

# IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL

ON ANCIENT LAW

*Direttore*

GIANFRANCO PURPURA

*Comitato scientifico*

ROGER S. BAGNALL

ALBERTO BURDESE

FELICE COSTABILE

GIOVANNI GERACI

MICHEL HUMBERT

LUIGI LABRUNA

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

MATTEO MARRONE

GIOVANNI NEGRI

BERNARDO SANTALUCIA

RAIMONDO SANTORO

BERNARD H. STOLTE

WOLFGANG WALDSTEIN

★

«Juris Antiqui Historia» is a Peer Rewied Journal.

# IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL  
ON ANCIENT LAW

1 · 2009



PISA · ROMA  
FABRIZIO SERRA EDITORE  
MMIX

*Amministrazione e abbonamenti*  
ACCADEMIA EDITORIALE®  
Casella postale n. 1, succursale n. 8, I 56123 Pisa  
Tel. +39 050542332 · Fax +39 050574888

*Abbonamenti (2009):*  
Italia: Euro 40,00 (privati) · Euro 60,00 (enti, con edizione *Online*)  
*Abroad*: Euro 60,00 (*Individuals*) · Euro 80,00 (*Institutions, with Online Edition*)  
I pagamenti possono essere effettuati tramite versamento su c.c.p. n. 17154550  
o tramite carta di credito (*American Express, Visa, Eurocard, Mastercard*)

*Uffici di Pisa:* Via Santa Bibbiana 28 · I 56127 Pisa  
Tel. +39 050542332 · Fax +39 050574888  
E-mail: [accademiaeditoriale@accademiaeditoriale.it](mailto:accademiaeditoriale@accademiaeditoriale.it)

*Uffici di Roma:* Via Ruggiero Bonghi 11/b · I 00184 Roma  
Tel. + 39 06 70493456 · Fax + 39 06 70476605  
E-mail: [accademiaeditoriale.roma@accademiaeditoriale.it](mailto:accademiaeditoriale.roma@accademiaeditoriale.it)

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 6 del 3/4/2009  
Direttore responsabile: Fabrizio Serra

Sono rigorosamente vietati la riproduzione, la traduzione, l'adattamento, anche parziale o per estratti, per qualsiasi uso e con qualsiasi mezzo effettuati, compresi la copia fotostatica, il microfilm, la memorizzazione elettronica, ecc., senza la preventiva autorizzazione scritta della *Fabrizio Serra editore*®, Pisa · Roma, un marchio della *Accademia editoriale*®, Pisa · Roma.  
Ogni abuso sarà perseguito a norma di legge.

Proprietà riservata · All rights reserved  
© Copyright 2009 by  
*Fabrizio Serra editore*®, Pisa · Roma,  
un marchio della *Accademia editoriale*®, Pisa · Roma

Stampato in Italia · Printed in Italy

La *Accademia editoriale*®, Pisa · Roma, pubblica con il marchio *Fabrizio Serra editore*®, Pisa · Roma, sia le proprie riviste precedentemente edite con il marchio *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*®, Pisa · Roma, che i volumi delle proprie collane precedentemente edite con i marchi *Edizioni dell'Ateneo*®, Roma, *Giardini editori e stampatori in Pisa*®, *Gruppo editoriale internazionale*®, Pisa · Roma, e *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*®, Pisa · Roma.

[www.libraweb.net](http://www.libraweb.net)

ISSN 2035-4967

# SOMMARIO

## ACTA

### CONVEGNO "DEBITO ED INDEBITAMENTO"

FERRARA, 6 DICEMBRE 2007

ARRIGO DIEGO MANFREDINI, <i>Introduzione</i>	13
JEAN ANDREAU, <i>L'endettement dans son contexte social et economique</i>	15
DANIELE FORABOSCHI, <i>Indebitamento e investimento</i>	23
GIOVANNI GERACI, <i>Garanti debitori: spunti papirologici ed epigrafici</i>	29
GIANFRANCO PURPURA, <i>La 'sorte' del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem (AMBROGIO, de Tob. x, 36-37)</i>	41
RAIMONDO SANTORO, <i>Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale</i>	61
SILVIA SCHIAVO, <i>Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale dei debitori</i>	125
TULLIO SPAGNUOLO VIGORITA, <i>Contribuenti ed esattori nella lex Portus Asiae</i>	135
VALERIO NERI, <i>Conclusioni</i>	155

## STUDIA

SALVATORE SCIORTINO, <i>Lege agere pro tutela</i>	159
CARLOS SÁNCHEZ-MORENO ELLART, <i>Ulpian and the stars. The actio iniuriarum against the astrologer: some reflections about D. 7.10.15.13 (Ulp. lib. 77 ad edictum)</i>	195

## LECTURAE

CARMELA RUSSO RUGGERI, <i>Cognatorum decreta e veneficia matronarum nel II secolo a. c.</i>	225
MARIO VARVARO, <i>Una lettera inedita di Bluhme a Göschen</i>	237

# LEGE AGERE PRO TUTELA

SALVATORE SCIORTINO

## 1. LO STATO DELLA DOTTRINA SUL *LEGE AGERE PRO TUTELA*: PROPOSTA DI UNA NUOVA INTERPRETAZIONE

UN noto passo delle Istituzioni di Giustiniano elenca i casi in cui, in deroga al divieto di *lege agere alieno nomine* vigente al tempo in cui erano in uso le *legis actiones*, era consentita la legittimazione processuale indiretta:<sup>1</sup>

1. 4.10: *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt quo minus rem suam ipsi exsequi possint.*<sup>2</sup>

La dottrina – eccettuati i casi dell'*actio furti ex lege Hostilia* e dell'*agere procuratorio nomine* nelle ipotesi di *morbus* ed età avanzata, che non creano alcuna difficoltà perché descritti nel passo<sup>3</sup> – identifica unanimemente il *lege agere pro populo* con l'*actio pro populo* volta alla tutela di interessi del popolo romano e concessa, per espressa previsione di legge, a ciascun cittadino;<sup>4</sup> il *lege agere pro libertate* è concordemente ricondotto al *lege agere* dell'*adsertor* chiamato, nelle controversie aventi ad oggetto lo *status libertatis* di taluno, a pronunciare la *vindicatio in libertatem* contrapposta alla *vindicatio in servitatem* del preteso *dominus*.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Abbiamo preferito discorrere di legittimazione processuale indiretta, piuttosto che di rappresentanza processuale o di sostituzione processuale, innanzitutto perché il concetto di legittimazione processuale (attiva e passiva), a differenza degli altri due, per quanto non espresso, è comunque «latente» nelle fonti giuridiche (così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Palermo, 2006, p. 91 nt. 72); inoltre, perché a prescindere dall'applicabilità di tali concetti al diritto romano (su questo aspetto v. *infra*, p. 160, nt. 6), nei casi eccezionali di *lege agere alieno nomine* trattati da 1. 4.10 ed introdotti dalla preposizione *pro*, non vi era piena distinzione tra il soggetto che agiva e il beneficiario dell'azione. Prescindendo per ora dal *lege agere pro tutela*, possiamo notare che il *populus Romanus* era concepito come una persona giuridica indistinta dal singolo cittadino che agiva nel suo interesse; la persona della cui libertà si dibatteva era addirittura oggetto, non soggetto del processo, per cui non era concepibile alcuna rappresentanza processuale. Similmente, nel caso dell'*actio furti ex lege Hostilia*, quando l'azione era esercitata nell'interesse di un prigioniero, era incerto se questi fosse ancora in vita e, quindi, nelle condizioni di essere 'rappresentato'.

<sup>2</sup> Il divieto di *lege agere alieno nomine* è, altresì, noto attraverso D. 50.17.123 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*): *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

<sup>3</sup> Dubbi, a nostro avviso ingiustificati, sulla fattura giustinianea di 1. 4.10 con riferimento alla *lex Hostilia* sono avanzati da parte di L. AMIRANTE, *Ancora sulla «captivitas» ed il «postliminium»*, Milano, 1955, p. 528 s.

<sup>4</sup> Sulla distinzione fra *actio pro populo* e *actio popularis* v. per tutti C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale. I. Parte Storica – Diritto romano*, Torino, 1894, pp. 296 sgg. e *praecipue* 335, il quale rileva che, mentre nel caso dell'*actio pro populo* il cittadino agisce formalmente *suo nomine* ma materialmente *alieno nomine*, in quanto il risultato della sua azione è volto direttamente a vantaggio del popolo, dell'erario pubblico, nel caso delle *actiones populares*, ad esempio quelle di previsione editale, come l'*actio de sepulchro violato*, *de albo corrupto*, *de effusis vel deiectis*, *deposito et suspenso*, la condanna è invece a favore dell'attore.

