

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO

5

a cura di Isabella Piro



Libellula

2016

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO 5  
a cura di Isabella Piro

Opera Completa | 978-88-67353-32-3  
5° Volume | 978-88-67353-85-9

© Tutti i diritti riservati all'Autore.  
Nessuna parte di questo libro può essere riprodotta senza il  
preventivo assenso dell'Autore.

Libellula Edizioni  
Via Roma, 73 - 73039 Tricase (LE) - Italy  
Tel. /Fax +39/0833.772652  
[www.libellulaedizioni.com](http://www.libellulaedizioni.com)  
[info@libellulaedizioni.com](mailto:info@libellulaedizioni.com)

**Luigi Pellecchi**  
Università di Pavia

**Tra processo e diritto materiale:  
la natura e la funzione dell'*actio protutelae***

*Most men are forced to perform  
parts for which they have no qualifications*  
(O. Wilde)

*Premessa.*

1. Accanto all'*arbitrium tutelae* (EP § 124) e all'*actio rationibus distrahendis* (EP § 125), l'Editto del Pretore esponeva un'azione *in eum qui pro tutore negotia gessit* (per riprendere la locuzione su cui è modellata la Rubrica del tit. D. 27.5<sup>1</sup>)? Se sì, come si caratterizzava la relativa formula?

L'eco delle due domande, che a cavallo del XIX e del XX secolo avevano alimentato un cospicuo dibattito, fortemente influenzato dal metodo interpolazionista, si è sopita a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, grazie a un intervento di H.H. Seiler che ha congelato la discussione. Lo studioso di Amburgo è tornato a difendere l'idea – abbandonata da Lenel nell'ultima edizione della ricostruzione dell'Editto Perpetuo – che il *iudicium* utilizzabile contro la persona sostituitasi al tutore nell'amministrazione di un patrimonio pupillare fosse esposto nell'Albo, in una sezione apposita (EP § 126). Per altro verso (e piuttosto *en passant*, se è lecito dirlo) lo studioso ipotizzava però che questo *iudicium* si caratterizzasse per una formula solo in parte coincidente con quella ipotizzata (e poi abbandonata, nella

---

\* Desidero ringraziare Dario Mantovani, per l'aiuto e il fraintendimento che mi ha evitato nell'interpretazione di D. 27.5.1pr.

<sup>1</sup> D. 27.5: *De eo qui pro tutore prove curator negotia gessit*. L'estensione al *curator* – che non ha corrispondenze né nella Rubrica omologa di C. 5.45 né nei testi giurisprudenziali escerpiti all'interno del tit. D. 27.5 (così già LENEL, EP<sup>1</sup> 257) – risponde notoriamente alla scelta dei Compilatori del Digesto di comprendere le posizioni di tutori e curatori sotto rubriche uniche.

sua veste edittale) da Lenel<sup>2</sup>.

Su entrambi i punti si deve senz'altro convenire con Seiler. Nondimeno, non si può dire che il suo intervento abbia risposto a tutti gli interrogativi sollevati dalla cd. *actio protutela* (almeno convenzionalmente, adoteremo anche noi questa contestata denominazione, che il Codice di Giustiniano attribuisce alla cancelleria di Alessandro Severo e il Digesto al commentario edittale di Ulpiano<sup>3</sup>). Incerto rimane infatti il fondamento dell'azione (civile o pretorio), sfuggente il rapporto con l'*actio tutelae*, oscuro il significato stesso della sua introduzione nell'Editto, almeno per come la vicenda è presentata nell'esordio di D. 27.5.1; un testo che è fondamentale per ricostruire la natura e la funzione di questo strumento, e del quale Seiler ha tuttavia escluso la piena affidabilità.

Quale sia l'obiettivo che ci si propone di raggiungere nelle prossime pagine risulta perciò già da queste prime note. L'intenzione non è tanto di sottoporre a un rinnovato vaglio le varie ricostruzioni formulari dell'*actio protutela*. Piuttosto, la questione della formula sarà l'occasione per interrogarsi sul senso e la storia di un rimedio processuale per molti versi peculiare. L'idea di fondo è che le ragioni dell'*actio protutela* non siano da cercare sul piano del diritto materiale, ma del processo e della prova, e che solo indirettamente l'azione abbia costretto i giuristi a guardare ad essa anche dal lato del diritto sostanziale, illustrando a suo corredo il peculiare regime del suo protagonista, il cd. protutore<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln Graz-Böhlau 1968, 208 ss. Le ragioni del mutato avviso di Lenel sulla natura edittale del *iudicium* sono esposte in EP<sup>3</sup> 321; sulla ricostruzione della formula, proposta dal grande studioso, vd. *infra* §§ 2 e 11.

<sup>3</sup> Vd. *infra* in corrispondenza della nt. 20.

<sup>4</sup> Perifrasi come 'tutore di fatto' o 'tutore apparente' – che vengono normalmente impiegate come sinonimi del *terminus technicus* 'protutore' – saranno utilizzate nelle prossime pagine nel loro senso più largo, per indicare una persona intervenuta negli affari del pupillo in veste di tutore, ma indipendentemente dal fatto di avere titolo per farlo. Per riferirci alla figura del 'falso tutore' parleremo perciò di un tutore 'di mero fatto' o 'soltanto apparente'.

1. Gli inconvenienti della tipicità delle 'actiones' e un'azione per evitarli.

2. Nei vari tentativi di approdare alla ricostruzione formulare dell'*actio protutela*, è generalmente condivisa l'idea che il *iudicium* si aprisse con una *demonstratio*. L'ipotesi di una *formula* con *intentio in factum concepta*, che pure è stata avanzata, si deve in effetti a un'osservazione del tutto fugace<sup>5</sup>, nel tempo lasciata giustamente cadere (considerando che la formula doveva fare riferimento, con ogni probabilità, a un *oportere ex fide bona*)<sup>6</sup>.

Sostanzialmente unanime è anche l'opinione che la *demonstratio* dell'*actio protutela* s'incentrasse sulla stessa premessa di fondo dell'*actio tutela*, vale a dire sull'intervenuta gestione di un patrimonio pupillare. Tuttavia, se con la *demonstratio* dell'*actio tutela* si deduceva il fatto del '*tutelam Ai.Ai. pupilli gerere*' (la circostanza è ormai certa, grazie a P. Yadin 28-30, dai quali anzi si desume che la formula doveva effettivamente insistere sul peculiare status dell'attore<sup>7</sup>), la *demonstratio* dell'*actio protutela* avrebbe fatto invece riferimento a una gestione degli affari pupillari condotta '*pro tutore*':

*Quod Ns.Ns. Ai.Ai. pupilli  
tutelam gessit, q.d.r.a.*

*Quod Ns.Ns. pro tutore Ai.Ai.  
(pupilli ?) negotia gessit, q.d.r.a.*

L'esordio dell'*actio protutela*, trascritto sopra, è quello ipotizzato a suo tempo da Lenel<sup>8</sup>. L'integrazione '(*negotia*

---

<sup>5</sup> L'ipotesi è di O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II, Leipzig-Veit 1901, 1191, che la presentava in alternativa a quella di una formula con *intentio incerta* fittizia: vd. *infra* § 13.

<sup>6</sup> *Infra* §§ 10-14.

<sup>7</sup> Secondo la congettura avanzata a suo tempo da M. WLASSAK *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena-Fischer 1879, 119. Questa congettura pagò poi il dazio della diversa scelta di LENEL, *EP*<sup>1</sup> 255 nt. 9, che le preferì, giudicandola ridondante, la più semplice variante '*quod Ns.Ns. tutelam Ai.Ai. gessit*', proposta da A.F. RUDORFF, *De iuris dictione Edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae-Hirzelium 1869, 133.

<sup>8</sup> *EP*<sup>1</sup> 257. Va notato che Lenel – e con lui la storiografia successiva: cfr. la bibliografia raccolta in R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la*

*Ai.Ai.) pupilli'* rimonta a una congettura di Rudorff<sup>9</sup>, che potrebbe ricevere anch'essa nuova linfa da P. Yadin 28-30<sup>10</sup>. Al di là di questo, è pacifico che la locuzione '*pro tutore negotia gerere*' dovesse costituire il cuore della *demonstratio*. Buona parte di quanto sopravvive del commento di Ulpiano può infatti considerarsi un'analisi del lemma corrispondente<sup>11</sup>, e il modo stesso con cui il giurista ne introduceva l'esame («*'pro tutore' autem 'negotia gerit' qui munere tutoris fungitur in re impuberis*»: D. 27.5.1, § 1) indica che le parole in questione dovevano appartenere alla formula commentata<sup>12</sup>.

---

*responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano-Giuffrè 1995, 204 nt. 37 – tenne ferma questa versione della *demonstratio* (oltre che della formula nel suo complesso) pur avendo mutato opinione circa la natura complessiva dell'*actio protutelae*, che il grande studioso, nella scia di J. PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio*, I, Heidelberg-Winters 1913, 62 s., finì per identificare in una versione decretale dell'*actio negotiorum gestorum*, accordata in via utile: vd. anche *infra* nt. 102.

<sup>9</sup> *De iuris dictione Edictum* cit. (nt. 7), 133.

<sup>10</sup> LENEL, *EP*<sup>1</sup> 257 nt. 1 deduceva l'assenza della specificazione '*(negotia Ai.Ai.) pupilli'* dal principio esposto in D. 27.5.1, § 6 (Ulp. 36 *ad ed.*: *nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem*; per il testo completo vd. *infra* nt. 68). Va tuttavia osservato che il caso affrontato nel § 6 – della gestione riferita al patrimonio della persona *quae iam pubes est neque tutorem habere potest* – s'inserisce in una catena volta a definire il perimetro del '*pro tutore gerere*'. La catena in questione si apre con l'ipotesi della *gestio* protratta dopo che il responsabile fosse decaduto dall'*officium* di tutore o iniziata prima dell'effettiva assunzione dello stesso (§§ 4-5, rispettivamente riportati *infra* alle ntt. 141 e 140) e si conclude con l'ipotesi della *gestio* condotta sul patrimonio di un impubere al quale, per errore, fosse stato nominato come amministratore un curatore (anziché un tutore: § 7, *infra* alla nt. 68). L'ipotesi esposta al § 6 – dell'amministrazione del minore ormai pubere – potrebbe essere stata perciò esposta per fare da ponte tra le altre due fattispecie, a completezza del quadro, nonostante l'evidenza della sua soluzione (cfr. *protutelae actio cessat*: § 6 / *an, quasi pro tutore gesserit, teneatur, quaeritur*: § 7).

<sup>11</sup> Vd. alla nt. precedente e cfr. in questo stesso senso, implicitamente, già LENEL, *EP*<sup>1</sup> 257 nt. 2.

<sup>12</sup> Tanto più che in quel che residua del commentario di Ulpiano (*Pal.* 2.673 fr. 1036) non si rinviene alcuna traccia di un editto introduttivo. Dopo la definizione del *gerere pro tutore* (cui si aggancia in negativo il caso della tutela amministrata da un servo [D. 27.5.1, § 2: *infra* nt. 69]), il giurista per prima cosa dava conto del momento di esperibilità dell'azione (§ 3: *infra* nt. 161), quindi tornava sul perimetro della *gestio pro tutore*, mettendo a fuoco le quattro ipotesi di cui si è dato conto due ntt. sopra (§§ 4-7). Dal momento

Ma quale fattispecie inquadrava esattamente la locuzione '*pro tutore negotia gerere*'? Dalle letture istituzionali l'impressione è che la locuzione venga riferita al solo gestore non autorizzato; più precisamente: alla sola persona cui si addebitasse di aver gerito il patrimonio del minore al posto del tutore vero. «E' chiaro» – scriveva per es. C. Ferrini – «che in tale ipotesi non possono sorgere tra il pupillo e il suo amministratore rapporti e azioni di tutela. [...] Però per la cattiva amministrazione il Pretore nel suo editto ha introdotto in favore del pupillo una *utilis actio* detta *actio protutela*»<sup>13</sup>. Anche le indagini più mirate lasciano trapelare lo stesso punto di vista. «Die Neuerung, die der Praetor traf» – osservava M. Wlassak a proposito delle ragioni che a suo dire determinarono l'affermarsi del nuovo strumento processuale – «bestand lediglich darin, dass nunmehr an die Stelle jener allgemeinen (*scil. l'actio negotiorum gestorum*) eine specialklage traf, und in Folge dessen jener Gestor, der *animo tutoris* die Geschäfte eines *impubes* geführt hatte, im Verhältniss zu letzterem dem wahren Tutor fast in allen wesentlichen Punkten gleichgestellt wurde»<sup>14</sup>.

L'*actio protutela* sarebbe stata insomma introdotta allo scopo di applicare a un particolare tipo di gestore un regime improntato all'*actio tutelae*. Sicché tra le due azioni si sarebbe dato un rapporto di complementarietà, essenzialmente sotto il profilo della legittimazione passiva. Se a rispondere con l'*actio tutelae* non poteva essere altri che il tutore (vero), con l'*actio protutela* si sarebbe chiamato invece in giudizio il tutore falso, e questi soltanto. Lo stesso presupposto implicito regge normalmente ogni altra rappresentazione – manualistica o meno – della nostra azione<sup>15</sup>.

---

che il discorso si sposta poi sul profilo del debito e della responsabilità (prima con l'estensione dell'azione alle *usurae* [§ 8: *infra* all'esordio del § 22], quindi con la questione della responsabilità per l'omessa gestione [§ 9: *infra* all'esordio del § 17]), è abbastanza evidente che l'intero primo blocco del testo pertiene al tema della legittimazione passiva e va dunque riferito al commento della *demonstratio*.

<sup>13</sup> C. FERRINI, *Manuale di Pandette*<sup>3</sup>, Milano-Società Editrice Libreria 1908, 951.

<sup>14</sup> WLASSAK, *Zur Geschichte* cit. (nt. 7), 132.

<sup>15</sup> Cfr. per tutti KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit. (nt. 5), 1191; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I, Diritto di famiglia* (Roma 1925,

3. La rappresentazione sintetizzata ora appare poco congruente con quanto si legge nel passo proposto dai Compilatori come introduzione al titolo D. 27.5. E' anzi tale la distanza che non stupisce che l'attendibilità del brano sia stata messa ripetutamente in discussione, e da una pluralità di punti di vista, col paradosso – per la verità non infrequente in approcci del genere – che al testo hanno finito per essere attribuite paternità del tutto differenti. Per alcuni si tratterebbe di una *summa* postclassica, del genere di quelle di cui i Compilatori avrebbero approfittato a man bassa per introdurre i singoli titoli del Digesto<sup>16</sup>. Per altri il brano sarebbe invece figlio di una presunta «riforma giustiniana» dell'*actio protutela*, dalla quale sarebbe uscito uno strumento processuale dai connotati totalmente diversi da quello che nell'Editto si trovava esposto *in eum qui pro tutore negotia gessit*<sup>17</sup>. Dal momento che anche le letture più conservative concedono al testo niente più che un «klassischer Kern», ampiamente rielaborato in età postclassica<sup>18</sup>, occorre come prima cosa considerare nel merito quali siano le mende addebitate al testo.

D. 27.5.1pr. (Ulp. 36 *ad ed.*): *Protutela actionem necessario praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit.*

Stando all'esordio del brano – che apparentemente coincide

---

rist. corr. a c. di G. Bonfante - G. Crifò), Milano-Giuffrè 1963, 42; M. KASER, *Das römische Privatrecht* I<sup>2</sup>, München-Beck 1971, 367; G. HANARD, *Droit romain* I, Bruxelles-Publications des Facultés universitaires S. Louis 1997, 194.

<sup>16</sup> Così F. PRINGHEIM, *Beryt und Bologna* (1921), in *Gesammelte Abhandlungen* I, Heidelberg-Winter 1961, 435 s.

<sup>17</sup> F.M. DE ROBERTIS, *De eo qui pro tutore negotia gessit. Sulla gestione a non tutore dei negozi pupillari* (1958), in *Scritti varii di diritto romano* I, Bari-Cacucci 1987, 372 s.

<sup>18</sup> SEILER, *Der tatbestand* cit. (nt. 2), 211.

con l'esordio del commento dedicato da Ulpiano all'azione<sup>19</sup> – l'inserimento dell'*actio protutela* nell'Albo si sarebbe reso necessario per le difficoltà ripetute di chiarire se una data tutela fosse stata amministrata da una persona alla quale competeva il titolo di tutore; e le difficoltà sarebbero state risolte congegnando un'azione che, per questi casi dubbi, permetteva di chiamare in causa il gestore del patrimonio pupillare in quanto tale, a prescindere cioè che si trattasse di un tutore vero piuttosto che di un gestore non autorizzato.

È attendibile questa informazione? Prima ancora della sua linearità, una serie di rilievi sono stati sollevati sul piano della forma. Come prima cosa è parsa sospetta la stessa denominazione di «*actio protutela*», atteso che le fonti l'attestano in modo del tutto sporadico<sup>20</sup>, a fronte delle ripetute e complesse perifrasi cui i giuristi erano costretti a ricorrere dall'espressione tecnica adottata nell'Editto (*De eo qui pro tutore negotia gessit*)<sup>21</sup>. In secondo luogo è stato rilevato che un'affermazione chiave del testo – quella per cui nell'*actio protutela* era indifferente che il convenuto fosse o meno il tutore – cade in una coppia di proposizioni sconnesse (e perciò anch'esse sospette), data l'alternanza tra indicativo e congiuntivo («*sive tutor est sive non sit*»)<sup>22</sup>. Infine, è stato osservato che la stessa contrapposizione iniziale tra tutore vero e tutore apparente è affidata a un costrutto involuto («*utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam*»), il quale denunciava come il suo autore non padroneggiasse ormai più le nomenclature del diritto classico<sup>23</sup>.

Su questi rilievi formali si è poi innestato un giudizio che chiama in causa la linearità dell'intero discorso, scadente «in Stil und Inhalt», secondo l'efficace *partitio* di Fr. Schwarz<sup>24</sup>. È

---

<sup>19</sup> Cfr. LENEL, *Pal.* 2.673.

<sup>20</sup> C. 5.28.4 (Imp. Alexander A. Feliciano); D. 27.5.1 (Ulp. 36 *ad ed.*), §§ *pr.* e 6; al § 8 è attestato il sinonimo *iudicium protutela*.

<sup>21</sup> H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in *ZSS.* 32, 1911, 255 ss.; SEILER, *Die Tatbestand* cit. (nt. 2), 210 e 260 s.

<sup>22</sup> PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit. (nt. 21), 246; SEILER, *Die Tatbestand* cit. (nt. 2), 210.

<sup>23</sup> SEILER, *Die Tatbestand* cit. (nt. 2), 210 e 253 nt. 27.

<sup>24</sup> *Die Kontrarklagen*, in *ZSS.* 71, 1954, 205.

impossibile – è stato infatti osservato – che Ulpiano legasse l'*actio protutelae* alle difficoltà di discernere se la tutela fosse stata amministrata da un tutore vero o da un tutore falso. Se l'azione si dirigeva contro quest'ultimo (il tutore falso) e si poneva in alternativa all'*actio tutelae* (contro il tutore vero), vuol dire che l'esatto profilo del convenuto doveva essere messo a fuoco a priori. Questo collegamento impossibile – tra l'*actio protutelae* e i «*magni errores*» (per come si esprime la seconda parte del brano) in cui il pupillo poteva incorrere nel valutare la posizione di colui che avesse gestito il suo patrimonio – sarebbe perciò il segno della «*flüchtige Kompilatorenarbeit*»<sup>25</sup>. Chi ha scritto il brano – si è perciò concluso – voleva solo dire che l'azione era stata introdotta allo scopo di dare tutela anche all'ipotesi «*daß jemand nicht als wahrer tutor, sondern pro tutore die Vormundschaft verwaltete*»<sup>26</sup>, ma lo avrebbe fatto allestendo uno sfondo completamente fuorviante.

Questo giudizio – così come quello che sposta su «*eine starke nachklassische Bearbeitung*» l'impossibilità di recuperare l'esatto nocciolo ulpiano del discorso<sup>27</sup> – non appare giustificato. Dei tre rilievi formali avanzati, i primi due non hanno nessun peso sulla sostanza del discorso. La questione della peculiare denominazione dell'azione è meramente nomenclatoria e in sé anche ingiudicabile, giacché non si vede per quale ragione proprio i giuristi severiani per primi non avrebbero dovuto avvertire l'opportunità di ricorrere occasionalmente a una denominazione ellittica dell'azione, che sintetizzasse la complessa perifrasi edittale<sup>28</sup>. Ancor meno vale il rilievo sulla discordanza del modo verbale (indicativo / congiuntivo), dal momento che in proposizioni parallele del tipo di quella incriminata (*sive ... sive ...*) se ne trovano significative corrispondenze nella letteratura del Principato<sup>29</sup>. Certo, rimane il

---

<sup>25</sup> PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit. (nt. 21), 246.

<sup>26</sup> PETERS, *op. cit.* (nt. 21), 247.

<sup>27</sup> SEILER, *Die Tatbestand* cit. (nt. 2), 211.

<sup>28</sup> Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo-Montaina 1979, 507 e nt. 404.

<sup>29</sup> Cfr. in part. Front. *epist.* 3.3.2: *Sive sit iste Herodes vir frugi et pudicus, protelarei conviciis talem a me virum non est verum; sive nequam et inprobus est, non aequa mihi cum eo certatio neque idem detrimenti capitur.*

problema della frase «*utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam*», che indubbiamente è più spinoso. Tuttavia, come vedremo al § 8.3, le emendazioni proposte nelle moderne edizioni del Digesto suggeriscono che il problema si possa, se non risolvere del tutto, quantomeno collocare sul piano degli errori materiali occorsi nella trasmissione del testo; in sostanza: senza necessariamente implicare rielaborazioni postclassiche più o meno incisive o addirittura apocriefi giustiniane.

Tutto perciò si riduce all'argomento sostanziale. È credibile che l'*actio protutela* sia stata introdotta in relazione al problema indicato da Ulpiano, ossia quando apparisse difficoltoso dire se la tutela era stata amministrata dal tutore vero? E nel momento in cui si esclude che l'*actio protutela* potesse costituire un'efficace soluzione ai problemi che si legavano a un'incertezza di questo genere, non si è forse condizionati dall'idea di cui abbiamo detto al § 2, ovvero sia che l'azione servisse a chiamare in giudizio soltanto la persona del gestore non autorizzato? È alla luce di queste domande che occorre tornare in modo più approfondito sul passo di Ulpiano. Il che faremo tuttavia a partire dal § 6. Preliminarmente conviene infatti gettare uno sguardo alle difficoltà e agli *errores* su cui insisteva l'autore di D. 27.5.1 pr. (il che faremo al § 4) e soprattutto a quelle che ne erano le implicazioni processuali (§ 5).

4. L'evenienza del *pro tutore gerere* doveva la sua rilevanza alla pluralità dei modi di costituzione della tutela e alla loro obiettiva complessità. Le sue radici logiche affondavano addirittura nelle Dodici Tavole, nella precedenza che i decemviri

---

Come è stato notato, il cambio del modo verbale serve allo scrittore per sottolineare con eleganza quale delle due rappresentazioni di Erode Attico (la negativa e la positiva) si avvicini per lui alla realtà: cfr. M.P.J. VAN DEN HOUT, *A Commentary on the Letters of M. Cornelius Fronto*, Leiden Boston Köln-Brill 1999, 99. Il decalage dall'indicativo al congiuntivo in D. 27.5.1 pr. («*sive tutor est sive non sit qui gessit*») è possibile che serva perciò a rimarcare qualcosa di analogo, ovvero sia come ipotesi in astratto comunque più probabile del contrario che la persona presentatasi 'in qualità di tutore' a gestire la tutela coincidesse con il tutore vero.

avevano riconosciuto alla tutela testamentaria rispetto a quella agnatzia<sup>30</sup>. Ciò comportava che la validità della *datio tutoris* venisse a dipendere da una serie minuziosa di regole del diritto ereditario. Né va dimenticato che le regole in questione non riguardavano semplicemente la tenuta per così dire esterna del testamento (il quale doveva essere ovviamente valido ed efficace nel suo complesso, se si pretendeva che tale fosse anche la *datio tutoris* inclusa in esso), ma si riverberavano sulla confezione della clausola in se e per se considerata: la *datio tutoris* andava infatti disposta con formula imperativa, indicando una persona precisa ed evitando (almeno in linea di massima) di legare l'investitura a una sfera patrimoniale determinata<sup>31</sup>. Di conseguenza, se un tale avesse iniziato a gerire per il solo fatto di essere stato indicato come tutore nelle *tabulae* testamentarie del padre del pupillo, avrebbe in realtà amministrato *pro tutore*, se per es. s'ignorava che quel testamento era nullo o era stato revocato. Stessa condizione, per chi avesse creduto sufficiente una designazione contenuta in codicilli non confermati oppure disposta con una formula precativa.

---

342

La "fragilità" della *datio tutoris* testamentaria era tuttavia determinata, oltre che dalle regole derivate dal diritto ereditario, da un principio fondamentale del diritto delle persone. Il potere di assegnare un tutore era infatti un complemento della *patria potestas*. Affinché il testamento potesse essere utilizzato a questo scopo, doveva trattarsi di una tutela da assegnarsi ai figli del testatore, che fossero nati da *iustae nuptiae* e non si

---

<sup>30</sup> Cfr. per tutti Gai. 1.155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi*. È tuttavia discutibile che le Dodici Tavole facessero specificamente riferimento alla mancanza di un tutore testamentario (come propone la ricostruzione *ad sensum* di XII Tab. 5.6 accolta in *Roman Statutes II* [ed. M.H. Crawford], London-Institute of Classical Studies 1996, 580 e 642: *si tutor nec essit, agnatus proximus tutelam habeto*). L'*incipit* e la discussione condotta in D. 26.4.6 (Paul. 38 *ad ed.*) farebbero piuttosto pensare che la legge si riferisse genericamente al *pater* morto senza aver fatto testamento (*intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est*).

<sup>31</sup> Per il complesso di condizioni cui era subordinata la validità della *datio tutoris* testamentaria vd. ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 446 ss., 450 s.

trovassero sotto la potestà altrui, né al momento della confezione del testamento né al momento della sua apertura. Se un patrono avesse assegnato un tutore al liberto impubere o se alla designazione avesse provveduto il nonno (*vivo filio*) o un semplice parente, piuttosto che il padre naturale dell'impubere, il tutore designato non si sarebbe potuto considerare *iure datus* e se avesse assunto la gestione del patrimonio del pupillo, inconsapevole dell'errore di diritto che stava a monte della sua designazione, avrebbe perciò amministrato anch'egli *pro tutore*.

Certamente è vero che a partire dal regno di Claudio venne prevista e via via sviluppata la possibilità di sanare (molti de) i due tipi d'irregolarità in cui poteva incorrere la *datio tutoris* testamentaria, chiedendo che la persona designata fosse confermata dal magistrato. Questo risultato si poteva tuttavia ottenere al prezzo di una procedura piuttosto complessa. Quello di chiedere la conferma non era infatti un diritto generalizzato, né i magistrati avevano tutti il potere di procedervi; soprattutto, in un gran numero di casi la designazione del testatore non dispensava questi ultimi dal condurre un'indagine supplementare sull'idoneità della persona indicata. Se dunque è vero che l'istituto dava la possibilità di sanare il vizio della *datio tutoris*, è vero anche che il suo regime era tale da aprire la porta a un nuovo genere di errori, commessi – questa volta – dal magistrato che per es. avesse accordato la conferma a chi non aveva il diritto di riceverla, oppure l'avesse accordata senza procedere alla prescritta *inquisitio*, oppure ancora non se ne fosse occupato *pro tribunali*, ma delegando il tutto a un subalterno<sup>32</sup>. In casi del genere il decreto di nomina doveva considerarsi nullo. Il che implica, dal nostro punto di vista, che la persona che si fosse trovata a gestire il patrimonio pupillare nella convinzione di avere ormai regolarizzato la propria posizione, in realtà avrebbe amministrato (anch'egli) *pro tutore*.

Dal momento che la tutela confermata costituiva una specie della tutela Atiliana (quantomeno sotto il profilo della procedura che portava al decreto del magistrato<sup>33</sup>), è chiaro che lo stesso

---

<sup>32</sup> Su tutto questo insieme di regole vd. L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano-Giuffrè 1995, 161 ss.; ivi pp. 199 s. ntt. 101 e 104, per alcune ipotesi di conferme erronee ricordate nelle fonti.

<sup>33</sup> Per il regime che la tutela confermata mutuava invece da quella

discorso si può estendere alla *datio tutoris* magistratuale vera e propria. Basterà dire, a questo proposito, che quella sorta di *partitio* cui abbiamo appena fatto ricorso, per sintetizzare a quali condizioni fosse soggetta la corretta conferma del tutore testamentario, è in realtà ispirata da una sintesi del diritto classico, scritta con riguardo alla nomina del cd. tutore dativo<sup>34</sup>.

Sul versante della tutela magistratuale vera e propria, il quadro della incertezze che potevano allignare in ordine alla condizione dei tutori era però alimentato da una circostanza ulteriore. Il tutore Atiliano, infatti, poteva essere nominato solo a condizione che il pupillo mancasse di un tutore testamentario o agnatizio. La cosa non implicava che il magistrato dovesse essere assolutamente sicuro della mancanza del tutore, prima di procedere alla designazione. Innanzitutto, i capitoli degli statuti municipali sulla *datio tutoris* dei magistrati locali – conformandosi a una norma che con tutta probabilità risaliva alla stessa *lex Atinia*<sup>35</sup> – consentivano di procedere alla *datio* per la persona «*quoi tutor non erit incertusve erit*»; una condizione dalla formulazione indubbiamente brachilogica, ma che sembra si debba interpretare nel senso che gli statuti mettersero sullo stesso piano le due ipotesi della mancanza di un tutore e dell'incertezza sull'esistenza dello stesso<sup>36</sup>. A prescindere

---

testamentaria, vd. DESANTI, *op. cit.* (nt. 32), 233 ss.

<sup>34</sup> D. 26.3.7.1 (Herm. 2 *iur. ep.*): *Si quaeratur, an ex inquisitione recte datus sit tutor, quattuor haec consideranda sunt: an hic dederit qui dare potuit, et ille acceperit cui fuerat dandus, et is datur cuius dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum*; per una *partitio* simile vd. D. 27.1.13.12 (Mod. 4 *exc.*).

