzioni⁵⁴ e nel Codice⁵⁵, sono presenti passaggi che negano la validità del debito contratto in assenza della autorizzazione del tutore, senza però esprimersi apertamente sulla obbligazione naturale.

6. Contro Nerazio e Rufino parlano diversi frammenti in cui è ammessa con diverse ampiezze la *naturalis obligatio pupilli sine tutoris auctoritate*. Tale giurisprudenza appartiene, però, ad un periodo successivo rispetto ai passi di Nerazio, Licinio Rufino, Giuliano e Gaio, qui proposti; essa è propria, infatti, dell'epoca severiana.

In un brano di Pomponio⁵⁶ e in uno di Papiniano⁵⁷ si ammette l'obbligazione naturale del pupillo senza alcun limite⁵⁸. I due giuristi

quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.

⁵¹ D.26.8.9 (Gai. l. 12 ad ed. prov.).

⁵² D.46.3.66 (Pomp. 6 ex Plaut.), infra p.11.

⁵³ L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.455.

⁵⁴ I.3.29.3: ... *Veluti si id quod, Titio tu debebas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, quo casu res amittitur: nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est.*

⁵⁵ C.8.38.1: *Imperator Antoninus, 215: Ex stipulatione, in qua impubes sine tutore auctore spondisti, non es obligatus.*

⁵⁶ D.12.2.42pr. (Pomp. 18 epist): *Creditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, iusiurandum deferente pupillus iuravit se dare non oportere: eandem pecuniam a fideiussore eius petit: an excludendus sit exceptione iurisiurandi? quid tibi placet rescribe mihi. eam rem apertius explicat Iulianus. nam si controversia*

affermano la validità della *fideiussio pro pupillo*, indicandone il fondamento proprio nella obbligazione del pupillo contratta *sine tutoris auctoritate*. In D.36.1.66(64)pr.⁵⁹, l'obbligazione naturale del pupillo è trattata in tema di successione *mortis causa*, e si conviene che essa possa essere trasferita dall'erede al fedecommissario universale. In un altro passo di Papiniano⁶⁰ si fa menzione dell'obbligazione naturale e si aggiunge che questa sia costituita dal debito contratto dal pupillo *sine tutoris auctoritate*; l'eventuale arricchimento derivatogli non vi rientra, in quanto è un obbligo coercibile con un'azione pretoria.

inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni condicione discederetur, si pupillus iurasset, isque iuraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit. sin vero creditor quidem se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor eius non intervenisset et hoc tale iusiurandum interpositum est, hoc casu fideiussorem praetor non tuebitur. si autem liquido probari non potest, quid actum sit, et in obscuro erit (ut plerumque fit), de facto an de iure inter creditorem et pupillum controversia fuerit deferente creditore pupillum iurasse, intellegere debemus id actum inter eos, ut, si iurasset se dare non oportere, ab omni condicione discederetur: atque ita et solutam pecuniam repeti posse et fideiussoribus exceptionem dari debere existimavimus.

⁵⁷ D.46.3.95.4 (Papin. 28 quaest.): *Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.*

⁵⁸ Per un'esegesi completa dei passi, A.BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p.80ss.

⁵⁹ D.36.1.66pr.: (Maec. 4 fideic.): *Si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo senatus consulto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam: adquin heres si post restitutionem solvat, repetet: non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intellegitur. et si eius mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit, si solverit mihi pupillus, non repetet: at si heredi solverit, repetet, non repetiturus, si ante restitutionem solvisset.*

⁶⁰ D.36.2.25 (Pap. 18 quaest.): *... "Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet". si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit nec locupletior factus est et creditor ad praesens debitum verba rettulit. quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: "Titio dato, quod pupillus solverit" vel si legasset, "quod ex Arethusa natum erit" vel "fructus, qui in illo fundo nascentur". contrarium non est, quod, si medio tempore legatarius moriatur et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet: namque dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit.*

Paolo⁶¹ tratta del vincolo naturale in un passo relativo ad un mutuo concesso ad un pupillo senza l'assistenza tutoria. Qualora fosse disposto un legato a favore del pupillo a condizione che questi restituisca il ricevuto ed effettui la *numeratio*, quest'ultima avrebbe la duplice conseguenza di far realizzare la condizione apposta al legato e di estinguere l'obbligazione naturale del pupillo, essendo l'atto adempimento del vincolo naturale e, dunque, irripetibile, intendendosi avvenuto *solutionis causa*.