<sup>5</sup> Per un primo approccio alla materia del processo di libertà v. M. NICOLAU, *Causa liberalis. Etudes*

A non poche difficoltà si è andati incontro, invece, nel tentativo di ricostruire il contenuto del *lege agere pro tutela*.<sup>1</sup> A tal proposito, il dibattito in letteratura si è polarizzato intorno alle seguenti proposte interpretative: risale alla Glossa<sup>2</sup> l'idea che l'inciso *pro tutela* facesse riferimento alla 'rappresentanza' in giudizio del tutore a favore del pupillo; si deve a Cuiacio<sup>3</sup> l'elaborazione della tesi dell'*accusatio suspecti tutoris*, che ciascun cittadino avrebbe potuto intentare nei confronti dei *tutores suspecti*.

Venivano così tracciati i binari lungo i quali sarebbero state condotte le successive ricerche, tutte caratterizzate dal tentativo di individuare argomenti da addurre contro l'opposta tesi: anche l'ultimo contributo in ordine di tempo dedicato specificamente all'argomento si è posto sul percorso di indagine tracciato fin dal Medioevo.<sup>4</sup>

Dal canto nostro, crediamo opportuno ritornare sull'argomento anche perché il mancato prevalere di una tesi sull'altra è indizio del carattere insoddisfacente di entrambe le ricostruzioni. Percorreremo una via alternativa a quelle fin ora battute e proveremo a dimostrare che le obiezioni e i rilievi – sui quali tosto ci soffermeremo – che possono muoversi sia alla tesi della 'rappresentanza tutoria' sia a quella dell'*accusatio suspecti tutoris*, svaniscono d'un solo colpo ove si riferisca il *lege agere pro tutela* all'intervento in giudizio, in costanza di tutela, del *tutor praetorius* (detto anche *tutor ad litem*)<sup>5</sup> in due casi: il primo, e più importante, è l'*oblatio litis*, la decisione da parte del *tutor praetorius* non di *praestare* la propria *auctoritas* all'*infantia maior* nel corso del processo ma di *accipere* da solo il *iudicium*; il secondo, verificabile anteriormente al I sec. d.C., nelle ipotesi in cui il *tutor ad litem* non potesse limitarsi a prestare la propria *auctoritas* a causa dell'*infantia* del pupillo o dell'assenza del *pupillus* o della *mulier*.

## 2. AGERE ALIENO NOMINE E AGERE PRO ALIO: LA QUESTIONE DEL PRESUNTO RAPPORTO DI DERIVAZIONE DI I. 4.10 DA GAI 4.82

I tentativi di ricostruzione del contenuto del *lege agere pro tutela* si inseriscono all'interno del dibattuto tema della legittimazione processuale. Consci delle ben note difficoltà di applicare al processo romano i moderni concetti di rappresentanza e sostituzione processuale,<sup>6</sup> preferiamo attenerci al linguaggio delle fonti e discorrere

*historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris, 1933; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961; A. RUSSO, *Note sull'adsertor in libertatem*, in (a cura di F.M. D'Ippolito) *Φιλία*, *Scritti Franciosi* IV, Napoli, 2007, pp. 2363 sgg., con indicazione di letteratura.

<sup>1</sup> In ordine alle difficoltà di identificare il contenuto del *lege agere pro tutela*, è significativa la posizione degli Autori che hanno preferito rinunciarvi: P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*<sup>4</sup> (tr. it. C. Longo), Milano, 1909, p. 1040; M. NICOLAU, *Causa liberalis*, cit. p. 135 nt. 227, ove altra indicazione di autori incerti sul punto; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 125.

<sup>2</sup> Glossa c. *Quemlibet* a 1. *De his per quos agere possumus*. § *Nunc admonendi sumus*, Venetiis, 1584, V, p. 522. Per gli studiosi che aderiscono a questa corrente di pensiero v. *infra*, p. 167, nt. 1.

<sup>3</sup> CUIACIO, *Notae, In lege IV Inst. ad h.l.*, Neapolis, 1758, I, 272 c. (ed. Pratii 1836, II, col. 1306). Rinviamo alla nt. 58 per l'indicazione degli autori che hanno aderito a questa proposta interpretativa.

<sup>4</sup> P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere' di Inst. 4.10 pr.*, in «SDHI», 30 (1964) pp. 263 sgg.

<sup>5</sup> Del quale danno notizia, principalmente, Gai 1.184 nonché Tit. Ulp. 11.24 e 11.27, fonti di cui ci occuperemo *infra* § 5.

<sup>6</sup> Per tutti, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II.1 Il processo formulare*, Milano, 1963, pp. 318 sgg., con indicazione e discussione di letteratura. A nostro avviso, la difficoltà di applicare i concetti moderni al diritto romano deriva, oltre che dalle ragioni di carattere dogmatico già evidenziate in dottrina, anche dalla legislazione italiana in materia di rappresentanza e sostituzione processuale, che vieta di promuovere un'azio-

di *agere alieno (alterius) nomine* o *proprio nomine* e *agere pro alio*: tali locuzioni necessitano, peraltro, di essere chiarite perché traspaiono dalle fonti significati spesso coincidenti ma, talvolta, distinti e capaci di ingenerare equivoci interpretativi: assume, dunque, carattere pregiudiziale nei confronti della nostra indagine chiarirne il senso.

Ebbene, l'espressione *agere alieno nomine* riveste un duplice ordine di significati, a seconda che '*nomen*' indichi il titolo o la causa dell'azione ovvero il nome della persona nell'interesse della quale si agisce e beneficiaria degli effetti del processo: nel primo caso, *nomen* è normalmente usato all'ablativo con i verbi *competo* o *do* e significa agire in base ad una causa o a un titolo facente capo ad altri, ma non nell'interesse altrui;<sup>1</sup> nel secondo caso, l'ablativo *nomine* è usato con i verbi *ago*, *constituo*, *intervenio*<sup>2</sup> nel significato di agire in nome, per conto e nell'interesse altrui: in questo secondo caso l'*agere alieno nomine* coincide con l'*agere pro alio* (o *per alios*).

A tale doppio ordine di significati dell'espressione *agere alieno nomine* corrispondono due distinti ambiti espositivi rintracciabili all'interno del IV commentario delle *Institutiones* di Gaio, il primo compreso tra i §§ 69-81, il secondo tra i §§ 82-87:<sup>3</sup> si tratta della più lucida esposizione della nostra materia presente nelle fonti.

ne in giudizio diretta a fare valere in nome proprio diritti altrui, salvo i casi specificamente previsti dalla legge. Pertanto, a negare la riferibilità dei concetti moderni al diritto romano, di solito, si finisce per sottovalutare la circostanza che, mentre in diritto romano la funzione del *cognitor* e del *procurator* si esauriva con lo svolgimento del processo (al quale peraltro costoro non erano direttamente legittimati al posto del *dominus litis*, occorreva all'uopo una formula con trasposizione di soggetti), secondo una giurisprudenza unanime la rappresentanza volontaria (art. 77 c.p.c.) – eccettuati i casi delle misure cautelari e degli atti processuali urgenti – è consentita solo se la procura abbia ad oggetto anche i rapporti giuridici sostanziali cui ineriscono i diritti dedotti in giudizio (v. Cass. civ. sez. III, n. 14766 del 26 giugno 2007; 4796 del 06 marzo 2006; n. 15026 del 15 luglio 2005; sez. I, n. 27284 del 20 dicembre 2006). In ordine al sostituto processuale (art. 81 c.p.c.), in dottrina e giurisprudenza prevale la tesi che tale istituto non abbia nulla a che fare con la rappresentanza processuale, atteso che i sostituti fanno valere in giudizio un diritto proprio; più correttamente, S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*<sup>35</sup>, Padova, 2000, pp. 108, ritengono che: «la verità è che quella che si vuole qualificare come sostituzione processuale non è altro che una ipotesi, tutt'altro che anormale, di interferenza fra rapporti giuridici». Similmente, G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile, I. Teoria e disposizioni generali*, Padova, 2007, p. 160, è dell'avviso che tutti i casi di sostituzione processuale sono anche casi di litisconsorzio necessario e ricorda che l'inconsistenza della c.d. sostituzione processuale si coglie dal fatto che il «titolare del diritto, da un altro dedotto in giudizio, è tanto poco sostituito che se ne impone necessariamente la chiamata in causa, essendo altrimenti l'azione improcedibile e comunque a lui non opponibile la sentenza».