<sup>35</sup> Cfr. per tutti D. NÖRR, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschafsgesetze* (2001), in *Schriften 2001-2010*, Madrid Barcelona Buenos Aires-Marcial Pons 2012, 77.

<sup>36</sup> *l. Irn.* c. 29 (ll. 16-18): *Quoi tutor non erit incertusve erit si is eave municeps municipi Flavi Irnitani erit [...] et a Ilviro iure dicundo eius municipi postulaverit uti sibi tutorem det et rell.*; stesso *incipit* presenta *l. Urs.* c. 109 (oltre ovviamente a *l. Salp.* c. 29). Le difficoltà che offre l'esatta messa a fuoco della condizione alternativa «*quoi tutor non erit incertusve erit*» trapelano dalle circonlocuzioni che si è costretti ad adottare nella sua traduzione: cfr. per tutti, da ult., J.G. WOLF, *Die Lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien. Lateinisch und Deutsch* (Herausgegeben, eingeleitet und übersetzt von J.G. W.), Darmstadt-Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2011, 59: «Wer keinen Vormund hat oder <wenn> ungewiß ist, <ob er einen

dall'esatta portata di questa doppia condizione, resta comunque il fatto che nei *capita* municipali relativi alla *datio tutoris*, quest'ultima risulta legata alla riserva esplicita che la persona nominata «non scalzasse un precedente tutore valido»<sup>37</sup>; o come si esprime il cap. 29 della *lex Irnitana*, alla condizione '*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*'<sup>38</sup>. La riserva era osservata anzi con tale scrupolo, che quando il magistrato nominava un tutore su richiesta, il decreto stesso includeva in genere la medesima condizione, così che gli interessati potessero direttamente arguire che la nomina in tanto valeva in quanto il pupillo davvero non avesse avuto un tutore testamentario o un tutore legittimo<sup>39</sup>. Di conseguenza, se per es. il testamento e la *datio tutoris* c'erano, ma se ne ignorava l'esistenza, oppure se un parente dato per morto in realtà viveva, la nomina sarebbe stata nulla e anche in questo caso della persona che stava amministrando si sarebbe dovuto dire che amministrava da protutore, e non da tutore<sup>40</sup>.

---

Vormund hat, und>, wenn er oder sie Bürger <oder Bürgerin> des *municipium Flavium Irnitatum* [...] ist und er oder sie von einem *Ilvir iure dicundo* dieses *municipium* verlangt, daß er ihm oder ihr einen Vormund bestellt *et rell.*».

<sup>37</sup> ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 459 nt. 145.

<sup>38</sup> *l. Irn. c. 29* (ll. 27-28): *eum qui nominatus erit quo ne a iusto tutore tutela abeat ei tutorem dato.*

<sup>39</sup> Cfr. la *Tabula Herculanensis* (s.n.), riedita da G. CAMODECA, *Magistrati municipali e datio tutoris della riedizione delle Tabulae Herculanenses*, in *RPAA*. 79 (2006-2007) 63: [*Cn. ?*] *Nassius C[e]rialis II v[i]r | ex decurionum decret[o] | quo ne ab iusto tutore tute|la abeat ... Q. Vibiu[m] | [A]mpliatum tutor[em] | [dedit]*; per un riepilogo degli altri documenti che presentano la clausola in questione vd. ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 458 nt. 145.

<sup>40</sup> Che questa fosse l'implicazione della clausola '*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*' era la giusta opinione di TH. MOMMSEN, *Die Stadtrechte der latinischen Gemeiden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica* (1855), in *Gesammelte Schriften* I, Berlin-Weidmann 1905, 333. Si è tuttavia osservato che subordinando la *datio* magistratuale a una riserva del genere, si sarebbe determinato un perenne stato di confusione e di incertezza circa la validità degli atti compiuti dal tutore nei confronti dei terzi; sicché si dovrebbe piuttosto pensare che l'effetto della clausola '*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*' fosse quello di attribuire al nominato uno *status* simile a quello di un *tutor adiunctus*: «der vom Magistrat bestellte Vormund [...] natürlich entlassen wird, wenn sich herausstellt, dass er zu Unrecht bestellt worden ist,

5. Questo stato complessivo di cose non poteva non avere dei riflessi anche *in iure*, una volta che fosse venuto il momento di chiedere il conto della gestione alla persona che aveva amministrato il patrimonio del pupillo. Beninteso, una serie di vizi dell'atto costitutivo della tutela avrebbero potuto facilmente emergere davanti al magistrato giudicante, se questi e il personale che l'assisteva avessero collaborato fattivamente all'impostazione della lite. Se per es. fossero state prodotte le *tabulae* testamentarie, si sarebbe potuto verificare speditamente se la *datio tutoris* presentava dei vizi di forma. E se un

---

weil ein *tutor testamentarius* oder *legitimus* vorhanden war»: così F. SCHULZ, *Lex Salpensana cap. 29 und lex Ursonensis cap. 109*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli-Jovene 1948, 458; vd. inoltre (ma senza prendere una posizione netta sul punto) A. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Iustus tutor, legitimus tutor*, in *BIDR.* 98-99, 1995-1996, 252, nonché NÖRR, *Zur Palingenesie* cit. (nt. 35), 77. Va detto però che di una procedura di accertamento e di destituzione del tutore irrualmente nominato le fonti giuridiche (sia letterarie sia epigrafiche) non serbano alcuna traccia, e anzi sembrano lasciare indirettamente intendere che la nomina del tutore Atiliano, in presenza di un tutore legittimo, fosse considerata automaticamente priva d'effetti (cfr. C. 5.34.9 [Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Maximiano]: *Si sororis tuae filiis, tutore legitimo patruo constituto nec ullo excusato privilegio, tutor datus es, cum habenti tutorem alium dari prohibeant iura, necessitatem administrationis ad eum pertinere nec te datione teneri non ambigitur*). In una direzione che è incompatibile con una qualifica di tutore temporaneo va poi anche la definizione proposta in D. 50.16.221 (Paul. 10 resp.): *Paulus respondit falsum tutorem eum vere dici, qui tutor non est, sive habenti tutor datus est sive non* (la regola '*tutorem habenti tutor dari non potest*' si applicava per definizione alla *datio tutoris* magistratuale: cfr. per tutti DESANTI *De confirmando tutore* cit. [nt. 32], 226 ss., a proposito di D. 27.1.37 pr. [Scaev. 2 resp.]). Quanto infine alle difficoltà pratiche additate da Schulz, va considerato che il terzo che avesse acquistato in buona fede *falso tutore auctore* o direttamente dal tutore apparente poteva comunque contare sia sul correttivo dell'usucapione (D. 27.6.10 [Gai. 4 ad ed. prov.], D. 27.5.2 [Cels. 25 dig.]) sia su una speciale *restitutio in integrum*, estesa ai *negotia* per interpretazione giurisprudenziale (vd. *infra* § 8.4 e nt. 94). Va aggiunto che in situazioni caratterizzate a priori da una incertezza sul titolo della gestione il Pretore poteva decretare preventivamente che avrebbe tenuto fermi gli effetti dei negozi autorizzati dal tutore apparente; cfr. D. 27.6.1.5 (Ulp. 12 ad ed.): *etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilo minus hoc edictum locum habere* (scil. l'editto sulla *restitutio in integrum* per le operazioni autorizzate dal *falsus tutor*: *infra* § 8.4 e nt. 94) *nisi forte praetor decrevit ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est*.

magistrato precedente avesse confermato come tutore una persona che manifestamente non ne aveva il diritto (per es. perché la conferma si riferiva a un testamento nel quale il pupillo non risultava essere stato contestualmente istituito erede<sup>41</sup>) le cose sarebbero andate nel medesimo modo.

Tuttavia, gli elementi di fatto da cui poteva venire a dipendere la validità della tutela erano numerosissimi e non è detto che per tutti potesse disporsi di una prova liquida *in iure*. Per es., se alla *datio* aveva proceduto anni prima un magistrato municipale, non è detto che davanti al governatore sarebbe stato agevole determinare se le parti fossero allora in possesso di quei requisiti relativi all'*origo* o al *domicilium* nel municipio che erano necessari per la validità della nomina; e lo stesso quanto al punto di sapere se fossero state rispettate tutte le minuziose prescrizioni procedurali fissate dalla *lex municipi*<sup>42</sup>. O ancora, se il pupillo – grazie a un *tutor adiunctus* – avesse contestato l'amministrazione del tutore testamentario nominato dal nonno e al tempo stesso ne avesse impugnato la nomina, allegando che il padre non fosse premorto all'*avus*, non era certo *in iure* che si sarebbe potuta risolvere questa seconda questione, nonostante dipendesse da essa il (giusto) titolo della *gestio*<sup>43</sup>. O infine, se la *datio* testamentaria fosse stata subordinata a una condizione, come poteva ben essere<sup>44</sup>, e le parti non avessero messo in

---

<sup>41</sup> Per questa ulteriore condizione – richiesta quando la conferma doveva riguardare i testamenti della madre, del patrono e dell'*extraneus* – vd. DESANTI, *De confirmando tutore* cit. (nt. 32), 44 ss.

<sup>42</sup> Per i procedimenti «complessi e macchinosi» richiesti per la nomina del *tutor impuberis* dagli statuti municipali d'età flavia, vd. la sintesi offerta da F. GRELLE, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in *Gli Statuti Municipali* (a cura di L. Capogrossi Colognesi – E. Gabba), Pavia-Iuss Press 2006, 423 e 427. Per quanto invece riguarda la rilevanza del domicilio (quanto al tutore) e dell'*origo* municipale (quanto al pupillo) vd. L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici I. La classificazione degli incolae*, Milano-Giuffrè 2006, 489 s.

<sup>43</sup> Grazie a una interpretazione estensiva della *lex Iunia Vellea*, la nullità della *datio tutoris* disposta dall'*avus vivo patre* si considerava infatti sanata *ipso iure* in caso di premorienza del nonno al padre del pupillo: cfr. D. 26.2.10.2 (Ulp. 36 *ad Sab.*), su cui DESANTI, *De confirmando tutore* cit. (nt. 32), 74.

<sup>44</sup> Vd. le fonti raccolte e commentate in ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 450 nt. 97.

discussione l'integrazione della stessa, non sarebbe stato certo il magistrato a verificare la cosa; ma questo non avrebbe impedito che la questione emergesse e condizionasse la seconda fase del giudizio.

Il punto essenziale, infatti, è che se anche la questione della legittimazione passiva fosse stata sommariamente esaminata *in iure* dal magistrato, non per questo si sarebbe eliminato il rischio che la questione dello status del gestore (se tutore o meno) si riaprisse davanti ai *recuperatores*. Il problema nasceva infatti dall'intreccio che si determinava tra il meccanismo del litigare *per concepta verba*, da un lato e la fissità delle *actiones*, dall'altro. Se con l'*actio tutelae* non era possibile convenire in giudizio il falso tutore, era perché l'espressione su cui s'imperniava la *demonstratio* dell'*arbitrium tutelae* – '*tutelam gerere*' – doveva evidentemente essere avvertita come un'affermazione predicabile soltanto nei confronti di un tutore vero. Di conseguenza, se anche il magistrato giudicante si fosse convinto che la persona chiamata in causa dall'attore ne era stato il legittimo tutore, o ritoccava la formula in modo tale da costringere il collegio giudicante a prendere per buona questa sua valutazione, oppure nulla avrebbe impedito che la questione si ripresentasse nella seconda fase del giudizio. Da questo punto di vista, il problema era perciò del tutto simile a quello che si poneva con l'*interrogatio in iure*, dove pure si presentava la necessità d'integrare la formula per costringere il giudice a prendere per buona la risposta del convenuto<sup>45</sup>. Il che naturalmente non vuol dire che le difficoltà processuali sollevate dal fenomeno della protutela fossero risolte costringendo il convenuto a rispondere alla domanda '*an tutor esset (o fuisset)*', come pure qualcuno ha supposto<sup>46</sup>. Nei casi in cui l'Editto ne prevedeva l'impiego, l'*interrogatio in iure* cadeva infatti su una circostanza che difficilmente il convenuto avrebbe potuto ignorare (come lo *status* di erede, nelle azioni reipersecutorie o l'*in potestate habere*, nelle azioni nossali); tant'è che il sistema

---

<sup>45</sup> Cfr. L. PELLECCHI, *La praescriptio della formula. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova-Cedam 2003, 456 ss. e la lett. ivi indicata a p. 458 nt. 24.

<sup>46</sup> Vd. A. v. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* III, 2° verand. Aufl. (besorgt von Ph. Lotmar), Leipzig-Deichert 1879, 864 s.

organizzato dal Pretore si sosteneva su una responsabilità penale studiata come deterrente, affinché il convenuto si guardasse dal dare una risposta falsa<sup>47</sup>. La posizione di chi gestiva una tutela, come abbiamo visto, il più delle volte era invece ambigua di per sé stessa; sicché sarebbe stato obiettivamente illogico e ingiusto scaricare sul gestore l'onere di una risposta che non si vede bene come potesse essere data.

6. La complessità delle regole che presiedevano alla costituzione della tutela e le incertezze che potevano derivarne in ordine alla validità del titolo, in forza del quale si era assunta la *gestio* di un patrimonio pupillare, concorrevano dunque a creare un rischio processuale non indifferente. È questo sfondo che va proiettato dietro l'esordio di D. 27.5.1 pr., se si vuole dare una fisionomia più precisa alla *laudatio* dedicata alla inclusione dell'*actio protutela* nell'Albo («*Protutela actionem necessario praetor proposuit [...] quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam*»). Il punto essenziale – ribadiamolo – è che se il pupillo avesse optato per l'*actio tutelae*, chiedendo di contestare la lite sulla relativa formula edittale, avrebbe perso la causa se i *recuperatores* si fossero convinti che il patrimonio era stato amministrato da una persona che in realtà tutore non era.

Beninteso, un esito di questo genere non si sarebbe tradotto in un pregiudizio irrimediabile, nemmeno prima che l'*actio protutela* facesse la sua comparsa nell'Albo. Una volta che avesse perso la causa impostata attraverso l'*actio tutelae*, è infatti da credere che il pupillo avrebbe potuto servirsi dell'*actio negotiorum gestorum* per richiamare in giudizio la persona di cui fosse stato comprovato lo *status* di falso tutore. È vero che le fonti non offrono riscontri diretti per quest'ultima affermazione (cioè che in un primo tempo, nei confronti di colui che avesse assunto il *munus tutoris*, senza in realtà essere tale, si potesse ricorrere all'*actio negotiorum gestorum*). All'epoca dei Severi, tuttavia, quando i beni di un pupillo erano amministrati senza

---

<sup>47</sup> Cfr. gli accenni alla *poena mendacii* o *contumaciae* (per il caso di colui *qui omnino non responderit*) presenti in D. 11.1.11.3-4 (Ulp. 22 *ad ed.*) e D. e.t. 20.2 (Paul. 2 *quaest.*).

alcuna parvenza di una *gestio* tutelare, era dell'*actio negotiorum gestorum* che ci si doveva servire per convenire il gestore; il che ha suggerito – a partire almeno dagli studi di Wlassak<sup>48</sup> – che anche nei confronti del tutore apparente si sarebbe dovuto (e potuto) fare riferimento all'*actio negotiorum gestorum*, fintanto che per la fattispecie non venne resa disponibile un'azione *ad hoc*.

Del resto, anche i dati che si possono raccogliere sul piano cronologico per l'una e per l'altra azione suggeriscono che la figura del protutore sia andata separandosi da quella del (generico) gestore degli affari altrui. Se per l'*actio protutelae* non si riescono infatti a recuperare attestazioni che precedano il regno di Traiano<sup>49</sup>, già agli esordi del principato l'*actio negotiorum gestorum* risultava invece applicata ad amministrazioni diverse da quella (originaria) del *procurator omnium bonorum*. E dal momento che questa precoce applicazione riguardò sia gestioni spontanee sia (alcune) gestioni necessitate<sup>50</sup>, se ne deduce che neppure dal doppio *animus* con cui un protutore poteva occuparsi del patrimonio di un pupillo (credendosene cioè il tutore a tutti gli effetti oppure spacciandosi per tale) sarebbe comunque derivata una qualche difficoltà a che la *gestio* fosse anch'essa ricondotta all'*actio negotiorum gestorum*<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. WLASSAK, *Zur Geschichte* cit. (nt. 7), 131 ss.

<sup>49</sup> Le testimonianze più risalenti rimontano infatti a Giavoleno (D. 27.5.3: *infra* nt. 60) e a Celso figlio (D. 27.5.2), benché in quest'altro testo il focus non verta tanto sulle obbligazioni assunte del tutore apparente verso il pupillo, quanto sugli effetti reali dei suoi atti di disposizione.

<sup>50</sup> Per la gestione spontanea cfr. D. 3.5.5.6(6.4) (Lab. – Ulp. 10 *ad ed.*), su cui vd. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. I. *Azione Pretoria e azione civile*, Napoli-Jovene 1999, 193 s. Per le gestioni generali *ex officio*, sembra potersi desumere da D. 27.4.1.2 (Ulp. 36 *ad ed.*) (*infra* nt. 185) che già Sabino riconoscesse la nascita di obbligazioni civili *ex negotio gesto* nelle varie curatele. Con riguardo specifico alla *cura minorum*, va peraltro tenuto presente che solo con la riforma di Marco Aurelio si dovette iniziare a configurarla come un *officium* obbligatorio e non rinunciabile; anteriormente una *gestio* generale del *curator minoris* poteva perciò darsi, verosimilmente, solo in presenza di un mandato o di un intervento spontaneo: cfr. FINAZZI, *op. cit.*, 1.307 s.

<sup>51</sup> Per l'*animus* del tutore apparente cfr. D. 27.5.1.1 (Ulp. 36 *ad ed.*) (*infra* § 8.2); per l'irrilevanza dell'*animus* ai fini dell'applicazione dell'*actio*

Se alla luce di questo presupposto si torna all'esordio di D. 27.5.1 pr., lo sfondo per mettere a fuoco il racconto di Ulpiano sulla genesi dell'*actio protutela* si arricchisce di un dettaglio fondamentale. Ammettere che il pupillo potesse contare in partenza su due distinte azioni per convenire in giudizio il tutore vero e il gestore non autorizzato, significa infatti ammettere che quando le fonti legano l'introduzione dell'*actio protutela* alle difficoltà di precisare se il patrimonio di un pupillo fosse stato amministrato dal tutore legittimo (piuttosto che da una persona intervenuta come tutore senza esserlo) si riferiscono a un'incertezza di fatto, non di diritto. Il che a sua volta implica che l'inserimento dell'*actio protutela* nell'Albo non rispose alla necessità di offrire un rimedio comparabile, per es., all'*actio de aestimato*, e perciò tale da qualificare in modo nuovo e più appropriato un rapporto la cui sussumibilità negli schemi edittali sarebbe stata altrimenti incerta<sup>52</sup>. Il vantaggio dell'*actio protutela* era di sollevare il minore dal rischio di aver scelto un'azione mal congegnata (l'*actio tutelae*, piuttosto che l'*actio negotiorum gestorum*), di fronte alle incertezze che potevano darsi circa il titolo della gestione.

Prima di valutare quali caratteristiche rendessero l'*actio protutela* uno strumento utile allo scopo, converrà appuntarsi che incertezze di questo stesso genere – ribadiamolo: non di qualificazione giuridica, ma di fatto – potevano ovviamente prodursi anche in ambiti diversi dalla tutela. Non è chiaro se un escamotage utile in situazioni del genere potesse essere quello di *dictare* e di indirizzare al medesimo giudice entrambe le formule

---

*negotiorum gestorum* cfr. invece Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.3.10: *Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit.*

<sup>52</sup> Cfr. D. 19.3.1 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi:* su questa prima parte del testo (con una opportuna difesa della sua genuinità, rispetto a una ampia serie di critiche più o meno recenti) vd. ora l'ampia analisi di E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento-Università degli Studi 2011, 101 ss.

che avrebbero potuto venire astrattamente in considerazione, così che il processo potesse poi intradarsi sulla sola formula corrispondente alla fattispecie che il giudice avesse ritenuto integrata. L'idea di una *litis contestatio* portata su una coppia alternativa di *actiones* è infatti disputata e nel passo in cui s'è creduto di trovarne la prova<sup>53</sup> diversi studiosi vedono un riferimento all'*editio actionis* piuttosto che alla *litis contestatio*<sup>54</sup>. Al di là del fatto che un espediente del genere fosse o non fosse praticato, resta comunque che i giuristi sapevano suggerire all'occorrenza anche strumenti formulari *ad hoc*, i quali, vuoi per una *conceptio* che combinasse le varie alternative in gioco, vuoi per una *conceptio* semplicemente più generale, erano congegnati in modo tale da evitare all'attore l'onere di una scelta dell'*actio*, che l'incertezza sulla fattispecie integratasi in punto di fatto avrebbe reso estremamente rischiosa.

Nel primo senso (*conceptio* alternativa) sembra per es. che Arriano (seguito da Ulpiano) suggerisse di rilasciare in forma combinata gli interdetti *quorum bonorum* e *quod legatorum*, qualora risultasse impossibile stabilire *in iure* «*utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat*»<sup>55</sup>. Nel

---

<sup>53</sup> Si tratta della seconda parte di D. 43.3.1.4 (Ulp. 67 *ad ed.*): [...] *quotiens incertum est, quae potius actio teneat [...] duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit* (per il testo completo vd. due ntt. sotto). L'idea di una *litis contestatio* portata su una coppia alternativa di *actiones* si deve in part. a M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in *ZSS.* 33, 1912, 125 ss.; ivi anche (p. 131 s.) per l'ipotesi che il testo originario facesse riferimento a quel sistema di *praescriptiones* che a giudizio dell'insigne studioso avrebbe reso possibile l'escamotage della *dictatio* alternativa.

<sup>54</sup> Cfr. A. FERNANDÉZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (1969) ora in *Estudios de derecho procesal civil romano*, La Coruna-Universidade de Coruna 1999, 57 s.; I. BUTI, *Il preator e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli-Jovene 1984, 209 s. nt. 76.

<sup>55</sup> Cfr. la prima parte di D. 43.3.1.4 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur*. L'ipotesi che il testo originale si riferisse al rilascio combinato degli interdetti *quod*

secondo senso (*conceptio* generica) è invece noto che già Labeone (seguito da Papiniano) raccomandava il ricorso all'*actio civilis in factum* quando l'attore non fosse stato in grado d'indicare con certezza il tipo di contratto di trasporto marittimo concluso con la controparte: se una *conductio navis* (nel qual caso la scelta avrebbe dovuto cadere sull'*actio conducti*) oppure una *locatio mercium vehendarum* (in forza della quale sarebbe viceversa spettata l'*actio locati*)<sup>56</sup>.

La comparsa dell'*actio protutelae* va dunque calata entro un contesto di questo genere; un contesto che per quanto peculiare fosse, non era comunque del tutto privo di corrispondenze. L'azione venne introdotta nell'Albo guardando ai casi in cui *in iure* non si fosse riuscito a precisare in base a quale titolo era stato amministrato un dato patrimonio pupillare; e la sua funzione di base consisteva in questo: di costringere il gestore a dare conto della sua amministrazione, senza che il pupillo fosse

---

*legatorum* e *quorum bonorum* (il riferimento al secondo dei quali i Compilatori avrebbero sostituito con la menzione dell'*hereditatis petitio*, per effetto dell'estensione del *quod legatorum* all'erede civile) si deve a LENEL, *EP*<sup>3</sup> 453 nt. 9, nonché ID., *Die Aktivlegitimation dem interdictum quod legatorum* (1912), in *Gessamelte Schriften* III, Napoli-Jovene 1991, 427 s. Non si tratta tuttavia di una tesi pacifica. In tempi recenti A. BÜRGE, *Zum Edikt de edendo*, in *ZSS.* 112, 1995, 10 ss., sia pure senza entrare in un confronto analitico con la tesi di Lenel, ma rifacendosi alle riserve espresse a suo tempo da PH. LOTMAR, *Zur Geschichte des interdictum quod legatorum*, in *ZSS.* 31, 1910, 148 s., ha voluto vedere nel testo di Ulpiano il riferimento a una *editio* alternativa dell'*interdictum quod legatorum* e dell'*hereditatis petitio*; una *editio* alternativa giustificata dal fatto che se il convenuto, per sottrarsi all'interdetto, avesse affermato di possedere *pro herede* oppure anche semplicemente di *possidere pro possessore*, avrebbe per ciò stesso radicato la propria legittimazione passiva all'azione reale.

<sup>56</sup> D. 19.5.1.1 (Pap. 8 *quaest.*): *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.* Sul testo – e il problema che ne è alla base – vd. da ult. (M.F. CURSI -) R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR.* 105, 2011, 146 s.: ad avviso dell'Autore, l'*agere praescriptis verbis* (ossia il *modus agendi* a cui andrebbe ricondotta l'*actio in factum civilis* propugnata da Labeone) avrebbe permesso all'attore di descrivere il rapporto senza definire in maniera netta le posizioni delle parti, così che il giudice non fosse vincolato da una rigida qualificazione del fatto e fosse perciò libero di ricondurre il rapporto tanto alla *conductio navis* quanto alla *locatio mercium vehendarum*.

costretto a sua volta a puntare tutte le sue carte sull'*actio tutelae* (piuttosto che sull'*actio negotiorum gestorum*).

Resta ora da vedere come fosse assicurata questa funzione sul piano della *conceptio* formulare.

7. Le difficoltà determinate dalla situazione d'incertezza sul titolo della gestione, nelle quali il pupillo poteva venire a trovarsi senza sua colpa, erano risolte predisponendo un'azione capace di far valere la responsabilità del gestore per il solo fatto che questi avesse amministrato il patrimonio del minore, presentandosi come il suo tutore. Ai fini della legittimazione passiva questa *facies* esterna costituiva la sola circostanza essenziale, senza perciò che rilevasse se l'amministrazione fosse stata o meno condotta dal tutore vero. Come espone la parte centrale della *laudatio* dedicata da Ulpiano all'introduzione dell'*actio protutela* nell'Albo, «*in utrumque casum actionem scripsit [scil. praetor], ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur*».

La frase implica che legittimati passivi all'azione fossero dunque indifferentemente il tutore vero e quello tale solo di fatto. È però vero che in letteratura è prevalente una seconda spiegazione del passaggio di Ulpiano, proposta a più riprese in ragione dell'idea di cui abbiamo detto al § 2, ossia che l'*actio protutela* costituisse un'azione *ad hoc* messa a disposizione contro il falso tutore (e utilizzabile contro questi soltanto). La frase «*ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur*» – secondo questa interpretazione – starebbe perciò a significare che l'intervento del Pretore avrebbe fatto sì che il gestore finisse per essere vincolato in ogni caso con una (qualche) azione: dunque con l'*actio tutelae*, «*si tutor est*», con l'*actio protutela*, nel caso contrario<sup>57</sup>.

Una lettura di questo genere è tuttavia il frutto di una sovrainterpretazione evidente, che forza il significato più immediato del testo. In assenza di altre precisazioni, l'*actio* per effetto della quale risultavano vincolati sia il tutore vero sia il

---

<sup>57</sup> Vd. e.g. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*<sup>2</sup> cit. (nt. 46), 864 s.; WLISSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio* cit. (nt. 7), 121; A. MASI, *L'actio protutela nella compilazione giustiniana e nella dottrina bizantina*, in *Studi Senesi* 74, 1962, 213.

tutore tale solo in apparenza (*ut sive tutor est sive non sit ... tamen teneretur*) va individuata nella stessa azione che il Pretore *scripsit* a questo scopo, ossia l'*actio protutela*. Di più, *scribere* non equivale semplicemente a *proponere*, quasi che il Pretore si fosse limitato a esporre nell'Albo un ulteriore strumento, con l'effetto di aggiungere un'azione a quella che già vincolava il gestore «*si tutor est*». *Scribere*, in questo contesto, equivale a *concipere*, esattamente come nel lessema *actio* (o *exceptio* o *edictum*) *in rem scripta* (o *scriptum*)<sup>58</sup> e, qui come lì, il verbo si lega bene a un costrutto che segnali le modalità della *conceptio*. La frase «*actionem scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur*» sta dunque a indicare che l'ampio spettro che caratterizzava l'*actio protutela* sotto il profilo della legittimazione passiva, discendeva dal modo in cui l'azione era formulata.

A queste considerazioni – già decisive da sole – va aggiunta la logica complessiva dell'informazione che si legge in D. 27.5.1 pr. Come è già stato rilevato<sup>59</sup>, una formula dedicata alla sola ipotesi del falso tutore non avrebbe risolto quella esigenza cui la *laudatio* ulpiana ricollega l'introduzione dell'*actio protutela* nell'Albo. Se si concede che l'intervento del Pretore fosse motivato dagli errori in cui il minore poteva cadere al momento di precisare a quale titolo la controparte si fosse occupata del suo patrimonio, bisogna concedere anche che tale difficoltà si sarebbe potuta eludere solo evitando all'attore di dover impostare il *iudicium* risolvendo l'alternativa secca tra tutore e gestore non autorizzato. Una formula che fosse risultata riferibile esclusivamente a questa seconda figura, sarebbe stata perciò inidonea allo scopo.

8. Per comprendere in che modo attraverso i *concepta verba* dell'*actio protutela* si riuscisse a vincolare indifferentemente il tutore vero e il gestore non autorizzato, intervenuto in qualità di tutore, occorre tornare alla locuzione tecnica su cui s'imperniava la *demonstratio* dell'azione: '*quod Ns.Ns. pro tutore Ai.Ai.*

---

<sup>58</sup> Cfr. D. 4.2.9.8 (*actio*), D. 44.4.4.33 (*exceptio*), D. 42.4.5.3 (*edictum*); per la variante *in rem concipere*, vd. D. 7.9.5 e D. 36.3.10 (*cautio*), D. 43.1.1.3 (*interdicta*).

<sup>59</sup> Da MASI, *L'actio protutela* cit. (nt. 57), 213.

