

## **CIVILIS RATIO E NATURA. IPOTESI DI LETTURA DI UN ARGOMENTO GAIANO\***

RAFFAELE D'ALESSIO  
Università del Salento

**ABSTRACT:** This essay deals with the exegesis of D. 4.5.8 in the light of Gaius's description of the effects of the *capitis deminutio* on obligations. The author aims to reconstruct the context of excerpt where Gaius emphasizes the resistance of the *obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur* to the *capitis deminutio*. In more specific terms, the author argues that Gaius had described the permanence of a number of debts of the *filii familiarum emancipati* or *adrogati* despite their *status permutatio*.

**KEYWORDS:** *natura, cognatio, obligatio, capitis deminutio.*

**FONTI:** D. 4.5.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*); Gai. 1.158; D. 4.5.9 (Paul. 11 *ad ed.*); D. 4.5.2.2 (Ulp. 12 *ad ed.*); D. 14.5.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*).

### **1. Premessa: obiettivi e metodo di indagine**

Nello spirito della *Lake Como Roman Law School of Advanced Studies* si limiterà la presente indagine all'esegesi di un paio di testi che ricorrono alla *natura* come strumento argomentativo per l'enunciazione di regole giuridiche. Si è scelto, in particolare, di analizzare due passi di Gaio: l'uno ricondotto da D. 4.5.8 all'*ad edictum provinciale* (e completato, in D. 4.5.9, da un brevissimo frammento di Paul. 11 *ad ed.*); l'altro appartenente alle *Institutiones* (Gai. 1.158).

L'attenzione sarà focalizzata sull'espressione "*civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*" impiegata da Gaio in entrambe le occasioni: nel primo caso, per spiegare la resistenza di un genere di *obligationes quae naturalem prae-*

\* Il saggio riproduce il testo della relazione tenuta a Como, Villa del Grumello, il giorno 27 aprile 2023, cui viene aggiunto un apparato (il più ristretto possibile) di note. Per contenere la presente ricerca nello spazio di battute concesso dalla Rivista ai relatori, non riprodurrò per esteso i testi delle fonti se non quando sembrerà indispensabile. Eviterò, inoltre, di riportare lunghe note bibliografiche. Per una più ampia analisi della storiografia in argomento mi sia consentito rinviare, quasi esclusivamente, agli autori più recenti.

*stationem habere intelleguntur* alla *capitis deminutio*; nell'altro, per presentare alcune dinamiche della *capitis deminutio* e, più in particolare, per giustificare la permanenza dei vincoli cognatizi nonostante la dissoluzione di quelli agnatizi.

D. 4.5.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nibilo minus durat etiam post capitis deminutionem,*  
D. 4.5.9 (Paul. 11 *ad ed.*): *ut quandoque emancipata agat.*

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

S'intende verificare la plausibilità dell'ipotesi secondo cui, mentre nel frammento dell'*ad edictum provinciale* confluito in D. 4.5.8 Gaio descrivesse un genere di obbligazioni capaci di resistere al sopravvenire di una *status permutatio*<sup>1</sup> dal punto di vista del debitore *capite minutus*, nel brano utilizzato dai compilatori a chiusura della testimonianza gaiana, Paolo se ne occupasse, invece, dalla prospettiva del creditore.

L'analisi sarà concentrata sulla nozione di *naturalis praestatio* in D. 4.5.8: si tenterà di ricostruirne il significato alla luce del lessico del maestro antonino. Il valore della regola *eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire* poggia, infatti, sulla frase *quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*, rinvenibile anche nelle *Institutiones*.

Il riferimento (certamente giustiniano)<sup>2</sup> all'*actio de dote* espresso nella seconda parte del frammento svolge, invece, un ruolo secondario nell'economia del discorso attribuito a Gaio, costituendo solo un esempio (introdotto da *itaque*) a conferma della regola enunciata nella prima parte. Peraltro, l'esempio viene sorretto da una giustificazione autonoma, apparentemente circoscritta all'azione richiamata: *quia in bonum et aequum concepta est*. Il rapido susseguirsi, nel frammento, di due diverse motivazioni non coerenti l'una con l'altra fonda il sospetto che sia caduto un testo di raccordo tra la prima e la seconda parte del passo di Gaio<sup>3</sup>.

1 Così Gaio definisce la *capitis deminutio* nel medesimo libro dell'*ad edictum provinciale*, D. 4.5.1.

2 *Infra*, n. 10.

3 Il passo è sospettato di gravi interventi manipolatori. In difesa della genuinità del frammento, cfr., però, KNÜTEL, *Skizzen*, 259-261; STAGL, *Favor dotis*, spec. 107. Tralasciando qui

Certamente, la coda paolina proposta dai compilatori in D. 4.5.9, per estendere l'*actio de dote* all'*emancipata*, si riferisce alla seconda parte di D. 4.5.8. Allo stato delle nostre conoscenze, non si può dire, invece, quanto la prima parte della testimonianza di Gaio sia pertinente con il tema trattato da Paolo.

Peraltro, le parole *quia in bonum et aequum concepta est* sembrano richiamare un tratto della formula processuale; ma al di là delle problematiche aperte dalla qualificazione dell'azione descritta in D. 4.5.8<sup>4</sup>, è un fatto che, invece, nella riflessione di Paolo il binomio *aequum ac bonum*<sup>5</sup> si trova sganciato dal processo ed è ricondotto alla nozione di *ius naturale* in D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*): [...] *id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*. Ciò rende particolarmente scivoloso il terreno dell'analisi della parte del frammento relativa all'*actio de dote*, dal momento che essa ha subito gli interventi più incisivi dei compilatori.

Nel complesso, l'indagine sfiora l'amplissima tematica della *capitis deminutio*, che ovviamente non potrà essere contenuta nello spazio di questa ricerca.

i rilievi della stagione interpolazionistica, ci si limita a osservare che KASER, *Die Rechtsgrundlage*, 549-550 (= *Ausgewählte Schriften* I, 383-384) ritiene la «Unechtheit» della prima parte del brano definitivamente accertata: cfr. n. 164 per la bibliografia; sarebbe, inoltre, verosimilmente interpolata la seconda parte del frammento, a meno di non ammettere l'eccentricità dell'interpretazione gaiana del *melius aequius*. Diversamente CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, 136-139, riconosce l'autenticità della prima parte del frammento limitando l'intervento giustiniano all'esempio dell'*actio de dote*: nel frammento, Gaio avrebbe enunciato il principio secondo cui la *capitis deminutio* avrebbe potuto sopprimere rapporti di diritto civile come l'*adgnatio* o un'*obligatio verbis contracta*, ma non quelli naturali, come la *cognatio* o le obbligazioni «fondées sur la *fides*, principe universel liant le débiteur au créancier». Recensendo nel 1966 l'opera di Cornioley per la ZSS (469), Kaser ipotizza che Gaio si occupasse delle obbligazioni *re contractae* («die durch eine Sachleistung begründet worden sind»): fondandosi su rapporti di fatto, sarebbero state resistenti alla *capitis deminutio*, «weil die auf Tatsachen beruhenden Rechtsbeziehungen durch die Privatrechtsnormen nicht aus der Welt geschafft werden können». Sulle alterazioni del frammento cfr. anche BURDESE, *La nozione classica*, 113-114. BURDESE, *Dubbi*, 510, aderisce alla proposta di Kaser di intendere le *obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur* come *obligationes re contractae*; ritiene comunque «più che dubbia la genuinità del collegamento del principio con l'esempio finale dell'obbligo di restituzione della dote». Alla luce dell'interpretazione di CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, 130-142 (per la critica interpolazionistica cfr. n. 59), tuttavia, KASER, *Ius gentium*, 161-162, rivisita le sue posizioni ammettendo che il passo gaiano possa riferirsi a un tipo di obbligazione regolato dal *ius gentium* come la *emptio-venditio* o la *locatio-conductio*, e tutelato da un'*actio* fondata sulla *fides* o sull'*aequum bonum* «und damit auf einer Grundlage, die ursprünglich vom *ius civile* unabhängig war». Indicazioni storiografiche e un'efficace sintesi della critica interpolazionistica in VARVARO, *Studi*, 75-81 e n. 186.