Infine, in due testi di Ulpiano si suole rinvenire l'affermazione dell'ammissibilità della obbligazione naturale. Entrambi i brani sono sospettati di interpolazione⁶²: in D.46.2.1pr.-1⁶³ il giurista sostiene che qualsiasi obbligazione, sia essa civile o naturale, possa essere oggetto di novazione, mentre in D.26.8.5pr.⁶⁴ Ulpiano ritiene che il pupillo, che si sia obbligato *naturaliter* nei confronti del suo unico tutore, sia responsabile nei limiti dell'arricchimento, in base ad un rescritto del divo Antonino Pio che avrebbe concesso azione contro l'impubere *in quantum locupletior factus est*. I rapporti tra l'obbligazione naturale del pupillo e il rescritto dell'imperatore Antonino Pio sono stati ampiamente discussi. Secondo il Niedeländer⁶⁵, l'atto imperiale non

⁶¹ D.35.2.21pr. (Paul. 12 *quaest.*): *Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione, ut etiam in Falcidia heredi imputentur, quamvis non imputarentur, si tantum condicionis implendae causa data fuissent. adeo autem et solvere videtur, ut repudiato legato vel Stichio qui legatus est mortuo nihil repetere possit.*

⁶² Si veda l'esautiva esegesi di A.BURDESE in *La nozione classica di naturalis obligatio*, cit., p.96ss.

⁶³ D.46.2.1pr.-1 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur. novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*

⁶⁴ D.26.8.5pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*): *Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuius actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit.*

⁶⁵ H.NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p.111ss.

avrebbe avuto alcuna influenza sul riconoscimento dell'obbligazione naturale.

Per altri, invece, il riconoscimento del vincolo naturale sarebbe stato conseguenza, o comunque, fortemente influenzato dell'introduzione della responsabilità del pupillo limitata all'arricchimento, avvenuta in forza del provvedimento di Antonino Pio⁶⁶.

Il rescritto è considerato un momento molto importante nell'evoluzione dell'analisi giuridica degli atti del pupillo *sine tutoris auctoritate*. La dottrina romanistica ritiene, infatti, che la problematica circa l'ammissibilità dell'obbligazione di cui si discorre, si pose proprio in epoca preseveriana, quando alcuni giureconsulti iniziarono a concepire l'obbligazione naturale del pupillo come un *quid aliud* rispetto a quella dello schiavo, sebbene a livello astratto la situazione di fatto potesse sembrare la medesima. Il rapporto è costituito in entrambi i casi da due soggetti, pupillo o schiavo, che si obbligano nei confronti di una terza persona. Questa relazione può essere ricondotta astrattamente ad un negozio giuridico; tuttavia una delle parti, o anche entrambe, non è pienamente capace, così che il rapporto non potrà comportare esattamente tutte le conseguenze che seguono al vincolo giuridico perfetto, giacché l'ordinamento richiede la capacità di entrambi i soggetti interessati⁶⁷. Ecco allora, che a questo legame, per così dire, naturale, dove naturale dovrebbe richiamare il profondo attaccamento alla circostanza di fatto, l'ordinamento ricollega un effetto, la *soluti retentio* accompagnata dall'incoercibilità del debito naturale.

Sebbene l'incoercibilità sia una delle caratteristiche principali delle obbligazioni naturali, non vi è, però, piena corrispondenza tra un rapporto di fatto incoercibile e un'obbligazione naturale. L'ordinamento prevede requisiti ulteriori, che si pongono quali limiti

⁶⁶ E.ALBERTARIO, *Responsabilità del pupillo derivante dal suo arricchimento per gli atti compiuti senza l'auctoritas tutoris*, Pavia 1913, p.847; U.VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, p.49ss; M.TALAMANCA, *La responsabilità del pupillo nei limiti dell'arricchimento*, Labeo 10 (1964), p.87; L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit. p.458.