(*pupilli* ?) *negotia gessit, q.d.r.a.*’. L’errore di fondo sta infatti nel riportare la formula edittale alla gestione condotta da una persona intervenuta ‘al posto del tutore’. Se questo fosse stato il significato della formula, è ovvio che l’*actio protutela* sarebbe risultata inapplicabile alla persona che nella seconda fase del processo fosse stata identificata come il tutore vero dal *iudex* o dai *recuperatores* (se si concede che anche l’*actio protutela* desse luogo a un giudizio recuperatorio). Tuttavia i giuristi non attribuivano alla locuzione ‘*pro tutore*’ questo significato. La prova può essere data in due mosse: dapprima (§ 8.1) mettendo a fuoco la portata di una seconda locuzione – ‘*quasi tutor gerere*’ (o *administrare*) – che i testi giuridici presentano ripetutamente in parallelo alla prima espressione; quindi (§ 8.2) soffermandosi sulla definizione proprio del lemma ‘*pro tutore negotia gerere*’, proposta nel commento edittale di Ulpiano. Dei risultati raggiunti intorno al primo e al secondo punto approfitteremo peraltro per affrontare due questioni complementari di carattere prevalentemente terminologico: dapprima (§ 8.3) torneremo sulle difficoltà offerte da quel passaggio della *laudatio* ulpiana, cui accennavamo, dove le due locuzioni ‘*quasi tutor*’ e ‘*pro tutore*’ appaiono fuse in una sorta di endiadi; quindi (§ 8.4.) diremo della locuzione ‘*falsus tutor*’, il cui parallelismo con la locuzione ‘*pro tutore negotia gerens*’ costituisce ad oggi un nodo irrisolto.

8.1. Procedendo secondo lo schema indicato, va notato preliminarmente che l’inciso ‘*quasi tutor*’ risulta attestato nelle fonti in due tipi di costrutti. Occasionalmente, lo si trova associato a un verbo di stato – in particolare a *teneri* – allo scopo di qualificare la condizione della persona legittimata passivamente all’*actio tutelae*; il soggetto, in questo caso, coincide ovviamente con il tutore vero<sup>60</sup>. Normalmente l’inciso

---

<sup>60</sup> Così in part. in D. 27.5.3 (Iav. 5 ep.): *Quaero, an is qui, cum tutor testamento datus esset et id ipsum ignoraret, pro tutore negotia pupilli gesserit, quasi tutor an quasi pro tutore negotia gesserit, teneatur. Respondit: non puto teneri quasi tutorem, quia scire quoque se tutorem esse debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat.* Il caso è quello di una tutela gestita da una persona presentatasi come tutore, senza sapere di esserlo veramente (e dunque credendo erroneamente di aver assunto il *munus*

risulta però associato a verbi d'azione, quali sono non soltanto *gerere* o l'equivalente *administrare*, ma anche *solvere*, *intervenire* o *agere*. In questo secondo genere di costrutti, con l'espressione '*quasi tutor*' ci si riferisce a una serie di attività che il soggetto compie 'da tutore', 'come tutore', 'in qualità di tutore', e il significato della locuzione è perciò prossimo a quello che consentiva ai giuristi di definire per es. il '*gerere pro herede*' come un «*aliquid facere quasi heres*»<sup>61</sup> (secondo una corrispondenza significativa anche ai fini dell'equivalenza delle locuzioni '*pro tutore*' e '*quasi tutor gerere*').

L'aspetto centrale, dal nostro punto di vista, è che nei costrutti caratterizzati dalla presenza di un *verbum agendi*, l'inciso '*quasi tutor*' esprime una qualificazione che di per sé è neutra, nel senso che guarda soltanto alla *facies* con cui il soggetto si presenta ai terzi nel momento in cui compie l'azione. Ne discende che la locuzione può certamente alludere, come vedremo subito, all'amministrazione condotta da un tutore che in realtà non è tale. Ma nulla vietava d'impiegarla anche in relazione ad ipotesi in cui si dava coincidenza tra *facies* esterna e realtà giuridica, e dove il soggetto a cui è attribuita l'azione 'come tutore' veniva perciò a coincidere con il tutore vero. Al di fuori dal titolo D. 27.5, nei tre testi in cui il costrutto ricorre, questa coincidenza è data anzi per presupposta. In un primo caso è infatti in relazione alla responsabilità derivante dall'*actio tutelae* che si discute di un *solvere* cui il soggetto procede '*quasi tutor*'<sup>62</sup>. In un secondo caso l'intervento realizzato 'in qualità di

---

*tutoris* fingendosi tale, secondo la *partitio* del '*pro tutore negotia gerere*' proposta da Ulpiano in D. 27.5.1.1, su cui vd. poco oltre al § 8.2). Giavoleno esclude l'*actio tutelae*, verosimilmente riconoscendo implicitamente l'applicabilità dell'*actio protutela*, prospettata dall'interrogante (*an quasi pro tutore negotia gesserit, teneatur [quaero]*); con lo stesso significato – di qualificare la condizione della persona legittimata passivamente all'*actio protutela* – il costrutto compare anche nella prima parte di D. 27.5.1.7 (riportato poco sotto alla nt. 68).

<sup>61</sup> Cfr. D. 29.2.20 pr. (Ulp. 61 *ad ed.*): *Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit.*

<sup>62</sup> D. 46.1.69 (Tryph. 9 *disp.*): *Tutor datus eius filio, cui ex fideiussoria causa obligatus erat, a semet ipso exigere debet, et quamvis tempore liberatus erit, tamen tutelae iudicio eo nomine tenebitur, item heres eius, quia*

tutore' è quello processuale<sup>63</sup>, che al gestore non autorizzato era precluso in quanto tale<sup>64</sup>. Infine, in un terzo caso, l'amministrazione condotta 'come tutore' coincide con quella che normalmente ci si attenderebbe appunto dal legittimo tutore<sup>65</sup>.

All'interno del titolo D. 27.5 – e in particolare, all'interno del lungo frammento che i Compilatori stralciarono dal commento di Ulpiano all'*actio protutela* – le cose procedono in modo solo parzialmente diverso. In un passo, infatti, il costrutto '*quasi tutor gerere*' continua a riferirsi alla gestione condotta dal legittimo tutore<sup>66</sup>. In altri tre luoghi, invece, la referenza è al gestore non autorizzato. Sennonché, anche su questo secondo versante sembra potersi registrare una tendenza di un certo interesse. In un caso, infatti, è sicuro che Ulpiano riferisse il lemma '*quasi tutor*' alla persona soggettivamente convinta di amministrare una tutela vera<sup>67</sup>. In un secondo caso è probabile che la corrispondenza fosse la stessa<sup>68</sup>. In un terzo testo non lo si

---

*cum eo ob tutelam, non ex fideiussione agitur. et quamvis non quasi fideiussor, sed quasi tutor solverit, etiamsi tempore liberatus est, mandati actionem eum habere adversus reum promittendi dixi.*

<sup>63</sup> D. 2.4.10.13 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Semper autem hunc honorem patrono habendum, etsi quasi tutor vel curator vel defensor vel actor interveniat patronus. sed si patroni tutor vel curator interveniat, impune posse eos in ius vocari Pomponius scribit et verius est.*

<sup>64</sup> Cfr. C. 5.45.2 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Marco): *Non utiliter nominatus tutor pupillorum agendo nomine, licet ex eorum persona iniunctam impleat intentionem, exceptione 'si tutor non est' submovetur.*

<sup>65</sup> D. 46.7.3.5 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Sed et si quidem tutor sit, non tamen quasi tutor negotia administret (vel dum ignorat vel alia ex causa), dicendum erit non committi stipulationem (scil. rem pupilli salvam fore).*

<sup>66</sup> Così in part. in D. 27.5.1.5 (*infra* alla nt. 140).

<sup>67</sup> Cfr. la seconda parte di D. 27.5.1.7 (riportato alla nota successiva), dove il lemma '*quasi tutor gerere*' allude alla gestione condotta «*dum se putat tutorem*» dalla persona forzata dal magistrato ad assumere l'amministrazione.

<sup>68</sup> Cfr. D. 27.5.1.6-7 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Si quis quasi tutor negotia gesserit eius qui iam pubes est neque tutorem habere potest, protutela actio cessat: simili modo et si eius, qui nondum natus est. nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem, id est impuberem esse oportet. sed erit negotiorum gestorum actio. 7. Si curator impuberi a praetore datus negotia gesserit, an, quasi pro tutore gesserit, teneatur, quaeritur: et est verius cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus*

può escludere<sup>69</sup>.

8.2. Dalla ricognizione condotta all'esterno e all'interno del tit. D. 27.5 sembrerebbe dunque emergere che la formula '*quasi tutor gerere*' fosse davvero intesa come un *verbum generale*, applicabile a chi avesse gestito un patrimonio pupillare nella credenza di essere *tutor* e indipendentemente dal fatto che tale convinzione fosse o non fosse esatta. Se questa categorizzazione coglie nel segno, ne deriva che la formula '*pro tutore gerere*' doveva avere, a sua volta, un significato ancora più generale, capace di includere, accanto alle gestioni condotte '*quasi tutor*', quelle intraprese da chi sapesse di non avere alcuna legittimazione, ma fosse intervenuto ciononostante *animo tutoris*. Che anche a quest'altra figura si riferisse la categoria del '*pro tutore gerere*' si ricava infatti dalla *partitio* adottata da

---

*est. si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a praetore vel a praeside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam, videndum, an pro tutore teneatur. et magis est, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, quia animo tutoris gessit, cum tutor non esset. at iste curator non quasi tutor, sed quasi curator gessit.* Nel § 7 il caso di partenza è quello del soggetto nominato per errore dal magistrato come *curator* (anziché come *tutor*) di una persona non ancora pubere; nel § 6 la situazione è al rovescio, con un soggetto che per errore amministra come tutore gli affari di una persona già pubere. Dal momento che Ulpiano discuteva in tutt'altro contesto e su altri presupposti il caso del tutore che continuasse ad amministrare i negozi del minore, una volta che questi avesse raggiunto la pubertà (cfr. D. 27.3.1.3 [Ulp. 35 *ad ed.*]), è da credere che anche nel § 6 di D. 27.5.1 il giurista avesse presente il caso del soggetto assegnato per errore come *tutor* alla persona già pubere oppure al concepito: per situazioni di questo genere cfr., da un lato, D. 26.3.6 (Pap. 5 *resp.*) e D. 26.5.26 (Scaev. 2 *resp.*) e, dall'altro lato, D. 3.5.28 (Call. 3 *ed. mon.*), D. 26.2.19.2 (Ulp. 35 *ad ed.*) e D. 27.2.34 (Paul. 2 *sent.*).

<sup>69</sup> Si tratta di D. 27.5.1.2 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Proinde et si servus quasi tutor egerit, divus Severus rescripsit dandum in dominum iudicium utile.* La fattispecie discussa coincide con quella, affrontata in D. 15.1.52 pr. (Paul. 4 *quaest.*), del soggetto *qui tutelam quasi liber administrabat*, riconosciuto poi come servo all'esito di un giudizio di libertà. Dal momento che nelle cause liberali la posizione di convenuti era assunta da coloro che stimassero in buona fede di essere liberi e si conducessero come tali (cfr. D. 40.12.10 [Ulp. 55 *ad ed.*]: *nam Iulianus ait omnes, qui se liberos putant, sine dolo malo in libertate fuisse, si modo se pro liberis gerant, quamvis servi sint*), è ben possibile che anche lo schiavo protagonista di D. 27.5.1.2 condividesse questa doppia convinzione: di essere libero e di essere (per questa ragione) il legittimo tutore dell'impubere.

Ulpiano per definire la portata soggettiva della formula edittale; *partitio* il cui secondo membro coincide appunto con la figura della persona che svolge l'incarico di tutore sapendo di non esserlo. D'altro canto, il modo in cui Ulpiano presenta l'altro membro della *partitio* conferma quanto appena emerso dalla ricognizione sugli impieghi della locuzione 'quasi tutor'. Sicché è opportuno soffermarsi su questa presentazione, che nella trama del giurista severiano seguiva la *laudatio praetoris* e apriva, verosimilmente, il commento alla *demonstratio* della formula esposta sotto *EP* § 126<sup>70</sup>.

D. 27.5.1.1 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget*<sup>71</sup> *tamen esse.*

Usualmente si dà per scontato che questa definizione si riferisca al solo tutore apparente, di modo che la *partitio* posta da Ulpiano correrebbe tra la persona che ignora il difetto del titolo (e si crede perciò il legittimo tutore) e la persona che pur essendo consapevole del difetto di legittimazione finge nonostante tutto di essere il tutore dell'impubere<sup>72</sup>. Si tratta tuttavia di una lettura che muove da un presupposto errato, poiché all'inciso «*sive se putet tutorem*» non va attribuita una portata tanto ristretta.

È vero che nelle fonti s'incontrano spesso locuzioni equivalenti, per distinguere una situazione putativa dalla situazione vera corrispondente. Tuttavia, dal momento che la convinzione soggettiva di trovarsi in una data condizione non fa

---

<sup>70</sup> Vd. *supra* nt. 12.

<sup>71</sup> Data la contiguità tra il congiuntivo presente e l'indicativo futuro (specie nella terza coniugazione: A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*<sup>3</sup>, Bologna-Cappelli 2003, 240) non c'è ragione di normalizzare il parallelismo tra la coppia verbale *putet* – *finget*, volgendo il secondo verbo al congiuntivo presente: così invece, adottando la lezione della *Vulgata*, A. D'ORS, *El Digesto de Justiniano*. Version castellana por A.D. et al. II, Pamplona-Editorial Aranzadi 1972, 317 nt. 1.

<sup>72</sup> Cfr. per tutte la parafrasi proposta da SEILER, *Der Tatbestand* cit. (nt. 2), 211: «Protutor ist danach, wer die Geschäfte eines Tutors führt – gleichgültig, ob er Kenntnis von seiner fehlenden Qualifikation hat oder nicht».

normalmente difetto alla persona che in quella condizione si trovi davvero, si spiega che i giuristi, quando devono alludere a una situazione che sia soltanto putativa, lo fanno in genere in modo esplicito, o sottolineando che tale convinzione non risponde al vero (come fa per es. Ulpiano, proprio nel commentare l'*actio protutelae*: «*si quis, cum tutor non esset [...] dum se putat tutorem, gesserit tutelam*»<sup>73</sup>), oppure presentando come due situazioni distinte la condizione putativa dalla condizione vera corrispondente (come fa per es. Gaio, a proposito della portata del lemma '*pro herede possidere*' nell'*interdictum quorum bonorum*: «*pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est tam is qui putat se heredem esse*»<sup>74</sup>). Altre volte questa caratterizzazione è soltanto implicita, ma il risultato non cambia, nel senso che i giuristi delineano i presupposti di diritto della discussione in modo tale che il lettore può chiaramente intendere che il riferimento va a un soggetto animato da una falsa convinzione<sup>75</sup>.

Quando il contesto non lascia emergere una connotazione del genere, è palese che alla convinzione soggettiva i giuristi attribuiscono un valore neutro. Tant'è che non fa scandalo trovare riferita allo stesso soggetto l'alternativa «*sive falso id sive vere putet*»<sup>76</sup>; così com'è possibile incontrare una sorta di

---

<sup>73</sup> D. 27.5.1.7 (riprodotto *supra* alla nt. 68). Per altri esempi vd. D. 5.3.17, D. e.t. 25.6 e 31 pr., D. 5.4.5 pr., D. 9.2.29.7, D. 10.2.36, D. 10.3.29 pr., D. 12.6.65.2, D. 16.1.23, D. 16.3.4, D. e.t. 13 pr., D. 19.1.11.5, D. 19.2.19.6, D. 22.6.9.4, D. 23.3.46.2, D. 32.1 pr., D. 35.2.1.78. D. 41.3.36 pr., D. 47.2.21.1. D. e.t. 4.

<sup>74</sup> Gai. 4.144. Per altri esempi vd. D. 17.1.22.10, D. 29.2.15, D. 29.2.22, D. e.t. 30.2, 34.1, 74 pr.-1, D. 35.1.21, D. 41.2.18.1, D. 41.3.33.1, D. 41.4.2.2, D. 41.4.11, D. 46.3.38.2.

<sup>75</sup> Come avviene per es. in D. 26.7.47.3 (Scaev. 2 *resp.*), allorché viene presentato come tutore putativo il soggetto nominato come tale dalla madre del pupillo (*a matre datus testamento tutor, cum putaret se tutorem esse*): sapendo che il tutore assegnato nel testamento materno, per essere davvero tale, doveva essere confermato, il lettore implicitamente ne ricava che quella del soggetto cui si riferisce il responso fosse una convinzione errata. Per altri esempi dello stesso genere vd. D. 5.3.20.6A, D. 12.6.26.12, D. e.t. 33, D. 28.2.25 pr., D. 40.2.4.1, D. 50.17.191.

<sup>76</sup> D. 47.2.46.7 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat*

rappresentazione diairetica del rapporto tra la *existimatio* e le sue *species* (la convinzione esatta e quella erronea)<sup>77</sup>. E in relazione a una serie di contesti dove per definizione si può soltanto presumere che l'avviso di una persona sia nel vero (vuoi perché si tratta di calcolare la data presunta del parto<sup>78</sup>, vuoi perché si tratta di questioni al centro di una controversia processuale<sup>79</sup>), alla *existimatio* del protagonista ci si riferisce con termini che ne lasciano impregiudicata la corrispondenza alla realtà.

Il caso della *gestio pro tutore* configurava una situazione analoga. Nel chiudere la *laudatio* dedicata all'intervento del Pretore, Ulpiano aveva ribadito che la necessità dell'*actio protutelae* derivava dai ripetuti errori che impedivano di discernere con facilità «*utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit*» (D. 27.5.1, § *pr.*, *i.f.*). Proprio perché ci si riferiva a ipotesi incerte in partenza (o per meglio dire, nelle quali si dava a monte la difficoltà di sapere se la gestione fosse stata condotta dal tutore vero) si spiega che il giurista severiano abbia costruito la sua definizione della categoria edittale del '*pro tutore gerere*' su un doppio asse: da un lato tornando immediatamente a evidenziarne il requisito positivo, dato dal fatto oggettivo dell'assunzione del *munus tutoris* («*pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis*»), dall'altro lato evidenziando l'irrelevanza dell'elemento soggettivo attraverso una formula

---

*dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adretractavit, quod invito domino se facere scivit.*

<sup>77</sup> D. 39.6.43 (Ner. 1 *resp.*): *Fulcinius: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne suscepit, non quaerendum. quod magis tuendum est.*

<sup>78</sup> Così in un passaggio dell'Editto *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*: «*mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet et rell.*» (D. 25.4.1.10 [Ulp. 24 *ad ed.*]).

<sup>79</sup> Così in D. 12.2.34 *pr.* (Ulp. 26 *ad ed.*), a proposito della deferibilità di un giuramento relativo alla morte di un servo della quale non ci si dica sicuri: *quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? non erit tutus per relationem. et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei iusiurandum aut spatium dandum, ut certioretur et sic iuret.*

capace di abbracciare lo spettro più ampio d'ipotesi, ossia includendo sia la persona convinta di essere il tutore («*sive se putet tutorem*»), a ragione o meno) sia la persona consapevole di aver assunto un ruolo non suo («*sive scit non esse, finget tamen esse*»)<sup>80</sup>.

8.3. Le riflessioni svolte intorno alla portata delle locuzioni '*quasi tutor*' e '*pro tutore negotia gerere*' mostrano dunque che l'elemento decisivo per radicare la legittimazione passiva all'*actio protutela* era dato dalla *gestio* in sé del patrimonio di un pupillo, purché condotta *animo tutoris*. Era questo comune denominatore – espresso dal *verbum generale* '*pro tutore gerere*' – che consentiva al Pretore di ovviare alle difficoltà in cui poteva trovarsi il minore allorché si trattava di scegliere con quale azione chiedere il conto della gestione. Quell'imbarazzo, di cui si è detto al § 7, nel decidere per l'*actio tutelae* piuttosto che per l'*actio negotiorum gestorum* era evitato predisponendo un'azione con la quale il convenuto era chiamato a rispondere per il fatto in sé di avere amministrato 'da tutore', e dunque a prescindere dal fatto se tutore egli lo fosse poi stato davvero.

È facile notare che questa rappresentazione del funzionamento dell'*actio protutela* coincide alla lettera con quanto espone la prima parte della *laudatio* ulpiana: «*nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit [scil. praetor] ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur*» (D. 27.5.1, § *pr.*). Se si ritorna ora su questo passaggio non è soltanto per la conferma che anch'esso offre alla ricostruzione generale, quanto per il fatto

---

<sup>80</sup> Il fatto che la *gestio pro tutore* abbracciasse potenzialmente le due ipotesi di cui si è detto, non toglie che talora se ne potessero discutere implicazioni prospettabili con riferimento alla sola amministrazione del gestore non autorizzato: in questi casi, con la locuzione '*pro tutore gerens*' ci si poteva perciò riferire implicitamente solo a costui: cfr. D. 46.3.28 (*infra* nt. 93) e D. 27.6.1.5 (*infra* nt. 94). L'equivalenza tra *pro tutore gerens* e il soggetto *qui tutor non est*, che si trova posta in Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.5.1, §§ 3 e 9 sotto forma di motivazione, dipende invece dalla necessità di evitare che il regime dell'*actio protutela* finisse per modellarsi diversamente a seconda che l'azione fosse esercitata contro il tutore vero piuttosto che contro il tutore rivelatosi tale solo di fatto: sulla questione vd. *infra* §§ 17-19.

che le consapevolezze acquisite sulla portata delle espressioni ‘*quasi tutor*’ e ‘*pro tutore gerere*’ possono contribuire a fugare il dubbio, formulato a più riprese, che il testo presente al Digesto abbia subito un profondo rimaneggiamento postclassico.

Come si ricorderà (§ 3), il problema è determinato dalla frase «*utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam*»; una frase generalmente giudicata inaccettabile, così come si presenta, soprattutto per l'accostamento delle due locuzioni ‘*quasi tutor*’ e ‘*pro tutore*’. Fermo per tutti che il secondo lemma non può riferirsi ad altro che all'intervento del falso tutore, l'accostamento col lemma ‘*quasi tutor*’ è stato ritenuto ora ridondante ora contraddittorio. Ridondante da quegli studiosi che attribuiscono a quest'altro inciso un valore equiparativo (‘quasi fosse il tutore’). Contraddittorio da coloro che invece attribuiscono al lemma ‘*quasi tutor*’ un valore qualificativo (‘in qualità di tutore’) e perciò riannodandolo all'intervento del tutore vero<sup>81</sup>.

Th. Mommsen<sup>82</sup> proponeva di risolvere la difficoltà ripristinando l'opposizione tra ‘*quasi tutor*’ (inteso nel secondo senso, come inciso atto a qualificare l'amministrazione condotta dal tutore vero) e ‘*pro tutore*’: «*utrum quis <quasi> tutor an vero [quasi tutor] pro tutore admnistraverit tutelam*».

Ad avviso invece di V. Scialoja<sup>83</sup>, l'avverbio ‘*quasi*’ andrebbe espunto del tutto e si dovrebbe supporre che l'opposizione tra tutore vero e gestore non autorizzato fosse resa esplicita attraverso un inciso esplicativo corrispondente a quello proposto negli scolii ai Basilici:

ἐπειδὴ γὰρ ἀδηλόν ἐστι, πότερόν τις ἐπίτροπός ἐστι τῆ ἀληθεία, ἢ μὴ ὢν ἐπίτροπος ὡσανεὶ ἐπίτροπος διώκησεν ἐπίτροπὴν<sup>84</sup>.

Secondo la congettura dell'illustre romanista, il testo della

<sup>81</sup> Per queste interpretazioni vd. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit. (nt. 21), 51 nt. 1, e SEILER, *Der Tatbestand* cit. (nt. 2), 253 nt. 7.

<sup>82</sup> *Dig. ed. mai. ad h.l.*

<sup>83</sup> *Digesta Iustiniani Augusti* recognoverunt et ediderunt P. Bonfante et al., Mediolani 1931, ad h.l.

<sup>84</sup> Sch. 1 a Bas. 38.5.1 (SCHELT. B VI, 2224).

*Florentina* andrebbe perciò restituito come segue: «*utrum quis tutor an vero [quasi] <cum non sit> tutor pro tutore administraverit tutelam*».

Questa seconda soluzione – che pure ha il merito di recuperare e valorizzare la tradizione greca – postula tuttavia un emendamento del testo trådito fin troppo radicale. Nello scolio citato la discussione sulla *veritas* (vale a dire sulla conformità tra l'esercizio di fatto della tutela e la corrispondente legittimazione del gestore) risulta anticipata già al primo membro della *partitio* (πότερόν τις ἐπίτροπός ἐστι τῇ ἀληθείᾳ); sicché una eventualità è che il guasto sia occorso semplicemente nel trasformare l'aggettivo 'verus' nell'avverbio 'vero' e poi nel posporlo alla congiunzione *an*: «*utrum quis tutor <verus> an [vero] quasi tutor pro tutore administraverit tutelam*»<sup>85</sup>.

La seconda possibilità – più probabile – è che del sintagma 'τῇ ἀληθείᾳ' (insieme e in contrapposizione alla negativa 'μὴ ὄν') lo scoliaste si sia servito per sciogliere in forma più esplicita quell'opposizione che Ulpiano affidava invece al singolare accostamento dei due incisi successivi: 'quasi tutor' e 'pro tutore'. A prescindere dalla ipotetica restituzione dell'aggettivo 'verus', il punto decisivo è infatti che gli incisi in questione avevano entrambi portata generale. Nella scrittura dei giuristi, come abbiamo visto, sia l'uno sia l'altro potevano riferirsi al fatto in sé che taluno avesse amministrato 'da tutore' il patrimonio di un pupillo e potevano finire perciò entrambi per abbracciare anche la gestione condotta dal legittimo tutore. Si capisce, a questo punto, che la difficoltà di Ulpiano veniva dalla necessità di ricorrere a un'espressione ('*pro tutore gerere*') che da un lato costituiva un *verbum generale* (valido per qualsiasi gestione tutelare), ma che nel contesto doveva servire a denotare

<sup>85</sup> L'uso dell'aggettivo 'verus', per indicare il tutore legittimo, è attestato in D. 27.6.1.3 (Ulp. 12 *ad ed.*) e in D. e.t. 10 (Gai. 4 *ad ed. prov.*), in entrambi i casi per rimarcare esplicitamente l'opposizione rispetto all'ipotesi del *falsus tutor*, e dunque in un contesto che si può ben avvicinare a D. 27.5.1 pr. Nell'ipotesi di restituire *tutor <verus>* in quest'ultimo testo, va comunque tenuto presente che la posposizione dell'aggettivo al sostantivo resterebbe comunque singolare: nella scrittura dei giuristi, nonostante il valore determinativo che l'aggettivo assume in correlazione a sostantivi come *heres*, *creditor* o *procurator* (oltre che ovviamente a *tutor*), la posizione abituale è infatti quella prenominal.

una sola *species* (la tutela di mero fatto). E la difficoltà – a quanto sembra – venne risolta associando in una sorta di endiadi l'inciso '*pro tutore*' e il suo sinonimo '*quasi tutor*', come se dalla loro somma si potesse trarre quel che ciascuna locuzione di per sé non poteva dare, ossia una contrapposizione netta rispetto all'ipotesi della gestione condotta dal tutore vero<sup>86</sup>.

8.4. Oltre a permettere di gettare uno sguardo più consapevole sulla tradizione testuale di D. 27.5.1 pr., le considerazioni svote nelle pagine precedenti consentono di tornare sulla perifrasi edittale '*pro tutore negotia gerere*' per un'ultima puntualizzazione di carattere terminologico. In particolare, si tratta di capire se il valore che abbiamo attribuito alla locuzione su cui si impernavano tanto la Rubrica di EP § 126, quanto la *demonstratio* della relativa formula, non permetta di gettare una luce nuova su un vecchio problema nomenclatorio, relativo alla differenza che si dava tra la persona che appunto *pro tutore negotia gessit*, da un lato e il *falsus tutor*, dall'altro.

---

366

Come è noto, i testi dei giuristi romani impiegano quest'altra espressione – '*falsus tutor*' – con riferimento a una serie di fattispecie riconducibili a due editti (parzialmente) complementari, esposti in due sezioni differenti dell'Albo: l'uno sotto il Titolo *De in integrum restitutionibus* (EP § 43), l'altro sotto il Titolo *De tutelis* (EP § 122). Il fatto che i relativi commenti giurisprudenziali siano stati riuniti nel Digesto sotto un unico Titolo (D. 27.6: *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*) certamente non agevola la palingenesi dell'una e dell'altra clausola. È tuttavia un dato ormai acquisito che il primo editto doveva contemplare il caso di un processo intentato

---

<sup>86</sup> Per questo passaggio della *laudatio* ulpiana proporrei dunque la traduzione seguente: «difatti poiché di solito è incerto se ad amministrare la tutela è stato un tutore (legittimo?) piuttosto che uno intervenuto da tutore e come tutore». Per altre traduzioni, che pure accettano senza emendamenti il testo della *Florentina*, ma eludono poi con varie perifrasi la presenza del doppio inciso '*quasi tutor pro tutore*', vd. da ult. S. TAFARO in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*. IV (Testo e traduzione a cura di S. Schipani), Milano-Giuffrè 2011, 459: «poiché, infatti, per lo più è incerto se uno abbia amministrato la tutela in veste di tutore o piuttosto in luogo del tutore».

contro un pupillo, intervenuto con l'*auctoritas* di una persona priva del titolo legale necessario (*eo auctore qui tutor non fuerit*<sup>87</sup>), laddove invece il secondo editto si riferiva all'*auctoritas* interposta (sempre dalla persona non autorizzata) *in contrahendo*, ossia all'atto di un negozio del pupillo<sup>88</sup>. Inoltre, se il primo editto prevedeva, a favore del terzo che avesse ignorato il difetto di legittimazione dell'*auctor*, tanto una *restitutio in integrum*, quanto un'azione contro l'*auctor* medesimo, il secondo editto contemplava soltanto un'azione, la quale era peraltro concessa, come nell'altro caso, alla condizione ulteriore che l'*auctor* si fosse condotto con dolo<sup>89</sup>.