4 In parte se ne farà cenno *infra*, § 3.

5 Su *bonum et aequum*, più di recente, GALLO, *Valore*, 1-45. In argomento cfr., altresì, *infra*, § 4.

Ho già avuto occasione di interessarmene sotto diversi aspetti. Al fine di evitare ripetizioni, non mi dilungherò su profili che ho avuto già modo di affrontare in altra sede, se non per rivisitare parzialmente riflessioni proposte negli anni scorsi. Per una più approfondita disamina di Gai. 3.84, Gai. 4.38, D. 4.5.2 mi sia consentito rinviare ad altri lavori sull'argomento<sup>6</sup>.

In parte la trattazione coinvolge il difficile tema delle obbligazioni degli *alieno iuri subiecti* e, almeno sotto questo specifico profilo, la gigantesca, dibattutissima problematica delle *obligationes naturales*, a cui non è opportuno dedicare spazio in questa sede: non solo perché sul tema, tra l'altro, mi sono espresso in un'indagine dedicata alla riflessione storiografica<sup>7</sup>; ma soprattutto perché, a mio giudizio, l'analisi delle *obligationes naturales* fuorvierebbe ingiustificatamente l'attenzione dall'esegesi di D. 4.5.8 sulla base di presupposti metodologicamente errati. È bene, infatti, evidenziare fin d'ora che la testimonianza di Gaio in D. 4.5.8 concerne la *praestatio naturalis*<sup>8</sup>: nulla autorizza a presumere che questa nozione sia riconducibile all'*obligatio naturalis*.

## 2. D. 4.5.8

Secondo D. 4.5.8, la *capitis deminutio* non avrebbe causato l'estinzione delle obbligazioni aventi ad oggetto una *naturalis praestatio* in quanto la *civilis ratio* non avrebbe potuto *corrumpere* i *iura naturalia*<sup>9</sup>.

6 Cfr. D'ALESSIO, *Sulla legittimazione*, 375-408; D'ALESSIO, *Studii*.

7 D'ALESSIO, *Le obbligazioni*, e ivi bibl.

8 SAVIGNY, *System II*, 114-115, ad es., interpreta la *naturalis praestatio* alla luce delle peculiarità dell'istituto dotale. L'espressione indicherebbe una situazione di fatto (*in facto potius quam in iure consistit*) avente ad oggetto interessi frustrati da un'applicazione rigorosa del diritto. In particolare, l'attributo *naturalis* corrisponderebbe alla posizione di «Vorthel und Genuß der Dos» in favore della donna. Tale posizione è espressa da Giustiniano in C. 5.12.30 mediante la contrapposizione del piano del dominio naturale spettante alla donna sui beni dotali (*cum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio*) e la formale attribuzione in capo al marito da parte dell'ordinamento (*non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est*). Più di recente, STAGL, *Favor dotis*, 100-101, include tra le *obligationes quae naturalem praestationem habere intelliguntur* i legati alimentari, che pure – ricorda Modestino D. 4.5.10 (8 diff.) – sarebbero stati resistenti alla *capitis deminutio* in quanto consistenti *in facto potius quam in iure: legatum in annos singulos vel menses singulos relictum vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in iure consistit*. Lo studioso riscontra una certa affinità tra questa ipotesi e la dote nel fatto che, in entrambi i casi, si mirava a garantire il mantenimento di una persona.

9 Tra le opere più recenti sul frammento, assai discusso in letteratura, DI CINTIO, *Natura debere*, 89-91. Per la bibliografia sul testo inoltre, vd., tra gli altri, CORNIOLEY, *Naturalis obli-*

Su tale premessa viene giustificata la resistenza dell'*actio de dote* (ovviamente da intendersi come *actio rei uxoriae*)<sup>10</sup> alla *capitis deminutio* in base alla circostanza che tale azione sarebbe stata *concepta in bonum et aequum*.

Il passo presenta diversi profili problematici.

Anzitutto è dubbio<sup>11</sup> se la questione riguardasse la *status permutatio* del creditore<sup>12</sup>, quella del debitore<sup>13</sup> o entrambe<sup>14</sup>.

gatio, 130-142; BURDESE, *Dubbi*, 485-513; DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel*, 195-262.

10 Per l'*actio de dote* vd. CI. 5.13.1 (a. 530). Recentemente, sul superamento dell'*actio rei uxoriae* ad opera di Giustiniano, GIUMETTI, *Soluto matrimonio*, 95-96.

11 BURDESE, *La nozione classica*, 113-114, osserva che: «anche volendo ammettere che in diritto classico l'*actio rei uxoriae* (cui i giustinianeî sostituiscono l'*actio de dote*) perduri dopo la *capitis deminutio* del debitore (per diritto giustiniano si evince viceversa dal seguente fr. 9 il riferimento del fr. 8 alla *capitis deminutio minima* della donna creditrice) il collegamento di tale regime con l'affermazione iniziale appare piuttosto dovuto ai compilatori». Tale prospettiva sarebbe stata influenzata, in particolare, dalla disciplina dettata da Giustiniano in C. 5.12.30 pr. (a. 529). Cfr. inoltre, Sch. 1 ad Bas. 46.2.7 (Scheltema, B VII, 2742). Ritornando sul frammento, BURDESE, *Dubbi*, 510, ritiene impossibile «accertare a quale tipo di *capitis deminutio* e, se del debitore o del creditore, si riferisse il brano, che nel contesto giustiniano, come si evince dal seguente § 9, riguarda la *capitis deminutio minima* della donna creditrice, né precisare quindi a qual fine fosse indirizzato».

12 In questo senso il passo è inteso da LAURIA, *Matrimonio-dote*, 104: la testimonianza di Gaio (secondo cui «l'*a. r. ux.* sopravvive alla *capitis deminutio* della ex moglie») esprimerebbe «l'esigenza equitativa dell'azione inscindibile dalla donna».

13 Secondo SOLAZZI, *Sulla capacità*, 65-66, Gaio avrebbe trattato nel passo «delle obbligazioni, e non già dei diritti del *capite minutus*». Lo studioso puntualizza, tuttavia, che il principio enunciato da Gaio non si sarebbe esteso oltre le *actiones in bonum et aequum conceptae*: in particolare «l'eccezione al principio generale – le obbligazioni del *capite deminutus* periscono – è in sostanza unica, e riguarda le obbligazioni nascenti da delitto. Gaio non poteva riportare anche le obbligazioni di cui trattava a questa categoria, perché ai suoi tempi talune delle obbligazioni garantite da *actiones in bonum et aequum conceptae* avevano perduto l'originario carattere penale: da ciò il mal riuscito tentativo di formulare una seconda categoria '*obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur*'. In tempi più recenti, ritengono che Gaio si occupasse della condizione del debitore *capite minutus* KNÜTEL, *Skizzen*, 260-261; VARVARO, *Studi*, 75-81; STAGL, *Favor dotis*, 97: «Da nun bei der im Text angesprochenen *actio rei uxoriae* die Frau die Rolle des Gläubigers und der Mann die des Schuldners hat, muß es in unserm Text um die *capitis deminutio minima* des Mannes gehen».

14 DESSERTAUX, *La capitis deminutio*, 70: «Gaius commence par poser un principe certain (*palam est*): les obligations qui: *naturalem praestationem habere intelliguntur*, ne périssent pas par *c.d.* et, pour justifier la théorie, il invoque la même règle que pour la *cognatio*; puis le texte passe à l'*actio rei uxoriae* et déclare qu'elle subsiste après *c.d.*: *quia in bonum et aequum concepta est*. Que devient, après *c.d.*, la créance dotale de la femme, ou la dette dotale du mari? 1. La femme conserve sa créance dotale, et l'*actio rei uxoriae* par conséquent, malgré sa *c.d.* (*quandoque emancipata*, dit Paul) [...]; 2. La dette dotale du mari subsiste après sa *c.d.*; c'est,

È però evidente che, nell'esaltare la straordinaria resistenza delle *obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur*, il brano presuppone il principio secondo cui la *capitis deminutio* avrebbe determinato l'estinzione delle obbligazioni. In effetti, una regola in tal senso viene descritta da Gaio nelle *Institutiones* a proposito dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione* (Gai. 3.83-84<sup>15</sup>; 4.38<sup>16</sup>).