⁶⁷ Come ricorda A.BURDESE ne *La nozione classica di naturalis obligatio*, "... i classici parlano di *naturalis obligatio* o *naturale debitum* con riferimento a negozi obbligatori riconosciuti in astratto come tali dal *ius civile*, pur non essendo produttivi nel caso concreto di una *obligatio civilis* per assenza di legittimazione giuridica di uno (quanto meno) dei soggetti negoziali" (p.147).

al riconoscimento del vincolo naturale; nel caso di specie, un limite si trova nell'elemento soggettivo necessario per la configurabilità della obbligazione naturale, l'incapacità giuridica di almeno una delle parti.

7. Come si è visto, inizialmente era riconosciuta una tutela piena al pupillo, il quale era, secondo il *ius civile*, totalmente irresponsabile per gli atti compiuti senza l'assistenza del tutore. Successivamente si ammise la responsabilità pretoria nei limiti dell'arricchimento, che fu sancita con il rescritto imperiale di Antonino Pio. Il riconoscimento della classicità del principio della responsabilità *in id quod locupletior* è avvalorato da una serie di brani, tra cui quello più importante è un brano di Gaio:

Gai.2.84:

Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est; sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoverti potest.

Gaio sostiene che chiunque paghi al pupillo⁶⁸, non è liberato, ma, qualora questi chiedesse nuovamente il pagamento, sarebbe respinto con l'*exceptio doli mali*, *si ex ea pecunia locupletior factus sit*. Altri brani non si discostano da quanto riferito da Gaio:

D.46.3.15 (Paul. 6 ad Sab.):

Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest. si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.

D.46.3.66 (Pomp. 6 ex Plaut.):

Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.

⁶⁸ Vedi in argomento, H.ANKUM, *Paiements à un pupillus en droit romain classique*, cit., p.28-34.

Con riferimento a questi due frammenti⁶⁹, si può notare che già il diritto classico prevedeva che potesse essere opposta l'eccezione di dolo contro il pupillo che avesse delegato il debitore a pagare ad un proprio creditore. Tale profondità di analisi del principio è una prova della padronanza che già i classici avevano della materia e, a *fortiori*, della classicità del principio stesso.

In alcuni frammenti è richiamato esplicitamente il provvedimento imperiale di Antonino Pio⁷⁰; si legge, infatti, *divus Pius rescripsit*⁷¹, o anche *post rescriptum divi Pii*⁷² e *secundum rescriptum divi Pii*⁷³. Concordemente con l'opinione prevalente⁷⁴, si deve, comunque, reputare che Antonino Pio non abbia introdotto nulla *ex novo*, ma abbia semplicemente recepito la regola già assunta in giurisprudenza. Un indizio forte che induce a propendere per questa conclusione, è rinvenuto dalla dottrina⁷⁵ in un passo di Ulpiano:

⁶⁹ Entrambi i brani sono stati oggetto di dubbi di interpolazione: quanto al brano di Paolo, SIBER [in *Das angebliche rescriptum divi Pii über Bereicherungsklagen gegen Mündel*, ZSS 53 (1933), p.471] ritiene che la frase *sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest* non sia originale. LABRUNA giudica il frammento genuino, al di là dell'accenno alla *delegatio*, che, sebbene corretto, non si inserisce perfettamente in un discorso sulla *solutio*. Per questo rilievo e per un'esegesi del passo *Rescriptum Divi Pii*, cit., p.109 nt.130. Quanto al secondo frammento, parte della dottrina considera il brano frutto di modificazioni compilatorie: PERNICE [in *Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, ZSS 9 (1888), p.197 nt.2] conclude per l'interpolazione dell'intera seconda frase «*si autem – fin.*»; dello stesso avviso è GUARINO, che considera la parte iniziale del frammento, fino a *si autem pupilli non fuerat* attribuibile a due diversi interventi compilatori [in *Rec. a Sanfilippo*, SDHI 11 (1945), p.387]. LABRUNA giudica il passo genuino ad eccezione del termine *delegatus*; per questo rilievo e per un'esegesi approfondita del brano *Rescriptum Divi Pii*, cit., p.109 nt.131.

⁷⁰ È solo il caso di accennare, per non perdere di vista il tema di questo scritto, che taluni hanno sostenuto che il richiamo al provvedimento del divo Antonino Pio fosse da ascrivere ad una vasta opera di falsificazione compiuta dai giustinianeî: così E.ALBERTARIO, *Responsabilità del pupillo derivante dal suo arricchimento per gli atti compiuti senza l'auctoritas tutoris*, Studi di diritto romano IV, Milano 1946, pp.301-320.