La premessa comune ai due editti – vale a dire che una persona non autorizzata avesse interposto come tutore la propria *auctoritas* – dava luogo a una serie varia di fattispecie, nel delineare le quali i giuristi ricorrevano dunque alla nozione di '*falsus tutor*'; ma vi ricorrevano – questo è il punto – in modo esclusivo, ossia evitando rigorosamente di estendere tale nomenclatura al commento di *EP* § 126 e dell'*actio protutela*<sup>90</sup>. Dal momento che anche la protutela è sempre stata vista come una situazione nella quale si dava per definizione l'intervento di una persona qualificabile come 'falso tutore', la circostanza ha fornito materia per varie congetture, volte a spiegare che cosa avesse mai impedito ai giuristi di usare la locuzione '*falsus*

---

<sup>87</sup> D. 26.7.1.2 (Ulp. 12 *ad ed.*).

<sup>88</sup> D. 27.6.11 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*).

<sup>89</sup> *Qui dolo malo auctoritatem accommodaverit*: D. 26.7.11.1 (Ulp. 35 *ad ed.*); *si dolo malo auctor fuerit*: D. 27.6.7.1 (Ulp. 12 *ad ed.*). Sul complesso dei due editti, oltre naturalmente a LENEL, *EP*<sup>3</sup> 119 s., 317 s., vd. l'efficace sintesi di S. SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* (1924), in *Scritti di diritto romano* II, Napoli-Jovene 1957, 593.

<sup>90</sup> D. 6.2.13.2 (Gai. 7 *ed. prov.*), D. 18.1.27 (Paul. 8 *ad Sab.*), *Fragm. Vat.* 1, D. 27.6.1.3 (Ulp. 12 *ad ed.*), D. 27.6.10 (Gai. 4 *ad ed. prov.*), D. 27.6.11 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*). Ai testi elencati è da aggiungere la definizione paolina di '*falsus tutor*' proposta in D. 50.16.221 (*supra* nt. 40); il fatto che quest'ultimo testo – allo stato della selezione giustiniana, dove la *definitio* è presentata avulsa da ogni contesto – non mostri una connessione immediata con la problematica dell'*auctoritas*, non implica naturalmente che la definizione vada per ciò stesso riferita a un tutore gerente (come invece si legge in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*. Libro XXVII. Tradotto ed annotato dall'Avv. G. Baviera e dal Prof. C. Longo, Milano-Società Editrice Libreria 1908, 470).

*tutor*’ appunto come sinonimo di ‘*pro tutore negotia gerens*’. L’esito pandettistico del dibattito – i cui primordi rimontano quantomeno all’Umanesimo giuridico<sup>91</sup> – si risolve in una sintesi opaca, dai toni vagamente dogmatici. Per cogliere la differenza tra le due etichette di ‘*falsus tutor*’ e ‘*pro tutore negotia gerens*’ – si è detto – non si dovrebbe guardare al soggetto delle stesse, che in ogni caso rimarrebbe lo stesso, ossia un tutore non autorizzato. La differenza sarebbe piuttosto imposta dalla persona su cui si ripercuoteva l’intervento del falso tutore; persona che in effetti variava a seconda che si fosse in presenza di un *auctoritatem interponere* piuttosto che di un *gerere*. Nel primo caso, grazie alle azioni esposte in *EP* §§ 43 e 122, il tutore non autorizzato avrebbe risposto verso il terzo danneggiato e per questo i giuristi lo avrebbero etichettato come ‘*falsus tutor*’. Nel secondo caso, dove la responsabilità era piuttosto verso il pupillo ed era fatta valere attraverso l’*actio protutela*, i giuristi applicavano l’etichetta di ‘*pro tutore gerens*’<sup>92</sup>.

Che questa spiegazione sia molto lontana dall’essere appagante, si vede da sé. Dal punto di vista dogmatico, innanzitutto, dire che la *gestio pro tutore* esponesse il tutore apparente nei confronti esclusivamente del pupillo (e non anche dei terzi) non è poi così semplice<sup>93</sup>. In secondo luogo, se è vero che la locuzione ‘*falsus tutor*’ non si trova mai impiegata in relazione a una *gestio pro tutore*, non è vero il contrario; non è vero, in altri termini, che i giuristi non parlassero mai di un

---

<sup>91</sup> Vd. la rassegna delle *variae variorum de falsis tutoribus sententiae* approntata nella dissertazione di C.A. ROESSLER, *Juris romani de falsis tutoribus principia*, Heidelbergae-Osswaldi 1834, 11 ss.

<sup>92</sup> Cfr. in part. L.J. REUSTETEL, *Unterschied zwischen Protutor oder Procurator und falsus tutor*, in *AfCP*. 1, 1818, 246 ss.

<sup>93</sup> Il pagamento fatto nelle mani di un gestore non autorizzato liberava i debitori del pupillo «*si pecunia in rem pupilli pervenit*»: D. 46.3.28 (Paul. 38 *ad ed.*); sicché è da credere che se questa condizione fosse venuta meno, il *gestor* sarebbe stato tenuto nei confronti del terzo con la *condictio indebiti*. Analogamente, se prima dell’eventuale usucapione del compratore, un terzo o lo stesso pupillo avesse rivendicato come suo il bene venduto dal *gestor* (cfr. D. 27.5.2 [Cels. 25 *dig.*]), è da credere che il primo a essere chiamato in causa per l’evizione sarebbe stato il *gestor* medesimo (arg. da D. 21.2.4.1 [Ulp. 32 *ad ed.*]).

*auctoritatem interponere* da parte del *pro tutore negotia gerens*<sup>94</sup>. Infine, come è stato notato<sup>95</sup>, la spiegazione tradizionale non svela comunque la ragione ultima della differenziazione. In altri termini, posto che i giuristi riferissero l'etichetta di '*falsus tutor*' alla sola fattispecie dell'*auctoritatem interponere*, non si capisce che cosa impedisse loro di usare la medesima etichetta a proposito della fattispecie che formava l'oggetto dell'*actio protutelae*, ossia il *negotia Ai.Ai. (pupilli ?) pro tutore gerere*.

La risposta è a portata di mano, se solo si si depona la lente abituale con cui si guarda l'*actio protutelae*, per adottare il punto di vista che abbiamo difeso nelle pagine precedenti. La persona *qui pro tutore negotia gessit* non coincideva necessariamente con il gestore non autorizzato, specie se ci si riferiva a questa persona a proposito di *EP* § 276 e di un'azione

---

<sup>94</sup> Così nella prima parte di D. 27.6.1.5 (Ulp. 12 *ad ed.*): *Idem Pomponius scribit, etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilo minus hoc edictum locum habere* (sul resto del testo, vd. *supra* nt. 40). Il testo appartiene al commento della prima parte di *EP* § 43, e si riferisce dunque alla *restitutio in integrum* promessa dal Pretore per il caso della *litis contestatio* conclusa dal pupillo *falso tutore auctore* (cfr. LENEL, *Pal.* 2.478 fr. 421). Dal momento che in questa prima sezione di *EP* § 43 la persona del tutore non autorizzato era individuata dalla perifrasi '*is qui tutor non fuerit*' (cfr. D. 27.6.1.2 [Ulp. 12 *ad ed.*]), è evidente che la contrapposizione al centro del testo – tra l'ipotesi di base contemplata dall'editto e l'intervento del *pro tutore negotia gerens* (*etiamsi .... nihilominus*) – non si può cercare sul piano soggettivo. Senza nulla togliere all'idea che la *gestio pro tutore* potesse riferirsi all'amministrazione tanto del tutore quanto del gestore non autorizzato, va da sé che il problema dell'inefficacia della *auctoritas* poteva porsi esclusivamente nel secondo caso, al quale doveva perciò riferirsi implicitamente il discorso di Ulpiano. Escluso il piano soggettivo, non resta che cercare il senso della contrapposizione sul piano oggettivo, e al netto di una forma probabilmente compromessa dalla scelta dei Compilatori di fondere in un titolo generale le discipline di *EP* §§ 43 e 122. In sostanza, se in questo passaggio del commento di Ulpiano si passava all'*auctoritas* interposta dal *gestor* (anziché da chi fosse intervenuto per *adsistere* il pupillo in giudizio), era perché i giuristi proponevano che la *restitutio in integrum* di *EP* § 143 fosse estesa anche ai negozi pupillari, realizzando così, sul piano dell'*interpretatio*, quella piena simmetria tra i due editti che mancava invece al livello dei *verba*: cfr. ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 508 nt. 407.

<sup>95</sup> Cfr. C. LONGO, in GLÜCK, *Commentario alle Pandette* cit. (nt. 90), 472 nt. y; SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore* cit. (nt. 89), 604.

(quale era il *iudicium protutela*) la cui funzione era proprio quella di permettere di convenire indifferentemente in giudizio il tutore vero o il tutore tale solo di fatto. Era questa circostanza che impediva di riferirsi al *gestor* come a un *falsus tutor* tout court. Diversamente, nel caso dell'*auctoritas* e della sua efficacia. In questo caso, il problema della legittimazione del soggetto intervenuto ad autorizzare il processo o il negozio del pupillo era essenziale, dal momento che il problema a cui si cercava di porre rimedio con *EP* §§ 43 e 122 (oltre che nelle altre fattispecie affrontate dai giuristi nella scia dei due editti) non poteva porsi se non per l'intervento di una persona *qui tutor non esset*, per come si esprimeva il Pretore. E' vero che all'acribia dei giuristi non erano sfuggiti alcuni casi limite, in cui questa premessa testuale non valeva<sup>96</sup>. Ma si trattava per l'appunto di pochi casi limite, sicché si spiega che in questo ambito la locuzione '*falsus tutor*' abbia finito per essere adottata come un sintagma riassuntivo della perifrasi editale.

## II. Azione pretoria con '*intentio in ius concepta*'?

9. Concludere che la *demonstratio* dell'*actio protutela* fosse imperniata su un *verbum generale*, capace di vincolare il convenuto per il fatto in sé di aver amministrato 'da tutore' il patrimonio dell'attore, permette dunque di porre un primo punto fermo sulla questione della legittimazione passiva e della funzione (almeno) originaria dell'azione.

Quando il Pretore si risolse a introdurre questo nuovo strumento nell'Albo, l'obiettivo non era di arrivare a configurare una nuova forma di responsabilità a carico del gestore non autorizzato, intervenuto in qualità di tutore. L'obiettivo era piuttosto di evitare al minore una serie di difficoltà legate alle incertezze che potevano avvolgere l'esatto *status* della controparte. Queste difficoltà si collocavano tutte sul terreno della processo e, più in particolare sul piano della prova e della

---

<sup>96</sup> Cfr. D. 27.6.1.2 (Ulp. 12 *ad ed.*), con riferimento al caso dell'*auctoritas* prestata da un tutore inabile, se così si può dire, in quanto *furiosus* o *ad aliam regionem datus* (per questa seconda fattispecie, vd. anche C. 5.59.5 [Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.]).

*conceptio verborum*. Sul piano della prova, nel senso che l'intreccio delle regole da cui dipendeva l'instaurarsi di una tutela legittima erano tali che *in iure* poteva frequentemente mancare una prova liquida che consentisse al minore di affermare con sicurezza se il soggetto che ne aveva amministrato il patrimonio, 'in qualità di tutore', fosse poi stato veramente tale. Sul piano della *conceptio verborum*, nel senso che la difficoltà a sciogliere *in iure* l'alternativa in questione (tutore vero / gestore non autorizzato) si traduceva nell'impossibilità di procedere con sicurezza alla giusta scelta dell'*actio* (l'*arbitrium tutelae* nel primo caso, l'*actio negotiorum gestorum* nel secondo). A tale difficoltà il Pretore pose rimedio predisponendo un'azione con la quale il convenuto era chiamato a rispondere appunto per il fatto d'aver gestito '*pro tutore*' il patrimonio del minore, e dunque indipendentemente dal fatto che nella seconda fase del giudizio egli potesse confermarsi o meno come il legittimo tutore dell'attore.

La conclusione formulata ora, se appunto consente di fissare un punto fermo quanto alla legittimazione passiva e alla funzione (almeno originaria) dell'azione, apre tuttavia a sua volta una serie di quesiti ulteriori, sollecitati dal regime delle obbligazioni di cui l'*actio protutela* doveva assicurare l'applicazione. Se è vero infatti che l'azione era utilizzabile tanto contro il tutore vero quanto contro il tutore apparente, ci si può chiedere come ci si sarebbe regolati se nella seconda fase del giudizio fosse emersa una situazione piuttosto dell'altra. Si deve credere che la cosa avrebbe influito sulla posizione del convenuto, e in particolare sulla definizione delle sue obbligazioni (differenziandole cioè in un caso e nell'altro)? Oppure, lo stesso principio di cui ci si serviva per radicare la legittimazione passiva valeva anche per determinare la natura e la portata della responsabilità (nel senso che per l'uno e per l'altro profilo si sarebbe unicamente badato al fatto che il convenuto avesse gerito 'come tutore' un patrimonio pupillare)?

Per (provare a) rispondere a queste domande occorre prima mettere a fuoco varie questioni preliminari, organizzabili intorno a due domande di fondo: come fosse strutturata l'*intentio* dell'*actio protutela*, e quale regime fosse applicato, sul versante del debito e della responsabilità, alla figura del falso

tutore. Alla prima questione dedicheremo i §§ 10-14. Alla seconda questione verremo invece ai §§ 17-18, nell'ambito di una discussione più ampia sulle ripercussioni che la comparsa dell'*actio protutela* nell'Albo finì per avere sul piano del diritto materiale.

10. Se l'*actio protutela* si caratterizzava per una *demonstratio* concepita al '*Quod Ns.Ns. pro tutore Ai.Ai. (pupilli ?) negotia gessit*', è facile immaginare che a questa prima clausola seguisse un'*intentio incerta*. Oltre alla normale dialettica delle formule con *demonstratio*, questa circostanza è resa oltremodo probabile dal fatto che l'*intentio* in questione doveva contemplare un *oportere ex fide bona*, visto che il gestore intervenuto come tutore (senza esserlo) rispondeva per la stessa *fides* (e per la stessa *diligentia*) per cui rispondeva il tutore vero<sup>97</sup>. Quello di cui si discute è se l'*oportere* in questione fosse dedotto nell'*intentio* in forma 'pura' o se non si ricorresse piuttosto a un'*intentio* fittizia. La prima soluzione risale a Rudorff<sup>98</sup>, ed è stata riproposta in tempi più recenti da Seiler<sup>99</sup>; la seconda ipotesi rimonta invece a Lenel<sup>100</sup>, il quale immaginava un *oportere (ex fide bona)* sorretto dalla *factio 'si tutor fuisset'*.

Va precisato che le due alternative s'inseriscono in ricostruzioni che nell'*actio protutela* vedono – *more solito* – uno strumento utilizzabile contro il solo gestore sostituito al tutore. La questione prende una piega parzialmente diversa se invece si adotta la ricostruzione proposta nelle pagine precedenti, e se dunque si ammette che l'*actio protutela* permettesse di convenire il gestore in quanto tale di un patrimonio pupillare, a prescindere dal fatto che questi potesse o meno coincidere con il tutore vero. È chiaro, infatti, che una volta ammessa la presenza di una *demonstratio* nella quale fosse chiamata indirettamente in causa anche la *gestio* di un tutore vero, potrebbe apparire stridente che la formula presentasse subito dopo quel medesimo convenuto come un tutore fittizio

---

<sup>97</sup> Cfr. D. 27.5.4 (*infra* al § 20).

<sup>98</sup> *De iuris dictione Edictum* cit. (nt. 7), 133.

<sup>99</sup> *Der Tatbestand* cit. (nt. 2), 259 s.

<sup>100</sup> Vd. due ntt. oltre.

(appunto tramite la  *fictio 'si tutor fuisset'*). Senonché, l'ipotesi di una formula che rappresentasse in termini apparentemente contraddittori e rovesciati la realtà dei fatti, non sarebbe di per sé priva di ogni parallelo. Nel caso dell'*actio interrogatoria ex responsione* (accettata per vera dall'attore) si sa che la qualità di erede e la misura della relativa quota erano espresse ricorrendo alla  *fictio 'si heres esset* (per es.)  *ex asse'*, nonostante l'indicazione in questione potesse anche corrispondere al vero. E va aggiunto – per avvicinarci ulteriormente a quello che sarebbe l'ipotetico modello dell'*actio protutela* – che nella formula dell'*actio ex responsione* la  *fictio 'si heres esset ex asse'* era parte di un' *intentio* che doveva indicare altresì il peculiare presupposto edittale dell'azione, ovverosia che il convenuto, interrogato  *in iure*, aveva riconosciuto di essere erede del tale per la tal quota<sup>101</sup>.

Il modello rappresentato dalla formula dell'*actio interrogatoria ex responsione* – dove la stessa persona compariva nell' *intentio* prima come erede dichiaratosi tale  *in iure* e subito dopo come erede soltanto fittizio – sconsiglia insomma di liquidare a priori l'eventualità che anche nella formula dell'*actio protutela* potesse darsi qualcosa del genere, con un convenuto presentato nella  *demonstratio* come gestore di fatto (se non anche di diritto) di una data tutela, e nell' *intentio* fatto figurare come un tutore fittizio. E l'approfondimento della questione sarà tanto più opportuno in considerazione del fatto che gli argomenti addotti in letteratura,  *pro* o  *contra* la  *fictio 'si tutor fuisset'*, si riducono in effetti a brevi cenni, dei quali conviene invece approfondire la portata storica e giuridica.

Vale anzi la pena di dire subito che gli argomenti in questione sono in sostanza due. Quello citato con maggior frequenza in letteratura si deve a Lenel, ha natura tecnica e si riassume nell'idea che la  *fictio* sarebbe stata indispensabile per trasportare la protutela sotto l'ombrello della tutela, evitando di disciplinare la fattispecie secondo le regole ordinarie della  *negotiorum*

---

<sup>101</sup> PELLECCHI, *La praescriptio* cit. (nt. 45), 456 ss., in part. p. 459 per la presenza della  *fictio*, e p. 475 s. per la questione della compresenza nell' *intentio* della circostanza che il convenuto avesse risposto  *in iure* di essere  *heres* (per es.)  *ex asse*.

*gestio*<sup>102</sup>. Il secondo argomento risale invece a Karlowa e si colloca su un piano che potremmo definire di teoria delle fonti. Dal momento che l'esordio del commento di Ulpiano indica che l'azione era di matrice pretoria (D. 27.5.1 pr. [Ulp. 36 *ad ed.*]: «*Protutelae actionem necessario praetor proposuit*» et rell.), un'*intentio* fittizia (o meno verosimilmente *in factum concepta*<sup>103</sup>) doveva rappresentare, secondo l'autore, il necessario complemento formulare di un'azione appunto estranea al *ius civile*<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> «Denn nur die Absicht, die Grundsätze der Tutel auf die Protutel zu übertragen, kann zur Aufstellung einer besondern *actio protutelae* neben der an sich zuständigen *actio negotiorum gestorum* geführt haben. Dazu bedurfte es aber einer Fiktion». L'affermazione – leggibile in *EP*<sup>1</sup> 257 ed in *EP*<sup>2</sup> 310, e che nelle intenzioni di Lenel doveva sorreggere la critica mossa alla diversa opzione adottata da Rudorff –riscosse immediato successo: cfr. P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei, editti e formulae in factum*, in *Studi Senesi* 24, 1907, 369; C. LONGO, in GLÜCK, *Commentario alle Pandette* cit. (nt. 90), 494 nt. a; J. DECLAREUIL, *Rome the Law-Giver*, New York-Routledge 1927, 144; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>8</sup>, Paris-Rousseau 1929, 239 nt. 2. Va peraltro osservato che l'argomento legato al travaso delle regole della tutela non risulta ripreso in *EP*<sup>3</sup> 321, dove Lenel, pur mantenendo immutata la *conceptio* attribuita all'*actio protutelae*, si limitava in effetti a dichiararne la compatibilità con la tesi di Partsch che l'azione in questione non costituisse un rimedio edittale *ad hoc*, ma consistesse in una applicazione *utilis* dell'*actio negotiorum gestorum*. Che anche in questa nuova prospettiva fosse spendibile l'argomento del travaso delle regole della tutela è tuttavia dimostrato dal fatto che a complemento della tesi di Partsch stava l'idea che contro il tutore apparente non fosse spendibile la versione *directa* dell'*actio negotiorum gestorum* proprio per l'esigenza di ricalcare il regime della fattispecie su quello della tutela (cfr. *Studien zur Negotiorum Gestio* cit. [nt. 8], 64). In questo stesso senso, la presenza della  *fictio* si trova giustificata, nella letteratura più recente, da H. KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, in *ZSS.* 49, 1939, 421 nt. 2, nonché ID., *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in *Festschrift Paul Koschaker* II, Weimar-Böhlhaus 1939, 199 nt. 2; DE ROBERTIS, *De eo qui pro tutore* cit. (nt. 17), 392 nt. 137; vd. anche nello stesso senso, implicitamente, G.I. LUZZATO, *Rec. di SEILER, Der Tatbestand* cit. (nt. 2), in *SDHI.* 35, 1969, 486.

<sup>103</sup> Vd. *supra* in corrispondenza della nt. 6.

<sup>104</sup> KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit. (nt. 5), 2.1191: «Eine besondere *protutelae actio* kannte das Civilrecht nicht. Dies geht aus Ulpian's Worten in l. 1 pr. D. de eo qui pro tutore 25.7: *Protutelae actionem necessario praetor proposuit* u.s.w. mit genügender Sicherheit hervor. Für den fall also, daß jemand *pro tutore* die Tutel über einen *impubes*

Discuteremo dei due argomenti in quest'ordine, tenendo peraltro presente che il secondo (sul quale verremo a partire dal § 13) implica a sua volta di prendere posizione sulla questione del fondamento (civile o pretorio) della nostra azione.

11. La spiegazione di Lenel, per cui della *fictio 'si tutor fuisset'* ci si sarebbe serviti per ricondurre il protutore sotto l'ombrello della tutela e delle sue regole, muove nella sostanza dalla tesi di Wlassak di cui abbiamo dato conto al § 6, vale a dire che l'*actio protutelae* (così come l'*arbitrium tutelae*, nella rappresentazione allora proposta dal grande studioso austriaco) sarebbe nata come «Spezialklage», distaccatasi dal tronco originario dell'azione (generale) di gestione d'affari. Accettare l'idea che l'*actio protutelae* abbia finito per occupare un ambito occupato dapprincipio dall'*actio negotiorum gestorum* non implica tuttavia automaticamente che sul piano della formula le cose stessero nel modo ipotizzato da Lenel. Se anche fosse vero che l'*actio protutelae* venne introdotta in funzione del risultato che Wlassak (e la storiografia in generale) le attribuisce – vale a dire di estendere al protutore le regole della tutela – quella di una formula fittizia non si sarebbe presentata affatto come una scelta obbligata; tant'è che lo stesso Wlassak si guardava bene dall'attribuire al Pretore un passo del genere<sup>105</sup>.

Contro la soluzione proposta da Lenel depone innanzitutto una considerazione che si può trarre dall'evoluzione (interna) che interessò proprio la *negotiorum gestio*. E' un dato ormai acquisito che il regime dell'azione civile non va concepito come

---

administrierte, wurde eine besondere *actio* aufgestellt. Ob die *intentio* derselben fiktisch gefaßt, oder ob sie *in factum* konzipiert war, steht dahin». Pur se ancora meno esplicito sul coté formulare, un ragionamento simile può leggersi in B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento* IV, Palermo-Castiglia 1936, 419.

<sup>105</sup> Cfr. WLASSAK, *Zur Geschichte* cit. (nt. 7), 133: «Es war mithin damals kein müßiges Beginnen mehr, wenn der Praetor durch Einfügung der Worte '*pro tutore*' eine neue Formel schuf, den Fall der Protutel von der auftraglosen Geschäftsführung abtrennte und der Jurisprudenz auf diese Weise freie Hand gewährte, das nunmehr näher Individualisirte Rechtsverhältniss innerhalb verständiger Grenzen der Theorie der *actio tutelae* zu unterwerfen».

un monolite, indifferente al tipo di gestione condotta e ai suoi protagonisti. Per un verso, va considerato che nelle gestioni generali e non spontanee (quali erano quelle imposte dall'*officium* di *procurator omnium bonorum* o di *curator*) il ventaglio degli obblighi del gestore comprendeva una serie di voci comuni agli obblighi del tutore, e che in parte sembra si fossero venuti modellando proprio sul regime codificato per la tutela<sup>106</sup>. Per il verso opposto, va tenuto conto del fatto che nell'ambito delle stesse gestioni officiose nulla impediva che il medesimo obbligo si configurasse diversamente a seconda dei soggetti coinvolti. Per fare un solo esempio, sembra che il dovere di corrispondere le *usurae percipiendae* (e dunque di mettere a frutto il denaro del gerito) fosse costruito diversamente a carico del *curator* e del *procurator omnium bonorum*. Se al *curator* doveva infatti applicarsi almeno una parte delle regole del tutore, il *procurator omnium bonorum*, quantomeno per alcuni giuristi, vedeva invece commisurata la propria responsabilità alle abitudini economiche del *dominus*<sup>107</sup>.

---

376

Dal nostro punto di vista, la cosa importante da sottolineare è che tutti questi adattamenti delle regole applicate al gestore si realizzavano senza apportare modifiche alla *conceptio verborum*. In altre parole, l'*actio negotiorum gestorum* non risulta che fosse accordata in forma diversa dalla versione edittale per costringere il giudice a tenere conto delle differenze che si davano per es. tra un gestore occasionale e un *procurator omnium bonorum*, e tra questi e un *curator minoris*. Ciò significa che l'*oportere ex fide bona* costituiva una misura sufficientemente elastica per attribuire al gestore una responsabilità adeguatamente differenziata e per prendere a modello le regole della tutela solo quando la cosa apparisse

---

<sup>106</sup> *Infra* § 20.

<sup>107</sup> Cfr. D. 22.1.13.1 (Scaev. 1 *resp.*): *Quaesitum est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati <procurator> pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam faeneravit. respondit, si eam pecuniam positam habuisset idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere quicquam usurarum nomine praestare*; per l'esegesi del testo (inclusa l'integrazione proposta), vd. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 119 ss., ove anche la questione se il criterio della *consuetudo mandantis* fosse o meno materia di *ius controversum*.

opportuna. Anche per l'*actio protutela* si dovrà dunque immaginare lo stesso, ovverosia che un'*intentio* al '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*' permettesse già da sola di costruire un regime appropriato alla figura del protutore. Tanto più che nel costruire questo regime i giuristi effettivamente evitarono di trasportare all'*actio protutela* l'intero complesso di regole codificato per l'*actio tutela*. Una differenza di rilievo si dava, in particolare, al livello della responsabilità per l'omessa gestione. Al § 17 vedremo meglio che se il tutore (legittimo) non poteva disinteressarsi del patrimonio del pupillo, non si pretendeva invece che colui che fosse semplicemente intervenuto come tutore (ossia senza esserlo) persistesse nella sua amministrazione oltre il voluto; il che obiettivamente avvicinava la sua posizione a quella di un gestore spontaneo. Questa differenza – come è stato sottolineato<sup>108</sup> – non poteva non riflettersi sull'impianto della formula. Se l'*actio protutela* serviva a chiamare in giudizio sia il tutore legittimo sia il gestore non autorizzato, diventa piuttosto improbabile immaginare un'*intentio* fittizia che avrebbe equiparato in tutto e per tutto le obbligazioni del convenuto a quelle del tutore vero. Anziché a un '*quidquid, si tutor fuisset, dare facere oportet ex fide bona*', conviene dunque pensare che la formula dell'*actio protutela* portasse un'*intentio* 'pura'.

12. Per concludere che quello dedotto nell'*intentio* dell'*actio protutela* fosse un *oportere ex fide bona* ordinario, non basta tuttavia rifarsi al regime della responsabilità e alla constatazione che sotto questo profilo non si dava una completa coincidenza con le regole dell'*actio tutela*. Una conclusione del genere impone anche di affrontare una serie di implicazioni di ordine più generale, che si collocano sul piano della teoria delle fonti e coinvolgono il problema stesso della natura dell'azione: se civile o pretoria.

Il problema nasce dalle parole con cui Ulpiano, nell'esordio del commento all'azione, plaude alla scelta di esporre la formula nell'Albo: «*protutela actionem necessario praetor proposuit et rell.*». La questione non è naturalmente posta dall'uso in sé del

---

<sup>108</sup> Da SEILER, *Der Tatbestand* cit. (nt. 2), 259 s.

verbo *proponere*, il quale, come si sa, si riferisce alla circostanza obiettiva della presenza di un dato strumento nell'Albo, quale che ne fosse il fondamento normativo<sup>109</sup>. La questione è posta piuttosto dal sintagma '*praetor proposuit*'. Come è stato notato, i giuristi ricorrono normalmente a questa locuzione per riferirsi a strumenti processuali introdotti nell'Albo allo scopo d'integrare il ventaglio dei rimedi offerti dal *ius civile*; quasi dunque che l'uso del verbo *proponere* come predicato esplicito dell'attività del Pretore e volto per di più al passato (e perciò guardando al momento in cui lo strumento venne introdotto nell'Albo), fosse un preciso segno stilistico per riferirsi all'aspetto creativo della giurisdizione pretoria<sup>110</sup>. Se anzi si considera che soltanto in due testi la locuzione '*proposuit praetor*' (a prescindere dall'*ordo verborum*) risulta applicata a un'azione che i contemporanei sicuramente riconducevano alla sfera del *ius civile*<sup>111</sup>, s'intuisce immediatamente quali domande solleciti l'esordio di D. 27.5.1 pr. La prima è se nell'attribuire al Pretore il merito di aver esposto nell'Albo la formula dell'*actio protutelae*, Ulpiano intendesse appunto sottolineare che si trattava di un'azione di natura onoraria. Ammesso che le cose stiano così – e dunque escludendo di dover censire una terza eccezione a questa sorta di *usus loquendi* giurisprudenziale – ci si deve chiedere se la natura onoraria dell'*actio protutelae* escluda in qualche modo che la formula relativa deducesse un *oportere ex fide bona* puro e semplice. Nel rispondere, invertiremo l'ordine delle questioni.

<sup>109</sup> Così M. TALAMANCA, *Le fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, in *Labro* 17, 1971, 236; adde gli autori citati in SCIANDRELLO, *Studi cit.* (nt. 52), 105 nt. 86.