Nel manuale, invero, il maestro antonino se ne occupa *ex professo* soltanto con riferimento all'*adrogatio* e alla *coemptio*, trascurando le restanti ipotesi di *status permutatio*. Da D. 4.5.2 pr. (Ulp. 12 *ad ed.*) sappiamo, però, che i *verba edicti*<sup>17</sup> concernenti l'*actio utilis rescissa capitis deminutione* si riferivano più genericamente alla *capitis deminutio*:

*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.*

Il motivo per il quale la prospettiva delle *Institutiones* appare concentrata su *adrogatio* e *coemptio* si spiega agevolmente se si considera, da un lato, che la *capitis deminutio media* e quella *maxima* (come riferiscono D. 4.5.2 pr. [Ulp.

à mon avis, le caractère penal originaire de l'*a. rei uxoriae* qui entraîne cette conséquence, conforme aux principes des actions délictuelles, et qui, favorable à la femme, a survécu à la disparition de ce caractère».

15 Gai. 3.83: *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt usufructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio. 84. Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit; de eo enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is vero, qui se adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, desinit esse heres; de eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator et ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, vel ipsa, quae in manum convenit, maneat obligatus obligatae, quia scilicet per capitis diminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et, si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*

16 Gai. 4.38: *Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum kapite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et kapite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa kapitis deminutione, id est, in qua fingitur kapite deminutus deminutave non esse.*

17 L'editto era forse già noto a Labeone: cfr., in tempi più recenti, D'AMATI, *Considerazioni*, § 8; D'ALESSIO, *Studii*, 10 n. 16.

12 *ad ed.*] e D. 4.5.7.2 [Paul. 11 *ad ed.*])<sup>18</sup> esulavano dal campo di applicazione dell'editto; dall'altro, che, quanto alle ipotesi di *capitis deminutio minima*, al tempo di Gaio potevano essere tralasciati non solo il caso, ormai desueto (Gai. 1.111), di *usus* e quello, marginale (Gai. 1.112)<sup>19</sup> di *confarreatio*, ma anche le situazioni derivanti da *emancipatio* e *adoptio*. Queste ultime, infatti, davano luogo a *capitis deminutio* soltanto perché, implicando *mancipationes* e *manumissiones* (Gai. 1.162), riducevano gli interessati, formalmente e soltanto per un istante (*dicis gratia uno momento*: Gai. 1.141) in condizione paraservile (*servorum loco*, ricorda Gai. 1.123). Soprattutto, poi, esse avrebbero interessato esclusivamente *filii in potestate* che, come *alieno iuri subiecti*, non avrebbero avuto un patrimonio prima della *capitis deminutio* (Gai. 2.87). Di contro, la necessità di esperire l'*actio utilis rescissa capitis deminutione* si sarebbe avvertita quando la *status permutatio* avesse non solo estinto i debiti del *capite minutus* ma avesse anche privato quest'ultimo di un patrimonio da escutere (come nei casi di *adrogatio* di un *paterfamilias* o di *coemptio* di una donna *sui iuris*). L'azione, infatti, avrebbe mirato a vendere i *bona* che sarebbero appartenuti ai *capite minuti* "si se alieno iuri non subiecissent" (Gai. 3.84)<sup>20</sup>: evidentemente, essa avrebbe postulato la riduzione di *status* del debitore da *sui iuris* ad *alieno iuri subiectus*, non l'ipotesi inversa, come l'*emancipatio*.

Si può, dunque, proseguire nell'analisi del passo sulla base di un punto fermo: sebbene la questione della sorte dei debiti del *capite minutus* si potesse astrattamente porre anche per i debiti contratti da un *filiusfamilias* che – ricorda Gaio nell'*ad edictum provinciale* ma non nelle *Institutiones*<sup>21</sup> – era capace di

18 D'ALESSIO, *Studii*, 117-151.

19 Peraltro, dall'età augustea (evidentemente insieme alla *diffarreatio*), essa sembra perlopiù priva di effetti civili (Gai. 1.136). Da ultimo, sul tema, BRESOLIN ZOPPELLI, *La modifica alla confarreatio*, 128-129, e ivi bibl.

20 Il rimedio pretorio sarebbe stato inutile quando il *capite minutus* fosse provenuto da una condizione di soggezione (come l'adottato) che non gli avesse consentito di disporre di un patrimonio aggredibile neanche prima della *status permutatio*. A maggior ragione, quando la *capitis deminutio* si fosse tradotta nell'acquisto di una capacità patrimoniale che il *capite minutus* non aveva in precedenza: come nel caso di *emancipatio*. Né in questa ipotesi né in caso di adozione, del resto, la rimozione della *capitis deminutio* postulata dalla *fictio quasi id factum non sit* dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione* (D. 4.5.2.1) avrebbe comportato la reintegrazione di un patrimonio aggredibile dal creditore: obiettivo, questo, nel quale Gai. 3.84 risolve in definitiva il fine perseguito dall'editto *de capite minutis*.

21 D. 44.7.39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): *Filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest*. La questione avrebbe potuto coinvolgere, peraltro, anche una *filiafamilias* (es. D. 25.2.3.4 [Paul. 7 *ad Sab.*]), tant'è che sempre Gaio, in D. 2.4.22 pr. (Gai. 1 *ad leg. XII Tab.*), avverte che le *alieno iuri subiectae* non avrebbero comunque potuto essere convenute se impuberi: *Neque impuberes puellas, quae*

assumere obbligazioni civili, il problema avrebbe comunque esulato dal tema dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione*.

Su tali presupposti sembra, infatti, basarsi Gaio nel manuale là dove (§§ 3.83-84) specifica che le posizioni attive dell'*adrogatus* o della *mulier coempta* sarebbero state incamerate rispettivamente dall'*adrogator* e dal *coemptionator* che avessero acquistato potestà su di loro, ad eccezione di quelle situazioni *quae per capitis deminutionem pereunt*, come l'usufrutto, i crediti delle *operae libertorum* derivanti da giuramento, le *lites contestatae legitimo iudicio*. Quanto alle passività, invece, Gaio distingue la sorte dei debiti ereditari (trasmissibili all'*adrogator* e al *coemptionator*) da quella delle obbligazioni personali del *capite minutus*: solo queste ultime si sarebbero estinte *per capitis deminutionem*. I creditori, tuttavia, avrebbero potuto vendere, attraverso l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*, i *bona* che sarebbero appartenuti ai *capite minuti* "*si se alieno iuri non subiecissent*".

Ritornando su quest'azione nel quarto commentario (§ 38), Gaio puntualizza, infine, che l'estinzione dei debiti avrebbe operato sul piano del *ius civile* (*desinit iure civili debere nobis*). In nessun luogo delle *Institutiones*, però, fa cenno all'esistenza di un genere di *obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur*, né allude a situazioni personali (crediti o debiti) capaci di resistere in favore o a carico di *capite minuti* (come *adrogati* o *mulieres coemptae*). Nella prospettiva del manuale, infatti, tutti i diritti, crediti e debiti facenti capo al *capite minutus* o si sarebbero estinti o sarebbero stati trasmessi a terzi (come l'*adrogator* o il *coemptionator*) a causa della *status permutatio*.

È, questa, una premessa necessaria per affrontare la questione se, con la frase *eas obligationes [...] palam est capitis deminutione non perire*, Gaio avesse spiegato che alcuni crediti si sarebbero conservati in capo al *capite minutus* nonostante la *status permutatio* o, invece, si fosse occupato della resistenza di alcuni debiti del *capite minutus* per ricordare, ad esempio, la permanenza dell'obbligo di *restituere la dos* all'ex moglie in capo all'ex coniuge *capite minutus*.

Sembra in ogni caso inverosimile, sulla scorta di quanto finora evidenziato, che, nell'esempio introdotto dall'*itaque*, Gaio pensasse all'ipotesi di *adrogatio* di un ex marito debitore della restituzione dei beni dotali al fine di escludere la necessità di esperire l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*: per riscuotere il credito dotale in danno dell'*adrogatus*, infatti, non si sarebbe potuto comunque prescindere da uno strumento (come l'*actio utilis rescissa capitis deminutione* o

*alieno iuri subiectae essent, in ius vocare permissum est*. Sul frammento, però, vd. LONGO, *Filius familias*, 278-281, e ivi bibl. Un cenno implicito alla capacità del *filius familias* di obbligarsi civilmente sembra trasparire dal mutilo Gai. 3.104. Anche sul punto, però, LONGO, *Filius familias*, 47-53.

la cd. *actio de peculio in adrogatorem*<sup>22</sup>) utile ad aggredire il patrimonio di un terzo<sup>23</sup>. In senso contrario, si è sostenuto, invero, che la testimonianza di Gaio postulasse un regime per il quale l'*adrogatio* non comportasse l'acquisto della dote in favore dell'*adrogator*<sup>24</sup>. Ma il silenzio delle fonti sul punto rende l'ipotesi poco plausibile. In via congetturale, si può anche ipotizzare, infatti, che l'*adrogatio* non comportasse l'estinzione di alcuni rapporti di fatto e dei debiti che ne scaturissero, come il legato alimentare (che *in facto potius quam in iure consistit* ricorda D. 4.5.10). Se, però, l'*adrogator* non avesse assunto la titolarità dei beni dotali, resterebbe da spiegare perché Gai. 3.83 afferma: *omnes eius res incorporales et corporales, quaecque ei debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt*, senza accennare alla conservazione di un patrimonio separato dell'*adrogatus*.