⁷¹ D.3.5.34(33) (Paul. *I quaest.*).

⁷² D.3.5.3.4 (Ulp. *10 ad ed.*).

⁷³ D.13.6.3pr. (Ulp. *28 ad ed.*).

⁷⁴ M.TALAMANCA, *La responsabilità del pupillo nei limiti dell'arricchimento*, Labeo 10 (1964), pp.83-90.

⁷⁵ M.TALAMANCA, *La responsabilità del pupillo*, cit., p.85.

D.44.4.4.27 (Ulp. 76 ed.):

De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habebit: nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum nequaquam ambigendum est e ea aetate, quae dolo non careat. denique Iulianus quoque saepissime scripsit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. quid enim, si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori eius solverit? fingendus est, inquit, pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur, idem servandum in furioso ait, si, cum existimaretur compos mentis esse, iusserit debitorem creditori solvere, vel si quod exegit, domi habeat.

Sebbene, come è stato sottolineato in ambito romanistico⁷⁶, il brano sia indubbiamente sconnesso, esso illumina, comunque, sulla genesi giurisprudenziale del principio in parola. Ulpiano, riferendo un discorso di Giuliano, afferma che l'*exceptio doli* poteva concedersi anche contro il pupillo *doli capax*. Il giurista, infatti, riteneva che, in prossimità della pubertà, i pupilli fossero capaci di dolo. Il frammento riporta il caso di un pupillo che aveva ordinato al suo debitore di eseguire la prestazione nei confronti del suo creditore. Per evitare che il pupillo conseguisse due volte la stessa somma di denaro, Giuliano suggeriva di ricorrere ad una *fictio pubertatis*, di modo che si potesse bloccare la pretesa della prestazione indebita.

Si sostiene, però, che la spiegazione fornita da Ulpiano e attribuita a Giuliano, *ne propter malitiae ignorantiam*, sia da riferirsi non ad un pupillo *doli capax*, bensì ad uno *incapax*⁷⁷; questa considerazione è posta in relazione anche all'ultima parte del passo in questione, in cui si fa riferimento al caso di un furioso, che parallelamente al pupillo *doli incapax*, agisce senza malizia. Pare che i due giureconsulti romani ritenessero esperibile in casi di tal fatta l'*exceptio doli* nei confronti del *pupillus doli capax* senza ricorre ad alcuna *fictio*, mentre quest'ultima sarebbe stata necessaria nella forma della *fictio pubertatis*, per il *pupillus doli incapax*⁷⁸. Da questo passo si deduce che il principio di irresponsabilità totale per gli atti del pupillo cominciò a disgregarsi già in epoca precedente rispetto al rescritto⁷⁹. Alla luce di quanto detto, alla tesi avanzata che giudica il principio

⁷⁶ M. TALAMANCA, *ibid.*

⁷⁷ M. TALAMANCA, *ibid.*

⁷⁸ In questo senso TALAMANCA, *La responsabilità del pupillo*, cit., p.86, che richiama un'opinione del Burdese.

⁷⁹ È noto che Salvio Giuliano nacque attorno al 100 d.C. e morì dopo il 169 d.C.

della responsabilità del pupillo *in id quod locupletior* introdotto dal provvedimento imperiale, deve essere preferita quella che riconduce la genesi alla giurisprudenza precedente.

In sintesi, è da ritenere che inizialmente la giurisprudenza fosse restia a concludere per l'ammissibilità della *obligatio naturalis pupilli* proprio in una prospettiva di protezione totale del pupillo e dell'affidamento dei terzi rispetto l'integrità patrimoniale dello stesso. Con il *rescriptum divi Pii*, l'ordinamento accolse formalmente la responsabilità *in id quod locupletior*, già principio giurisprudenziale, dando un impulso al generale riconoscimento dell'*obligatio naturalis pupilli*, in una prospettiva di responsabilizzazione del pupillo.