<sup>110</sup> Così, con grande acutezza, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in ID. (a c. di) *Per la storia del pensiero giuridico romano. I. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino-Giappichelli 1996, 93 nt. 115.

<sup>111</sup> Si tratta da un lato di D. 27.4.1 pr. (Ulp. 36 *ad ed.*), relativo all'*actio tutelae contraria* (azione che peraltro applicava un *ius singulare* secondo la dogmatica del *ius civile*; il che forse spiega l'esigenza di sottolineare l'iniziativa a monte del Pretore: vd. *infra* § 24) e dall'altro lato di D. 5.4.1 pr. (Ulp. 1<4> *ad ed.*), relativo all'*hereditatis petitio*. Va però ricordato anche che in Gai. 4.47 la locuzione '*praetor proponit*' (al presente) è usata con riferimento alla coppie di formule *in ius* e *in factum conceptae*, proposte dal Pretore in relazione a una medesima fattispecie, come il deposito o il comodato.

Dapprima (§ 13) mostreremo che un'*intentio in ius concepta* si può concepire, a certe condizioni, anche come parte di una formula onoraria. Fissato il punto, sarà possibile tornare sull'esordio del commento di Ulpiano (§ 14) e intendere per quali ragioni, nel caso della protutela, il giurista riconducesse all'attività creativa del Pretore una formula che pure si caratterizzava per una *intentio incerta* di buona fede.

13. L'idea che la formula dell'*actio protutela* dovesse consistere in uno degli schermi verbali tipici dell'azioni pretorie risale – lo si è già accennato – a Karlowa. Escluso il modulo della trasposizione di soggetti (che in relazione alla nostra fattispecie non avrebbe avuto ovviamente alcun senso ipotizzare), l'Autore pensava a una formula fittizia o al limite a una *formula in factum concepta*<sup>112</sup>. Senza tornare sulle difficoltà che incontrano tanto l'una quanto l'altra opzione, quello che interessa ora discutere è l'argomento di fondo che sorreggeva il ragionamento dello studioso tedesco. E interessa farlo, perché si tratta di un argomento che applicato in modo apodittico si configura come un obiettivo ostacolo ad attribuire all'*actio protutela* una *intentio* del tipo di quella che sopra abbiamo ipotizzato, ossia al '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*'.

L'argomento applicato da Karlowa è che quando il Pretore interveniva, per estendere la portata di un'azione civile, doveva necessariamente tradurre il suo intervento in una qualche modifica dell'*intentio* della formula base. Che le cose si presentassero di regola in questo modo non c'è dubbio. Come è stato autorevolmente affermato: «per quanto possiamo ancora sapere sul modo in cui il Pretore costruiva le *formulae*, è difficile immaginare che – al di là della *fictio* e della trasposizione di soggetti [...] – rimanesse al magistrato altra scelta che configurare una *formula in factum* che prendesse, però, in qualche modo a partito la *formula* che veniva estesa»<sup>113</sup>. Al livello pur sempre congetturale, su cui si muovono le nostre conoscenze della tecnica formulare, sembra tuttavia che, rispetto

---

<sup>112</sup> Vd. *supra* nt. 6.

<sup>113</sup> M. TALAMANCA, v. *Processo civile (Diritto romano)*, in *ED. XXXVI*, Milano-Giuffrè 1987, 63.

a questa linea di tendenza, alcune eccezioni potessero pur sempre darsi. Detto in altri termini, più espliciti: non sembra siano mancati del tutto i casi in cui la formula congegnata dal Pretore non toccava la struttura dell'*intentio* e lasciava perciò inalterato l'*oportere*.

È certo, innanzitutto, che l'intervento del magistrato poteva modificare il corso del *iussum iudicandi* cadendo sulla sola *condemnatio*. Si sa per es. che in alcune occasioni la responsabilità del debitore poteva essere limitata dal magistrato attraverso un *iudicium* che si staccava da quello ordinario per la sola inserzione di una *taxatio* '*in id quod facere potest*'<sup>114</sup>. Mentre è discutibile che a una modifica della sola *condemnatio* si riducesse anche l'intervento del Pretore per le azioni accordate *sine noxae deditio* (quando l'attore si ritenesse in grado di provare che il convenuto aveva falsamente negato di avere in propria potestà l'autore [supposto] del delitto)<sup>115</sup>.

Dal nostro punto di vista, appaiono tuttavia indubbiamente più significativi quei casi in cui nell'Editto si trovavano affiancati un *iudicium bonae fidei*, come formula base, e un *iudicium utile* che dalla formula base si distaccava soltanto per una modifica della *demonstratio*. Un caso del genere doveva essere innanzitutto quello dell'*actio in heredem socii*, che Lenel,

---

<sup>114</sup> Era di questo tipo il *iudicium* che il Pretore prometteva di accordare, *causa cognita*, relativamente alle obbligazioni contratte da un *filius familias* che fosse stato poi emancipato, diseredato o che si fosse astenuto dall'eredità paterna: cfr. LENEL, *EP*<sup>3</sup> 278 e nt. 6, con critica della serie di *formule ficticiae* ipotizzate a questo proposito da RUDORFF, *De iuris dictione Edictum* cit. (nt. 7), 113 s. Struttura analoga dovevano avere le formule accordate contro il debitore entro l'anno dalla *bonorum venditio*, se si ritiene, come sembra plausibile, che per questa fattispecie l'editto garantisse un *beneficium competentiae*: sulla questione, vd. J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen-Schwartz 1986, 36 ss. (confermando l'avviso di LENEL, *EP*<sup>3</sup> 430 ss.).

<sup>115</sup> In questo senso LENEL, *EP*<sup>3</sup> 164 s., il quale suppone che per tale fattispecie il Pretore modificasse la formula civile semplicemente espungendo dalla *condemnatio* – e non anche dall'*intentio* – dell'*actio poenalis* l'alternativa '*aut noxae dedere*' (nello stesso senso D. MANTOVANI, *Le formule del processo provato romano*<sup>2</sup>, Padova-Cedam 1999, 63 nt. 214); per una diversa ricostruzione vd. tuttavia T. GIMENEZ – CANDELA, *El regimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona-Universidad de Navarra 1981, 399 ss.

con buone ragioni, ipotizzava seguisse nell'Albo la formula dell'*actio pro socio*<sup>116</sup>. Stando a quanto si legge in D. 17.2.35 (Ulp. 30 *ad Sab.*), l'azione assicurava infatti che l'erede del socio «*bonam fidem praest[ar]et*»<sup>117</sup>: dunque l'*intentio* doveva essere di buona fede. Che poi l'*oportere* relativo fosse 'puro', piuttosto che legato a una  *fictio* che assimilasse il convenuto al suo dante causa, è suggerito dal fatto che l'azione non permetteva soltanto di accollare all'erede la prosecuzione delle operazioni in corso, appunto alla stregua del *de cuius*, ma consentiva anche di fare valere una responsabilità del convenuto per il fatto proprio<sup>118</sup>. Se ne deve perciò dedurre che la formula consistesse nella ordinaria *intentio incerta*, preceduta da una *demonstratio* che attribuisse al convenuto la qualità di erede del socio<sup>119</sup>.

Ancora più significativo è però il caso dell'*actio utilis* accordata contro il *tutor cessans*. Secondo una intuizione di Rudorff, via via perfezionata da Lenel e fatta propria dalla storiografia successiva, contro il tutore che si fosse (completamente) astenuto dal gestire il patrimonio del pupillo, il Pretore concedeva una variante dell'*actio tutelae*, con una *demonstratio ad hoc*, imperniata appunto sull'omessa gestione<sup>120</sup>. C'è poi un secondo elemento che contribuisce alla

<sup>116</sup> EP<sup>3</sup> 298.

<sup>117</sup> D. 17.2.35 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Nemo potest societatem herede suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.*

<sup>118</sup> Cfr. il passo fuso dai Compilatori con D. 17.2.35: *et acti etiam culpam* (scil. *ut heres socii praestet*), *quam is praestaret in cuius locum successit, licet socius non sit*; sulla responsabilità dell'erede vd. in gen. M. TALAMANCA, v. *Società in generale (Diritto romano)*, in ED. XLII, Milano-Giuffrè 1990, 842 nt. 305.

<sup>119</sup> Così implicitamente LENEL, EP<sup>3</sup> 298: «Der Beklagte wird hier als Erbe des socius bezeichnet gewesen sein». Che per il grande studioso fosse scontato che una *demonstratio* del genere fosse seguita da una normale *intentio* al '*quidquid dare facere (praestare) oportet ex fide bona*' si deduce dall'unico elemento differenziale segnalato a questo proposito in EP<sup>1</sup> 237: «und in der *intentio* werden die Worte *pro socio* gefehlt haben»: come è noto, nelle successive edizioni dell'opera Lenel abbandonò l'idea che l'inciso '*pro socio*' campeggiasse nell'*intentio* della formula-base (cfr. EP<sup>3</sup> 297 nt. 10), con il che le due *intentiones* venivano a coincidere.

<sup>120</sup> '*Quod Ns. Ns., cum Ai. Ai. tutor esset, tutelam (oder negotia) eius non*

peculiarità di questa azione e che agli occhi dei moderni la colloca in un certo modo a cavaliere tra *ius civile* e giurisdizione pretoria. La possibilità di convenire in giudizio il *tutor cessans* sembra sia stata infatti riconosciuta solo a seguito di una serie di interventi imperiali<sup>121</sup>, aperti dalla riforma con cui Marco Aurelio aveva imposto ai tutori testamentari e dativi di far valere entro cinquanta giorni le proprie *excusationes*<sup>122</sup>. Se n'è perciò dedotto che in un caso del genere il Pretore non trovasse particolari difficoltà a proporre un *iudicium utile ex fide bona*, proprio in ragione del fatto che l'azione poteva riannodarsi, in ultima analisi, a una fonte di *ius civile*<sup>123</sup>.

14. A differenza dell'azione contro il *tutor cessans*, alle spalle dell'*actio protutelae* non è possibile mettere a fuoco una

---

*gessit*, secondo la *conceptio* proposta infine da LENEL, *EP*<sup>3</sup> 318 nt. 10. Per le varianti precedenti vd. *EP*<sup>1</sup> 255 nt. 9 e RUDORFF, *De iuris dictione Edictum* cit. (nt. 7), 132 nt. 4. Per la letteratura successiva vd. M. WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen*, Graz-Leuschner & Lubensky 1884, 132; S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma-Athenaeum 1913, 59 nt. 2; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona-Universidad de Navarra 1974, 102 nt. 5. Da segnalare è però soprattutto E. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren* (1916), in *Gesammelte Schriften* II, Köln Graz-Böhlau 1963, 94, ad avviso del quale un'eco della *demonstratio* potrebbe rinvenirsi nell'interrogazione rivolta a Scevola in D. 27.1.37.1 (2 *resp.*): *an ob id quod non gessit tutelam utilis actio ... dari debeat*. E' invece controverso se secondo lo stesso schema – ossia con un semplice adattamento della *demonstratio* dell'*actio tutelae* – fosse costruita la formula dell'*actio subsidiaria* accordata nell'Editto (ma *ex senatusconsulto*!) contro il magistrato municipale che avesse nominato o contribuito alla nomina di un tutore rivelatosi *non idoneus*: sulla questione vd. la bibl. richiamata in GRELLE, *La datio tutoris* cit. (nt. 42), 430 nt. 64.

<sup>121</sup> Cfr. in part. D. 23.2.60.3 (Paul. *l.s. ad orat. Ant. et Comm.*): *Quin autem ille, qui, cum datus est tutor, cessat in administratione, pertineat ad orationem, non est dubitandum, quia perinde tenetur ex sacris constitutionibus atque si gessisset*.

<sup>122</sup> Per le fonti vd. BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 15), 621. Per la normativa imperiale come fonte dell'*actio utilis* vd. invece in part. LEVY, *Die Haftung* cit. (nt. 120), 94 e in termini leggermente più sfumati Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in *Varia. Études de droit romain* II, Paris-Sirey 1956, 106 ss. e nt. 41.

<sup>123</sup> Per un accenno in questo senso, vd. WLASSAK, *Kritische Studien* cit. (nt. 120), 132.

serie più o meno ampia d'interventi imperiali<sup>124</sup>. Nondimeno, essa si riannodava al *ius civile* in modo ben più diretto e immediato di quanto non facesse quest'altra azione. Con la responsabilità del *tutor cessans* veniva infatti ribaltato – sia pure all'esito di un processo graduale, al quale accenneremo – il principio che faceva discendere la responsabilità del tutore non dall'*officium* in sé che gli era attribuito, bensì dalla *gestio*, ossia dall'effettiva amministrazione del patrimonio pupillare<sup>125</sup>. Come azione di rendiconto dell'amministrazione, l'*actio protutela* era invece espressione proprio di questa logica tradizionale. E il fatto anzi – su cui pure torneremo – che essa sia rimasta ancor più legata dell'*actio tutelae* alla logica della *gestio* (intesa come paradigma della responsabilità), dipese dal problema stesso che aveva portato al suo inserimento nell'Albo.

Per capire il senso di questa affermazione, occorre tornare un'ultima volta alla spiegazione proposta in D. 27.5.1 pr. L'*actio protutela* – diceva Ulpiano – era stata congegnata dal Pretore in modo tale da permettere che la persona che avesse gestito il patrimonio di un pupillo, presentandosi come il suo tutore, fosse chiamato a rispondere della *gestio* in quanto tale, indipendentemente dal fatto che il convenuto avesse o meno titolo per assumere la tutela. Se questo è vero, significa che la formula dell'*actio protutela* finiva in un certo modo per riassumere in sé le formule delle due azioni cui il pupillo avrebbe dovuto alternativamente ricorrere, se non vi fosse stata incertezza sull'effettivo titolo della gestione: vale a dire l'*actio tutelae*, quando a gestire fosse stato il tutore vero e l'*actio negotiorum gestorum* quando la tutela fosse stata assunta da chi non ne aveva titolo (vd. *supra* § 6).

Rispetto a queste due azioni – che si concretizzavano entrambe in formule con *demonstratio* e *intentio in ius concepta* di buona fede – l'*actio protutela* veniva a costituire una sorte di

---

<sup>124</sup> A una costituzione imperiale (nella specie, di Settimio Severo), il commentario di Ulpiano riconduce in effetti il solo *iudicium utile* da accordare nel caso in cui, all'esito di un preliminare giudizio di libertà, fosse risultato che la tutela era stata gerita da un servo: cfr. D. 27.5.1.2 (*supra* nt. 69).

<sup>125</sup> Vd. BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 15), 620 s.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* II.1, Padova-Cedam 1962, 292 s. e 294.

*medium*. Da un lato, nella misura in cui si pretendeva che la *gestio* fosse stata condotta da una persona presentatasi ‘come tutore’ del pupillo, l’azione veniva a richiedere una circostanza che l’*actio negotiorum gestorum* di per se non contemplava. Dall’altro lato, l’azione non pretendeva che la persona presentatasi ‘come tutore’ fosse poi anche effettivamente tale; e in questa semplice coloritura, in questo *minus*, stava appunto la differenza rispetto all’*actio tutelae*. Le differenze nei due versi non ponevano una questione di pura forma, legata alla diversa *conceptio* della *demonstratio* di volta in volta chiamata in causa. Da un lato, come vedremo tra breve, l’*oportere* dell’*actio protutelae* per certi versi finiva per essere più gravoso di quello che l’*actio negotiorum gestorum* accollava al gestore spontaneo. Dall’altro lato, l’azione doveva tenere conto dell’eventualità che a gestire il patrimonio del pupillo non fosse stato il tutore legittimo; il che obbligava a fissare l’asticella della responsabilità a un’altezza inferiore di quanto non fosse con l’*actio tutelae*.

Le differenze che si davano nei due sensi, non tolgono tuttavia che alla base dell’*actio protutelae* stesse lo stesso presupposto di fondo che giustificava ambedue le azioni di cui essa veniva a costituire in qualche modo il punto d’incontro, ovverosia la *gestio* di un patrimonio altrui. E’ questa comune premessa (che per il *ius civile* finiva sempre per costituire una fonte d’obbligazione) a rendere ragionevole l’ipotesi che il Pretore abbia mantenuto per l’*actio protutelae* la stessa *intentio* dell’*actio tutelae* e dell’*actio negotiorum gestorum*.

Se dunque è vero (o almeno verosimile) che l’*actio protutelae* fosse costruita intorno a un ‘*oportere ex fide bona*’ puro e semplice (ossia non veicolato attraverso la  *fictio* ‘*si tutor fuisset*’), è vero anche che la genesi dell’azione sconsiglia di vedere in essa una normale azione civile. Come abbiamo detto, nel momento in cui propose l’*actio protutelae*, l’obiettivo del Pretore non era certo quello di arrivare a configurare una nuova forma di responsabilità a carico del tutore apparente. Lo scopo – stando alla *laudatio* ulpiana, riportata in D. 27.5.1 pr. – era piuttosto di evitare al pupillo una serie di inconvenienti che nascevano allorché la logica dei *concepta verba* e della tipicità delle *actiones* si scontrava con le difficoltà di precisare se la

persona che aveva gestito in qualità di tutore il patrimonio del minore fosse davvero tale. Tuttavia, nel momento in cui il problema veniva risolto congegnando un'azione valida «*in iutrumque casum*» (per come si esprimeva Ulpiano) e dunque evitando che il pupillo dovesse scegliere tra l'*actio tutelae* e l'*actio negotiorum gestorum*, è chiaro che il minore finiva per essere esentato da un onere fondamentale dell'attore, che era quello di farsi carico della giusta scelta dell'*actio*. Un privilegio del genere – che certo si aggiungeva alla lunga lista di privilegi (pretori e non) dettati dall'esigenza di proteggere il patrimonio degli impuberi<sup>126</sup> – non aveva alcuna base nel *ius civile*. Esso dipendeva unicamente dal Pretore e cadeva in una sfera – quale era la composizione della formula – dove il Pretore regnava sovrano.

Da questo punto di vista – per tornare infine all'altra domanda che avevamo lasciato in sospeso – credo si comprenda per quale ragione il commento di Ulpiano all'*actio protutela* si aprisse con un tributo esplicito al ruolo del magistrato. Il sintagma *praetor proposuit* non ha in D. 27.5.1 pr. – così come non ha in genere nei testi della giurisprudenza romana – la funzione di sottolineare in modo neutro il fatto in sé della presenza dell'azione nell'Albo. Il sintagma allude all'aspetto creativo della *iurisdictio* pretoria. Nel caso di specie, la discrezionalità del magistrato si manifestava nel fatto di predisporre uno strumento che sotto il profilo della legittimazione passiva assorbiva in sé due distinte azioni civili, consentendo al pupillo di sottrarsi alla scelta tra *actio tutelae* e *actio negotiorum gestorum*; il che configurava una situazione obiettivamente eccezionale.

---

<sup>126</sup> Per il *privilegium exigendi* (riconosciuto dall'Editto per i crediti dedotti nell'*actiones tutelae e protutela*), per l'*actio subsidiaria* (contro i magistrati municipali che avessero nominato o contribuito alla nomina di un tutore rilevatosi poi incapace di attendere alle proprie obbligazioni, insieme ai suoi garanti), per la *restitutio in integrum* degli atti processuali o negoziali sfavorevoli al pupillo, nonché per il pegno legale sui beni comprati dal tutore con denaro pupillare, vd. la rassegna di fonti proposta da ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 511 ss. Può aggiungersi che le fonti giustificano con il *favor pupillorum* il peculiare regime applicato alle *usurae post rem iudicatam* (D. 22.1.1.3), nonché il potere – dovere del Pretore di rimuovere il tutore a prescindere dall'esperimento di una *accusatio suspecti* (D. 26.10.3.4).

III. *Dal processo al diritto materiale: una tutela possessoria per la tutela?*

15. Secondo la ricostruzione proposta nelle pagine precedenti, l'*actio protutelae* venne introdotta nell'Albo per evitare che il minore ricorresse erroneamente all'*actio tutelae*, nel caso in cui fosse risultato, davanti ai *recuperatores*, che il convenuto in realtà non aveva titolo per amministrare la tutela. La soluzione al problema venne trovata in una formula che radicava la legittimazione passiva intorno al 'gerere pro tutore', dunque intorno a una *gestio* in relazione alla quale ci si accontentava della mera apparenza del titolo. Per essere chiamato a rispondere con l'*actio protutelae* – lo ribadiamo ancora una volta – era indifferente che l'amministratore fosse o non fosse il tutore vero, l'essenziale era che egli si fosse presentato come tale.

Il fatto che il Pretore fosse intervenuto per la ragione e con l'obiettivo anzidetti – che si collocavano sul piano esclusivamente della prova e della *conceptio verborum* – non toglie che la soluzione finì per avere dei riflessi anche sul piano del diritto sostanziale. Questo processo venne innescato dall'esigenza di mettere a fuoco i tratti materiali che distinguevano la *gestio pro tutore* rispetto a gestioni d'altro genere. Tuttavia esso proseguì nella costruzione di una disciplina *ad hoc*, fatta di regole in parte certamente mutate dal regime della tutela, ma in parte rimaste legate al regime delle gestioni spontanee. Approfondiremo i due punti in quest'ordine, cercando anche di capire, in relazione al secondo, in che modo l'*actio tutelae* e l'*actio protutelae* potessero coordinarsi tra loro, quando la seconda fosse stata esercitata contro il tutore vero.

16. L'introduzione nell'Albo dell'*actio protutelae* non determinò un'eclissi completa dell'azione da cui questa era geminata. In altre parole, l'*actio negotiorum gestorum* civile non cessò di presentarsi come una delle azioni cui il pupillo poteva ricorrere quando persone diverse dal tutore avessero gerito il suo patrimonio. La cosa si spiega facilmente, considerando che quello che al magistrato interessava, al momento d'introdurre l'*actio protutelae*, era solo di offrire un'alternativa all'*actio*

*tutela* per quei casi in cui il gestore fosse intervenuto con modalità tali da ingenerare il ragionevole dubbio, se non la convinzione, di essere a tutti gli effetti il tutore del pupillo. La comparsa dell'*actio protutela*, all'interno di un Albo che già conosceva un'*actio* (generale) *negotiorum gestorum*, costrinse insomma i giuristi a distinguere la legittimazione passiva all'una e all'altra azione.

In primo luogo, affinché potesse darsi ragionevolmente il dubbio che il patrimonio del pupillo fosse stato gestito da un tutore, occorreva che il convenuto si fosse presentato non come un puro e semplice amministratore del patrimonio altrui, ma per l'appunto come un tutore. È questa la ragione della regola su cui è costruita la *definitio* di Ulpiano, che sopra abbiamo ricordato: «*Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis*» (D. 27.5.1.1). L'assunzione del *munus tutela* doveva insomma manifestarsi in una serie di comportamenti esterni concludenti. E se certo è vero che non rilevava quale fosse in proposito la consapevolezza del gestore (se insomma era indifferente – come Ulpiano ricordava nella seconda parte della sua definizione – che il gestore reputasse in buona fede di essere il tutore vero o si fingesse tale), nondimeno agli occhi dei terzi egli doveva aver assunto l'*habitus tutoris*. Di conseguenza, se si pensava che il pupillo fosse già pervenuto *in suam pubertatem* e dunque il gestore, anziché assumere il *munus tutoris*, aveva amministrato il suo patrimonio in qualità di *curator*, era con l'*actio negotiorum gestorum* che si doveva chiedere il rendiconto della gestione<sup>127</sup>. La stessa azione veniva ovviamente in causa se il patrimonio era stato affidato a un soggetto consapevole di non avere titolo per gestire la tutela e che si fosse perciò presentato apertamente come un gestore spontaneo<sup>128</sup>. E a un adattamento dell'*actio negotiorum*

---

<sup>127</sup> È il caso di colui che avesse amministrato il patrimonio di un imputere creduto minore di 25 anni, data l'erronea nomina a *curator* disposta dal magistrato: D. 27.5.1.7 (vd. *supra* nt. 68); esclusa l'*actio protutela* il ricorso all'*actio negotiorum gestorum* è implicito nel fatto che il caso sia proposto come consequenziale all'ipotesi discussa nel § 6 (*ibidem*).

<sup>128</sup> È questo il senso che attribuirei a C. 5.28.1 (Impp. Severus et Antoninus AA. Speratae): *Quem dicis tibi tutorem testamento patronae datum, si administrationi se non miscuit, nulla actione tibi tenetur: neque*

*gestorum* si doveva ricorrere pure nel caso in cui un terzo si fosse fatto carico della gestione su incarico dal tutore (vero)<sup>129</sup>.

Al di là dell'*habitus* concretamente assunto dal gestore, a segnare il confine con l'*actio negotiorum gestorum* concorreva,

---

*enim iure datus tutor fuit. quod si administravit sponte res tuas, experiri adversus eum actione negotiorum gestorum potes.* Il caso riportato all'attenzione della cancelleria riguardava un soggetto assegnato come tutore nel testamento della patrona della liberta impubere. Che la persona nominata non potesse considerarsi un tutore *iure datus* derivava verosimilmente dal fatto che alla (irrituale) indicazione della patrona non era seguito un decreto magistratuale di conferma (come concedono i testi giurisprudenziali, almeno con riferimento al caso del testamento confezionato dal patrono maschio: cfr. D. 26.2.28.2, D. 27.1.30.3). Tale circostanza doveva essere pacifica, visto che il rescritto non vi accenna. Esclusa la qualità di tutore, la conseguenza immediata che la cancelleria ne ricavava era che il terzo sarebbe stato indenne da ogni responsabilità «*si administrationi se non miscuit*». L'avversativa seguente («*quod si administravit sponte res tuas*») lascia tuttavia aperta la strada dell'*actio negotiorum gestorum* nel caso di una amministrazione intrapresa *sponte*. L'impressione è che l'avverbio voglia sottolineare la contrapposizione con la situazione che si sarebbe venuta a creare se il terzo avesse giustificato il proprio intervento con la nomina disposta nel testamento della patrona; il che avrebbe obiettivamente configurato l'intervento come una tutela di fatto. Se l'osservazione coglie nel segno, significa che la cancelleria non escludeva a priori la possibilità dell'*actio protutela*; semplicemente non la contemplava, date forse le circostanze dedotte dalla minore nella prospettazione del caso.

<sup>129</sup> C. 2.18.4 (Imp. Severus et Antoninus AA. Claudio): *Qui pupillae negotia tutoris mandato suscepit, pro tutore negotia non videtur gessisse, sed negotiorum gestorum actione <utili?> [pupillae?] tenebitur*; sulla base dello scolio 2 a Bas. 17.2.4 (SCHELT. B III, 1051), l'eventualità di una caduta dell'aggettivo *utilis* è segnalata da KRÜGER, *Cod. ed. mai. ad h.l.*; l'ipotesi di un errore nella trasmissione del testo, tale per cui *utili* sarebbe stato volto in *puellae* si deve invece a E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen des Codex*, in ZSS. 8, 1887, 29 nt. 1; nello stesso senso D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaios. D. Divergenzen zwischen Thalelaios-Kommentar und Codexüberlieferung*, in RIDA. 17, 1970, 255 ss., nonché da ult. FINAZZI, *Ricerche I cit.* (nt. 50), 364 ss. In particolare, secondo tale ultimo Autore (p. 370) la cancelleria imperiale avrebbe deciso nel caso specifico di superare il principio giurisprudenziale di non concedere l'*actio negotiorum gestorum* contro un gestore incaricato da un terzo. L'adattamento dell'azione – probabilmente tramite *fictio* (del tipo '*si mandatum non fuisset*') – si sarebbe reso necessario proprio per costringere il *iudex* a non seguire il principio giurisprudenziale suddetto e a mandare assolto il gestore, negandone la legittimazione passiva (*op. cit.*, 372).

in secondo luogo, una serie di circostanze obiettive, tali da escludere a priori anche solo l'apparenza di una tutela. Per dare corso all'*actio protutela* occorre per es. che il patrimonio amministrato appartenesse a un soggetto «*cuius aetas recipiat tutorem*» (per come si esprime Ulpiano). Di conseguenza, colui che si fosse occupato dei beni di un minore, credendolo erroneamente un impubere, doveva essere chiamato in causa con l'*actio negotiorum gestorum*<sup>130</sup>. E lo stesso valeva a rovescio, quando il *munus tutoris* fosse stato assunto da una di quelle persone alle quali l'*officium* della tutela era precluso in assoluto, com'era il caso del *miles* e di una *mulier* diversa dalla madre o dalla nonna del pupillo (beninteso a partire dal momento in cui le due figure femminili vennero eccezionalmente ammesse a questo *officium virile*)<sup>131</sup>.

17. Mentre ne delineava i contorni materiali e ne tracciava i confini, rispetto alla gestione spontanea (generale), la giurisprudenza iniziò a calibrare sulla *gestio pro tutore* una serie

---

<sup>130</sup> Cfr. D. 27.5.1.6 (*supra* nt. 68).

<sup>131</sup> Per il caso del *miles*, vd. C. 5.34.4 (Imp. Philippus A. Emerito mil.). L'obbligo di indirizzarsi verso l'*actio negotiorum gestorum*, per chiedere il rendiconto della gestione alla *mulier extranea*, si desume invece da un passaggio dello scolio di Teodoro a Bas. 38.5.6: ἀλλ' ἴσθι, ὅτι εἰ μὲν ἔξωτικὴ ἐστὶ γυνὴ διοικοῦσα τὰ πράγματα τοῦ πομπύλλου, ὡς προοῦτωρ ἐνάγεται κατὰ τὸ εἰρημένον ἐνταῦθα, δηλονότι τῇ νεγοτιόρουμ. (SCHELT. B VI, 2226). La distinzione presupposta dallo scolio – tra ἔξωτικὴ γυνή, da un lato e la madre del pupillo, dall'altro – viene normalmente ricondotta alla costituzione di Teodosio e Valentiniano con cui le vedove si videro riconosciuta la possibilità di chiedere la tutela dei figli, a condizione che questi ultimi mancassero di un tutore legittimo o testamentario e che le madri stesse rinunciassero a nuove nozze: cfr. per tutti BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 15), 587. Se tuttavia si ammette che nel rispetto della prima condizione (mancanza di tutori legittimi o testamentari idonei) già nel principato la madre potesse legittimamente amministrare una tutela per concessione imperiale (sul punto vd. da ult. L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre ἐπακολουθήτρια: osservazioni sul rapporto tra diritto romano e diritti delle province orientali*, in *Index* 40, 2012, 430 ss.), non è da escludere che al diritto classico rimontasse anche la dicotomia presente allo scoliaste, insieme al suo coté processuale (*actio negotiorum gestorum* per la *mulier extranea*, *actio protutela* per la madre non regolarmente investita dell'*officium*).

di regole *ad hoc* che tenessero conto della specificità della situazione e delle implicazioni, di ordine non soltanto patrimoniale, che ne derivavano. Come abbiamo accennato (al § 11), un percorso di questo genere si sarebbe potuto intraprendere anche all'interno dell'*actio negotiorum gestorum*, così come avvenne per le curatele (e per la *cura minorum* in particolare), i cui regimi andarono via via ispirandosi a quello della tutela. Tuttavia non c'è dubbio che l'esistenza di una formula che si richiamava esplicitamente all'apparenza di una tutela e la presentava come fonte di un *oportere ex fide bona*, deve aver dato maggior forza e impulso a questo percorso. L'*oportere* del tutore non autorizzato finì così per essere modellato su quello del tutore vero, senza peraltro che si arrivasse a una equiparazione completa.