Sta di fatto, a ogni modo, che all'interno della catena dei frammenti raccolti nelle Pandette il brano gaiano è completato dal brevissimo escerto di D. 4.5.9 (Paul. 11 *ad ed.*), il quale conferma la resistenza dell'azione per il recupero della dote dopo la *capitis deminutio* anche quando fosse esperita da un'emancipata (*ut quandoque emancipata agat*)<sup>25</sup>. Non vi è dubbio quindi che, nella prospettiva delineata da D. 4.5.9, la *status permutatio* avrebbe riguardato la condizione personale del creditore. E, da questo punto di vista, l'esempio addotto dal frammento gaiano sembra pertinente: con riferimento all'*actio rei uxoriae*, infatti, si sarebbe potuto proporre il problema della legittimazione ad agire di una *filia familias* dopo la sua emancipazione. Quantunque, in linea di principio, i *filii familiarum* non potessero vantare crediti propri prima della *capitis deminutio*, quanto al credito di dote sappiamo che la *filia familias* avrebbe avuto

22 D. 15.1.42 (Ulp. 12 *ad ed.*).

23 D'ALESSIO, *Studii*, 161 e *ivi ult. bibl.*

24 STAGL, *Favor dotis*, 96-107, secondo il quale: «Vielmehr kann die Aussage des Gaius nur bedeuten, daß die Mitgift im Fall einer *capitis deminutio* infolge Arrogation nicht das ‚Eigentum‘ des *pater familias* übergeht [...]. Kern des von Gaius referierten Rechtssatzes ist also, daß die Mitgift des arrogierten Ehemannes nicht in das Eigentum des *pater familias* übergeht. Der Grund hierfür kann nur der sein, daß ein Wechsel des ‚Eigentums‘ vom Ehemann auf dessen *pater familias* die Frau unangemessen benachteiligen würde» (104). Lo studioso ricava un argomento in tal senso dall'interpretazione restrittiva testimoniata da D. 24.3.64.9 sulla disciplina della *manumissio* di servi dotali concernente il marito e il suo erede: nell'interpretazione di Labeone e Ulpiano, non sarebbero stati coinvolti il suocero e il relativo erede. Di qui, osserva lo studioso: «Ginge infolge der Arrogation die Rechtsstellung des Ehemannes an der Mitgift auf den *pater familias* über, gälte das Verbot dann auch für ihn oder nicht? Hierüber könnte man trefflich streiten und im Zweifel wird die Mitgift der Frau dadurch in erhebliche Gefahr gebracht» (105).

25 SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, 152.

una posizione privilegiata. Giuliano la definisce *quasi socia obligationis patri* (D. 46.3.34.6 [Iul. 54 *dig.*]); ella avrebbe potuto esercitare personalmente l'*actio rei uxoriae* ove il *pater* fosse stato impedito (D. 3.3.8 pr. [Ulp. 8 *ad ed.*]; D. 24.3.22.4, 10, 11 [Ulp. 33 *ad ed.*])<sup>26</sup>.

Sebbene la brevità di D. 4.5.9 imponga grande prudenza nelle conclusioni, si può ipotizzare, in definitiva, che Paolo si fosse chiesto se la legittimazione ad agire venisse preservata alla ex moglie anche dopo la sua *capitis deminutio*<sup>27</sup>. Come, del resto, ci si poteva domandare – ancora nel principato – se la legittimazione attiva del *pater* si sarebbe conservata anche nei rari casi in cui i legami agnatizi fossero stati interrotti da un matrimonio *cum manu*, allo stesso modo Paolo avrebbe potuto confermare che la legittimazione attiva della figlia si sarebbe conservata anche dopo che fosse intervenuta un'*emancipatio*<sup>28</sup>.

### 3. Gai. 1.158

Resta da verificare se ragioni analoghe a quelle sottese in D. 4.5.9 abbiano potuto ispirare D. 4.5.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*), considerato che, come visto, il punto di vista espresso da Gaio nelle *Institutiones* a proposito degli effetti della *capitis deminutio* su crediti e debiti appare sempre limitato ai casi di *adrogatio* e *coemptio*, trascurandosi l'*emancipatio* la quale, invece, è l'unica forma di *capitis deminutio* presa in considerazione dal passo paolino.

Per comprendere il punto di vista di Gaio è opportuno, anzitutto, confrontare D. 4.5.8 con altri passi del maestro antonino: in particolare con Gai. 1.158<sup>29</sup>, là dove egli adotta lo stesso argomento di D. 4.5.8 (*civilis ratio civilia*

26 D'ALESSIO, *Margini*, 119-120. STAGL, *Favor dotis*, 282-289; STAGL, *Die Ratio*, 156-157: «Steht die Frau in Gewalt des Vaters, entsteht eine eigentümliche Gemengelage, in welcher, wie man sich einer modernen Kategorie bedienend sagen könnte, der Vater 'aktionenberechtigt' und die Tochter 'vermögensberechtigt' ist, kann er zwar die Klage geltend machen, aber nur *adiuncta filiae persona*. Primär ist also der Vater aus prozessualer Sicht aktivlegitimiert, in zweiter Linie die Tochter und zwar bei Abwesenheit oder Wahnsinnigkeit des Vaters und fehlender Disponibilität des Kurators».

27 Cfr. ALBANESE, *Le persone*, 334. D. 24.3.44 pr. (Paul. 5 *quaest.*); D. 21.2.71 (Paul. 16 *quaest.*); D. 24.3.22.5 (Ulp. 33 *ad ed.*); D. 24.3.59 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*). Vd., inoltre, C. 5.13.1.11 (Imp. Iust. a. 530).

28 Il passo è stato interpretato nel senso che soltanto a lei sarebbe spettata l'azione anche se, dopo lo scioglimento del matrimonio, fosse stata emancipata: cfr. SOLAZZI, *La restituzione*, 107. Il credito sarebbe indifferente alla *capitis deminutio* della donna; l'acquisto al padre, invece, sarebbe stato vincolato alla permanenza della sua *patria potestas*, tant'è che lo stesso *pater familias* non avrebbe potuto intentare autonomamente l'azione se non *adiuncta filiae persona*; VARVARO, *Studi*, 246-258; STAGL, *Favor dotis*, 283.

29 Vd. pure I. 1.15.3; 3.1.11. Cfr. inoltre Par. Theoph. 1.15.3; vd. SCARCELLA, *La Parafrasi*

*iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*) con l'obiettivo di osservare le dinamiche dell'*adgnatio* e della *cognatio* alla luce della dialettica tra *iura civilia* e *iura naturalia*:

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

Il passo delle *Institutiones* – come s'è visto anche in D. 4.5.8 – giustifica la disciplina della *capitis deminutio* in base all'argomento della *natura*.

Analogamente, in D. 38.8.2 (Gai. 16 *ad ed. prov.*)<sup>30</sup> Gaio riconduce la *naturalis aequitas* (sottesa alla *bonorum possessio* in favore di *cognati*) a una *sanguinis ratio*, capace di superare i limiti del *ius civile*:

*Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant. Itaque etiam vulgo quaesiti liberi matris et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati, usque adeo ut praegnas quoque manumissa si pepererit, et is qui natus est matri et mater ipsi et inter se quoque qui nascuntur cognati sint.*

In entrambi i testi il richiamo alla *natura* esprime indubbiamente un riferimento alla *cognatio*. Ciò tuttavia – a mio giudizio – non basta per ricondurre la nozione di *ratio civilis* espressa in D. 4.5.8 al tema della disciplina dell'*adgnatio* preso in considerazione in Gai. 1.158.