8. La giurisprudenza preveriana oscillava, pertanto, tra la difesa del vecchio principio che tutelava completamente il pupillo e la possibile configurazione di un'obbligazione naturale, in cui il pupillo assumeva la posizione del promittente, i cui effetti non avrebbero protetto il pupillo, ma, al contrario, lo avrebbe sanzionato. È solo in epoca severiana che si riconobbe l'obbligazione naturale del pupillo *sine tutoris auctoritate*, ma il modello di riferimento non fu l'obbligazione naturale servile, bensì la si basò espressamente sul *vinculum aequitatis*:

D.46.3.95.4 (Papin. 28 *quaest.*):

Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

Molti studiosi ritengono che l'intero brano sia stato alterato da mani compilatorie, di questo avviso sono Biondi⁸⁰, Perozzi⁸¹, Guarnieri Citati⁸² e Stoll⁸³. Siber⁸⁴ inizialmente condivise la dottrina appena citata, ma in un lavoro successivo, reputò genuina la parte

⁸⁰ B.BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Annali Palermo 7 (1918), p.53 nt.2.

⁸¹ S.PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, p.74 nt.2.

⁸² A.GUARNIERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Annali Palermo 9 (1921), p.137.

⁸³ H.STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, ZSS 44 (1924), p.13 nt.3.

⁸⁴ H.SIBER, *Contrarius consensus*, ZSS 42 (1921), p.75 nt.3.

finale, *ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur*⁸⁵.

Secondo Di Cintio⁸⁶, il frammento di Papiniano rivela una nuova concezione di obbligazione naturale, diversa da quella servile, che riceve giustificazione in un sostrato morale. L'obbligazione naturale, infatti, non è sorretta da una particolare *causa debendi* o *solvendi*, ma è strettamente legata e giustificata proprio dalla situazione di fatto a cui si ricollega.

Date queste premesse, è ovvio concludere che non si possa ricondurre il rapporto naturale ad un vincolo giuridico, tuttavia l'ordinamento vi associa alcuni effetti, qualora si ritenga che il rapporto di fatto sottostante, la *causa* in senso lato, si potrebbe dire, sia meritevole.

Si è detto poc' anzi che vagliata la meritevolezza, ossia l'astratta conformità al diritto e l'approvazione sociale della situazione di fatto sottostante, l'ordinamento riconduce alla obbligazione naturale un effetto peculiare: in caso di spontaneo adempimento, il creditore poteva trattenere per sé quanto ricevuto, ponendo in atto la *soluti retentio*. La differenza tra il *vinculum iuris* ed il *vinculum aequitatis* risiede nella coercibilità della prestazione debitoria: se nell'obbligazione civile l'adempimento è un atto dovuto, e, perciò, sempre coercibile in caso di mancato adempimento della parte onerata, per l'esecuzione del vincolo naturale non vi è tutela in via d'azione per colui che pretenda la prestazione; l'effetto della *soluti retentio* si ha solo qualora il debitore abbia adempiuto sua sponte.

Da un passo di Ulpiano, si possono trarre ulteriori conclusioni in merito agli elementi che vanno a definire compiutamente l'istituto qui analizzato:

D.46.2.1.1 (Ulp. 46 ad Sab.):

Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

⁸⁵ H.SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., p.51.

⁸⁶ L.DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.474.

È necessario premettere che questo passo ha destato molti dubbi di non originalità: Arangio-Ruiz⁸⁷ dubita dell'intero brano e dello stesso avviso è gran parte della dottrina⁸⁸. Altri autori reputano, invece, che solo alcune parti non debbano essere ritenute originali: così Suman⁸⁹ ritiene che la frase iniziale debba essere privata del *non*; Perozzi⁹⁰ e Albertario⁹¹ giudicano un'aggiunta successiva la parte centrale del frammento. In particolare, il primo studioso ritiene un'aggiunta da *utrum* fino a *honoraria*, il secondo da *utrum* ad *et*. De Francisci⁹², invece, sospetta la non genuinità dalla parola *utrum*; a quest'ultimo, però, si oppongono quanti considerano un'aggiunta giustiniana il solo riferimento alla obbligazione onoraria, *an honoraria*⁹³. Infine, secondo Eisele⁹⁴, estraneo al testo originale sarebbe il solo riferimento all'obbligazione consensuale.