Sul versante delle differenze, la principale riguardava certamente la misura della responsabilità cui l'amministratore andava incontro per l'omessa gestione. Sotto questo profilo, al di là del rimedio estremo costituito dall'*actio utilis* contro il *tutor cessans*<sup>132</sup>, si sa che nell'accostarsi alla *demonstratio* dell'*actio tutelae* e nel valutare la condizione del '*tutelam gerere*', che questa indicava, la giurisprudenza applicava parametri molto larghi. In questo senso si reputava per es. sufficiente che il tutore avesse trattato anche solo un minimo affare del pupillo o avesse addirittura affidato l'amministrazione a un terzo (per mandato) o a un collega (ricevendone la *satisfactio rem pupilli salvam fore*)<sup>133</sup>. Dato uno sfondo del genere, era naturale che il problema dell'omessa gestione trovasse largo spazio in seno all'*actio tutelae*. In altre parole, se il tutore avesse gerito qualche affare soltanto e si fosse poi disinteressato dell'amministrazione, era con l'*actio tutelae* che ne avrebbe risposto. Non a caso, nella *summa* che apre il commento di Ulpiano all'azione, il *thema* delle condotte dovute dal tutore è riassunto nei due poli della cattiva e della omessa gestione: «*in omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio,*

---

<sup>132</sup> *Supra* § 13 *i.f.*

<sup>133</sup> Per le tre ipotesi vd. i testi richiamati in BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 15), 620 s.; sulla interpretazione estensiva del '*tutelam gerere*', istruttivo anche BETTI, *Istituzioni* cit. (nt. 125), 293 e nt. 7.

*praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam*» (D. 27.3.1 pr. [Ulp. 36 *ad ed.*])<sup>134</sup>.

Nel caso dell'*actio protutela* valeva invece un discorso diverso, condizionato dal fatto che in questa azione, come vedremo meglio al prossimo §, si rinunciava a verificare se il convenuto fosse o meno il tutore vero. Dovendo mettere in conto anche questa seconda eventualità – cioè che la tutela fosse stata gestita solo di fatto, da un soggetto che in realtà non ne aveva titolo – il profilo dell'*officium* e dell'obbligo di portare a termine la gestione assunta doveva necessariamente essere lasciato da parte, esattamente come avveniva di fronte all'ipotesi di una gestione spontanea degli affari altrui. Da questo punto di vista, il testo fondamentale per cogliere le affinità che si davano con l'*actio negotiorum gestorum*, è rappresentato dal brano di Ulpiano che chiude l'estratto del commento riportato in D. 27.5:

D. 27.5.1.9 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Sed utrum solummodo in id quod gessit tenebitur an vero in id etiam quod gerere debuit? et si quidem omnino non attigit tutelam, non tenebitur: neque enim attingere debuit qui tutor non fuit. quod si quaedam gessit, videndum, an etiam eorum <nomine?> quae non gessit teneatur: et hactenus tenebitur, si alius gesturus fuit. sed et si abstinuit se administratione, videamus, an teneatur, si necessarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent: quod verius est.*

Alla domanda se nell'*actio protutela* il convenuto risultasse vincolato non solo per quanto effettivamente amministrato, ma anche per l'omessa gestione, Ulpiano risponde dunque per gradi. In prima battuta il giurista esclude ogni forma di responsabilità allorché il protutore «*omnino non attigit tutelam*». In che cosa

---

<sup>134</sup> Nello stesso senso vd, anche la *partitio* intorno a cui è costruita C. 5.28.6 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Domnae): *Si tibi pater avunculum testamento recte tutorem dedit nec is excusatus est, eum tutelae iudicio tam administratis quam neglectis, cum administrari deberent, apud competentem iudicem conveni secundum bonam fidem tibi satisfacere iussurum*. Per alcuni esempi di concrete omissioni addebitabili al tutore, vd. D. 26.7.7.1 (mancata vendita di beni deperibili), D. 26.7.13.1 (mancato investimento in mutui feneratizi delle liquidità del pupillo), D. 26.7.15 (I parte: mancata riscossione di crediti).

consista questa prima ipotesi è presto detto. La sottolineatura realizzata attraverso l'avverbio *omnino* e la contrapposizione con l'ipotesi che segue («*quod si quaedam gessit*») indicano che Ulpiano si riferisce a un soggetto astenutosi da qualsivoglia attività di gestione e dunque disinteressatosi completamente del patrimonio pupillare. Si tratta, in altre parole, dell'ipotesi corrispondente al caso del *tutor cessans*; ipotesi che per la tutela di fatto si può esemplificare con il caso di un tutore testamentario *non iure datus*, il quale si sia disinteressato completamente del patrimonio pupillare, nonostante la generale convinzione della validità della nomina<sup>135</sup>.

Detto che la prima ipotesi contemplata da Ulpiano è parallela a quella del *tutor cessans*, occorre fermarsi un istante a riflettere sulle parole con cui il giurista esclude la responsabilità del protutore *qui omnino non attigit tutelam*: «*neque attingeren debuit*» – è la motivazione addotta nel testo – «*qui tutor non fuit*». Una motivazione del genere può stupire, in prima battuta, per il fatto che l'*actio protutelae* era essa stessa un'azione gestoria. Alla stregua della *demonstratio*, per pretendere la condanna del convenuto occorreva poter invocare un *gerere* (almeno iniziale), che nel caso di specie viceversa mancava. Ci si sarebbe dunque potuti attendere che la spiegazione andasse nel senso che seguono normalmente i giuristi quando si tratta di sottolineare che i tutori in tanto rispondono con l'*actio tutelae* in quanto si tratti di tutori gerenti<sup>136</sup>. Nonostante questo innegabile parallelismo, Ulpiano preferì invece differenziare le posizioni del tutore vero e del tutore illegittimo, rispondendo che un obbligo di amministrare non è configurabile a carico di chi tutore non sia. Per quale motivo? La sensazione è che il giurista, così facendo, volesse introdurre un principio capace di

---

<sup>135</sup> Si consideri, a questo proposito, che un tutore nominato irregolarmente nel testamento del *pater* non assumeva il titolo di “tutore confermato” per mezzo di una semplice sollecitazione dal magistrato a farsi carico dell'amministrazione del patrimonio del pupillo: cfr. D. 27.5.1.7 (*supra* nt. 68), nella lettura propostane da DESANTI, *De confirmando tutore* cit. (nt. 32), 131 nt. 26.

<sup>136</sup> Cfr. Gai. 1.191: *At ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt*; nello stesso senso I. 1.20.7, D. 46.6.4.3.

governare non solo l'ipotesi del protutore astenutosi da qualsivoglia gestione (appunto *si omnino non attigerit tutelam*), ma anche l'ipotesi discussa subito dopo, quella cioè di una gestione avviata e poi interrotta prima del tempo o comunque condotta lacunosamente («*quod si quaedam gessit, videndum, an etiam eorum <nomine?>*<sup>137</sup> *quae non gessit teneatur*»).

Era infatti in relazione a questo secondo caso che veniva meno il parallelismo tra l'*actio tutelae* e l'*actio protutela*. Mentre il tutore, come abbiamo visto, rispondeva in modo pieno se abbandonava la gestione, in relazione all'*actio protutela* Ulpiano si dimostra disposto ad ammettere una responsabilità del convenuto soltanto in due ipotesi limite. Il primo caso – su cui non dovevano esservi discussioni – era dato dall'ipotesi «*si alius gesturus fuit*»; il che vuol dire: quando si potesse assumere che l'intervento iniziale, della persona che si fosse presentata come tutore, avesse scoraggiato terze persone dall'assumere esse stesse la gestione. Il secondo caso – che il *verius esse* finale suggerisce non fosse invece altrettanto pacifico e in relazione al quale Ulpiano seguiva forse un avviso di Papiniano<sup>138</sup> – si dava allorché il tutore apparente avesse abbandonato l'amministrazione, una volta appreso che la sua posizione era irregolare («*cognito, quod tutor non fuit*»), senza però informare i parenti del pupillo e metterli perciò nelle condizioni di chiedere la nomina di un nuovo amministratore.

Si noterà che le due ipotesi sono prospettate come “ipotesi limite” di responsabilità (*hactenus tenebitur*, dice in effetti Ulpiano introducendo la prima); il che sottintende che al di fuori di esse non si rispondeva in seno all'*actio protutela* per il fatto di avere abbandonato la gestione intrapresa. La regola di base si spiega evidentemente con quello stesso principio scolpito nell'esordio del testo, a proposito di colui che si fosse

---

<sup>137</sup> Mi pare che l'integrazione, oltre che necessaria, sia giustificata dalla versione greca, accolta in Bas. 38.5.1.9 (SCHELT. A V, 1713): εἰ δέ τινα διοικήσει, καὶ ὑπὲρ τῶν μὴ διοικηθέντων ἐνέχεται.

<sup>138</sup> Cfr. la prima parte di D. 26.7.39.2 (Pap. 5 resp.): *Qui se negotiis impuberis non iure tutor datus secundum patris voluntatem immiscuit, errore comperto tutorem a praetore constitui consultius petet, ne forte, si rem coeptam deseruerit, fraudis vel culpa causa condemnetur*; sul passo vd. da ult. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit. (nt. 107), 32 s.

disinteressato del tutto del patrimonio del pupillo: «*neque attingere debuit qui tutor non fuit*». Il tutore apparente, in definitiva, non solo non aveva alcun obbligo di avviare sollecitamente l'amministrazione, ma una volta avviata la *gestio*, nemmeno aveva l'obbligo di proseguirla, salvi i due casi limite di cui si è detto. E in rapporto al diverso regime applicato all'*actio tutelae*, soprattutto la prima eccezione segnalata da Ulpiano è significativa. Anche nella gestione spontanea si rispondeva infatti dell'omessa gestione a condizione che l'intervento iniziale del *gestor* avesse indotto altri gestori potenziali a farsi da parte<sup>139</sup>. Su questo versante era dunque al paradigma della *negotium gestio* che continuava a guardare la tutela apparente, non a quello della tutela.

18. Il fatto che nella tutela e nella protutela fosse regolata diversamente la responsabilità per l'omessa gestione, aveva un qualche riverbero sul funzionamento dell'*actio protutelae*? L'interrogativo si pone in ragione dell'ampio spettro che caratterizzava il *iudicium protutelae* sotto il profilo della legittimazione passiva. Dato che l'azione poteva essere esperita tanto contro il tutore vero quanto contro colui che avesse amministrato da tutore, senza esserlo, è lecito chiedersi se nella seconda fase del giudizio si sarebbe data la possibilità di sciogliere questa alternativa e con quali conseguenze. Si può rendere più esplicito il punto con questa domanda: una volta optato per l'*actio protutelae*, il minore avrebbe potuto cercare di dimostrare davanti al giudice (o ai *recuperatores*) che il convenuto coincideva con il tutore vero e così pretendere che la sua responsabilità fosse commisurata al regime dell'*actio tutelae*

---

<sup>139</sup> Cfr. la prima parte di D. 3.5.5.14(6.11) (Ulp. 10 *ad ed.*): *Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit quaedam non, contemplatione tamen eius alius ad haec non accessit, et si vir diligens (quod ab eo exigimus) etiam ea gesturus fuit: an dici debeat negotiorum gestor eum teneri et propter ea quae non gessit? quod puto verius*. Sul passo – sia quanto alla opportuna difesa della sua genuinità sia quanto al giusto accostamento a D. 27.5.1.9 – vd. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit. (nt. 107), 36 ss., nonché da ult. G. DEPPENKEMPER, *Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts* I, Göttingen-Vandenhoeck & Ruprecht 2014, 439 ss.

(perciò chiamando l'avversario a rispondere anche per l'omessa gestione)?

La sensazione è che alla domanda si debba rispondere negativamente. Ragionando diversamente, si dovrebbe concedere che l'*actio protutela* presentasse una struttura talmente flessibile da assorbire in sé anche l'*actio tutela*, quasi che la formula finisse insomma per dedurre alternativamente in giudizio le due gestioni (quella condotta dal tutore vero e quella del tutore non autorizzato). Ora, è certo vero che tra l'*actio tutela* e quella *protutela* si dava una notevole fluidità. Nella prima azione poteva per es. dedursi anche una *gestio* condotta inizialmente *pro tutore*<sup>140</sup>; ed è probabile che lo stesso si potesse fare a rovescio, quando il tutore, dopo aver perso il titolo, avesse continuato a gestire *pro tutore*<sup>141</sup>. In questi casi, tuttavia, si trattava di aggiungere un'azione all'altra, in modo tale da ottenere attraverso un solo processo il rendiconto di un'amministrazione che era sempre rimasta la stessa dal punto di vista materiale. Ammettere che il pupillo potesse intentare l'*actio protutela*, riservandosi di dimostrare che il convenuto era in realtà il tutore vero, implica invece tutt'altro. Nella sostanza, concedere questa possibilità significa ammettere che l'*actio protutela* potesse sostituirsi in tutto e per tutto all'*actio tutela*, fino al punto di annullarla.

La ragione di questa postilla – che l'*actio protutela* avrebbe finito cioè per sovrapporsi e rimpiazzare l'*arbitrium tutela* – è presto detta. Per il minore, il vantaggio dell'*actio protutela* stava nel fatto che la formula non richiedeva di dare la prova del

---

<sup>140</sup> Cfr. D. 27.5.1.5 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Sed et si prius pro tutore administraverit, deinde quasi tutor, aequae tenebitur ex eo quod pro tutore administravit, quamvis devolvatur hic gestus in tutelae actionem.*

<sup>141</sup> Per l'ipotesi che nel corso dell'amministrazione il tutore mutasse il titolo della stessa (passando dalla condizione di tutore vero a quella di tutore apparente) vd. D. 27.5.1.4 (Ulp. 36 *ad ed.*): *si quis finita tutela pro tutore negotia impuberis gessit, tenebitur.* Che in una situazione del genere non dovessero esservi difficoltà a dedurre attraverso l'*actio protutela* anche la *gestio* precedente (condotta come tutore legittimo), si desume dal fatto che quando il tutore continuava ad amministrare il patrimonio del minore anche *post diem pubertatis*, l'*actio tutela* transitava nell'*actio negotiorum gestorum*: sul tale fenomeno vd. per tutti FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit. (nt. 107), 70 ss.

titolo effettivo della gestione. Se questo vantaggio non avesse richiesto alcuna contropartita, se cioè al minore fosse stata lasciata la facoltà di dare *apud iudicem* la prova del titolo, è evidente che nessuno si sarebbe arrischiato a muovere la causa nelle forme dell'*actio tutelae* (dove la prova del titolo costituiva invece un obbligo). Chiunque avrebbe preferito procedere con l'*actio protutelae*, per poi vedere nella seconda fase del giudizio quale piega avrebbe preso la cosa: se il giudice (o i *recuperatores*) si fosse convinto che il convenuto coincideva con il legittimo tutore, l'attore avrebbe potuto a quel punto richiedere che fossero applicate le regole dell'*actio tutelae* (incluse quelle che sanzionavano l'omessa gestione); diversamente ci si sarebbe dovuti "accontentare" delle norme meno rigorose della tutela apparente.

Entro un panorama che avesse davvero concesso calcoli di questo genere, è evidente che l'*actio tutelae* avrebbe avuto poche chances di sopravvivere. Beninteso, non nel senso che ci si sarebbe dovuti attendere la sua scomparsa dall'Albo e dai commentari editali. Nella pratica giudiziaria, però, essa avrebbe dovuto cedere frequentemente il passo all'*actio protutelae*. Il che, viceversa, non fu. Basta infatti scorrere le raccolte di *responsa* dell'età dei Severi, o i rescritti coevi della cancelleria imperiale, per vedere con quanta frequenza i privati s'indirizzassero verso l'*actio tutelae*<sup>142</sup>. Né può essere un caso che proprio a questa azione (anziché all'*actio protutelae*) si riferisca l'unico formulario noto, trascritto dall'albo del magistrato per conto di un cliente privato<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. e.g. D. 26.7.47 (Scaev. 2 *resp.*), §§ 4 e 7, D. 40.5.41.10 (Scaev. 4 *resp.*), D. 49.1.28.2 (Scaev. 25 *dig.*), D. 45.1.122.5 (Scaev. 28 *dig.*), D. 26.7.39.15 (Pap. 5 *resp.*), D. 26.7.46.5 (Paul. 9 *resp.*) e D. 27.3.23 (Paul. 9 *resp.*), C. 3.1.2 (Imp. Severus et Antoninus AA. Valerio), C. 2.26.1 (Imp. Alexander A. Iulii).

<sup>143</sup> Il riferimento è ovviamente a P. Yadin 28-30 e alla triplice copia dell'*actio tutelae* ivi trascritta. E' da notare che la querelle in cui si inseriva la trascrizione del formulario – commissionata in Arabia Petrea intorno al 125 d.C. (dunque in un torno di tempo che verosimilmente già conosceva l'*actio protutelae*: *supra* nt. 49) – sembra vertesse sul reddito messo a disposizione dai tutori come appannaggio del pupillo; un reddito che la madre giudicava insufficiente, rispetto alla consistenza del patrimonio che si sarebbe dovuto investire: cfr. per tutti T.J. CHIUSI, *Babatha vs. The Guardians of Her Son: A*

Tutto ciò porta a credere che tra le due azioni si desse una concorrenza effettiva. Contro un tutore si poteva certo chiedere (anche) l'*actio protutela*. La cosa però non dipendeva dal fatto che la formula deducesse in giudizio alternativamente la sua *gestio* e quella della persona non autorizzata; a consentire tanta latitudine nella legittimazione passiva era il fatto, semplicemente, che anche l'amministrazione condotta dal tutore vero rientrava nel concetto (generale) del '*pro tutore gerere*'. La *gestio* '*pro tutore*' – intesa come gestione condotta avendo assunto anche solo di fatto il *munus tutoris* – non determinava però soltanto il perimetro della legittimazione passiva; essa definiva anche la misura dell'*oportere*. Nel momento in cui decideva di avvalersi dell'*actio protutela* (e di sfruttare il vantaggio processuale che l'azione offriva sul piano dell'onere della prova), il pupillo doveva insomma mettere in conto che il convenuto sarebbe stato trattato a tutti gli effetti come un tutore di fatto, anche se, per ipotesi, egli poteva coincidere con il tutore vero.

Da questo punto di vista, il funzionamento dell'*actio protutela* ricorda quello di un'azione possessoria, dove pure si discuteva del mero piano del fatto, senza poter pretendere che l'azione proiettasse i suoi effetti su un piano tale da coinvolgere anche una questione di diritto. Un parallelo istruttivo, in questo senso, è quello che si registra nel rapporto tra l'interdetto relativo all'uso dell'*iter* e dell'*actus* privato (*De itinere actusque privato utendo*) e l'interdetto relativo alla manutenzione dei medesimi (*De itinere actusque privato reficiendo*). Come si sa, il primo interdetto tutelava il "possesso" della servitù di passaggio, manifestatosi nel comportamento corrispondente tenuto nel corso dell'anno<sup>144</sup>; esso perciò competeva senza che rilevasse se

---

*Struggle for Guardianship - Legal and Practical Aspects of P. Yadin 12-15, 27*, in *Law in the Documents of the Judean Desert* (eds. R. Katzoff - D. Schaps), Leiden Boston-Brill 2005, 119 ss. E' dunque probabile che in un futuro processo i tutori sarebbero stati chiamati a rispondere (per rifarsi alla *partitio* di C. 5.28.6: *supra* nt. 134) *tam administratis quam neglectis*, e perciò anche per quel profilo che risultava inapplicabile al tutore di fatto.

<sup>144</sup> Per l'immagine di un possesso (interdittale) della servitù di passaggio, cfr. la parte conclusiva di D. 43.19.7 (Cels. 25 dig.): *nam ut hoc interdictum competat* (scil. *de itinere actusque*), *ius fundi possedissee oportet*; per il *tempus*, D. 43.19.1 (Ulp. 70 ad ed.), §§ *pr.* e 3.

il possessore «*habuit servitutem iure impositam an non*»<sup>145</sup>. L'alternativa in questione era però indifferente solo se si pretendeva di continuare a esercitare il passaggio, non anche se si pretendeva d'intervenire sullo stato della struttura viaria. Nonostante fosse essenziale per una comoda fruizione del passaggio stesso<sup>146</sup>, la *refectio* comportava infatti un *aliquid novi* sul fondo del vicino. Sicché, ammettere che il possesso dell'*iter* o dell'*actus* permettesse anche d'intervenire sul fondo altrui con dei lavori di manutenzione, avrebbe significato dire che l'interdetto relativo non si esauriva nella tutela del mero stato di fatto. Per questa ragione, come spiegava lucidamente Ulpiano, se il possessore della servitù pretendeva di *reficere* l'*iter* o l'*actus*, si doveva fare riferimento a un interdetto apposito, nel quale non si richiedeva all'attore la sola prova del possesso (ossia dell'uso del passaggio nell'anno), ma appunto anche la prova del titolo (ossia del *ius reficiendi*)<sup>147</sup>.

Il concorso tra l'*actio tutelae* e l'*actio protutelae* comportava un dualismo analogo. La scelta della prima azione implicava che il perimetro del giudizio non sarebbe andato oltre le regole della tutela di fatto. Se però il minore intendeva contestare l'inosservanza di regole che valevano soltanto per il tutore legittimo (com'era il caso delle regole da cui dipendeva la responsabilità per l'omessa gestione), allora egli doveva obbligatoriamente ricorrere all'*actio tutelae*. In casi del genere si può certamente concedere che l'opzione per il *iudicium protutelae* fosse normalmente scartata a priori. Tuttavia non è

<sup>145</sup> Così l'esordio di D. 43.19.1.2 (Ulp. 70 *ad ed.*).

<sup>146</sup> Cfr. D. 43.19.3.12 (Ulp. 70 *ad ed.*): *consequens erat <ad tuendum> eum qui itinere utitur interdictum proponere, ut refici iter possit: quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit? corrupto enim itinere minus commode [frui] <iri> aut agi potest;* per le due correzioni proposte vd. MOMMSEN, *Dig. ed. mai. ad h.l.*

<sup>147</sup> Cfr. D. 43.19.3.13 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Itaque qui hoc interdicto utitur [vale a dire l'interdetto 'de itinere actuque reficiendo'], duas res debet docere, et hoc anno se usum et ei servitutem competere [...] nec immerito. qui enim vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere [qui] <quod> hoc anno fecit? enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem;* per la correzione proposta vd. MOMMSEN, *Dig. ed. mai. ad h.l.*

nemmeno da escludere che le due azioni si potessero cumulare, per chiedere con l'*actio tutelae* quel che non si era potuto ottenere con l'*actio protutela*. E' oramai acclarato che l'*actio tutelae* non subiva l'effetto consuntivo della *litis contestatio* (trattandosi di un giudizio recuperatorio)<sup>148</sup>. Di conseguenza, grazie al gioco tra *exceptio (rei iudicatae)* e *replicatio (doli)*, essa permetteva di rinnovare la domanda, se questa si riferiva a elementi nuovi: «*si de specie de qua agis in iudicio priore tractatum non esse adlegas*», come riportava a un postulante la cancelleria di Settimio Severo e del figlio Caracalla<sup>149</sup>. Se a queste condizioni era dunque lecito ripetere l'*actio tutelae*, a maggior ragione nulla avrà impedito di ricorrere in seconda battuta all'*actio tutelae* per far valere quegli aspetti della *gestio* tutoria non deducibili (né dedotti) nel *iudicium protutela*.

19. Sempre sul piano dell'elaborazione concreta del *iudicium* – e in particolare, della dialettica tra *actio* ed *exceptio* – bisogna poi pensare che fosse gestita dal magistrato una seconda differenza tra le due azioni. Pur finendo indirettamente per riverberarsi anch'essa sul regime della responsabilità, la questione concerneva questa volta i termini di esperibilità dell'azione e prendeva le mosse dal principio che il pupillo «*cum tutore suo agere tutelae non po[est]*»<sup>150</sup>. Per poter esperire correttamente l'*actio tutelae* era insomma necessario che la tutela fosse venuta meno, o con la pubertà del pupillo o con la decadenza del tutore<sup>151</sup>. Ulpiano sembra voler legare la regola al fatto che l'*actio tutelae* si presentava come un'azione

---

<sup>148</sup> Vd. per tutti MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup> cit. (nt. 115), 57 nt. 162.

<sup>149</sup> C. 3.1.2 (Imp. Severus et Antoninus AA. Valerio): sui problemi che incontra la costituzione del testo del rescritto, vd. peraltro la bibl. segnalata in MANTOVANI, *loc. ult. cit.*

<sup>150</sup> Così D. 27.3.9.4 (riportato due ntt. oltre).

<sup>151</sup> D. 27.3.4 (Paul. 8 *ad Sab.*): *Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest: finitur autem non solum pubertate, sed etiam morte tutoris vel pupilli*. Per altre ipotesi, più o meno specifiche, vd. D. 26.4.5.5 (*capitis deminutio*), D. 27.3.7.1 e D. 46.6.4.5 (*tutor ab hostibus captus*), D. 27.4.4 (*tutor a tutela remotus*), D. 27.3.9 pr. (*tutor excusatus*), D. e.t. 9.1 (*tutor Atilianus* decaduto per la sopraggiunta idoneità del *tutor legitimus*), D. e.t. 9.2-3 (tutore a termine o *sub condicione*). Per altre attestazioni del principio, vd. D. 27.3.1.24, D. e.t. 9.5 e 7, D. e.t. 11, D. e.t. 12, C. 5.43.1.

di rendiconto generale, cosicché non avrebbe avuto senso chiedere il saldo delle pendenze allorché la gestione fosse stata ancora in corso<sup>152</sup>. È vero però che si trattava di una regola seguita con particolare rigore solo nel caso della tutela. La *societas*, per esempio, prevedeva anch'essa un rendiconto complessivo della gestione, contestuale alla liquidazione delle pendenze comuni; eccezionalmente, la possibilità di agire *manente societate* era tuttavia garantita<sup>153</sup>. E la stessa possibilità sembra valesse per le varie curatele<sup>154</sup>. In questo caso, anzi, le fonti segnalano esplicitamente la distanza dal regime dell'*actio tutelae*, ma con motivazioni apodittiche, che finiscono in un certo senso per amplificare i limiti della giustificazione addotta

---

<sup>152</sup> Cfr. l'esordio di D. 27.3.9.4 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Et generaliter quod traditum est pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse hactenus verum est, si eadem tutela sit: absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret.*

<sup>153</sup> Il riferimento è al celebre D. 17.2.65.15 (Paul. 32 *ad ed.*): *Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.* Sul passo – e in part. sulla questione di quali generi di *societates* ammettesero la possibilità di evitare la liquidazione della società *ex actione* – vd. P. CERAMI, *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano* (a cura di F. Milazzo), Napoli-ESI 2012, 218 ss.

<sup>154</sup> Oltre a D. 27.3.4.3 e D. 27.3.16.1 (ripresi alla nt. successiva), cfr. 26.7.26 (Paul. 24 *ad ed.*): *Cum curatore et pro tutore etiam manente administratione agi potest.* E' difficile capire come la regola in questione possa conciliarsi con l'affermazione resa in C. 5.37.14 (Imp. Philippus A. Clementi): *Rationes curae administratae ante impletum vicesimum et quintum annum durante officio posci iure non posse manifestum est.* Se si vuole escludere l'opzione di una radicale interpolazione (seguita per es. da O. LENEL, *Die cura minorum der klassischen Zeit* [1914], ora in *Gessamelte Schriften* cit. III, 562), non resta che accedere all'idea che la cancelleria di Filippo l'Arabo non volesse tanto affermare che l'*actio negotiorum gestorum* fosse preclusa del tutto, fintanto che la curatela era in corso, quanto escludere che un esercizio anticipato dell'*actio* potesse risolversi in un rendiconto generale e perciò tradursi implicitamente in una revoca dell'amministrazione: cfr. in questo senso B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* II.2, trad. it, Torino-Bocca 1904, 707 nt. 17; PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit. (nt. 21), 278.

per quest'altra azione da Ulpiano<sup>155</sup>.

Anche l'*actio protutela* seguiva il regime applicato al curatore e all'*actio negotiorum gestorum*. Le fonti sottolineano infatti esplicitamente – e talvolta proprio evidenziando questa analogia tra il *curator* e la persona *qui pro tutore negotia gerit*<sup>156</sup> – come l'esercizio dell'azione prescindesse sia dal fatto che l'attore avesse raggiunto o meno la pubertà sia dal fatto che il convenuto avesse lasciato o meno la gestione. La circonlocuzione cui ricorrono a questo proposito i giuristi («*etiam ante pubertatem*» / «*etiam manente administratione agi potest*») certamente suggerisce che questa sorta di esercizio “anticipato” dell'*actio protutela* fosse comunque percepito come un che di eccezionale; sicché sarebbe sicuramente fuorviante rappresentarsi l'*actio tutela* come un'azione di rendiconto generale e l'*actio protutela* come un'azione esercitata ad amministrazione ancora in corso, per fare valere singole pendenze verso l'amministratore. Nondimeno, il fatto che il *iudicium protutela* fosse costruito in modo tale da vincolare il gestore anche nell'ipotesi che egli coincidesse con il tutore vero, obbliga a chiedersi se per suo tramite non si potesse finire – intenzionalmente o meno – per togliere al tutore quello scudo che gli era invece assicurato dall'*actio tutela*.