Se è vero, infatti, che nel passo delle *Istituzioni* l'affermazione di principio *civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest* esprime una contrapposizione molto netta tra vincoli d'agnazione sul piano civilistico e legami di cognazione sul piano naturalistico, è altrettanto indubbio che altrove, nella narrazione di Gaio, la stessa dicotomia non è altrettanto radicale. In particolare, non si può trascurare che nella rappresentazione delle *Institutiones* anche l'*adgnatio*, come *legitima cognatio* (Gai. 3.10), sviluppa il 'paradigma naturalistico' di una *coniunctio per virilis sexus personas*<sup>31</sup>. Tant'è che, pur potendo prescindere da legami di sangue (come quando fosse derivata da una *conventio in manu*), sarebbe

di Teofilo, 160-162. Contro l'idea di NÖRR, *Rechtskritik*, 99, secondo cui «der mit einer gewissen Heftigkeit verfochtene Gegensatz von *naturalis ratio* und *ratio civilis* praktisch folgenlos bleibt» cfr. ARCHI, «*Lex*» e «*natura*», 149-155.

30 Sul frammento QUADRATO, '*Homini appellatio*', 81-83, e ivi bibl., anche con riferimento alla *naturalis aequitas*.

31 Gai. 1.156; D. 26.4.7 (Gai. 1 *inst.*); MASCHI, *La concezione naturalistica*, 150-155.

giunta, talora, a postulare la costruzione di vincolo (non naturale) di *cognatio*: così, ad es., nella relazione tra l'adottato e la famiglia adottiva<sup>32</sup>.

Sotto altro profilo si deve considerare che, in molti altri luoghi delle *Institutiones*, la *civilis ratio* non esprime affatto un contrasto con la *natura*, ma, al contrario, mira a proporre un'analogia con un fenomeno naturale. Gai. 3.153, ad es., si rivolge in tal senso alla *civilis ratio* per descrivere l'estinzione della *societas* in conseguenza della *status permutatio* di uno dei componenti<sup>33</sup>, associando, in particolare, la *capitis deminutio* alla morte: una situazione naturale, questa, nella quale il giurista aveva individuato poco prima una causa di scioglimento della società (Gai. 3.152)<sup>34</sup> sul presupposto (confermato in Gai. 1.170, 3.101)

32 L'adozione avrebbe prodotto insieme, artificiosamente, *adgnatio* e *cognatio* con la famiglia adottiva, accanto al vincolo di *cognatio* naturale con la famiglia di origine: *cognitionem facit etiam adoptio* – ricorda D. 38.8.1.4 (Ulp. 46 *ad ed.*) – *etenim quibus fiet adgnatus hic qui adoptatus est, isdem etiam cognatus fiet*. Vincolo, questo cognatizio, che avrebbe continuato a rilevare come impedimento matrimoniale tra ascendenti e *liberi adoptivi* anche dopo l'emancipazione di questi ultimi (Gai. 1.59), ma non in via collaterale, tra fratelli o sorelle diventate tali per effetto di un'adozione, quando fosse intervenuta anche un'emancipazione (Gai. 1.61). Sul medesimo presupposto, del resto, D. 23.2.17 (Gai. 11 *ad ed. prov.*) individua nella *fraternitas per adoptionem quaesita* una causa di impedimento alle nozze finché *manet adoptio*: sicché un figlio naturale (*rectius* non adottivo) di colui che avesse adottato una donna avrebbe potuto sposare la sorella adottiva solo se lui o lei fossero stati emancipati. Subito dopo aver segnalato che non sarebbe stato possibile sposare la zia o la prozia, né materna né paterna, Gaio specifica che le nozze con la zia o la prozia paterna sarebbero state vietate anche se la parentela fosse derivata da un'adozione; la precisazione si spiega, evidentemente, in ragione del fatto che l'adozione avrebbe prodotto insieme, artificiosamente, un'adgnatio e una cognatio, benché non naturale, con la famiglia adottiva. La stessa regola – s'è detto – è espressa da Gaio anche nelle *Institutiones* (1.59-61), là dove non solo ricorda l'impedimento alle nozze tra i soggetti che *per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint*, ma evidenzia che il divieto sarebbe stato così rigoroso che il matrimonio tra un ascendente e una discendente adottiva sarebbe stato comunque impedito (*idem iuris maneat*) anche dopo che l'adottata fosse stata emancipata (*etiam dissoluta adoptio*: [...] *quamvis eam emancipaverim*). L'impedimento alle nozze tra ascendenti e discendenti indicato in Gai. 1.59 trova conferma in D. 23.2.53 (Gai. 11 *ad ed. prov.*). Non mi sembra particolarmente rilevante, invece, D. 37.7.2 (Gai. 14 *ad ed. prov.*), là dove si afferma che la figlia data in adozione e istituita erede sarebbe stata tenuta, come la figlia emancipata, a conferire in collazione non solo i suoi beni ma anche la dote. In questo caso, infatti, Gaio non si occupa della permanenza di un obbligo anche dopo la rescissione dei legami agnatici di una delle parti del rapporto obbligatorio ma di un onere che sarebbe sorto in ragione di tale rottura.

33 D'ALESSIO, «*Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem*», 393-408.

34 Gaio, invero, si limita a spiegare che il contratto non avrebbe potuto proseguire con gli eredi del socio defunto, ma non chiarisce le ragioni dell'estinzione della società tra i soci superstiti. Secondo GUARINO, *Solutio societatis*, 123-154, Gaio alludeva qui a una società bilaterale. Sul punto cfr. BONA, *Studi sulla società consensuale*, 51 n. 85.

che la *civilis ratio* finisse per equiparare la *capitis deminutio* alla morte nonostante che, invero, per il *ius civile*, fossero molto diversi gli effetti dell'una e dell'altra fattispecie<sup>35</sup>.

Ciò che preme evidenziare, in definitiva, è che, nella rappresentazione di Gaio, la dialettica tra *civilis* e *naturalis ratio* non si esaurisce affatto nella contrapposizione tra *adgnatio* e *cognatio*, ma si carica spessissimo di altri significati: sia nelle *Institutiones* (Gai. 1.1, 89, 189; 2.66, 69, 79; 3.154) sia in altre opere (3 *de verb. oblig.* in D. 3.5.38[39]; 2 *rer. cott.* in D. 41.1.1, 3 e 7.7 e 44.7.1.9), compreso l'*ad edictum provinciale* (D. 7.5.2.1, 7 *ad ed. prov.*; D. 8.2.8, 7 *ad ed. prov.*; D. 9.2.4 pr., 7 *ad ed. prov.*; 13.6.18.2, 9 *ad ed. prov.*)<sup>36</sup>. Notevole, ad esempio, è una certa affinità dell'espressione utilizzata in D. 7.5.2.1 (7 *ad ed. prov.*): *nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*, anche per il ricorso al verbo *commuto*, che si è incontrato in Gai. 1.158.

### 3. *Praestatio naturalis*

Per ricavare il contesto dell'affermazione gaiana raccolta da D. 4.5.8 mi sembra, quindi, opportuno soffermare l'attenzione sulla motivazione interna al passo, tenendo presente, anzitutto, che il frammento riconduce l'attributo *naturalis* alla *praestatio*<sup>37</sup>, e non all'obbligazione in sé considerata; e che, d'altra parte, Gaio motiva la resistenza dell'*obligatio*, in ragione della struttura dell'*actio rei uxoriae* in quanto *in aequum et bonum concepta*.

35 Basti pensare che, in caso di morte di uno dei soci il contratto di società si sarebbe estinto solo per il futuro, restando intatti per il passato i crediti e i debiti che, essendo maturati prima dello scioglimento, sarebbero stati trasmessi agli eredi; in caso di *capitis deminutio*, invece, i crediti sarebbero stati oggetto di successione in favore di chi avesse raccolto il patrimonio del *capite minutus*, mentre i debiti si sarebbero estinti *iure civili*, salvo restando il rimedio dell'*actio utilis rescissa capitis deminutione*. Sotto altro profilo, peraltro, l'analogia della *capitis deminutio* alla morte suggerita dalla *civilis ratio* non avrebbe potuto estendere alla *emancipatio* la stessa giustificazione addotta da Gaio per spiegare l'estinzione della *societas* per la morte di uno dei componenti: *i.e.* l'intrasmissibilità all'erede del contratto sociale (*quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*). Ammesso che un *filius familias* potesse essere parte di una *societas* (es. *quaestuarium*), la sua emancipazione non avrebbe posto affatto un problema della successione: tant'è che proprio con riferimento ai casi di *emancipatio*, la disciplina descritta da Gaio era stata contraddetta da Giuliano nel XIV libro dei suoi *Digesta* (D. 17.2.58.2 [Ulp. 31 *ad ed.*]). Nello stesso senso si sarebbe espresso anche D. 17.2.65.11 (Paul. 32 *ad ed.*).