Quanto al contenuto del brano, se si propende per la sua genuinità sostanziale, è incentrato sul rapporto obbligatorio, ancorché il tema sia la *novatio*, poiché, come rileva Di Cintio⁹⁵, il giurista dapprima procede ad una suddivisione sistematica delle diverse *species* di obbligazioni classificate in base alla coercibilità, quindi le distingue secondo le modalità costitutive. Dal tenore del frammento si può dedurre che le fonti genetiche anche delle obbligazioni naturali potessero riguardare obblighi assunti *re, verbis, consensu*. Dunque le obbligazioni naturali non soffrivano di alcuna limitazione quanto alla genesi del rapporto, al contrario di quanti hanno sostenuto che potessero ricollegarsi alla sola *stipulatio*. Il passo testimonia, inoltre,

⁸⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Annuario della R. Università di Messina, 1913/14, p.38, riprodotto parzialmente, in franc., *Recueil Lambert I*, 1938, p.146-162; *Scrit. cent. Jovene*, 1954, p.109-158.

⁸⁸ G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano*, Torino 1922, p.129; F. PRINGSHEIM, *Naturalis obligatio. Besprechung von H. Siber*, cit., p.354; G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p.326.

⁸⁹ A. SUMAN, *L'obbligazione naturale del pupillo in diritto romano*, cit., p.338.

⁹⁰ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², Roma, 1928, p.266.

⁹¹ E. ALBERTARIO, *La cosiddetta honoraria obligatio*, Rend. Lomb. 54 (1926), p.558.

⁹² P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati 2*, Pavia 1916, p.403.

⁹³ H. SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., p.33; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht 1*, Berlino 1922, p.55 nt.4.

⁹⁴ F. EISELE, *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, ZSS 30 (1909), p.149.

⁹⁵ L. DI CINTIO, *L'obbligo del pupillo*, cit., p.475.

la mancanza di specificità della *causa debendi* nonché la validità della promessa del pupillo non assistito dal tutore.

9. Quanto sin qui detto relativamente allo sviluppo del concetto di obbligazione naturale del pupillo contrasta, almeno *prima facie*, con il brano di Nerazio da cui si sono prese le mosse. Il brano del giurista proculiano può essere letto secondo due diversi punti di vista, il punto di vista del giurista sannita e quello dei compilatori che lo inserirono nel Digesto. Quanto alla prima prospettiva, Nerazio si pone nella giurisprudenza adrianea, nel periodo in cui, si è osservato, il dibattito in merito alla configurabilità dell'obbligazione naturale del pupillo agente senza l'autorizzazione del tutore era ancora agli albori e non era ancora stato emanato il *rescriptum* dall'imperatore Antonino Pio⁹⁶. Dunque Nerazio, o in quel che rimane del suo pensiero nel frammento, può scartare a priori ogni possibile configurabilità dell'obbligazione naturale o anche solo nel caso specifico: il passo, infatti, pur dotato indubbiamente di una sua linearità e di una coerenza logica interna, lascia molte incertezze quanto meno sulla sua integrità, se non addirittura su di una modificazione.

Si può pensare che il giurista escludesse la configurabilità di un rapporto obbligatorio valido, in cui la parte obbligata fosse un pupillo agente senza alcuna autorizzazione; non si può generalizzare, tuttavia, rispetto alla portata di tale posizione: se assoluta o relativa al caso concreto. Comunque, anche ritenendo che Nerazio escludesse totalmente la configurabilità dell'obbligazione naturale, egli si distinguerebbe dalla giurisprudenza a lui pressoché coeva per l'originalità della posizione, fortemente conservatrice.

Interessante è – e si arriva così alla seconda prospettiva – il luogo in cui i compilatori hanno inserito il frammento che non fa che ribadire la negazione dello scolarca sannita relativamente alla configurabilità di un qualsiasi vincolo. All'epoca della redazione del Digesto, il principio della *obligatio pupilli* era ormai consolidato: si riteneva che il pupillo andasse sì tutelato, ma non incondizionatamente: si escludeva che il pupillo, che promettesse una prestazione, fosse obbligato civilmente per mancanza di legittimazione a contrarre, ma qualora avesse adempiuto

⁹⁶ Aurelius Fulvius Boionius Arrius Antoninus, Imp. Caes. T Aelius Hadrianus Antoninus Aug. Pius dal 10.07.138 al 7.03.161 d.C.

spontaneamente, probabilmente riconoscendo egli stesso la validità per lo meno sociale di quel vincolo, si reputava che fosse equo che non gli spettasse indietro il prestato *tamquam* a seguito di adempimento di un'obbligazione civile. Ciononostante i compilatori hanno inserito il frammento nel titolo dedicato alla *condictio indebiti* coerentemente, come appena detto, alla prospettiva di Nerazio.