<sup>1</sup> Per tale significato di *nomen* v. E. FORCELLINI, *s.v. nomen*, vol. III, p. 383, II, ¶ 7: *saepe etiam pro causa, titulo, praetextu*; HEUMANN-SECKEL, *s.v. nomen*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, p. 369, d); M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, pp. 48 sgg., nota come l'uso congiunto dell'ablativo *nomine* con i verbi *competo* o *do* sembra fare riferimento alla legittimazione all'esercizio o all'assunzione di un giudizio; mentre l'ablativo *nomine* con riferimento ai verbi *ago* o *constituo*, pare rinviare concretamente all'azione, all'assunzione effettiva del giudizio. EAD., *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano I*, Milano, 2008, p. 60 sg. Sul significato del lemma *nomen* v. per tutti R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano I*, Torino, 1968, pp. 116 sgg.

<sup>2</sup> Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit rell.*; Gai 4.87: *Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur... eius persona, cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat rell.*

<sup>3</sup> Sull'autonomia delle trattazioni oggetto dei §§ 69-81 e 82-87 v. D. MANTOVANI, *Un esempio dell'efficienza della comunicazione gaiana* (Gai 4.88-102), in «SDHI», 51 (1985) p. 354 sg.; M. MICELI, *Sulla struttura formulare*, cit. pp. 45 sgg. e nt. 16, cui rinviamo per l'indicazione di letteratura relativa all'andamento e alla sistematica della trattazione gaiana; diversamente G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, p. 59 nt. 130, è dell'avviso che le trattazioni condotte nei §§ 69-81 e 82-87 siano accomunabili, non già alla luce di una correlazione tematica inesistente, ma in virtù di un collegamento esistente in entrambi i casi «a questioni di *conceptio* formulare».

Nei §§ 69-81, il giurista tratta il tema delle così dette *actiones adiecticiae qualitatis* e delle *actiones noxales* in ordine alle quali dice che *'e o r u n d e m n o m i n e* (scil. *filiorum, servorum*) *in parentes dominosve dari solent*' (Gai 4.69), e cioè che esse sono concesse contro *domini* o *parentes*, responsabili per atti o fatti risalenti ai propri *servi* o *filii*: si tratta di un ambito semantico ampiamente attestato.<sup>1</sup> In questi casi, all'*agere alieno nomine* non corrisponde un *agere pro alio* bensì un *agere pro se*, perché il *pater* o *dominus* cerca di evitare una condanna a proprio carico e il lemma *nomen* assume il significato di causa o titolo.

Nei §§ 82-87 si passa a trattare del tema dell'*agere alieno nomine* in senso tecnico (Gai 4.82: *Nunc admonendi summus agere aut nostro nomine aut alieno rell.*), cioè dei casi dell'*agere cognitorio, procuratorio, tutorio* o *curatorio nomine*, caratterizzati in termini di tecnica formulare, dalla concessione di azioni con trasposizione di soggetti:<sup>2</sup> in tale

<sup>1</sup> Con riferimento alle così dette azioni adietizie ricorrono ad es. le espressioni *institoris nomine* [D. 14.5.8 (Paul. 1 *decr.*)]; *filii* o *filiorum nomine* [D. 15.1.3.12 (Ulp. 29 *ad ed.*); 15.1.27 pr. (Gai. 9 *ad ed.*); 21.1.23.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 42.4.7.15 (Ulp. 59 *ad ed.*); 44.7.10 (Ulp. 59 *ad ed.*)]; *servi* o *servorum nomine* [D. 10.3.9 (Afric. 7 *quaest.*); 10.3.15 (Paul. 5 *ad Plaut.*); 11.6.3.6 (Ulp. 24 *ad ed.*); 14.4.2 (Ulp. 29 *ad ed.*); 15.1.1.6 (Ulp. 29 *ad ed.*); 15.1.9.8 (Ulp. 29 *ad ed.*); 15.1.19 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*); 21.1.23.4 (Ulp. 34 *ad ed.*); 42.4.7.15 (Ulp. 59 *ad ed.*)]; ed anche *vicarii nomine* [D. 14.4.5.1 (Ulp. 29 *ad ed.*)]; *depositi nomine* [D. 15.1.5 (Ulp. 29 *ad ed.*)]. Con riferimento alle azioni nossali sono testimoniate le locuzioni *servi nomine* [D. 2.7.1.1 (Ulp. 5 *ad ed.*); 2.10.1.5 (Ulp. 7 *ad ed.*); 3.2.14 (Paul. 5 *ad ed.*); 4.2.16.1 (Ulp. 11 *ad ed.*); 4.3.9.4 (Ulp. 11 *ad ed.*); 4.9.6.1 (Paul. 22 *ad ed.*); 6.1.58 (Paul. 3 *epitom.*)]; 9.4.2.1 (Ulp. 18 *ad ed.*); 9.4.4.2 (Paul. 3 *ad ed.*); 9.4.11 (Ulp. 7 *ad ed.*); 9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*); 9.4.28 (Afric. 6 *quaest.*); 9.4.38.2 (Ulp. 37 *ad ed.*); 10.4.16 (Paul. 10 *ad Sab.*); 11.1.20 (Paul. 2 *quaest.*); 11.6.3.6 (Ulp. 24 *ad ed.*); 13.6.21.1 (Paul. 3 *quaest.*); 39.3.11.3 (Paul. 49 *ad ed.*); 44.7.56 (Pomp. 20 *ad Quint. Muc.*); 47.2.65 (Neraz. 1 *membran.*); 47.2.84.1 (Neraz. 1 *resp.*); 47.8.2.15 (Ulp. 56 *ad ed.*); *vicarii nomine* [D. 15.1.23 (Pomp. 9 *ad Sab.*)]. Al di fuori delle azioni adietizie e nossali, in questo significato, il lemma *nomen* ricorre anche nel caso delle azioni concesse contro il *dominus familiae nomine* [D. 39.4.1 pr. (Ulp. 55 *ad ed.*); 47.6.3 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*); 47.8.2.14 (Ulp. 56 *ad ed.*); 47.8.2.19 (Ulp. 56 *ad ed.*)]; l'espressione *teneri servi nomine* con riferimento alla *familia* di schiavi ricorre in [D. 39.4.13.2 (Gai. 13 *ad ed. prov.*)] o nell'*actio servi corrupti* [la quale *competit servi nomine* in D. 11.3.11.2 (Ulp. 23 *ad ed.*); 11.3.17 (Marc. 4 *reg.*); *pignoris nomine* in D. 11.3.14.4 (Paul. 19 *ad ed.*)]. Si discorre di *actio redhibitoria accepta servi nomine* [D. 21.1.21.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) e D. 21.1.30 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)]; di *actio ad exhibendum servi nomine* [D. 41.3.16 (Iav. 4 *ex Plaut.*)]; di *actio iniuriarum servi* o *filii nomine* [D. 3.3.39.4 (Ulp. 9 *ad ed.*); 47.10.1.5 (Ulp. 56 *ad ed.*); 47.10.15.44 e 48 (Ulp. 77 *ad ed.*); 47.10.29 (Paul. 10 *ad Sab.*); 47.10.36 (Iul. 45 *Dig.*)]; o *libertae nomine* [D. 47.10.11.7 (Ulp. 57 *ad ed.*)] o, ancora *patris nomine* [D. 46.8.22 pr. (Iul. 56 *Dig.*)]; di *actio de pauperie esperita canis nomine* [D. 9.1.2.1 (Paul. 22 *ad ed.*)] o *liberarum personarum nomine* [D. 9.1.3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*)]; di *agere de inofficioso vel falso testamento pupilli* o *filii nomine* [D. 5.2.8 (Ulp. 14 *ad ed.*); 5.2.22.3 (Tryph. 17 *disp.*); 5.2.30.1 (Marc. 4 *inst.*); 34.9.22 (Tryph. 5 *disp.*)]; di *iudicium de inofficioso testamento hereditatis nomine* [D. 5.3.7.1 (Ulp. 14 *ad ed.*)]; di *actio tutelae pupilli nomine* [D. 26.7.12 pr. (Paul. 38 *ad ed.*)] o *usurarum nomine* [D. 26.7.58.3 (Scaev. 11 *dig.*)]; di *actio municipibus ususfructus nomine* [D. 7.1.56 (Gai. 17 *ad ed. prov.*)]; di *actio legis Aquiliae servi occidentis nomine* [D. 9.2.27.3 (Ulp. 18 *ad ed.*)] o *vulneris nomine* [D. 19.2.43 (Paul. 31 *ad ed.*)]; di *condictio furiosi nomine* [D. 12.1.12 (Pomp. 6 *ex Plaut.*)]; di *actio furti rei communis nomine* [D. 17.2.45 (Ulp. 30 *ad Sab.*)] o *vinacorum nomine*, o ancora *rerum raptarum nomine* [D. 47.8.2.26 (Ulp. 56 *ad ed.*)]; di *actio pigneraticia nummorum solutorum nomine* [D. 20.1.13.2 (Marc. libro *singulari ad formulam hypothecariam*)] di *actio depositi* che non spetta *negligentiae nomine* [D. 44.7.1.5 (Gai. 2 *Aureorum*)].