36 In argomento cfr. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, 43-56.

37 Il riferimento alla *naturalis praestatio* è stato talora interpretato dalla critica interpolazionistica come un intervento compilatorio volto a sostituire una concezione astratta e filosofica in luogo del «motivo procedurale e positivo» della tutela processuale del credito. Sul punto cfr., peraltro, ALBERTARIO, *La critica*, 530; ALBERTARIO, *Corso*, 104.

Tale puntualizzazione, che sembra rinviare a un tipo di formula edittale, propone ancora una volta un aspetto problematico: nelle *Institutiones* (4.62) Gaio colloca l'*actio rei uxoriae*<sup>38</sup> tra i *iudicia bonae fidei*, ma le *formulae* che presentavano la clausola *in aequum et bonum* generalmente non rientravano in questo novero<sup>39</sup>.

Ove, tuttavia, si accedesse all'ipotesi secondo cui l'espressione *in aequum et bonum concepta* alludesse a un tipo di *intentio*, e non a un genere di *condemnatio*<sup>40</sup>, si potrebbe supporre che il giurista antonino (come poi avrebbe fatto Paolo) riconoscesse la tutelabilità dell'interesse personale al credito nutrito dall'ex moglie (nella misura del *bonum et aequum*), anche quando fosse stata *filia familias* e, pertanto, non avesse potuto vantare alcunché di proprio. In definitiva, si potrebbe ipotizzare che, con le parole *eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire*, Gaio facesse allusione a un genere di crediti resistenti alla *status permutatio*. Più in particolare, avrebbe potuto riconoscere che la ex moglie conservasse l'*actio rei uxoriae* dopo un'eventuale *capitis deminutio*. Questa prospettiva sembrerebbe, del resto, confermata dalle parole *durat etiam post capitis deminutionem* che, riferendosi all'azione, parrebbero sottendere, esattamente come D. 4.5.9, la posizione di un creditore.

Credo che in questo senso, del resto, sull'esegesi pesi ancora molto la posizione di Cuiacio il quale – sulla premessa dell'interpretazione di Sch. 1 ad Bas. 46.2.7 [Scheltema, B VII, 2742] secondo cui il genere di *obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur* (ὄσαι φυσικὴν ἀπαιτήσιν ἔχουσι) coinciderebbe con quelle sussistenti ἐξ βονότα ἐκούο (ex bono et aequo) – ha ricondotto le obbligazioni indicate in D. 4.5.8 a un tipo di crediti capaci di sussistere anche in capo ai figli in potestà. In linea di principio – osserva Cuiacio – costoro avrebbero acquistato al padre tutti i crediti e le azioni; avrebbero, però, trattenuto per sé

38 VARVARO, *Studi*, 111-162 e n. 272, ivi bibl.

39 In Gai. 3.137, però, le *obligationes consensu contractae*, tutelate da *iudicia bonae fidei*, sono ricondotte all'*oportere ex aequo et bono*. Sulla questione della collocazione dell'*actio rei uxoriae* tra i *iudicia bonae fidei* v., inoltre, SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte*, 141-147.

40 VARVARO, *Studi*, 189-203. Nella prospettiva dello studioso, tuttavia, *Studi*, 76-77, il passo di Gaio riguardava più verosimilmente l'ipotesi di *capitis deminutio* del debitore: «se si prova a leggere il frammento gaiano senza tener conto del significato che assume in connessione al passo di Paolo prima del quale è stato incastonato dai commissari giustiniani nell'ambito del mosaico compilatorio del Digesto, e che nel contesto originario doveva riguardare – come pure il frammento di Paolo – il tema della *capitis deminutio*, non vi sono ragioni per pensare che il mutamento di *status* al quale si riferisce Gaio riguardasse la persona del creditore [...] la sua interpretazione più naturale induce a ritenere che in esso si affermasse che l'obbligazione di restituire la dote continuasse a permanere in capo al marito convenuto con l'*actio rei uxoriae* anche quando costui avesse subito una *capitis deminutio*».

quelle posizioni attive che speciali ragioni di equità avessero legato a loro: *exceptis iis tantum obligationibus vel actionibus, quae naturalem praestationem habent*.

Seguendo, pertanto, l'interpretazione dello scoliaste bizantino secondo cui tali obbligazioni avrebbero dovuto essere intese come naturali, non nel senso che mancassero di azione (ἐξ ὧν οὐδὲ ὄλως τίκτεται ἀγωγή), ma nel senso che fossero fondate ἀπὸ δικαίου καὶ ἀγαθοῦ, secondo Cuiacio le obbligazioni aventi ad oggetto una *naturalis praestatio* non si sarebbero identificate con le *naturales obligationes*. Sarebbero state, piuttosto, *obligationes civiles, quae actionem pariunt*; situazioni compromesse da una applicazione rigorosa del diritto ma caratterizzate da interessi meritevoli di tutela in base a ragioni di equità sostanziale (*l'aequum et bonum*): pur essendo acquisiti, a rigor di diritto, al patrimonio paterno *iure potestatis*, crediti di questo genere avrebbero potuto essere nondimeno riconosciuti al figlio (o alla figlia) e a lui (o a lei) conservati anche dopo una *capitis deminutio*, come se non fossero mai appartenuti al padre (*quasi non prorsus adquisitae patri*)<sup>41</sup>.

Con riferimento alla dote, in conclusione, il riferimento alla *natura* esprimerebbe la concezione di una titolarità naturale di un diritto che una costituzione di Giustiniano del 529 (C. 5.12.30 pr.) contrappone all'attribuzione formale operata dalla *legum subtilitas*: le *res* dotali sarebbero rimaste di fatto, *naturaliter*, nel *dominium* della *uxor*. La *legum subtilitas*, che pure avrebbe imposto il trasferimento formale al marito, non avrebbe dovuto far dimenticare l'effettivo stato delle cose: *non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est*<sup>42</sup>.

#### 4. Una diversa ipotesi di lettura

Il carattere 'naturale' delle obbligazioni<sup>43</sup> resistenti alla *capitis deminutio* è richiamato anche da D. 4.5.2.2 (Ulp. 12 *ad ed.*) a commento dei *verba* dell'editto *de capite minutis*<sup>44</sup>. In questo caso, però, la prospettiva del giurista è certamente concentrata sul debitore *capite minutus*.

Notevole, nel frammento ulpiano, è la ricorrenza del verbo *maneo* (incontrato peraltro in Gai. 3.84 in opposizione al verbo *libero*, a proposito della

41 In argomento, cfr. peraltro MASCHI, *La concezione naturalistica*, 348-357, ivi bibl. anche per la critica testuale, in part. n. 2; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, 134-138 e n. 59.

42 *Supra*, n. 8.

43 Sul dibattito storiografico sulle obbligazioni naturali, di recente, LONGO, *La nozione romana*, 357-358, spec. n. 6.

44 Cfr. *supra*, § 2. Per l'ampia letteratura sul passo mi sia permesso rinviare a D'ALESSIO, *Studii*, 126-151.

*capitis deminutio*)<sup>45</sup> antitetico, come ‘duro’ (che si incontra anche in D. 4.5.8 a proposito dell’*actio de dote*), al verbo ‘pereo’ di D. 4.5.8 o ‘commuto’ di Gai. 1.158:

*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 filiusfamilias.*

Dietro una più ampia dialettica tra i casi inclusi e quelli esclusi dall’editto per la concessione dell’*actio utilis rescissa capitis deminutione*<sup>46</sup>, Ulpiano segnala il ‘perdurare’ (il ‘manere’), sul piano della *natura*, dell’obbligo del *capite minutus*, civilmente estinto dal sopravvenire di una *status permutatio*: *hi qui capite minuuntur [...] manent obligati naturaliter*<sup>47</sup>. Un’affermazione, questa, che presenta, in prospettiva rovesciata, un’evidente assonanza con il commento di Gai. 3.84: *ne ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, vel ipsa, quae in manum convenit, maneat obligatus obligatave*.