Certo è che se si ritenesse che l'obbligazione naturale debba essere ricondotta ad un vincolo morale, in casi in cui almeno una delle due parti non goda della capacità d'agire piena, e che questo rapporto naturale faccia sì che debba essere ritenuta equa la *soluti retentio* di quanto dato spontaneamente, allora si possono configurare casi nei quali questo *vinculum aequitatis* manchi e, mancando la *causa* della obbligazione naturale, venga meno la giustificazione della *datio*. Ecco che, nel caso in cui una fattispecie concreta rientri in questa ultima ipotesi, il brano di Nerazio sarebbe la soluzione del caso.

Perché un vincolo possa comportare gli effetti propri della obbligazione naturale, possa diventare un *vinculum aequitatis*, è necessario che l'ipotesi fattuale sottostante sia tale da essere considerata socialmente meritevole. Bonfante⁹⁷, in merito all'antinomia presente nel diritto classico, sottolinea come questo fosse stretto tra due morse, da una parte l'incapacità di intendere e volere del pupillo, ancorata ad un limite fisso di età, definito dall'autore arbitrario, e dall'altra, a fronte di questa rigidità del diritto, la capacità riconosciuta in una qualche misura agli impuberi prossimi alla pubertà. Ecco allora che per appianare l'antinomia nel diritto giustiniano, la soluzione proposta consiste nel distinguere i pupilli tra quelli prossimi alla pubertà o all'infanzia. Sebbene tale operazione non sia presente nei brani⁹⁸, questa interpretazione scioglierebbe il contrasto all'interno del Digesto. In particolare, Bonfante richiama quale fondamento dell'obbligazione naturale, l'istituto della capacità di fatto come avviene in ordine al possesso⁹⁹.

Il ragionamento verte intorno al possesso del pupillo, che viene messo in parallelo con l'obbligazione dello stesso; è giustamente da ritenere, infatti, che la *ratio* che governa il possesso possa essere

⁹⁷ P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁸, Milano 1925, p.383ss.

⁹⁸ Ci si riferisce ai brani di Nerazio e Rufino.

⁹⁹ P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁸, cit., p.384 nt.1, in cui viene richiamato, sempre dello stesso autore, *Istituti possessori. Lezioni 1905-1906*, Pavia 1906 p.98ss.

traslata anche all'obbligo assunto, in forza di una serie di considerazioni che lo stesso Bonfante espone. Parallelamente all'obbligazione del pupillo che è un vincolo di mero fatto, così anche il possesso non è un diritto, ma un rapporto giuridico fattuale. In secondo luogo, soltanto le persone che abbiano capacità giuridica sono capaci di *possessio civilis*, tanto che i giuristi ritenevano che lo schiavo potesse avere sola la *possessio naturalis*, non *civilis*. All'atto d'acquisto era poi necessario l'*animus possidendi*, la capacità d'agire, ma, rileva Bonfante, essendo il possesso un rapporto di mero fatto la capacità di volere e d'agire non va misurata alla stregua dei rigorosi e formali requisiti richiesti dall'ordinamento, ma sulla base di una reale volontà. Conclude, quindi, che non potevano acquistare il possesso, almeno di per sé, gli infanti, i pazzi e le persone giuridiche, ma si disputò in ordine ai pupilli, proprio perché giudicati in alcuni casi capaci di discernimento. Ne deriva che il possesso potesse essere acquistato non solo *tutore auctore*, ma anche senza l'ausilio di quest'ultimo¹⁰⁰; ciò perché essendo il possesso un fatto, una *res facti*, *non iuris*, i requisiti di capacità erano meno stringenti e dunque esistenti qualora il pupillo avesse uno sviluppo tale che nei fatti potesse essere considerato capace.