<sup>2</sup> Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit rell.* Inoltre, con riferimento all'*actio Rutiliana*, non menzionata, curiosamente, nei §§ 82-87, ma del pari rientrante nel concetto tecnico di *agere alieno nomine* ivi lumeggiato, v. Gai 4.35. Ancora Gaio impiega la locuzione *alieno nomine agere* in questo significato in 4.90; 4.101. Risulta perspicuo il significato di *alieno nomine agere* inteso come agire in giudizio nell'interesse altrui in diversi casi nelle fonti, nelle quali si avverte la tendenza dei giuristi a considerare attori *alieno nomine* oltre ai soggetti indicati da Gaio, anche l'*actor municipum* (in ordine al quale, tuttavia, v. A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei 'collegia' in diritto romano*, in «Labeo», 31 (1980) pp. 12 sgg., secondo cui l'*actor municipum* non poteva essere menzionato in una formula con trasposizione di soggetti, perché sarebbe stato solo uno strumento, un organo della persona giuridica) e il cittadino legittimato attivamente alle azioni popolari: D. 49.1.20 pr. (Mod. l. *sing. de praescr.*): *Qui suspectum tutorem facit... alieno nomine agere intellegendum est; D.*

secondo ambito semantico, l'*agere alieno nomine* coincide esattamente con l'*agere pro alio*, l'agire in giudizio nell'interesse o a favore d'altri, come dimostrano numerose fonti in cui le due espressioni sono utilizzate in chiave sinonimica.<sup>1</sup> In queste ipotesi 'nomen' fa riferimento al nome della persona nel cui interesse è intentata l'azione.

Questa premessa si rivelerà particolarmente utile nel prosieguo dell'indagine volta a ricostruire il significato dell'espressione *lege agere pro tutela*, in ordine alla quale possiamo fin d'ora anticipare che, a nostro avviso, si tratta di un caso di *agere alieno nomine* inteso come un *agere pro alio*, cioè nell'interesse della tutela.

A questo punto, occorre precisare che la presente ricerca non risulta in alcun modo condizionata dalla probabile mancata corrispondenza tra le eccezioni al divieto di *alieno nomine agere* elencate in I. 4.10 e quelle che Gai. 4.82 indica solo genericamente: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret praeterquam ex certis causis.*<sup>2</sup>

49.4.1.13 (Ulp. 1 de app.): *Tutores, item defensores rerum publicarum, et curatores adolescentium vel furiosus... alieno nomine appellant;* [similmente in D. 49.4.2.1 (Macer 1 de appell.); D. 3.3.39.1 (Ulp. 9 ad ed.): *Qui alieno nomine agit quamcumque actionem, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit, cavere debet;* D. 43.24.5.10 (Ulp. 70 ad ed.): *Idem ait, et adversus procuratorem, tutorem, curatorem, municipiumve syndicum alieno nomine interdicti potest.*

<sup>1</sup> La coincidenza dell'*alieno nomine agere* con l'*agere pro alio* o *per alios* risulta chiaramente dalle parole dell'editto: V.F. 322 (Ulp 7 ad ed. ?): *Verba autem edicti haec sunt: 'alieno', inquit, 'nomine, item per alios agendi potestatem rell.;* V.F. 323 (Ulp 7 ad ed. ?): *Quod ait 'alieno nomine, item per alios' rell. Ed anche da D. 49.4.1.12 (Ulp. 1 de appell.): *Quare procurator, nisi in suam rem datus est, tertium diem habebit; in suam autem rem datus magis est, ut alteram diem observet; at si in partem proprio nomine, in partem pro alieno litigat, ambigi potest, utrum biduum an triduum observetur; et magis est ut suo nomine biduum, alieno triduum observetur.**

Si vedano anche i seguenti tipici casi di *alieno nomine agere* considerati nelle fonti casi di *pro alio agere*: D. 3.3.41 (Paul. 9 ad ed.): *Feminas pro parentibus agere interdum permittitur causa cognita, si forte parentes morbus aut aetas impediatur nec quemquam, qui agat, habeant;* D. 47.10.11.2 (Ulp. 57 ad ed.): *Agere quis iniuriarum et per se et per alium potest, utputa per curatorem, tutorem, ceterosque qui pro aliis solent intervenire;* C. 2.12.7: *IMP. ALEXANDER A. MACRINO. – Militem nec pro patre, matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri oportet rell. [224].*

Sul rapporto fra *alieno nomine agere* e *pro alio agere* v. per tutti E. HRUZA, *Über das lege agere pro tutela* (Erlangen 1887) pp. 15 sgg. Nel significato di intervenire in giudizio nell'interesse altrui vanno letti anche i divieti di *postulare pro aliis* previsti nell'Editto [sui quali v. per tutti G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit. pp. 307 sgg. e, in generale sull'atto di *postulare* v. ora V. CARRO, ...Et ius et aequom postulas... *Studio sull'evoluzione del significato di postulare* (Napoli 2006) pp. 82 sgg.]. Simmetricamente, la locuzione *pro se* indica l'intervento il giudizio nel proprio personale interesse, come dimostrano i divieti di *postulare pro se* [D. 3.1.1.3 (Ulp. 6 ad ed.); la possibilità di *pro se lege agere* introdotta dalla *lex Vallia*, eccettuati i casi di *iudicatum* e *depensum* (Gai 4.25); e anche il *pro se lege agere* del *vindex* intervenuto nella *manus iniectio* a favore del *iudicatus* (Gai 4.21) deve considerarsi solo in un primo momento a favore del presunto debitore, perché nella *legis actio* che seguiva al suo intervento egli assumeva su di sé la lite estromettendo l'originario convenuto dal processo. Pare questa la tendenza della più recente letteratura, v. con specifico riferimento al *vindex* intervenuto nella *manus iniectio* contro il *vocatus* recalcitrante, A. TRISCIUOGGIO, *Sul vindex della in ius vocatio in età decemvirale*, in *Studi per Giovanni Nicosia VIII*, Catania, 2007, pp. 294 sgg., con indicazione di letteratura, cui *adde*, con specifico riguardo al significato della locuzione *pro se lege agere* in termini riflessivi: S. SCHLOSSMANN, *Alt-römisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904, pp. 167 sgg. e 174 sgg.; F. KLEINEDAM, *Die Personalexekution der Zwölfstafeln*, Breslau, 1904, pp. 154 ss; nei termini di sinonimo di *pro alio*, v. invece: O. LENEL, *Rec a Schlossmann, op. cit.*, in «ZSS», 25 (1904) pp. 397 sgg. H. ERMAN, *Rec. a Kleinedam, op. cit.*, in «ZSS», 26 (1905) p. 563 sg. e in tempi recenti M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, p. 138.

<sup>2</sup> Abbiamo riportato la chiusa del passo di Gaio nella lezione comunemente accolta da parte di tutti gli editori dopo la revisione del testo operata da G. STUEDEMUND, *Gaii institutionum commentarii IV Codicis Veronsensis denuo collati apographum confecti*, Lipsiae, 1874; rist. O. ZELLER 1965, p. 49. Prima di allora la lacuna presente nel palinsesto veronese era colmata diversamente, si v. le edizioni delle Istituzioni di Gaio curate

Infatti, sebbene in letteratura<sup>1</sup> si ritenga comunemente che il compilatore autore di I. 4.10<sup>2</sup> abbia escerpito il passo dalle Istituzioni di Gaio, come l'intelaiatura espositiva del discorso sembrerebbe suggerire, attesa pure la perfetta corrispondenza della prima parte del discorso con l'andamento del manuale gaiano,<sup>3</sup> recentemente sono stati addotti contro tale diffuso orientamento convincenti argomenti da parte di Marrone, scettico anche in ordine alla derivazione delle ipotesi in deroga al divieto di *lege agere alieno nomine* dalle *Res cottidianae* di Gaio.<sup>4</sup>

Ci sentiamo, in effetti, di condividere le ragioni di perplessità avanzate dall'Autore, a pare-

da J.F.L. GOESCHEN, *Gai Institutionum Commentari IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae scientiarum academiae Borussicae nunc primum editi. Accedit fragmentum veteris cuiusdam iureconsulti de iure fiscali ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transscriptum*, Berolini, 1820, p. 295; J.F.L. GOESCHEN, *Gai Inst.*<sup>3</sup>, a cura di LACHMANN (Berolini 1842), p. 361; HEFFTER, *Gai Inst. Comm. IV* (Berolini 1830) p. 106, che ricostruiscono il tratto di Gai 4.82 che a noi interessa come segue: «...alterius nomine agere non licere, nisi pro populo et libertatis causa».