Come precisato in Gai. 4.38, tuttavia, il punto di vista del maestro antonino è assato sul *ius civile* (*si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit [...] desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere*): se, sotto questo profilo, Gaio enfatizza la liberazione *iure civili* del debitore *capite minutus*, Ulpiano invece segnala la permanenza dell’obbligazione sul piano del diritto naturale<sup>48</sup> (*hi qui capite minuuntur [...] manent obligati naturaliter*).

Abbiamo visto, però, che nella narrazione gaiana la dinamica dell’editto *de capite minutis* era osservata soltanto con riferimento alle ipotesi in cui la *status permutatio* avesse provocato la trasmissione del patrimonio del *capite minutus* in favore dell’acquirente di una potestà su di lui: segnatamente nei casi di

45 Notevole è, inoltre, la ricorrenza di espressioni come *desinit iure civili*, *ius nostrum corrumpere* in Gai. 4.38, là dove il maestro antonino si occupa specificamente dell’*actio utilis rescissa capitis deminutione*.

46 D’ALESSIO, *Studii*, 151-159.

47 Interessante è anche D. 44.7.14 (Ulp. 7 disp.): *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*.

48 Analogamente in Sch. 2 ad Bas. 46.2.1 [Scheltema, B VII, 2737] si contrappone la permanenza dell’obbligazione del *capite minutus* sotto il profilo naturale (οἱ καπίτις ὑποστάντες [...] μένουσι φυσικῶς εἰς ὀλόκληρον ἐνεχόμενοι) al πολιτικὸς νόμος che, equiparando la *capitis deminutio* alla morte, avrebbe impedito la conservazione del suo debito.

*adrogatio* e di *coemptio*; mentre venivano trascurate l'*adoptio* e l'*emancipatio*. Si è pure rilevato, però, che, se il figlio poteva assumere in proprio obbligazioni civili – come afferma D. 44.7.39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*) – ci si sarebbe potuto domandare se la *capitis deminutio* spiegasse effetti sui debiti del *filius familias* in ragione della sua emancipazione o della sua adozione. Gaio si sarebbe potuto chiedere, ad esempio, se anche il debitore emancipato *per capitis deminutionem liberetur* o *maneat obligatus*. Ovviamente, il dubbio non avrebbe potuto coinvolgere l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*, la quale avrebbe implicato – come s'è osservato – non solo l'estinzione del debito ma anche la perdita di un patrimonio del debitore in conseguenza della sua *capitis deminutio*. E ciò contribuirebbe a motivare il silenzio in argomento nelle *Institutiones* (e, in particolare, in Gai. 3.84, 4.38) dove non viene affrontato il problema della capacità di obbligarsi del *filius familias*.

Diversi testi, invece, si occupano del tema della permanenza del debito dell'emancipato dopo la *status permutatio*<sup>49</sup>. Nel commentario all'editto, nel sessantesimo libro Paolo (D. 16.3.21 pr.) evidenzia, ad esempio, che il figlio depositario sarebbe rimasto obbligato anche dopo la sua *capitis deminutio*:

*Si apud filium familias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius.*

Il caso trattato nel frammento assume uno speciale significato se si riflette sul fatto che il figlio emancipato sarebbe stato chiamato a rispondere personalmente delle obbligazioni da deposito e non avrebbe dovuto essere convenuto il padre con l'*actio de peculio annalis* (D. 15.2.1 pr. [Ulp. 29 *ad ed.*])<sup>50</sup>, la quale avrebbe avuto generalmente luogo dopo l'emancipazione del *filius*. Infatti, disponendo ancora del bene in deposito, soltanto il figlio (non il padre) avrebbe potuto restituire materialmente (in questo senso "in natura") la *res*, evitando peraltro la condanna, quale che fosse il giudizio: tanto se *in factum* e restitutorio, quanto se *in ius* e di buona fede.

Per la stessa ragione, inoltre, essendo nella completa ed effettiva possibilità di adempiere, il figlio non avrebbe potuto giovare del cd. *beneficium competentiae*, altrimenti accordato, *cognita causa*, agli *emancipati*, *exheredati* e *abstenti*

49 Così, peraltro, D. 17.1.61 (Paul. 2 *ad Ner.*); D. 17.2.58.2 (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 27.3.4.1 (Paul. 8 *ad Sab.*); D. 27.3.11 (Ulp. 35 *ad ed.*).

50 D. 15.2.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Praetor ait: post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.*

(D. 14.5.2 pr. [Ulp. 29 *ad ed.*])<sup>51</sup> così come agli *adoptati* (apprendiamo da D. 14.5.2.1 [Ulp. 29 *ad ed.*]).

Questa limitazione della condanna “nei limiti del possibile” è rammentata, peraltro, anche da Gaio al nono libro dell’*ad edictum provinciale*, secondo D. 14.5.1:

*Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria institoria tributariae, nibilo minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur [...].*

Notevole, nel passo, è soprattutto la puntualizzazione *nibilo minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur*: così, evidentemente, nell’*ad edictum provinciale* Gaio descriveva il *beneficium competentiae* concesso (dal governatore in provincia) agli emancipati con l’espressione *ex bono et aequo*. Da D. 14.5.2 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*), che nel Digesto segue immediatamente il frammento di Gaio) sappiamo, però, che la clausola del pretore sul punto era formulata con le parole: *in eum, qui emancipatus [...] actionem causa cognita dabo in quod facere potest*.

La formulazione gaiana della clausola di limitazione della responsabilità nei limiti del possibile apre spazio a una nuova ipotesi di lettura di D. 4.5.8. Non è da escludere, infatti, che sempre nell’*ad edictum provinciale* (là dove, s’è detto, Gaio ricorda che il *filius familias* si obbliga *tamquam pater familias*)<sup>52</sup> ricorrendo all’analoga formulazione *quia in bonum et aequum concepta est* di D. 4.5.8, Gaio volesse caricarla di un significato simile a quello espresso in D. 14.5.1, a proposito dell’*actio rei uxoriae*, qualora fosse esercitata in danno di un *emancipatus*. L’ipotesi in cui un *filius familias*, avendo la disponibilità dei beni dotali *ad onera matrimonii sustinenda*, fosse stato emancipato presenterebbe, infatti, evidenti affinità con la situazione del figlio depositario che avesse conservato la *res deposita* anche dopo l’*emancipatio*. È questo il caso – s’è visto – esaminato da D. 16.3.21 pr. (Paul. 60 *ad ed.*), là dove si ricava che avrebbe risposto l’emancipato (per l’intero)<sup>53</sup>, verosimilmente sul presupposto che, continuando a custodire il

51 D. 14.5.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *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.*

52 *Supra*, n. 21.

53 Cfr. peraltro Sch. 2 ad Bas. 46.2.1 (Scheltema, B VII, 2737), secondo cui i *capite minuti* sarebbero rimasti obbligati, naturalmente ma *in solidum* (εις ὀλόκληρον), per le obbligazioni contratte prima della *status permutatio*.

bene, si trovasse (lui, non il *pater*) nella condizione concreta di poter restituire (per intero) il bene in natura.

Se il contesto della riflessione gaiana è simile a quello affrontato da Paolo (e la concatenazione, in D. 4.5.8-9, di frammenti delle medesime opere dei due giuristi, anche se provenienti da libri differenti, può costituire una labile suggestione in tal senso), si potrebbe avanzare l'ipotesi (meramente congetturale) secondo cui, nel caso dell'*actio rei uxoriae*, Gaio segnalasse che l'emancipato, che avesse conservato i beni dotali dopo la sua *capitis deminutio*, avrebbe continuato a rispondere soltanto *in quantum ex bono et aequo*. Il giurista, cioè, avrebbe potuto mettere in evidenza come, al di là del *beneficium competentiae* generalmente riconosciuto all'*emancipatus*, il credito per il recupero della dote venisse specificamente tutelato da questa azione nella misura del *quantum ex bono et aequo*<sup>54</sup>. Entro questi limiti, infatti l'ex marito sarebbe stato tenuto a restituire la dote: sia che il debito fosse sorto in capo a lui come *pater familias* sia che vi fosse già tenuto da *filius familias* e fosse stato poi emancipato.