Riprendendo le fila del discorso in merito all'obbligo assunto dal solo pupillo, si è detto che il vincolo naturale può essere riconosciuto come tale, solo se abbia una *causa* tanto forte da far sì che si ritenga equo ricondurvi degli effetti, tra cui quello principale della *soluti retentio*. Per quanto mi consta, la capacità di fatto sembra potere andare a colorare la causa naturale, insieme ad altri requisiti, primo fra tutti la corrispondenza ad un vincolo giuridico lecito. Bisogna concludere, quindi, che presenti i requisiti per cui socialmente potesse essere considerato presente un vincolo equitativo, veniva riconosciuta esistente l'obbligazione naturale del pupillo, con conseguenza dell'irripetibilità del dato.

La soluzione appena proposta trova conferma in un dato sistematico, ossia la collocazione all'interno dell'opera del brano qui

¹⁰⁰ D.41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.*

in commento: il frammento non riporta una fattispecie corrispondente né ad un *vinculum iuris* né ad un *vinculum naturale*; per ciò, dunque si configurava un indebito ed è logico l'inserimento nel titolo 12.6, rubricato *De condictione indebiti*¹⁰¹.

Si tratta di una terza *species* di rapporti, per così dire, residuali rispetto a quello civile e naturale, in cui vi è l'inesistenza di qualsiasi tipo di vincolo e il diniego di ogni genere di effetto. Essi si caratterizzano in negativo, per non essere. Più correttamente allora si dovrebbe parlare non di terzo tipo di rapporti, ma di "non rapporti" privi di una qualsiasi giustificazione agli occhi dell'ordinamento. Questa sembra, a mio parere, il probabile ragionamento che sta alla base del frammento neraziano: uno spunto di riflessione nel senso di non considerare sempre integrata una causa naturale, ma di verificare attentamente che, stante la mancanza di giuridicità del rapporto, questo fosse conforme almeno ad un vincolo rispondente a canoni di equità. Così potrebbe forse motivarsi l'argomentazione che è alla base dell'insegnamento del giurista, ma allo stesso tempo non può respingersi neanche l'idea che forse questo brano riveli semplicemente una posizione conservatrice di Nerazio, condivisa da Rufino, paradossalmente originale rispetto la giurisprudenza classica. Allora si può condividere l'opinione di Greiner¹⁰²: alle parole di

¹⁰¹ La letteratura relativa all'indebito è vasta; ci si limita a richiamare solo alcune delle opere più recenti: U.ROBBE, *La condictio nel diritto romano*, Studi Urbinati 14 (1940), p.85; C.SANFILIPPO, *Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano 1943; G.DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, Studi parmensi (1951), pp.35ss.; G.G.ARCHI, *Variazioni in tema di indebiti solutio*, Studi in onore di V.Arangio-Ruiz III, Napoli 1952, p.355ss.; D.IORIO, *Conditiones*, NNDI 3, Torino 1959, p.1062; R.SANTORO, *Studi sulla condictio*, AUPA 32 (1971), p.181ss.; B.KUPISCH, *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, Dig. disc. priv., sez. civ., IV, Torino 1987, I, p.430; V.GIUFFRÉ, *Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1997, p.10ss.; I.FARGNOLI, "Alius solvit alius repetit". *Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001; A.SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002; L.VACCA, *Osservazioni in tema di condictio e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in a cura di MANNINO, *L'arricchimento senza causa*, Torino 2004, p.4ss.; C.A.CANNATA, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, in a cura di VACCA, *L'arricchimento ingiustificato e la ripetizione di indebito*, Torino 2005, p.13ss.; a cura di B.CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova 2009.

¹⁰² R.GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, cit., p.106ss.

Nerazio, in mancanza di prove certe, non può essere attribuito altro valore che il proprio, e dunque dal frammento non può che desumersi che Nerazio fosse in linea con la giurisprudenza a lui precedente, e concordando con essa, non ammettesse l'obbligazione naturale del pupillo, ritenendo preponderante l'interesse di protezione del soggetto. Rimanendo fedeli alla lettera del brano, si può concludere che il giurista escludesse il vincolo naturale *tout court*, non essendo esplicitata alcuna eccezione alla motivazione perentoria.