Sul significato assunto dall'avverbio *olim* nelle Istituzioni di Gaio in campo processuale per indicare il periodo in cui *lege agebatur* (si v. anche Gai 4.32 e 4.94) rinviamo agli autori citati da C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 17 nt.2.

<sup>1</sup> C. FERRINI, *Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano*, in «BIDR», 13 (1900) p. 199, è dell'avviso che I. 4.10 pr. presenti «caratteri formali gaiani»; C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano.*<sup>2</sup> *Il Processo Civile I* (Torino 1913) p. 190 nt. 3; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, II. Le legis actiones* (Bologna 1948) pp. 274 sgg.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le legis actiones* (Roma 1961-62) pp. 244 sgg.; R. QUADRATO, *v. Rappresentanza*, in «ED», 38, pp. 418 sgg.; C.A. MASCHI, *Tutela. Fedecommissi. Contratti reali. (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studi Volterra IV*, Milano, 1971, p. 773 nt. 248, crede alla provenienza gaiana del testo delle *Institutiones* di Giustiniano, ma da un manoscritto migliore rispetto al Veronese: «i compilatori giustiniane non avevano nessun interesse a descrivere minutamente un regime processuale tramontato da secoli, mentre invece Gaio dà, com'è noto, un'ampissima descrizione del procedimento per *legis actiones*. Anche in questo caso è dunque verisimile che l'esemplare gaiano utilizzato dai compilatori fosse più completo del ms. Veronese e che da esso sia stato tratto di peso quanto manca del manoscritto di Verona».

<sup>2</sup> A parere di C. WIRBEL, *Le cognitior*, Paris, 1911, p. 16, il redattore di I. 4.10 si dovrebbe identificare con Doroteo, compilatore del libro IV delle *Institutiones* di Giustiniano, come da ultimo provato da G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in «AUPA» 45.1 (1998) p. 387, il quale con specifico riguardo al nostro titolo 4.10 (p. 385 nt. 387), sebbene dal confronto con PT 4.10 pr. emergano delle divergenze, prudentemente non esclude che l'autore del passo possa essere Teofilo: «Tuttavia, sia il carattere grossolano del fraintendimento sia il particolare modo in cui la precisazione è introdotta ('ὁ ἐστ...') potrebbero far pensare, piuttosto, che si tratti di una glossa esplicativa inserita in un secondo momento nel testo originario di PT».

<sup>3</sup> I due passi non solo seguono un identico snodo argomentativo precedendo il tema delle *satisfactiones*, ma hanno identica struttura, come si evince dalla trattazione del *procurator* che in I. 4.10.1 viene condotta in negativo (*Procurator neque certis verbis neque praesente adversario...constituitur*), quasi a porre un confronto con il *cognitor*, presente nel manuale gaiano, ma caduto nella trattazione giustiniana.

<sup>4</sup> Si v. la recente relazione tenuta al Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto, svoltosi a Roma nei giorni 15-17 Novembre 2007, sul tema «*l'agire per altri*», in corso di pubblicazione nei relativi Atti, il cui testo ci è stato possibile consultare grazie alla cortesia dell'Autore.

In passato l'idea della mancata corrispondenza dei casi elencati in I. 4.10 con quelli non enumerati da Gai 4.82 era stata sostenuta da C. WIRBEL, *Le cognitior*, cit., pp. 16 sgg., ma senza prove convincenti. L'argomento adottato da Wirbel per criticare la derivazione di I. 4.10 da Gai 4.82 appare superabile: il passaggio dalla prima persona plurale utilizzata in Gai 4.82 alla terza singolare, che secondo C. WIRBEL, *op. cit.*, p. 18, denota una chiara e diversa fisionomia dei due testi, ricorre spesso nelle *Institutiones* di Giustiniano e può considerarsi consueto, tanto che G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit. p. 385 nt. 387, pensa che il redattore di I. 4.10 abbia ripreso abbastanza fedelmente Gai 4.82. In realtà, l'intera ricostruzione di Wirbel circa la mancata derivazione di I. 4.10 da Gai 4.82 appare pesantemente condizionata dalla necessità di dimostrare l'origine del *cognitor* al tempo delle *legis actiones*. Tuttavia, a questo risultato Wirbel poteva giungere più semplicemente ricordando che nella Compilazione giustiniana sono scomparsi tutti i riferimenti al *cognitor*: pertanto, la sua menzione avrebbe ben potuto essere presente nel testo delle Istituzioni di Gaio ma non nelle *Institutiones* di Giustiniano. M. NICOLAU, *Causa liberalis*, cit. p. 129 e 134 sg. ed ivi nt. 227, crede che l'*agere pro libertate* di I. 4.10 non solo non derivi dalle Istituzioni di Gaio, ma sarebbe addirittura stato

re del quale i casi sottesi dal rinvio presente nelle Istituzioni di Gaio, da un canto, dovevano fare riferimento al *cognitor*, scomparso dalle fonti per mano dei compilatori giustinianeî e, dall'altro, non potevano non corrispondere ai quattro casi di *agere cognitorio, procuratorio, tutorio e curatorio nomine*.

Un primo motivo di dubbio è legato alla circostanza che tali casi sono introdotti da un '*velut*' che – sebbene sia usato da Gaio talvolta con valore esaustivo e talvolta con valore limitativo<sup>1</sup> – nel caso di specie ha un evidente valore limitativo: infatti, nel prosieguo del discorso Gaio si occupa delle sole quattro figure menzionate in Gai 4.82 e di nessun altro caso di *agere alieno nomine*.<sup>2</sup>

Un secondo motivo di dubbio, deriva dalla circostanza che i casi di *agere alieno nomine* di Gai 4.82 sono tutti casi di *agere alieno nomine* ed insieme di *agere pro alio* nei quali il processo era condotto da un soggetto *sui iuris*, indifferente nel ruolo di attore o convenuto, che indicava nella formula (con così detta trasposizione di soggetti) il *nomen* del titolare del rapporto dedotto in giudizio e anche i casi eccezionali al divieto di *lege agere alieno nomine* dovevano essere dello stesso tipo, ovviamente previ opportuni adattamenti dei *verba* pronunciati nel corso del rituale della *legis actio*.<sup>3</sup>

Viceversa, i casi di deroga al divieto di *lege agere alieno nomine* elencati in I. 4.10 fanno riferimento ad ipotesi peculiari di *agere pro alio* per le quali, non solo non è possibile discorrere di rappresentanza processuale in termini moderni, ma a stretto rigore non sempre si verificava un *alieno nomine agere* nel senso della spendita del nome dell'interessato.

Così, nel caso del *lege agere pro libertate*, l'*adsertor libertatis* agiva *pro alio* ma non *alieno nomine*, atteso che il preteso schiavo figurava quale oggetto del giudizio, né tantomeno poteva assumere il ruolo di *dominus litis*. L'*actor pro populo*, addirittura, agiva a stretto rigore *pro se*, in quanto, sebbene la sua azione era volta al ripristino di una legalità violata e quindi era di interesse collettivo, tecnicamente la condanna era rivolta a proprio favore,<sup>4</sup> né la distinzione tra singolo *civis* e *populus* di appartenenza poteva dirsi esistente al tempo in cui erano in vigore le *legis actiones*: verrà compiuta solo in età severiana [cfr. D. 3.4.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*)].

inventato dai commissari giustinianeî perché non corrisponde al concetto di rappresentanza processuale. Similmente ragiona l'Autore per l'*agere pro tutela*, ricondotto alle azioni del tutore per conto del pupillo e del quale, tuttavia, il tutore non potrebbe essere considerato un rappresentante (l'ipotesi dell'*agere pro populo* è ritenuta sospetta perché l'Autore, a torto, considera tutti i casi di *agere pro populo* successivi alla *lex Aebutia*). Le giuste critiche di G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit. pp. 150 sgg., benché limitate al caso dell'*adsertor libertatis*, fondate proprio sulla scorretta metodologia volta a «costringere nel letto di Procuste della dogmatica moderna gli istituti dell'antico diritto romano», crediamo si possano estendere anche agli altri casi di *agere pro alio*. In particolare, non si vede quale ragione avrebbero avuto i commissari giustinianeî di inventare casi presentati in funzione di pura erudizione storica: essi devono corrispondere al contenuto di un'opera della giurisprudenza classica.