Tra la prima e la seconda parte di D. 4.5.8, in definitiva, Gaio avrebbe potuto segnalare che il figlio rimanesse obbligato *in quantum ex bono et aequo* se e nei limiti in cui avesse trattenuto i beni dotali, come accadeva quando il genitore fosse morto<sup>55</sup>. Con l'affermarsi del principio per cui *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*<sup>56</sup>, sappiamo infatti che i beni dotali sarebbero trasmessi al marito e non agli altri eredi del padre<sup>57</sup> (giacché *post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor*). È presumibile che, sul medesimo presupposto, i *filius familiarum* conservassero la disponibilità dei beni dotali anche a seguito di un'emancipazione e che, pertanto, contro costoro fossero rivolte le pretese alla restituzione della dote. Diversamente da altre situazioni in cui gli *emancipati* avessero conservato i beni per i quali fossero chiamati a rispondere *in solidum*, in questo caso, però, la loro responsabilità sarebbe stata limitata al *bonum et aequum*.

In questo senso le *obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur* rappresenterebbero un genere di obbligazioni che avrebbero potuto essere concretamente adempiute solo dal soggetto che avesse subito la *capitis deminutio*; esse, pertanto, sarebbero state indifferenti alla *status permutatio*. La

54 Sul *beneficium competentiae* nell'*actio rei uxoriae* vd. GUARINO, *La condanna*, 61-67.

55 In argomento, cfr., però, SOLAZZI, *La restituzione della dote*, 432-435.

56 D. 23.3.56.2 (Paul. 6 *ad Plaut.*): sul passo, cfr., tra l'altro, FAYER, *La familia*, 682. Il principio deve ritenersi già noto a Plautio: GIOMARO - BICCARI, *Sulle regulae*, 224 che evidenziano come il riferimento agli *onera matrimonii* si ritrovi anche in D. 17.1.47 pr. (Pomp. 3 *ad Plaut.*).

57 CASOLA, *Dote*, n. 23.

natura della prestazione non avrebbe consentito la liberazione del *capite minutus* dal debito, almeno sul piano naturale. Se, evidentemente, ciò non poteva esimere il creditore dal ricorrere all'*actio rescissa capitis deminutione* nei casi di *adrogatio* o *coemptio*, per aggredire il patrimonio di un soggetto diverso dal debitore (l'*adrogator* e il *coemptionator*), sarebbe stato però determinante nelle ipotesi di *emancipatio* e *adoptio* del debitore per precludere la limitazione della condanna nei limiti del possibile, salvo che nelle ipotesi (come l'*actio rei uxoriae*) delle *actiones in bonum et aequum conceptae*, su cui Gaio avrebbe concentrato la sua attenzione in 4 *ad ed. prov. D.* 4.5.8.

## Bibliografia

- ALBANESE B., *Le persone del diritto privato romano*, Palermo 1979.
- ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano: matrimonio e dote*, Milano 1942.
- ALBERTARIO E., *La critica del fr. 8 D. «De capitis minutis»* IV, 5, SDHI 4 (1938) 529-532.
- ARCHI C.A., «Lex» e «natura» nelle Istituzioni di Gaio, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* I, Köln 1978, 3-23 (= *Scritti di diritto romano* I, Milano 1981, 139-171).
- ASTOLFI R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 1983.
- BONA F., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973.
- BRESOLIN ZOPPELLI D., *La modifica alla confarreatio nel primo Principato: alcune riflessioni su Gai 1.136*, in *Scritti per Francesco Maria Silla*, Napoli 2024, 103-135.
- BURDESE A., *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955.
- BURDESE A., *Dubbi in tema di naturalis obligatio*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo* II, Milano 1972, 485-513.
- CASAVOLA F.P., *Giuristi adrianei. Incunabula mentis*, Roma 2001<sup>2</sup>.
- CASOLA M., *Dote e interesse pubblico*, *Diritto@storia* 6 (2007), <https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Casola-Dote-interesse-pubblico.htm>.
- CORNIOLEY P., *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève 1964.
- CORTESE B., *Giurisdizione e Iurisdictio*, in *La 'giurisdizione'. Una riflessione storico-giuridica*, a cura di R. Benigni - B. Cortese, Roma 2019, 11-31.
- D'ALESSIO R., *Sulla legittimazione passiva nell'actio rescissa capitis deminutione*, *Index* 36 (2008) 375-408.
- D'ALESSIO R., *Studii sulla capitis deminutio minima. Dodici Tavole, Giurisprudenza, Editto*, Napoli 2014.

- D'ALESSIO R., *Margini di autonomia per le «filiae familiarum»*, QLSD 4 (2014)117-133.
- D'ALESSIO R., *Le obbligazioni degli alieno iuri subiecti fra metodologia di Gradenwitz e percorsi dell'analisi esegetica*, TSDP 11 (2018) 1-33 [http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018\\_Contributi\\_Dalessio.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Dalessio.pdf).
- D'ALESSIO R., «*Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem*», LR 10 (2021) 393-408 (= *La differenza e l'ostacolo. Scritti in onore di Raffaele De Giorgi*, a cura di L. Nuzzo - S. Tommasi, Napoli 2021, 223-241).
- D'AMATI L., *Considerazioni in tema di «actio utilis rescissa capitis deminutione»*, Diritto@storia 8 (2009) <https://www.dirittoestoria.it/8/Tradizione-Romana/DAmati-Actio-utilis-rescissa-capitis-deminutione.htm>.
- DESSERTAUX F., *La capitis deminutio dans le droit byzantin*, Paris 1928.
- DI CINTIO L., *Natura debere*, Soveria Mannelli 2009.
- DIDIER PH., *Les diverses conceptions du droit naturel à l'œuvre dans la jurisprudence romaine des iie et iiie siècles*, SDHI 47 (1981) 195-262.
- FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote II*, Roma 2005.
- GALLO F., *Valori perduranti del bonum et aequum*, TSDP 8 (2015) 1-45, [https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2021/12/2015\\_Contributi\\_Gallo.pdf](https://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/wp-content/uploads/2021/12/2015_Contributi_Gallo.pdf).
- GIOMARO A.M. - BICCARI M.L., *Sulle regulae iuris fra I e III sec.: Paolo commenta Plautio*, Palermo 2022.
- GIUMETTI F., *Solutio matrimonio dotem reddi*, Torino 2022.
- GUARINO A., *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli 1978<sup>2</sup>.
- GUARINO A., *Solutio societatis*, Labeo 14 (1968) 139-166 (= *Studi in onore di G. Grosso III*, Torino 1970, 1-34 = *La società in diritto romano*, Napoli 1988, 121-154).
- KASER M., *Die Rechtsgrundlage der «actio rei uxoriae»*, RIDA 2 (1949) 511-550 (= *Ausgewählte Schriften I*, Napoli 1976, 345-387).
- KASER M., Recensione a CORNIOLEY P., 'Naturalis obligatio', ZSS 83 (1966) 461-472.
- KASER M., «*Ius gentium*», Köln-Wien-Weimar 1993.
- KNÜTEL R., *Skizzen zum römischen Adoptionsrecht: plena pubertas, Annahme an Enkels Statt, Erhaltung der Mitgift*, Index 22 (1994) 249-265.
- LAURIA M., *Matrimonio-dote in diritto romano*, Napoli 1952.
- LONGO S., *Filius familias se obligat?*, Milano 2003.
- LONGO S., *La nozione romana di «naturalis obligatio»: una 'insolita' evoluzione*, Index 50 (2022) 357-409.

- MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937.
- NÖRR D., *Rechtskritik in der römischen Antiken*, München 1974.
- QUADRATO R., 'Hominis appellatio' e gerarchia dei sessi, BIDR 94-95 (1991-1992) 309-348 (= *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, 53-92).
- SAVIGNY (VON) C., *System des heutigen römischen Rechts* II, Berlin 1840 (rist. Aalen 1981).
- SCARCELLA A.S., *La Parafrasi di Teofilo: un contributo al recupero di valori tradizionali nell'età dell'assolutismo imperiale*, Milano 2017.
- SOLAZZI S., *Sulla capacità del «filius familias» di stare in giudizio*, BIDR 9 (1899) 113-210 (= *Scritti di diritto romano I*, Napoli 1955, 1-74).
- SOLAZZI S., *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello 1899.
- SÖLLNER A., *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien 1969.
- STAGL J.F., *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar 2009.
- STAGL J.F., *Die Ratio des Schenkensverbotes unter Ehegatten. Monopolisierung des Ehegüterrechts in Dotalregime*, RHD 85 (2017) 141-165.
- VARVARO M., *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006.