---

<sup>155</sup> Cfr. in part. la motivazione addotta in D. 27.3.43 (Paul. 8 *ad Sab.*): *Cum furiosi curator non tutela, sed negotiorum gestorum actio est: quae competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutela actione, dum impubes est is cuius tutela geritur, constitutum est.* In D. 27.3.16 pr. (Ulp. 74 *ad ed.*) la regola applicata all'*actio tutela* è ricondotta a una non meglio precisata *utilitas* che il prosieguo del testo implicitamente esclude fosse ravvisata anche per l'*actio negotiorum gestorum*: *Si cum tutore ex stipulatu agatur vel cum his qui pro eo intervenerunt, erit dubitatio, an, quia tutela agi non potest, nec ex stipulatu agi possit. et plerique putant etiam hanc actionem propter eandem utilitatem differendam.* 1. *Cum curatore pupilli sive adulescentis agi poterit, etsi usque adhuc cura perseveret.*

<sup>156</sup> Oltre a D. 26.7.26 (ripreso due note sopra), cfr. D. 27.4.1.3 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Finito autem officio hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit. sed si pro tutore negotia gessit vel etiam curam administravit, locus erit iudicio etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit;* la prospettiva di partenza del testo è, beninteso, quella dell'*actio tutela contraria* e delle sue estensioni in via utile al tutore apparente e forse al *curator*: sul pt. vd. *infra* § 25 e nt. 186.

A nostro avviso, un esito di questo genere poteva essere evitato, semplicemente invertendo l'onere della prova. Un minore di quattordici anni – tanto che agisse con l'assistenza di un (co)tutore, quanto che il (co)tutore, come anche un *curator ad litem*, agisse quale suo rappresentante<sup>157</sup> – poteva certamente pretendere il rilascio dell'*actio protutela*, nonostante l'età e nonostante il fatto che la gestione del convenuto fosse magari ancora in corso. Né il Pretore avrà trovato difficoltà ad accordare l'azione, ogniqualvolta *in iure* non si fosse riusciti a dare la prova liquida di quale fosse esattamente lo *status* del convenuto (se tutore o meno). Tutto ciò però non significa necessariamente che la questione di un esercizio prematuro dell'*actio* non potesse riaprirsi *apud iudicem* (o *apud recuperatores*). Perché ciò accadesse, occorre che due cose: che il convenuto avesse basato la propria difesa proprio su questa circostanza (di essere stato cioè convenuto *ante diem*, in quanto tutore vero) e che avesse preteso d'inserire nella formula del *iudicium protutela* un'*exceptio* corrispondente; un'*exceptio* che si può immaginare fosse formulata all'incirca come segue: '*si Ns.Ns. tutor non est*'<sup>158</sup>. A quel punto, tutto sarebbe venuto a dipendere dalle prove che il convenuto (e lui soltanto, date le regole generali sulla distribuzione della prova<sup>159</sup>) fosse riuscito a raccogliere in vista della seconda fase del giudizio. Se fosse stato in grado di convincere il giudice (o i recuperatori) che quella da lui gerita era una tutela vera e propria, il gestore sarebbe stato assolto, con la conseguenza che il pupillo avrebbe dovuto attendere la fine della tutela per richiamarlo in giudizio (e questa volta, beninteso, nelle forme dell'*actio tutelae*). Diversamente, egli sarebbe stato trattato come una persona che aveva assunto il *munus tutoris* senza essere tale e che non poteva

---

<sup>157</sup> Su questa seconda figura – cui il magistrato poteva ricorrere in vari casi in cui fosse risultato anche solo opportuno sostituire o affiancare il (secondo) tutore – vd. in gen. le fonti raccolte in ALBANESE, *Le persone cit.* (nt. 28), 456 nt. 139.

<sup>158</sup> Vale a dire con una formulazione volta *in contrarium* (cfr. Gai. 4.118) rispetto all'affermazione di partenza.

<sup>159</sup> Cfr. D. 22.3.19 pr. (Ulp. 7 disp.): *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere.*

perciò pretendere di aggrapparsi a una regola sul termine iniziale dell'azione, che nei suoi termini assoluti, come abbiamo visto, era valida soltanto per il tutore.

Immaginando un'*exceptio* di questo genere – in una certa misura speculare a quella che si poteva opporre al falso tutore che si fosse trovato ad agire *pupilli nomine*<sup>160</sup> – si arriva forse a comprendere per quale ragione al § 3 del commentario di Ulpiano la possibilità di agire *ante diem pubertatis* venga giustificata con la motivazione «*quia tutor non est*» (scil. *is qui pro tutore negotia gessit*)<sup>161</sup>. Per un verso, l'affermazione fa il paio con quelle altre motivazioni apodittiche, cui accennavamo, che si trovano nelle fonti quando si tratta di spiegare perché non valesse per il *curator* la stessa regola del *tutor*<sup>162</sup>. L'affermazione «*quia tutor non est*» sorprende tuttavia anche da un altro verso, visto che Ulpiano stesso, nel commentare alle prime battute l'*actio protutela* (D. 27.5.1, §§ *pr.*-1), aveva lasciato intendere che la locuzione '*pro tutore negotia gerere*' abbracciava anche la gestione condotta dal tutore (vero), e non soltanto quella condotta da un tutore falso (che è poi la figura a cui rimanda intuitivamente la motivazione «*quia tutor non est*»). Non vi è dubbio che tra le due parti tradite del commentario corre una certa tensione<sup>163</sup> (che non si può nemmeno pensare di risolvere – sia detto per inciso – invocando gli *scholia* ai Basilici<sup>164</sup>). La tensione si può tuttavia attenuare supponendo

---

<sup>160</sup> Cfr. C. 5.45.2, riprodotto *supra* alla nt. 64.

<sup>161</sup> D. 27.5.1.3 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Cum eo, qui pro tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse nulla dubitatio est, quia tutor non est.*

<sup>162</sup> Vd. *supra* nt. 155.

<sup>163</sup> Cfr. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit. (nt. 21), 246, il quale deduceva da questa tensione l'inattendibilità della motivazione addotta in D. 27.5.1 *pr.* a proposito della scelta del Pretore di inserire nell'Albo l'*actio protutela*, con una formula – parafrasando il brano – *in utrumque casum scripta*.

<sup>164</sup> Nello Sch. 1 a *Bas.* 38.5.1 (SCHELT. B VI, 2224) la motivazione addotta in D. 27.5.1.3 è resa con la formula «ἐπειδὴ οὐκ ἔστιν ἐπίτροπος ὁ διοικήσας». Data l'ambivalenza di fondo della congiunzione ἐπειδὴ, è vero che l'inciso potrebbe essere di per sé interpretato sia in senso causale sia in senso temporale-concessivo. Tuttavia, anche amesso e non concesso che proprio questa seconda fosse l'interpretazione bizantina (come vorrebbe MASI, *L'actio protutela* cit. [nt.

che sullo sfondo del secondo passaggio di Ulpiano si collocasse in qualche modo un'*exceptio* del tipo che abbiamo detto ora, ossia '*si tutor non est*'. È vero infatti che la giustificazione addotta dal giurista severiano – vale a dire che uno che gestisce '*pro tutore*' non è tutore – rimane un'affermazione falsa, su un piano assoluto. Essa diventa tuttavia più accettabile su un piano relativo, dove il punto fosse se si poteva ricorrere all'*actio protutela* «*etiam ante pubertatem*» e se in questo caso fosse lecito al convenuto di eccepire di essere il tutore vero. Su un piano del genere, l'affermazione di Ulpiano diventa più comprensibile, in ragione del fatto che prima del *dies pubertatis* il pupillo poteva agire, senza temere contestazioni<sup>165</sup>, soltanto contro un'unica persona, appunto il gestore intervenuto 'come tutore' senza esserlo.

20. Il fatto che la persona che '*pro tutore negotia gessit*' non rispondesse (almeno in linea di massima) per l'omessa gestione, insieme al fatto che l'*actio protutela* si potesse esercitare anche prima del *dies pubertatis* (oltre che ad amministrazione eventualmente ancora in corso), costituiscono le due sole differenze esplicitamente segnalate dalle fonti rispetto al regime dell'*actio tutelae*. Per il resto, la responsabilità del protutore doveva dunque essere improntata a quella del tutore vero. Così si legge normalmente in storiografia, rifacendosi a una perentoria affermazione di Pomponio (16 *ad Q.M.*), trascritta dai

---

57], 217 s.), non ne discenderebbe ovviamente alcun elemento per correggere la congiunzione causale corrispondente, trådita dalla *littera Florentina*.

<sup>165</sup> Adotto la perifrasi 'agire senza contestazioni' sul presupposto che l'espressione usata in D. 27.5.1.3 – '*agi posse*' – nella sua genericità possa sottintendere l'esercizio di un'azione valida non soltanto *ipso iure*, ma nemmeno paralizzabile *ope exceptionis*: cfr. in questo senso D. 10.4.12.2 (Paul. 26 *ad ed.*): *Saeptius ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstaturam exceptionem Iulianus ait: novam autem causam intervenire, si is, qui vindicandi gratia egisset, post acceptum iudicium eam <rem> ab aliquo accepit, et ideo exceptionem ei non officere. item si ei, qui furti acturus ad exhibendum egisset, iterum furtum factum sit. denique si quis optandi gratia ad exhibendum egisset et post litem contestatam alterius testamento optio data sit, ad exhibendum agere potest*. A rovescio, nulla vieta d'indicare l'opponibilità di una *exceptio* come il motivo che impedisce di *agere*: cfr. D. 3.5.7.2, D. 18.5.3, D. 19.1.5.1.

Compilatori in D. 27.5.4: «*Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*».

L'affermazione di Pomponio non va presa tuttavia come un canone assoluto. In primo luogo perché si tratta di un'affermazione stralciata dal contesto e del cui valore generale è già lecito dubitare per quanto abbiamo appena ricordato, ovverosia che la responsabilità del tutore apparente non era completamente sovrapponibile a quella del tutore vero. Prima ancora di questo dato, quel che va considerato è che molti degli adempimenti patrimoniali richiesti al tutore coincidevano in realtà con quelli richiesti in ogni gestione d'affari altrui. Al termine della gestione, *tutor* e *negotiorum gestor* avevano infatti entrambi l'obbligo di *rationes reddere* e di trasferire quanto ricavato dalla propria amministrazione<sup>166</sup>. Nel corso della gestione, entrambi dovevano saldare i crediti che l'amministrato vantava nei loro confronti *ex alia causa*<sup>167</sup>, così come entrambi

---

<sup>166</sup> Sugli obblighi, gravanti sul *negotiorum gestor*, di *rationem reddere* e di trasferire quanto ricavato attraverso la gestione, vd. per tutti FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit. (nt. 107), 135 ss.; per gli adempimenti correlativi richiesti al tutore vd. invece ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 489 nt. 202 e 491 nt. 298.

<sup>167</sup> Per l'obbligo del tutore di *a semet ipso exigere* vd. le affermazioni generali di D. 26.7.9.1-5 (Ulp. 36 *ad ed.*) e D. 46.1.69 (Tryph. 9 *disp.*). I debiti (*ex alia causa*) dovuti al pupillo, al minore di 25 anni e al gerito si trovano significativamente accostati in D. 15.1.9.4 (Ulp. 29 *ad ed.*), come debiti di cui il *dominus* poteva chiedere la preventiva *deductio* dal peculio. È peraltro possibile che una minima differenza tra la posizione del *gestor* e quella del tutore si desse alla luce del principio esposto in D. 3.5.34(35).3 (Scaev. 1 *quaest.*): *Ceterum si ex alia causa perpetuae obligationis, cum sit locuples, debeat, non est imputandum, quod non solverit, utique si neque usurarum ratio querellam movet. diversumque est in tutore debitore, quia ibi interfuit ex priore obligatione solvi, ut deberetur ex tutelae actione*. Dunque, del debito non saldato immediatamente dal gestore (solvibile) non si teneva conto nel *iudicium negotiorum gestorum* a condizione che si fosse trattato di un debito già di per sé produttivo di buoni interessi; viceversa il debito non saldato immediatamente dal tutore era conteggiato a prescindere nell'*actio tutelae*. La *ratio differentiae* – espressa nella motivazione «*quia ibi interfuit ex priore obligatione solvi, ut deberetur ex tutelae actione*» – viene in genere intesa come un'allusione al fatto che l'*actio tutelae* costituiva un'azione privilegiata nella procedura concorsuale, di modo che il pupillo aveva un effettivo vantaggio a poter ricomprendere in essa anche il credito *ex alia causa* vantato verso il tutore (sul pt. vd. per tutti FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit.

avevano il dovere di pagare ai terzi creditori i debiti dell'amministrato<sup>168</sup>. Persino il rendiconto degli *alimenta* erogati al pupillo è plausibile che non variasse granché a seconda che lo si facesse in sede di *actio tutelae* o di *actio negotiorum gestorum*<sup>169</sup>. Da tutto ciò discende che i medesimi adempimenti saranno certamente gravati anche sul protutore, ma non in forza del fatto che la sua figura fosse equiparata a quella del tutore, quanto piuttosto come precipitato di una serie di principi comuni alla *gestio* dei patrimoni altrui.

Il problema della equiparazione di tutore e protutore si pone dunque in relazione a quegli adempimenti richiesti al tutore, che non trovano riscontro nel regime applicato agli altri amministratori. Da questo punto di vista, a venire in considerazione in seno all'*actio protutela* potevano essere, se

---

[nt. 107], 77). Se questa è la *ratio*, è lecito però dedurre che l'avviso di Scevola non costituisse un orientamento generale (così invece PARTSCH, *Studien* cit., 64 e nt. 2), dal momento che alcuni giuristi erano dell'idea che il *privilegium exigendi* del pupillo andasse esteso anche all'*actio negotiorum gestorum* (cfr. D. 42.5.23 [Paul. 60 *ad ed.*], dalla cui chiusa [«*et ita accepi*»] si ricava che la questione era appunto oggetto di *ius controversum*).

<sup>168</sup> Per la posizione del *negotiorum gestor* vd. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit. (nt. 107), 133 ss.; per la tutela ALBANESE, *Le persone* cit. (nt. 28), 488 e nt. 287.

<sup>169</sup> Anche un gestore spontaneo – a condizione che non si fosse sobbarcato la spesa *iure pietatis* – poteva pretendere che il conto degli *alimenta* erogati al pupillo fosse dedotto dall'*actio negotiorum gestorum*; né era indispensabile, a questo fine, che egli adisse prima il Pretore per farsi fissare la misura della spesa (arg. da D. 3.5.33[34] su cui G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino-Università degli Studi 2003, 252 ss.). In questo secondo caso – quando cioè si fosse provveduto agli *alimenta* senza prima adire il magistrato – è perciò probabile che valesse per il gestore lo stesso rischio che incontrava il tutore, ovvero sia di non poter pretendere il rimborso di quanto speso *ultra vires facultatum* (cfr. D. 27.2.2.3). In definitiva, il solo aspetto in cui le posizioni dei due amministratori dovevano differenziarsi è legato alla responsabilità nei rispettivi *iudicia directa* per la mancata corresponsione degli *alimenta*. Da questo punto di vista, mentre il tutore poteva essere chiamato a rispondere persino per il fatto di non aver provveduto alle esigenze alimentari degli stretti congiunti del pupillo (cfr. D. 27.3.1.2 *i.f.*), una responsabilità correlativa non risulta attestata a carico del *negotiorum gestor*, coerentemente peraltro al principio che il gestore spontaneo non rispondeva in linea di massima per le condotte omissive (vd. *supra* § 17).

non mi sbaglio, due soli ordini di regole: quelle legate alla confezione dell'inventario e quelle relative al computo delle *usurae*. Li affronteremo perciò in quest'ordine.

21. Come si sa, il testo fondamentale al quale occorre fare riferimento, per dire entro quali limiti e con quali conseguenze fosse imposto al tutore di procedere all'inventario del patrimonio che gli era affidato, è rappresentato da D. 26.7.7 pr. (Ulp. 35 *ad ed.*):

*Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea condicione est, ut teneatur in id quod pupilli interest, quod ex iureiurando in litem aestimatur. nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam exspectare possit.*

Redigere un inventario accurato costituiva dunque il primo atto richiesto al tutore, al punto che non si poteva amministrare alcunché fintanto che non si fosse finito di registrare le varie partite che componevano il patrimonio del pupillo. In realtà, la regola conosceva forse qualche eccezione<sup>170</sup>, così come conosceva opportuni temperamenti di fronte a interventi non dilazionabili (questi sì registrati dal giurista severiano: «*nisi id quod dilationem nec modicam exspectare possit*»). Al netto di eccezioni e temperamenti, il ritardo nella confezione dell'inventario bastava però a presumere che il tutore si fosse condotto con dolo. La presunzione è scolpita nell'esordio del testo («*tutorem qui repertorium non fecit [...] dolo fecisse videtur*») e trova indiretti riscontri in varie pronunce della cancelleria imperiale<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> In particolare, nel caso in cui la dispensa dall'inventario risultasse da una clausola espressa del testamento che istituiva erede il pupillo: «*nisi testatores qui substantiam transmittunt specialiter inventarium conscribi vetaverint*»; dato l'ordito complessivo di C. 5.51.13 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.) si direbbe che la cancelleria, quando ricorda al § 2 l'eccezione della dispensa testamentaria, si rifaccia a una regola consolidata.

<sup>171</sup> Cfr. in part. C. 5.53.4 (Imp. Gordianus A. Muciano) e C. e.t. 5 (Impp.

Questo rinvio al dolo, come è stato giustamente notato<sup>172</sup>, riporta implicitamente all'infrazione della *fides* sociale riposta nel tutore, e dunque a un terreno del tutto prossimo alla regola di Pomponio, esposta in D. 27.5.4. E' perciò plausibile che la stessa presunzione (cioè di assumere come fraudolenta l'amministrazione intrapresa senza aver prima inventariato i beni del pupillo) fosse applicata anche alla persona *qui pro tutore negotia gerit*; la quale persona poteva in effetti non coincidere con il tutore (vero), ma come tale si era accreditata agli occhi di tutti, e in tutti aveva perciò ingenerato le medesime aspettative. Di conseguenza, quando si fosse esperita l'*actio protutela*, è da credere che l'omissione dell'inventario innescasse lo stesso meccanismo descritto per l'*actio tutelae* da Ulpiano, vale a dire che aprisse la strada a un *iusiurandum in litem* con cui era lasciato al pupillo di determinare la misura del danno e del risarcimento<sup>173</sup>.

22. Un discorso più articolato richiede invece l'altra questione sollevata al § 20, vale a dire di sapere in che misura le regole relative alle *usurae* applicate con l'*arbitrium tutelae* fossero state estese all'*actio protutela*. A complicare la risposta concorrono in questo caso due circostanze. La prima è che nel commentario di Ulpiano (o per meglio dire in quel che resta di esso in D. 27.5) il tema è liquidato con un'affermazione molto

---

Diocletianus et Maximianus AA. Artemidoro): nel momento in cui precisano che l'erede del tutore non risponde per il fatto in sé del mancato inventario, ma per un dolo proprio, i due testi evidentemente presuppongono che con riguardo invece al tutore l'omissione del *repertorium* fosse appunto valutata come un atto doloso.

<sup>172</sup> Cfr. De ROBERTIS, *De eo qui pro tutore* cit. (nt. 17), 381 nt. 95.

<sup>173</sup> Circa la portata del *iusiurandum in litem* nell'ambito dell'*actio tutelae*, vd. in gen. A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia* (1966), ora in *Studies in Roman Private Law*, London Rio Grande-Hambledon 1991, 234 ss. Che la medesima presunzione, indicata in D. 26.7.7 pr. per l'*actio tutelae*, fosse applicata al *curator minoris*, convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*, sembra invece da escludere. L'obbligo dell'inventario iniziale («*mox quam fuerint ordinati*», per come si esprime la cancelleria) si trova infatti esteso ai curatori in un'unica costituzione (del 396), trädita in C. 5.37.24 pr. (Impp. Arcadius et Honorius AA. Eutyichiano pp.); il confronto con la versione accolta in CTh. 3.30.6 rivela però che si tratta di una interpolazione giustiniana.

generale e sommaria: «*in protutelae iudicio usurae quoque veniunt*» (fr. 1.8). Alla penuria d'informazioni concernenti direttamente l'*actio protutelae* deve però aggiungersi il fatto che le *usurae* applicate nell'*actio tutelae* si caratterizzavano per un regime abbastanza poliedrico.

Da un lato vi erano infatti delle situazioni – come quella dell'impiego per fini personali del denaro del pupillo e dell'obbligo correlativo di corrispondere le *usurae legitimae* sulle somme impiegate – dove la posizione del tutore non aveva alcunché di eccezionale. Le stesse regole erano seguite infatti nei confronti anche di altri amministratori che si fossero trovati a maneggiare denaro altrui<sup>174</sup>. Il dilemma, in questo caso, è perciò lo stesso che abbiamo incontrato al § 20, a proposito di quegli adempimenti che si concretizzavano nella resa del conto, nel trasferimento del ricavato, nel pagamento dei debiti, etc. In altri termini, non è difficile credere che anche al falso tutore sarebbero state comminate le *usurae legitimae*, se lo si fosse ritenuto responsabile d'aver impiegato denaro del pupillo per fini personali, ma di nuovo col dubbio che la cosa non dipendesse tanto dalla sua equiparazione al tutore, quanto appunto dall'applicazione di principi di ordine più generale.

Accanto a situazioni come quella appena indicata, ve ne erano tuttavia altre dove l'obbligo di corrispondere le *usurae* si collegava a discipline calibrate *ad hoc* sulla figura del tutore. E' il caso delle regole minuziose che prescrivevano come investire le sostanze delle persone sottoposte a tutela. Si sa, a questo proposito, che il tutore aveva l'obbligo di accantonare con progressivi depositi le liquidità del pupillo e di investirle in mutui fruttiferi solo se non fosse stato possibile procedere a investimenti immobiliari (per l'esiguità delle somme raccolte o per le condizioni del mercato). Quale fosse la fonte di questa normativa non è chiaro<sup>175</sup>, ma di sicuro essa aveva un doppio

---

<sup>174</sup> Cfr. in part. la massima addotta in D. 3.5.37 (Tryph. 2 disp.): *quoniam ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus.*

<sup>175</sup> In particolare, il punto è se si trattasse di prescrizioni recepite nell'Editto: per lo *status quaestionis* vd. S. SOLAZZI, *Tutele e curatele* (1913-1914), ora in *Scritti* cit. (nt. 89), 17-21 (che sulla scia di Lenel lo nega).

riflesso sull'*actio tutelae*. Innanzitutto, perché sulle somme che avesse omesso di depositare il tutore doveva corrispondere degli interessi, il cui tasso si aggravava laddove fosse risultato che il tutore aveva disatteso uno specifico ordine del magistrato<sup>176</sup>. In secondo luogo, perché il rischio delle *usurae* non era scongiurato dal solo deposito, ma dal fatto che le somme non fossero poi state lasciate inerti sul conto; in sostanza, se le somme accantonate non venivano poi investite, le *usurae* si ricalcolavano<sup>177</sup>.

La domanda che ci si deve porre, a questo punto, è se questo complesso regime si riverberasse – ed eventualmente in quale misura – sulla posizione della persona *qui pro tutore negotia gessit*. Il dubbio viene dal fatto che le *usurae*, comminate al tutore che non avesse investito a dovere il denaro liquido del pupillo, presupponevano per l'appunto un'inerzia dell'amministratore. E dal momento che il tutore di fatto tendenzialmente non rispondeva per le omissioni, se ne potrebbe dedurre che mancasse il presupposto stesso per comminargli questo genere di *usurae*, se non ovviamente nei due casi limite in cui i giuristi erano disposti ad accollare al gestore non autorizzato una responsabilità per l'omessa gestione (e cioè, come si è detto al § 17, quando l'intervento del falso tutore avesse scoraggiato altre persone dall'assumere la gestione, oppure quando ci si fosse ritirati dall'amministrazione senza attivarsi perché al pupillo fosse assegnato un nuovo amministratore).

Senonché, prima di concludere che l'*actio protutelae* fosse (tendenzialmente) impermeabile alle regole sui mancati investimenti, occorre anche considerare che le regole in questione avevano per una certa parte una valenza pubblicistica. Chi vi aveva interesse (e dunque in primo luogo i parenti del pupillo) poteva sollecitare in effetti il magistrato, affinché interponesse il proprio officio e ordinasse al tutore di procedere agli investimenti programmati. E i magistrati, come spiega un passo di Ulpiano, erano soliti emanare un decreto che comminava esso stesso il pagamento delle *usurae legitimae* in

---

<sup>176</sup> D. 26.7.7.7 (*infra* due note oltre).

<sup>177</sup> Cfr. D. 26.7.7.3 (Ulp. 35 *ad ed.*).

caso di ulteriore ritardo o d'inadempimento<sup>178</sup>. Trattandosi di un ordine nominativo (nel senso di un ordine che era indirizzato alla persona che in quel momento si presentava agli occhi di tutti come un tutore gerente), non si vede per quale motivo anche colui (o coloro) che si fosse trovato a giudicare nell'*actio protutela* non avrebbe dovuto conformarsi al *decretum praetoris* e comminare le *usurae legitimae*, esattamente come ci si attendeva che facessero i *recuperatores* in seno all'*actio tutela*. Si noti poi che la stessa prassi – di prevedere per decreto una *gravissima usura* – era seguita dal magistrato anche nei confronti dei tutori richiesti di provvedere agli *alimenta* dei pupilli, nel caso fosse poi risultato che costoro avevano falsamente negato di poter sostenere la spesa<sup>179</sup>. Di nuovo, perciò, ci si deve attendere che se questa circostanza fosse emersa davanti al *iudex* (o ai *recuperatores*) dell'*actio protutela*, anche costui (o costoro) si sarebbe conformato al *decretum praetoris*.

Se a questo punto torniamo all'affermazione generale di Ulpiano, esposta in D. 27.5.1.8, credo sia plausibile assumerla come un'affermazione tendenzialmente onnicomprensiva. «*In protutela iudicio usurae quoque veniunt*», equivale a dire che sul tutore illegittimo non gravavano quelle sole *usurae* il cui fondamento riposava in ultima analisi sulla *gestio* di un patrimonio altrui (e rispetto alle quali non si dava perciò differenza tra la disciplina applicata al *tutor* e quella applicata al *negotiorum gestor* comune). Con i dovuti temperamenti (imposti

---

<sup>178</sup> D. 26.7.7.7 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Si deponi oporteat pecunias ad praediorum comparationem, si quidem factum est, usurae non current: sin vero factum non est, si quidem nec praeceptum est, ut deponantur, pupillares praestabuntur, si praeceptum est et neglectum, de modo usurarum videndum est. et solent praetores comminari, ut, si non fiat depositio vel quanto tardius fiat, legitimae usurae praestentur: si igitur comminatio intercessit, iudex qui quandoque cognoscet decretum praetoris sequetur.*

<sup>179</sup> D. 26.7.7.8 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Idem solent facere praetores etiam circa eos tutores, qui negant habere ad alendos pupillos penes se aliquid, ut quidquid constiterit penes eos esse, eius gravissima usura pendatur: et hoc persequi oportere iudicem palam est cum et alia poenae adiectione.* Per questo passo, oltre che per quello riprodotto alla nt. precedente, vd. per tutti G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usurae c.d. legali nel diritto romano*, Milano-Giuffrè 1969, 260 s.

dal fatto che il tutore illegittimo non rispondeva in linea di principio per l'omessa gestione) era la disciplina complessiva delle *usurae* a essere recepita nell'*actio protutela*, incluse dunque buona parte delle regole speciali che si erano andate codificando per la protezione dei pupilli: dei loro patrimoni e delle loro persone.

23. Se a questo punto volessimo riassumere il quadro delle considerazioni esposte a partire dal § 17, potremmo dire questo. Entro il perimetro della responsabilità del protutore si davano come tre segmenti. Relativamente alla libertà di sottrarsi (in tutto o in parte) all'amministrazione, la sua posizione continuava a essere valutata (sia pure con qualche adattamento) alla stregua di un gestore spontaneo. Alla stregua del tutore (e sulla base di regole che non hanno riscontro nel regime della *negotiorum gestio* spontanea) egli rispondeva invece quanto alla tenuta dell'inventario e alle prescrizioni dettate dal Pretore per investire le liquidità del pupillo e per provvedere ai suoi bisogni personali. Per il resto, gli adempimenti richiesti erano quelli comuni a ogni forma di gestione dei patrimoni altrui, e dei quali si teneva perciò conto tanto con l'*actio tutelae* quanto con l'*actio negotiorum gestorum*: pagamento dei debiti, resa del conto, trasferimento del ricavato.

Stando così le cose, si potrebbe concludere che i punti in relazione ai quali può davvero parlarsi di una equiparazione normativa del protutore al tutore si riducessero tutto sommato a poca cosa. Con la conseguenza che a poca cosa si ridurrebbe anche la base materiale cui la storiografia ha sempre fatto riferimento per spiegare la nascita dell'*actio protutela* (intesa come azione introdotta nell'Albo per affrancare il tutore apparente dal regime dell'*actio negotiorum gestorum* e assimilarlo appunto al tutore).

Tuttavia, prima di assumere questa conclusione come una conferma indiretta della diversa spiegazione che abbiamo avanzato nella prima parte del saggio, va detto che in effetti esisteva uno spazio ulteriore dove la posizione del tutore apparente veniva a staccarsi da quella del *negotiorum gestor* per essere equiparata al tutore. Paradossalmente, si trattava però di uno spazio situato al di là del perimetro dell'*actio protutela*

vera e propria, e per di più organizzato con regole tali da confermare anch'esse, indirettamente, che l'origine di questa azione non è da cercare nelle esigenze del diritto materiale. Il profilo a cui alludiamo è quello delle pretese del protutore e dello strumento deputato a farle valere, il *iudicium contrarium*. Come prima cosa diremo delle differenze che si davano su questo piano tra la posizione del *tutor* e quella del *negotiorum gestor* (§ 24). Quindi ci soffermeremo sulle modalità processuali con le quali alla posizione del *tutor* venne assimilata quella della persona *qui pro tutore negotia gessit* (§ 25). Infine vedremo quali conclusioni la vicenda del *iudicium contrarium protutela* permetta di trarre, retrospettivamente, in merito alla storia dell'*actio protutela* (*directa*, § 26).