<sup>1</sup> Sul significato di *velut* nelle Istituzioni di Gaio v. R. QUADRATO, *Corpus gaiano e lacune delle Institutiones*, in *Atti del Seminario romanistico Gardesiano*, Milano, 1976, p. 86, ad avviso del quale l'avverbio, «pur avendo talvolta valore limitativo, svolge nella sua normale applicazione, una funzione esemplificativa». Con riferimento all'elencazione di Gai 4.171, *contra* M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectioem in relazione al furtum manifestum*, in «AUPA», 51 (2006) p. 372 nt. 70. Ancora M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, p. 234 sg. riconosce valore esemplificativo al *velut* di Gai 4.9, sebbene solo con riferimento alle azioni con le quali *rem et poenam persequimur* e non già alle azioni accomunate dal fenomeno della litiscrescenza.

<sup>2</sup> Marrone crede che Gaio avrebbe anche potuto fare riferimento a qualche altro caso affine, come quello dell'*actor municipum* ma, certo, restavano fuori i casi elencati in I. 4.10. Sull'*actor municipum* v. C. FADDA, *L'azione popolare*, cit. pp. 103 sgg.

<sup>3</sup> Tentativi di ricostruzione in tal senso sono compiuti da E. HRUZA, *Über das lege agere pro tutela*, cit. p. 47 nt. 1 con riferimento all'ipotesi del *lege agere tutorio nomine*.

<sup>4</sup> Si pensi al caso dei *quadruplicatores*, su cui *infra*, p. 179, nt. 2.

Quanto alla *lege agere pro tutela*, identificato da Marrone con l'*agere* del tutore per il pupillo,<sup>1</sup> l'Autore accede alla nota tesi secondo cui il *tutor* in età arcaica agisse addirittura *suo nomine* con riguardo ai beni pupillari, essendone il proprietario: residuo di tale situazione dominicale sarebbe il fatto che ancora dai giuristi di età severiana il tutore era considerato *domini loco* in relazione ai beni del pupillo.

Da quanto sopra, è lecito nutrire più di un dubbio circa la derivazione dei casi di deroga al divieto di *lege agere alieno nomine* di I. 4.10 dalle Istituzioni o da altra opera gaiana.

Infine, la mancata menzione del *lege agere pro tutela* da parte delle Istituzioni di Gaio ed anche l'assenza di un generico rinvio ad essa ipotizzabile seguendo l'integrazione proposta da Studemund '*praeterquam ex certis causis*' ed oggi comunemente accolta, ci pare sostenibile alla luce di una ragione di ordine paleografico. Nell'*editio princeps* delle Istituzioni di Gaio curata da Göschen, poco sopra richiamata (p. 163 s., nt. 2), il primo editore del manuale gaiano che aveva letto il palinsesto prima dell'uso dei reagenti chimici che avrebbero reso difficoltosa la lettura successivamente, giustificava (p. 295 nt. 5) la ricostruzione del tratto '*\*nisi\* pro populo et libertatis causa*', rilevando che dalla lettura del palinsesto veronese era possibile scorgere solo la parola «*popu*», integrabile con *populo*, e «*lib.tis*» cioè *libertatis*: non restava alcuno spazio per il *lege agere pro tutela*, certamente assente nel palinsesto veronese del manuale di Gaio: ai nostri fini resta, comunque, impregiudicata la questione relativa alla identificazione del *lege agere pro tutela* menzionato nelle Istituzioni di Giustiniano.<sup>2</sup>

Articoleremo la ricerca, concentrandoci innanzitutto sulle ricostruzioni del *lege agere pro tutela* fornite in letteratura: metteremo in luce gli argomenti che impongono di rigettare la tesi che identifica il *lege agere pro tutela* con l'agire del tutore per conto del pupillo o della *mulier*. Continueremo esaminando le ragioni che rendono parimenti inammissibile la tesi che ricostruisce il *lege agere pro tutela* con l'*accusatio suspecti tutoris*<sup>3</sup> e, infine, esporremo la nostra proposta di intendere il *lege agere pro tutela* riferito all'intervento in giudizio del *tutor ad litem* a favore del pupillo nelle controversie intercorse tra quest'ultimo e il tutore durante la tutela.

<sup>1</sup> Oltre alla relazione segnalata alla nota 4 di p. 164, si v. anche M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano*, Palermo, 1962, p. 119 nt. 1.

<sup>2</sup> Sulle tendenze storiche del manuale istituzionale di Giustiniano v. F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in *Studi Bonfante* I, Milano, 1930, pp. 551 sgg.; M. AMELOTTI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione* II, Torino, 1983, pp. 81 sgg.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, pp. 600 sgg., con indicazione di letteratura.

<sup>3</sup> Non ci occuperemo, invece, del tentativo di interpretazione presente nella Parafrasi di Teofilo (PT. 4.10) perché inaccoglibile, come già dimostrato in dottrina. Infatti, secondo l'antecessore si sarebbe configurato un *lege agere pro tutela* allorquando tra due si fosse litigato su chi dovesse essere tutore: il soccombente avrebbe agito *alieno nomine*, cioè sulla base di un titolo di tutore che non gli pertineva, come dimostrato dall'esito della lite. La ricostruzione – che O. REITZ, *Theophili Antecessori paraphrasis graeca Institutionum caesarearum* II, Hagae-Comitis, 1751, p. 861 nt. i, favorevole alla tesi dell'*accusatio suspecti tutoris*, bollava così: '*nihil obtusius dici potest*' – non ha avuto seguito in dottrina (è stata difesa solo da G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* II, Leipzig, 1871, p. 45 sg.; e A. SCHEURL, *Beiträge des römischen Rechts* II.1, Erlangen, 1874, pp. 11 sgg.) ed è stata dimostrata infondata da V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, pp. 133 sgg., il quale ricorda che due pretendenti alla tutela contendono in ogni caso *proprio nomine* e ritiene che l'errore del Parafraste possa essere derivato dalla confusione o con l'*actio pro tutela*, data in diritto giustiniano contro il *falsus tutor*, o con il tutore pretorio. Critiche alla spiegazione teofilina anche in O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* I, Leipzig, 1885, p. 355; I. LUZZATTO, *Procedura civile romana* II, cit. p. 278; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* I, cit. p. 247; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987, p. 20 sg. PT. 4.10 si va ad aggiungere alle non infrequenti difformità, se non addirittura fraintendimenti o errori di interpretazione del testo delle *Institutiones*, in cui è incappato l'Autore della Parafrasi. G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit. segnala: PT. 2.1.9; 2.1.13; 2.1.36; 2.1.44; 2.3.1;

### 3. CRITICA DELLA TESI CHE RICOSTRUISCE IL *LEGE AGERE PRO TUTELA* COME L'AZIONE DEL TUTORE PER IL PUPILLO

La proposta di identificare il *lege agere pro tutela* con l'agire a titolo di tutela da parte del tutore in favore del pupillo o della *mulier*<sup>1</sup> snatura il significato letterale della nostra espressione, che è 'agire in favore' o 'a vantaggio della tutela', per quanto si debba riconoscere una certa comunanza di ambito semantico coperto dalle due locuzioni, atteso che anche chi agisce a titolo di tutela per il pupillo compie in definitiva un'attività a favore della tutela. Tuttavia, una differenziazione ci pare debba comunque essere mantenuta, visto che a titolo di tutela potrebbe anche compiere validamente atti giuridici un terzo non tutore, come un *negotiorum gestor* [v. D. 27.3.25 (Paul. 8 *ad Sab.*) in cui il gestore è descritto concludere validamente negozi *pro tutela*] o un *falsus tutor* ai quali, tuttavia, non si potrebbe riconoscere alcun titolo per 'rappresentare' validamente il pupillo nel processo *per legis actiones*.

A seguire la ricostruzione che stiamo esaminando, un'altra difficoltà discende dalla necessità di sostenere che la particella 'pro' rivesta diverso significato nei tre casi contemplati da I. 4.10: sarebbe utilizzata nel senso di indicare 'a favore di' nelle locuzioni *pro populo* e *pro libertate* e 'a titolo di' nel caso *pro tutela*; così intesa la particella *pro*, si è creduto di identificare nel *tutor* il soggetto che agisce a titolo di tutela, finendo per ritenere la locuzione '*pro tutela*' equivalente a '*pro tutore*'.<sup>2</sup>

Se in linea di principio nulla esclude che *pro* possa rivestire nei tre casi di I. 4.10 significati diversi<sup>3</sup> – per quanto non possa non riconoscersi più coerente con la logica espositiva del passo la presunzione che nelle tre ipotesi di *lege agere alieno nomine*

3.6.10; 3.12.2; 4.1 pr.; 4.4.1; 4.5.3; 4.6.15; 4.6.18; 4.6.20; 4.6.31; 4.6.33; 4.11; 4.12.1; 4.18; M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano*, e la compilazione delle *Institutiones* di Giustiniano in SDHI 68 (2002) p. 344 sg., aggiunge PT. 3.11.7. O. BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in «ZSS» 88 (1971) p. 242 sg., giustifica l'errore di Teofilo pensando che l'antecessore avesse inteso la *postulatio suspecti tutoris* come un procedimento volto a scegliere due pretendenti alla medesima tutela.

<sup>1</sup> Tesi sostenuta in letteratura da F. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Leipzig, 1883, p. 272 sg. e nt. 631 cui rinviamo per l'indicazione della letteratura meno recente; C. BERTOLINI, *Appunti didattici*, I, cit. p. 187 sg., il quale accosta l'espressione *pro tutela* a quelle relative al *titulus usucapionis* introdotte parimenti dalla particella *pro* nel significato di 'a titolo di': per la critica a tale opinione rinviamo a G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit. p. 279, il quale correttamente nota che se *pro* significasse 'in qualità di', l'estensore di I. 4.10 avrebbe dovuto utilizzare l'espressione *pro tutore* e non *pro tutela* per esprimere il concetto di agire a titolo di tutela. Aggiungiamo che a seguire il ragionamento di Bertolini, dovrebbe ammettersi la possibilità di un *agere pro tutela* anche da parte di un qualunque *negotiorum gestor*, con conseguente deroga al carattere tassativo delle eccezioni al *lege agere alieno nomine*; F. EISELE, *Cognitur und Prokurator. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg-Tübingen, 1881, pp. 53 sgg.; M. RÜMELIN, *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprozess*, Freiburg, 1886, pp. 28 sgg.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 121; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit. p. 248 sg.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938 (trad. ital. R. Orestano), p. 82 sg.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, (rist. Torino, 1987), p. 104 nt. 36; R. QUADRATO, v. *Rappresentanza*, cit. p. 420 nt. 35; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit. p. 21; G. FINAZZI, '*Heredem esse*' ed '*in tutelam suam venire*': riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare, in «BIDR», 94-95 (1991-1992) p. 140 sg.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> (München 1996) p. 63.

<sup>2</sup> In questo specifico senso v. G. PUGLIESE, *loc. ult. cit.*, seguito da B. ALBANESE, *loc. cit.* e G. FINAZZI, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Lo sostengono G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit. p. 249; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit. p. 21 nt. 53, a dire del quale anche pensando all'agire del tutore, *pro tutela* significherebbe «a vantaggio» della tutela, perché un tutore negligente sarebbe stato responsabile; G. FINAZZI, '*Heredem esse*', cit. p. 140.

introdotte dalla particella *pro*, e menzionate accanto, questa assuma un identico significato – deve, invece, respingersi la proposta di ritenere il termine *tutela* equivalente a *tutor*, perché le fonti esprimono l'agire del tutore per conto del pupillo non per mezzo del sintagma '*pro tutela*', sibbene con le espressioni '*pupilli nomine*'<sup>1</sup> o '*pro pupillo*'.<sup>2</sup>

A tal riguardo, notava lucidamente Fadda:<sup>3</sup> «...il *pro tutela* dovendo avere un senso analogo al *pro populo agere* e al *pro libertate agere*, coi quali viene conglobato, non può avere, come non hanno questi, riferimento al concetto di rappresentanza, come si dirà a suo luogo. Come *pro libertate* significa 'a favore della libertà' e *pro populo* 'a favore del *populus*', così *pro tutela* significa non già per l'esistenza della tutela; 'nell'interesse dell'esistenza di una tutela corrispondente ai bisogni del pupillo...sibbene puramente e semplicemente 'a favore della tutela'...La tutela non è solo un diritto del tutore, ma dà anche luogo a diritti a favore del tutelato. Il tutore ha il diritto di provvedere all'amministrazione di quel patrimonio, su cui ha un'eventuale ragione successoria: ma il pupillo ha diritto che l'amministrazione non finisca in saccheggio».<sup>4</sup>

Le fonti sono chiare in tal senso: il sintagma '*pro tutela*' significa normalmente in favore o nell'interesse della tutela, intesa come istituto, cioè come complesso delle posizioni giuridiche soggettive afferenti sia al tutore sia al pupillo.<sup>5</sup> Si è curio-

<sup>1</sup> Si tratta di D. 2.4.16 (Paul. 2 resp.): *Quaesitum est, an tutor pupilli nomine patronam suam sine permissu Praetoris vocare possit* rell.; D. 2.14.9 (Paul. 62 ad ed.): *Et quum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant* rell.; D. 5.2.30.1 (Marc. 4 inst.): *Tutoribus pupilli nomine sine periculo eius, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso vel falso testamento* rell.; D. 16.2.23 (Paul. 9 resp.): *Si pupillorum nomine debetur, si tutor petat* rell.; D. 26.7.8 (Ulp. 35 ad ed.): *...si forte tutor pecunias crediderit pupilli nomine* rell.; D. 26.7.12 pr. (Paul. 38 ad ed.): *Quum plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem actio pupilli nomine datur*. V., inoltre, D. 26.2.27 pr. (Tryph. 14 disp.); D. 26.7.10 (Ulp. 49 ad ed.).

<sup>2</sup> L'espressione *pro pupillo*, con riferimento all'attività gestoria del tutore in favore del pupillo, ricorre in D. 26.7.28 (Ulp. 23 ad ed.): *tutor pro pupillo in iudicio vocatus* rell.; D. 26.9.5.1 (Pap. 5 resp.): *tutor...iudicatum pro pupillo fecit* rell.; D. 27.4.3.2 (Ulp. 36 ad ed.): *tutor aliquid ipse pro pupillo solvit* rell.; D. 27.4.6 (Paul. 5 ad Plaut.): *tutor pro pupillo se obligavit* rell.; v. anche: C. 5.59.1 [293-304]; D. 26.7.2.1 (Ulp. 35 ad ed.); D. 27.4.1.5 (Ulp. 36 ad ed.); D. 37.10.1.1 (Ulp. 41 ad ed.); D. 46.1.25 (Ulp. 11 ad ed.).

<sup>3</sup> C. FADDA, *L'azione popolare*, cit. p. 46 sg.

<sup>4</sup> Aderiamo alla ricostruzione di Fadda e siamo convinti che il riferimento alla tutela debba tenere conto tanto delle posizioni giuridiche del pupillo quanto di quelle del tutore. In ragione di ciò, non crediamo che ai fini della ricostruzione del significato dell'espressione *pro tutela* possa giovare il noto versetto decemvirale conservato in Tab. 5.3: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* [per la cui genuinità ci limitiamo a rinviare a O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della cura furiosi*, Napoli, 1984, pp. 67 sgg.; P. ARCUS, *Riflessioni sulla norma uti legassit* (Tab. v.3) in «RDR», IV (2004) pp. 1 sgg.; S. PIETRINI, *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, pp. 63 sgg.] perché qui si fa riferimento alla tutela del patrimonio ereditario (*res sua*), espressione che non compare in I. 4.10; ma ancor di più ci lascia perplessi l'accostamento delle due locuzioni a causa della presenza della preposizione *super* (*super tutela*) che in Tab. 5.3 rimanda certamente alla tutela del patrimonio, diversamente dalla preposizione *pro* che in I. 4.10, seguendo sul punto C. Fadda, ci pare rinvii alla difesa della tutela intesa come istituto, comprensivo delle ragioni del tutore e del pupillo.