24. Come si sa, l'*actio tutelae contraria* formalizzava un *oportere ex fide bona*, a carico del pupillo, che aveva un che di eccezionale, a guardarlo con le lenti del *ius civile* e dei suoi principi. Sia pure per ragioni diverse dall'*actio protutela*, anche questa azione si poneva perciò come a cavallo tra il diritto civile e quello onorario, tant'è che Ulpiano prospettava che la sua introduzione nell'Albo fosse dipesa da un'iniziativa del Pretore, con cui si mirava a favorire l'assunzione del *munus tutoris* (e dunque per ragioni di utilità), recepita poi dal *ius civile* in via consuetudinaria<sup>180</sup>.

D. 27.4.1 pr. (Ulp. 36 *ad ed.*): *Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet. etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint.*

---

<sup>180</sup> In questa lettura della *laudatio ulpiana* riportata in D. 27.4.1 pr., seguono MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum* cit. (nt. 110), 92 ss.

L'*actio tutelae contraria* configurava dunque un debito doppiamente eccezionale: da un lato esso nasceva a carico di un soggetto (il pupillo) che non poteva obbligarsi *sine auctoritate*; dall'altro lato il credito sorgeva in favore di un soggetto (il tutore) cui era precluso in via generale di acquistare crediti verso la persona a protezione della quale s'indirizzava il suo *officium*. Il fatto che l'*actio tutelae contraria* costituisse la proiezione processuale di uno *ius singulare* è confermato dal regime (comune) che veniva seguito allorché le spese a favore del pupillo fossero state sostenute non dal tutore, ma da un gestore spontaneo. In questo caso, infatti, al *gestor* non sarebbe spettato alcun rimborso, se non nei limiti di quanto previsto dal celebre rescritto di Antonino Pio sulle obbligazioni contratte *sine tutoris auctoritate*.

L'esempio migliore dell'innovazione che il rescritto determinò sul regime delle gestioni spontanee riferite ai patrimoni pupillari, è offerto da un passo di Ulpiano relativo al caso del gestore intervenuto per evitare che il tutore inattivo finisse poi per rispondere con l'*actio tutelae*<sup>181</sup>: l'unica soluzione che in un caso come questo poteva configurare un giurista di età adrianea, come Giuliano, era che il gestore chiedesse al tutore di rimborsargli le spese; Ulpiano invece aggiungeva la possibilità di chiamare a rispondere il pupillo stesso con l'*actio negotiorum gestorum contraria*, ma appunto nei limiti dell'arricchimento<sup>182</sup>. Se si aggiunge che questo limite valeva non solo per le gestioni intraprese nell'interesse del tutore (com'è nell'esempio), ma pure per gli interventi condotti esclusivamente in favore del pupillo<sup>183</sup>, si vede bene quale distanza separasse sul piano del *ius civile* tutore e *negotiorum*

---

<sup>181</sup> D. 3.5.5.2 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Iulianus libro tertio digestorum scribit, si pupilli tui negotia gesserō non mandatu tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebō obligatum: sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus.*

<sup>182</sup> Così per tutti L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli-Jovene 1962, 168 s.

<sup>183</sup> Cfr. C. 2.18(19).2 (Imp. Severus et Antoninus AA. Rufinae): *Contra impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem ex utilitate ipsorum receptum est: sul testo vd. sempre LABRUNA, op. cit. (nt. 182), 176 s.*

*gestor*. Il primo – riassumendo – grazie all'*actio tutelae contraria* poteva chiedere il rimborso integrale di quanto speso per il pupillo, e a prescindere dal quello che fosse stato il concreto esito economico della spesa<sup>184</sup>; il *negotiorum gestor* poteva invece ottenere il rimborso delle spese solo nei limiti dell'arricchimento del gerito e solo dopo che questa aspettativa gli venne riconosciuta dal *rescriptum divi Pii* (dunque intorno alla metà del secondo secolo).

25. Se quella descritta era la condizione del *negotiorum gestor*, come stavano le cose rispetto al tutore apparente? L'informazione fondamentale, a questo riguardo, viene ancora una volta dal commento di Ulpiano all'*actio tutelae contraria*. Dopo aver dato conto delle ragioni che avevano portato a inserire questo strumento nell'Albo, il giurista severiano non entrava subito nell'aspetto centrale del regime dell'*actio* (che verteva sulla natura delle spese rimborsabili). Preliminarmente il commento si sofferma infatti su una serie di questioni legate al profilo che oggi definiremmo della legittimazione passiva all'azione, e in cui trovava spazio anche la fattispecie del protutore:

D. 27.4.1.1 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Haec actio non solum tutori, verum etiam ei, qui pro tutore negotia gessit, competere debet.*

Va detto che il passo si inserisce in un squarcio complessivo reso piuttosto problematico dal fatto che il testo, al § successivo, sembra predicare l'applicabilità del *contrarium iudicium tutelae* (non solo al tutore apparente, ma anche) ai vari curatori<sup>185</sup>, benché costoro dovessero notoriamente affidare le proprie pretese all'*actio negotiorum gestorum*. Non entreremo tuttavia

---

<sup>184</sup> Cfr. D. 27.4.3.7 (Ulp. 36 *ad ed.*): *In contrario iudicio sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.*

<sup>185</sup> D. 27.4.1.2 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Sed et si curator sit vel pupilli vel adulescentis vel furiosi vel prodigi, dicendum est etiam his contrarium dandum. idem in curatore quoque ventris probandum est. quae sententia Sabini fuit existimantis ceteris quoque curatoribus ex isdem causis dandum contrarium iudicium.*

nel merito dei rimaneggiamenti, più o meno ampi, che sono stati attribuiti ai commissari giustiniani per questa seconda parte del discorso<sup>186</sup>. Nella nostra prospettiva possiamo infatti accontentarci d'isolare l'affermazione del § 1 e di coglierne l'informazione essenziale, sia dal punto di vista sostanziale sia dal punto di vista processuale.

Dal punto di vista sostanziale l'aspetto essenziale è che il tutore di fatto, a differenza del gestore spontaneo, poteva contare su un rimborso integrale di quanto avesse anticipato per conto del pupillo; in questo senso la sua posizione era insomma equiparata a quella del tutore. Dal punto di vista processuale ciò che si ricava dal breve passaggio di Ulpiano è che questa equiparazione al tutore non si traduceva tuttavia in un'azione apposita: al posto di quella che i moderni chiamerebbero un'*actio protutelaе contraria*, il tutore di fatto doveva accontentarsi di un adattamento dell'*actio tutelaе*.

Questa conclusione – al di là di quali fossero esattamente le parole usate da Ulpiano – è fuori discussione. La *demonstratio* dell'*actio tutelaе contraria* era infatti identica a quella dell'*actio directa*, nel senso che tanto l'una quanto l'altra s'imperniavano sulla locuzione '*tutelam gerere*'<sup>187</sup>. E se è vero che questa

---

<sup>186</sup> Sulle varie posizioni – inclusa quella più radicale di espungere da questa sezione dell'*Ad edictum* di Ulpiano l'intero § 2 – vd. la rassegna approntata in FINAZZI, *Ricerche* I cit. (nt. 50), 303 nt. 305. La posizione tutto sommato più cauta è quella espressa da ult. dallo stesso FINAZZI, *op. cit.*, 297 e 303 ss. Ulpiano avrebbe approfittato del commento all'*actio tutelaе contraria* per mettere in luce la differenza che si dava, rispetto al momento di esperibilità, tra l'azione commentata ed i *iudicia contraria* esperibili sia dal protutore sia dai curatori (D. 27.4.1, § 3: *supra* nt. 156). Con questo obiettivo il giurista avrebbe tutavia preliminarmente fatto suo e ricordato il parere di Sabino, che estendeva appunto a tutti i curatori la legittimazione ad esperire l'*actio negotiorum gestorum in ius*. I Compilatori, per parte loro, avrebbero tutavia espunto il *nomen* editale di questa seconda azione («*etiam his contrarium <iudicium negotiorum gestorum> dandum*»), coerentemente all'opzione sistematica adottata nella Rubrica del tit. D. 27.4 (*De contraria tutelaе et de utili actione*), dove all'*actio tutelaе contraria* essi avevano associato un'*actio utilis*, riferita appunto alle pretese dei *curatores*.

<sup>187</sup> L'avviso di LENEL, *EP*<sup>3</sup> 318 s. che per l'*actio tutelaе contraria* fosse esposta nell'Albo una *formula in ius concepta* speculari a quella dell'*actio directa*, è da ritenersi confermato ora da P. Yadin 28-30, dove la trascrizione in forma per così dire pronominale del *iudicium* ('*quod ille illius pupilli*

locuzione, quando compariva nel *iudicium directum*, non era predicabile ad altra persona che non fosse il tutore (vero), è giocoforza pensare che lo stesso valesse a parti rovesciate. In altre parole, quando a prendere l'iniziativa del processo fosse stato non il minore, ma una persona che riconosceva di avere gestito (o della quale poteva dubitarsi che avesse gestito) il patrimonio del pupillo al posto del tutore vero, questi non poteva pretendere che l'*actio tutelae contraria* gli fosse accordata nella versione edittale; quel che si doveva chiedere era un adattamento della formula, che recasse nella *demonstratio* la variante del 'pro tutore gerere'.

Era più o meno questo che doveva dire l'originale di Ulpiano? Lenel pensava di sì, e per quanto la sua *sententia* fosse al solito estremamente concisa<sup>188</sup>, non è difficile immaginare quale sia stato il presupposto di partenza del grande studioso: quel che oggi si legge al § 1 di D. 27.4.1 («*haec actio [...] competere debet*») sottintende un impiego senza mediazioni dell'*actio tutelae contraria*; il che, nel caso del protutore, è appunto reso inconcepibile dal tenore della *demonstratio*.

Se questo era il punto di partenza di Lenel, va detto che la sua bontà non è però così scontata. Da un lato, infatti, vi è chi ha proposto di salvare l'attribuzione del discorso a Ulpiano, facendo leva sul fatto che il testo non dica che l'*actio tutelae contraria* «*competit*», ma «*competere debet*» (scil. *ei qui pro tutore negotia gessit*), quasi dunque che il ricorso al verbo modale stia di per sé a significare che il giurista non si riferiva all'impiego ordinario dell'*actio*, ma appunto a una sua estensione e a un suo adattamento formale<sup>189</sup>. Dall'altro lato, va considerato anche il rischio di sopravvalutare la locuzione stessa

---

*tutelam gessit*', nella retroversione lat.) permette al modello di valere appunto come formula anche per l'*actio contraria*: cfr. D. NÖRR, *Prozessuales aus dem Babatha-Archiv* (1998), ora in *Historiae Iuris Antiqui. Gesammelte Schriften* III, Goldbach-Keip 2003, 319 nt. 13.

<sup>188</sup> *Pal.* 2.671 nt. 2: «Ulpianum, cuius haec esse non possunt, suspicor de formula ad hanc speciem accomodandam egisse».

<sup>189</sup> Così WLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio* cit. (nt. 7), 124. Va detto però che i giuristi usano talvolta la circonlocuzione «*competere debet*» anche in relazione a fattispecie dove il problema della concessione dell'*actio* non tocca quello di un suo adattamento formulare: così per es, in D. 3.5.5.11(6.9), D. 6.2.15 (da cfr. con D. 6.2.9.6), D. 47.6.4.

‘*actionem competere*’, nel senso che i giuristi (a partire proprio da Ulpiano) talvolta sembrano impiegarla senza preoccuparsi di avvertire che la fattispecie avrebbe comunque imposto di adattare la formula-base<sup>190</sup>.

26. Ferma dunque restando la difficoltà di precisare quanta parte di quel che si legge in D. 27.4.1.1 corrisponda davvero all’originale di Ulpiano, non mi pare che ne resti comunque scalfito il punto centrale. Il punto centrale è che se il protutore doveva chiedere di adattare l’*actio tutelae*, per farsi rimborsare le spese anticipate per il pupillo, significa che un *iudicium contrarium*, calibrato sulla sua figura, non si trovava nell’Albo. Questa conclusione è pacifica, dalla fine almeno del XIX secolo<sup>191</sup>. E tuttavia non si direbbe che se ne sia colta appieno la rilevanza per la storia della protutela. Se si considera che la configurazione di un *oportere* del pupillo costituiva uno dei pochi punti in cui era davvero essenziale separare il regime della tutela di fatto da quello della *gestio* spontanea, non è di poco conto che nell’Editto questo risultato non fosse assicurato direttamente. Il fatto che l’obiettivo sia stato centrato solo in forza di un’applicazione estensiva e di una interpretazione dell’*actio tutelae contraria*, sta a significare che quando l’*actio protutelae* venne introdotta nell’Albo, non interessava che l’intervento di un protutore comportasse dei diritti, oltre che dei doveri e delle responsabilità.

Nel valutare il significato di questa asimmetria, va naturalmente tenuto presente che le pretese dedotte in un

---

<sup>190</sup> In D. 6.2.11.2-4 (Ulp. 16 *ad ed.*) il sintagma «*Publiciana competit*» è usato in relazione a un caso (la rivendica del parto nato dalla schiava *furtiva* comprata o donata all’attore) dove è sicuro che la formula base richiedesse una modifica, tant’è che la fattispecie era affrontata in una sezione *ad hoc* del commentario (vd. LENEL, *Pal.* 2.513 nt. 2, *EP*<sup>3</sup> 172 s.). Lo stesso a proposito dell’azione prevista per le false *renuntationes* dell’agrimensore e accordata in via utile anche contro altri soggetti (cfr. D. 11.6, fr. 5.2 e 7 [Ulp. 24 *ad ed.*]: cfr. LENEL, *EP*<sup>3</sup> 219 nt. 4). Infine si può aggiungere D. 43.27.1.4 (Ulp. 71 *ad ed.*), dove è detto che l’interdetto *de arboribus adimendis* compete anche all’usufruttuario, nonostante la formula base fosse calibrata sulla figura del proprietario delle *aedes* (cfr. D. 43.27.1, § *pr.*).

<sup>191</sup> Vd. per tutti Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio* cit. (nt. 7), 123 ss.

*iudicium contrarium* avevano comunque natura occasionale e ancillare, rispetto ai doveri al centro del corrispondente *iudicium directum*. Non a caso è diffusa tra i moderni<sup>192</sup> l'idea che le singole *actiones contrariae* non siano apparse nell'Albo nello stesso frangente in cui si esponevano le correlative *actiones directae*, ma più tardi.

Anche ammesso che la tesi sia plausibile, non mi pare però che essa possa aiutare a spiegare il silenzio dell'Editto sul *iudicium contrarium tutelae*, che sembra unico nel suo genere<sup>193</sup>. Innanzitutto, vale il rilievo che nel solo caso in cui si

<sup>192</sup> A partire quantomeno da A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*<sup>2</sup> II, 2.1, Halle-Niemeyer 1900, 223 s.

<sup>193</sup> A parte ovviamente il caso dell'*actio tutelae*, la presenza nell'Editto di un'*actio contraria* (eventualmente con doppia formula *in ius* e *in factum concepta*) è sicura per la gestione d'affari, il comodato (peraltro forse esponendone soltanto l'*intentio*), il deposito, la fiducia e il mandato: vd., rispettivamente, LENEL, *EP*<sup>3</sup> 103 s., 234 s., 291, 289 s., 295 ss. Il caso del pegno è problematico da mettere a fuoco, per il fatto che la forma abituale dell'*actio pignoratitia contraria* era in età severiana quella *in ius concepta*, la cui presenza nell'albo è dubbia, alla stessa stregua della corrispondente azione (*in ius concepta*) *directa*: cfr. MANTOVANI, *Le formule*<sup>2</sup> cit. (nt. 115), 53 nt. 120. Ciò tuttavia non solo non esclude che un'*actio in factum contraria* possa aver rappresentato il "Vorläufer" di quella di buona fede (come vorrebbe M. KASER, *Studien zum römisches Pfandrecht*, Napoli-Jovene 1982, 92 nt. 184), ma nemmeno implica che questo precedente mancasse di un referente edittole. Il commento di Ulpiano, in effetti, sembra si occupasse dell'*actio contraria* (D. 13.7.9 [Ulp. 28 *ad ed.*], § *pr.*) prima ancora che iniziasse l'esame della *formula (in factum)* dell'*actio directa* (§ 1). Cercando giustamente un'alternativa all'idea di LENEL, *Pal.* 2.583 nt. 2, che il passaggio sull'*actio contraria* facesse anch'esso già parte dell'analisi dell'*intentio* dell'*actio directa*, KASER, *Studien* cit., 63 nt. 23 e 88 ipotizzava che l'escerto appartenesse al commento «zur Titelerubrik der *actio pignoratitia*». Questa soluzione non si accorda però facilmente alle abitudini dell'*Ad edictum* ulpiano. A mia conoscenza, un commento esteso a una Rubrica specifica si trova nell'opera di Ulpiano solo in relazione all'editto *De pactis* (*Pal.* fr. 240-242), la cui eccezionalità si spiega con l'esigenza di esporre la dottrina della *conventio*. Di norma, per indugiare sulle Rubriche, Ulpiano trae spunto o dai Titoli generali dell'Albo o comunque da editti articolati in più sezioni (per un verso vd. ad es. il titolo *De rebus creditis* [*Pal.* fr. 755], per l'altro l'introduzione al *triplex edictum* di *EP* § 104 [*Pal.* fr. 848]). E al livello del commento ai singoli *edicta*, se qualche considerazione si trova preposta agli *ipsissima verba*, essa consiste o in una *laudatio* anticipata (per es. in *Pal.* fr. 383 per l'editto *De dolo malo*) o in una qualche breve notazione introduttiva (come avviene in *Pal.* fr. 885 con la

riesce a fissare con un minimo di attendibilità la rispettiva cronologia delle *actiones*, si vede bene che tra l'inserimento dell'*actio directa* e quello dell'*actio contraria* non intercorse un lungo lasso di tempo<sup>194</sup>; cosicché sarebbe da spiegare per quale ragione le cose siano andate diversamente proprio per la protutela, visto che l'*actio contraria* non ricevette una veste editale autonoma nemmeno con la revisione di Salvio Giuliano, al quale certamente non si deve l'escogitazione dell'azione diretta<sup>195</sup>.

Ad essere decisivo – mi pare – è però il fatto che il regime che si sarebbe trattato di importare attraverso un'*actio contraria protutela* costituiva un regime già ben noto e consolidato. Un conto, infatti, è persuadersi della recenziarietà del *iudicium contrarium* quando si parla di fattispecie “nuove”, comparse cioè per la prima volta nel raggio dell'Albo con la predisposizione del *iudicium directum*. In questi casi, si può facilmente immaginare che l'idea di trasporre in un'azione autonoma delle pretese accessorie, la cui tutela più immediata passava per la *retentio* e la compensazione, possa avere incontrato cautele e riserve iniziali<sup>196</sup>. Per l'*actio protutela* *contraria*, però, non era questo il caso, perché se la si fosse esposta nell'Albo non si sarebbe fatto altro che estendere al

---

paretimologia della voce '*depositum*'). Dal momento che il § *pr.* di D. 13.7.9 contiene un'analisi che è già di dettaglio (*Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium*), l'ipotesi di assegnarlo a un «Kommentar zur TitelRubrik» rimane perciò difficile da accettare. Le difficoltà mi pare invece che diminuiscano se si presuppone che l'Albo contenesse un editto sull'*actio contraria* anche per il pegno, oltre che per il deposito (vd. LENEL, *EP*<sup>3</sup> 289 s. e nt. 1). In questo caso, supponendo che l'editto facesse riferimento in via principale alle spese sostenute dal creditore sulla cosa pignorata, si spiegherebbe una postilla sulle altre fattispecie deducibili nel *iudicium contrarium*.

<sup>194</sup> Il riferimento è alla *negotiorum gestio* e alle relative azioni *in ius conceptae*, introdotte per regolare il rapporto tra *dominus* e *procurator omnium bonorum*: l'introduzione dell'*actio directa* va collocata tra il 75 e il 44 a.C.; quella *contraria* risulta già nota a Labeone: cfr. FINAZZI, *Ricerche I* cit. (nt. 50), 172-175, 196.

<sup>195</sup> Vd. *supra* nt. 49.

<sup>196</sup> Per un accenno in questo senso vd. FINAZZI, *Ricerche I* cit. (nt. 50), 195.

tutore apparente le regole dell'*actio tutelae contrariae*, e soprattutto il principio della capacità del pupillo di obbligarsi in proprio, la cui utilità ed efficacia era già stata ampiamente comprovata dall'uso, per rifarsi alla formula della *laudatio ulpianea* ripresa in D. 27.4.1 pr.

Da qualsiasi prospettiva la si guardi, mi sembra insomma che il modo in cui la figura del protutore si presenta nell'Albo riveli un'asimmetria difficilmente spiegabile sul piano del diritto materiale. Le difficoltà si attenuano se si torna invece alla prospettiva da cui ha preso avvio tutto il nostro discorso: quella processuale, o dell'*actio* intesa come *modus agendi*. L'*actio protutelae* venne introdotta per evitare le incognite legate alla scelta dell'*actio*, nei casi in cui si avessero difficoltà a dire se la persona che aveva gestito il patrimonio di un pupillo coincideva o meno con il *iustus tutor*, così evitando all'attore di dover scegliere tra l'*actio tutelae* e l'*actio negotiorum gestorum*. Se questo è lo scenario di fondo, appare abbastanza logico che un privilegio del genere riguardasse soltanto i pupilli.

Innanzitutto, era sui pupilli che gravava di fatto l'onere della scelta dell'*actio*. L'esigenza di convenire il minore per le spese, prima che fosse lui a chiamare il gestore a rendere il conto dell'amministrazione, doveva infatti costituire un'evenienza statisticamente poco significativa, dato che il controllo dell'amministrazione metteva il gestore in condizione di trattenere le spese per sé<sup>197</sup>. Normalmente, l'iniziativa del processo spettava insomma ai pupilli e metteva l'avversario di fronte alla scelta se chiedere già in quella sede il rimborso delle spese oppure di giustificare le somme prelevate per coprire gli anticipi. E' chiaro che il gestore poteva soprassedere per vari motivi dal far valere le sue ragioni nell'ambito del *iudicium*

---

<sup>197</sup> Che al tutore fosse riconosciuta una disponibilità della cassa anche per questo genere di autoliquidazioni si desume dalla soluzione discussa nella seconda parte di D. 27.4.3.3 (Ulp. 36 *ad ed.*): *et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit, non videbitur vertisse quantitatem, quae concurrat cum quantitate sibi debita, ut eius summae non praestet usuras*. E' da credere che questa facoltà fosse parallela a quella che consentiva al gestore di autoliquidarsi i crediti vantati verso il gerito anche *ex alia causa*; facoltà che era riconosciuta tanto al tutore quanto al *negotiorum gestor*: cfr. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit. (nt. 107), 180.

*directum*<sup>198</sup>; ma è chiaro anche che se al *iudicium contrarium* si fosse arrivati solo in seconda battuta, il problema di sapere se il gestore coincidesse col *iustus tutor* poteva considerarsi di fatto risolto, appunto per effetto della decisione assunta nel primo giudizio.

Almeno ai primordi della protutela la scelta di concedere l'azione nella sola forma del *iudicium directum* si spiega però anche con le strettoie che poneva la *conceptio verborum*. Nel caso di un processo intrapreso dal pupillo, come abbiamo visto, l'escamotage su cui si basava l'*actio protutelae (directa)* non aveva una ripercussione immediata sul piano del diritto materiale. L'obiettivo non era infatti quello di fissare una nuova forma di responsabilità a carico del gestore non autorizzato, ma semplicemente di disporre di uno strumento processuale valido quale che fosse il titolo effettivo della gestione. Di qui l'adozione di un *verbum generale* ('*pro tutore gerere*') riferibile sia al tutore vero sia al tutore tale solo di fatto, nei confronti del quale, a questo punto, veniva meno la necessità di ricorrere all'*actio negotiorum gestorum (directa)*. A parti rovesciate – ossia quando ad agire avrebbe dovuto essere il gestore – le cose non potevano però funzionare nel medesimo modo. Dato il principio che i pupilli non potevano obbligarsi *sine tutoris auctoritate*, accordare un'azione *contraria* per la gestione dei negozi di un impubere avrebbe significato dire superare questo principio. Si capisce, pertanto, che finché non prese avvio l'equiparazione anche sostanziale tra tutore e tutore apparente, non c'era spazio per un'azione basata su una formula generica, la quale includeva sì l'ipotesi del *iustus tutor*, ma insieme a quella del gestore non autorizzato. E non c'era spazio per una formula di questo genere, proprio perché un *iudicium contrarium* generale avrebbe significato concedere una volta per

---

<sup>198</sup> Cfr. la prima parte di D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus*. L'eccezionalità dell'ipotesi contraria si desume anche dal successivo § 8: *Hanc actionem dandam placet et si tutelae iudicio non agatur: etenim nonnumquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest, nec impediendus est tutor contrario agere*.

tutte il punto sostanziale, ossia che anche nei confronti del gestore non autorizzato venisse meno il principio civile per cui il pupillo non poteva obbligarsi *sine tutoris auctoritate*.

In questi casi doveva perciò essere stato originariamente il Pretore a valutare caso per caso come stessero le cose. E doveva essere stato in origine il Pretore – nei casi in cui si fosse convinto che il patrimonio fosse stato amministrato da un *tutor iniustus* – a decidere se le circostanze del caso meritassero comunque la concessione di un'azione decretale per recuperare in tutto o in parte le spese anticipate al pupillo<sup>199</sup>. Quando poi si avviò e prese corpo il processo di equiparazione anche sostanziale fra il tutore e il tutore apparente, fu la giurisprudenza a completare il discorso, agganciandosi all'*actio tutelae contraria* e suggerendone l'estensione anche alla seconda figura.

#### *Abstract*

Why did the Praetorian Edict contain a special action against the person who acted “as a” guardian (*is qui pro tutore negotia gessit*)? The paper shows that the so-called *actio protutela* was not introduced as a remedy available only against an unauthorized *tutor* with the purpose of validating his liability. Rather, the original purpose of this action was to overcome a specific procedural difficulty, namely to avoid that a verdict against, the *gestor* depended on proving that he had the status of *tutor*.

#### *Keywords*

Guardianship – *actio protutela* – *negotiorum gestio* – formulary procedure.

---

<sup>199</sup> Per la possibilità che il principio civile dell'irresponsabilità assoluta del pupillo potesse essere temperato dal Pretore nei casi che potevano apparire più iniqui, vd. FINAZZI, *Ricerche* II. 2 cit. (nt. 107), 168.

## INDICE DEL VOLUME

<b>Rosa Mentxaka</b> Divagaciones sobre legislación municipal romana a la luz de la <i>lex Troesmensium</i> .....	5
<b>Felice Mercogliano</b> Note in tema di diritti degli stranieri immigrati nell'antica Roma ...	33
<b>Giovanna Daniela Merola</b> Su Augusto e il potere normativo del <i>princeps</i> .....	69
<b>Antonino Metro</b> La motivazione delle sentenze nelle <i>cognitiones extra ordinem</i> .....	85
<b>Massimo Miglietta</b> Rapporti tra autorità nella Palestina d'epoca tiberiana: particolarità e conferme relative al processo a Gesù in fonti apocrife .....	99
<b>Francesco Milazzo</b> Diritto romano artico .....	133
<b>M. A. Sonia Mollá Nebot</b> La <i>aequitas</i> como adecuación judicial .....	139
<b>Donatella Monteverdi</b> Vico, le XII tavole e lo spirito del tempo .....	159
<b>Laura Moscati</b> Creatività e diritti morali nella tutela delle opere dell'ingegno. Modelli europei e innovazione del sistema italiano .....	207
<b>Francesco Musumeci</b> Condizione della donna romana e divieto di <i>intercedere</i> <i>pro aliis</i> .....	237
<b>Eleonora Nicosia</b> <i>Manilius adulescens</i> (e la <i>lex Voconia</i> ) .....	261

<b>Giovanni Nicosia</b> <i>Comitiorum (habendorum) causa</i> .....	269
<b>Bahar Öcal Apaydin</b> <b>Marco Franchi</b> L'importanza e la metodologia del corso di diritto romano nella formazione del giurista dall'impero ottomano ad oggi .....	277
<b>Nicola Palazzolo</b> Le applicazioni informatico-romanistiche tra informatica giuridica e informatica umanistica: il ruolo del CIR .....	301
<b>Antonio Palma</b> Note in tema di costruzione dell'identità nell'esperienza giuridica romana .....	321
<b>Luigi Pellecchi</b> Tra processo e diritto materiale: la natura e la funzione dell' <i>actio protutela</i> .....	333
<b>Martin Pennitz</b> D. 47.2.72 pr. (Iav. 15 <i>ex Cass.</i> ): eine alternative Deutung .....	425
<b>Leo Peppe</b> What citizenship for the Roman woman? .....	447
<b>Teresa Peralta Escuer</b> El naufragio y el <i>periculum</i> en las diversas relaciones contractuales .....	479
<b>Roberto Pesaresi</b> Gratuità del mandato e responsabilità del mandatario .....	503
<b>Aldo Petrucci</b> Sopravvenienze e regolamento contrattuale: riflessioni sul pensiero giurisprudenziale romano fra tarda repubblica e principato .....	521
<b>Daniela Piattelli</b> Alleanza e 'libero arbitrio' .....	559

**Pascal Pichonnaz**

Approcher le droit romain  
comme fondements des droits modernes:  
une nécessité et un défi ..... 577

**Stefania Pietrini**

**Remo Martini**

Sul c.d. Editto di Nazareth e le ‘dicerie’ di Matteo 28.12-15 ..... 601

**José Miguel Piquer Marí**

Una reflexión sobre la *interpretatio*, el pontífice  
y los primeros modos de formalización jurídica ..... 627