<sup>5</sup> Similmente, crediamo che anche la locuzione *pro libertate* faccia riferimento tanto alla posizione dell'*adsertor in libertatem* quanto a quella dell'*adsertor in servitutem*. Infatti, se da un lato è pacifico che in età classica la legittimazione ad intentare un processo di libertà per far dichiarare la libertà di un soggetto tenuto in stato di schiavitù fosse aperta a chiunque (v. V.F. 324), meno è stato sottolineato che fin da età repubblicana la legittimazione a fungere da *adsertores in servitutem* era propria degli *actores municipii*. Si pensi al caso di Cluenzio Abito il quale, in occasione delle *vindicationes in libertatem ex servitute* intentate da Oppianico padre per far dichiarare la schiavitù dei *Martiales* di Larino, era stato chiamato in qualità di con-

samente trascurato che la locuzione 'pro tutela' ricorre, oltre che in I. 4.10, un'altra volta nelle *Institutiones* proprio nel significato di 'a favore della tutela' intesa come istituto.<sup>1</sup>

In I. 2.20.27,<sup>2</sup> il nostro sintagma compare a conclusione di un lungo discorso, che occupa i §§ 25-26, relativo ai divieti di lasciti a titolo di legato o fedecommissario a persone *incertae* e ai *postumi alieni* presenti in diritto classico; con particolare riferimento alla tutela, in età classica valeva il principio espresso da Gai 2.240: *Tutor quoque certus dari debet*. In I. 2.20.27 si richiama una costituzione giustiniana, da identificare probabilmente con C. 6.48.1,<sup>3</sup> che aveva riordinato l'intera materia e in virtù della quale era stato permesso, ad esempio, ai *postumi alieni* di ricevere lasciti a titolo di eredità a condizione che fossero nati da donna che il disponente potesse legalmente sposare (I. 2.20.28). Orbene, nella chiusa del § 27 si precisa che, tuttavia, neppure in base a quella

cittadino dai decurioni di Larino ad assumere il ruolo di *adsertor in servitute* nell'interesse della comunità: Cic. *pro Cluent.* 15.43: *eos omnes liberos esse civesque Romanos coepit defendere. Graviter id decuriones Larinatium cunctique municipes tulerunt; itaque ab Habito petiverunt ut eam causam susciperet publiceque defenderet. Habitus cum se ab omni eius modi negotio removisset, tamen pro loco, pro antiquitate generis sui, pro eo quod se non suis commodis sed etiam suorum municipum ceterorumque necessariorum natum esse arbitrabatur, tantae voluntati universorum Larinatium deesse nolit.*

<sup>1</sup> L'espressione *pro tutela* ricorre in un significato del tutto diverso in D. 27.3.25 (Herm. 5 *iuris ep.*): *Non solum tutelae privilegium datur in bonis tutoris, sed etiam eius, qui pro tutela negotium gessit: vel ex curatione pupilli, pupillaeve, furiosi, furiosaeve debebitur; si eo nomine cautum non sit*. In questo caso, l'amministrare affari per la tutela da parte di un *negotiorum gestor*, indica l'attività negoziale di un terzo al posto del tutore, tanto che la *Vulgata*, significativamente, riporta la lezione *pro tutore*. Dal passo non si può ricavare, dunque, alcun argomento a favore della tesi che vuole ricostruire il *lege agere pro tutela* con l'*agere* del tutore a titolo di tutela perché, al contrario, nella specie *pro tutela* indica l'attività (negoziale) da parte di un terzo (*negotiorum gestor*) a favore della tutela. Sulla differenza in materia di gestione di negozi pupillari fra gestione effettuata assumendo veste e funzione di tutore (*pro tutore*) e gestione intrapresa senza alcuna determinazione del genere (*non pro tutore*) v. F.M. DE ROBERTIS, 'De eo qui pro tutore negotia gessit'. Sulla gestione a non tutore dei negozi pupillari, in «AUBA», 15 (1958) pp. 84 sgg. Ancora l'espressione *pro tutela* ricorre in V.F. 231. *Paulus libro singulari de excusationibus. Ii qui tres pluresve tutelae vel curationes vel permixto modo cuiuscumque separatas administrant, excusari a tutela curationeque solent. Quod si fratrum tutelam suscipiant, pro una tutela reputantur eadem bona*. Il passo (del quale hanno avuto modo di occuparsi E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, 1. *Personae e famiglia*, Milano, 1933, pp. 429 sgg.; P. BONEANTE, *Corso di diritto romano*, 1. *Diritto di famiglia*, rist. 1 ed. Milano 1963, p. 665 e nt. 5) è tratto dal *liber singularis de excusationibus* di Paolo in cui – espresso il principio in virtù del quale coloro che amministrano tre o più tutele o curatele, separatamente o in maniera mista, sogliono essere scusati dalla tutela o dalla curatela – si dice che, nel caso in cui venga assunta la tutela di più fratelli, si imputano gli stessi beni a titolo di una sola tutela (*quod si fratrum tutelam suscipiant, pro una tutela reputantur eadem bona*) con la conseguenza che ai fini della *excusatio tutelae*, questa ipotesi si dovrà considerare come unica, nonostante la presenza di più soggetti tutelati. Ai nostri fini conta sottolineare che anche in questa circostanza l'espressione 'pro tutela' indica la tutela intesa come complesso istituzionale, tanto che il profilo di interesse del passo è quello del tutore e, in particolare, della *excusatio tutelae* in suo favore.

<sup>2</sup> I. 2.20.27-28: *Sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione derelicta, cum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere. Postumus autem alienus heres institui et antea poterat et nunc potest, nisi in utero eius sit quae iure nostra uxor esse non potest*. Sul passo v. per tutti G. LUCCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, cit. pp. 299 sgg. Attribuisce il passo a Triboniano G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit. p. 265 nt. 91 e 272 nt. 114.

<sup>3</sup> Il testo, non pervenuto attraverso la tradizione manoscritta del *Codex repetitae praelectionis*, è ricostruito attraverso i Basilici, v. G. LUCCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit. p. 299 nt. 249; F.M. DE ROBERTIS, *Sui legati a 'incertae personae'*: C. 6.48.1.10 e la sua estraneità alla materia associativa, in *Studi Volterra*, 3, Milano, 1971, pp. 625 sgg.

costituzione potrebbe darsi un tutore *incertus*, perché ciascuno deve provvedere in favore della tutela dei propri posteri con un certo accorgimento: *Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet; quia per certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere*.

D'altra parte, contro la tesi che la locuzione *pro tutela* sia equivalente a *tutorio nomine* depongono proprio Gai 4.82 e I. 4.10. Questi testi, infatti, testimoniano l'uso del sintagma '*tutorio nomine*' per indicare l'agire del tutore per conto del pupillo: allora, sarebbe ben strano che nello stesso passo (I. 4.10) si utilizzino due espressioni diverse per segnalare il medesimo concetto. Se la locuzione *agere tutorio nomine* è utilizzata certamente nel significato di 'agire in giudizio per conto del pupillo', dobbiamo ritenere più probabile che se fra le *causae exceptae* di *lege agere alieno nomine* si fosse voluta menzionare anche l'attività processuale del tutore, questa sarebbe stata indicata allo stesso modo, e non mediante la diversa locuzione *agere pro tutela*.

Sebbene di minor peso, ancora un paio di argomenti depongono contro l'ipotesi che il *lege agere pro tutela* indicasse l'*agere alieno nomine* del tutore per conto del pupillo.

Il primo. Si sostiene da parte di autorevoli studiosi che in origine la *vis ac potestas* del tutore [D. 26.1.1 pr. (Paul. 38 *ad ed.*)] si esercitasse non solo sui beni, ma anche sulla persona del pupillo: sebbene le fonti tacciano sia della *potestas* esercitata dal tutore sul pupillo, sia della titolarità che questi avrebbe assunto sui beni pupillari, si è voluto desumere l'esistenza di tali circostanze dalle fonti di età classica in cui ancora il tutore è considerato *domini loco* con riguardo ai beni del pupillo [v. D. 41.4.7.3 (Iul. 44 *dig.*); 43.24.11.7 (Ulp. 71 *ad ed.*); 47.2.57.4 (Iul. 22 *dig.*); 50.17.157 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*); 26.7.27 (Paul. 7 *ad Plaut.*)].<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Se ne è dedotto che il tutore sarebbe stato un vero e proprio *dominus* dei beni pupillari insieme al pupillo, la cui proprietà sarebbe rimasta quiescente sino al termine della tutela, così secondo M. KASER, *Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht*, in «ZSS», 59 (1939) pp. 31 sgg., il quale pensa ad una originaria comunione di tipo domestico tra tutore e pupillo. L'Autore colloca addirittura in età classica il periodo nel quale il tutore avrebbe agito in giudizio *nomine alieno*. A P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit. pp. 553 sgg., seguito da S. SOLAZZI, *La legge delle XII Tavole sulla tutela e un'ipotesi di Bonfante*, in *Scritti vari dedicati a C. Arnò* (= *Scritti di diritto romano*, III, (1925-1937), Napoli, 1960, pp. 219 sgg. e G. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, in *Studi Bonfante* III, Milano, 1930, pp. 274 sgg., si deve l'elaborazione della tesi che in origine il tutore e l'erede dovessero essere una sola persona, ovvia conseguenza anche in questo caso è che il tutore avrebbe agito con riguardo al patrimonio pupillare *proprio nomine*. Ad analoghe conclusioni occorre pervenire ove si acceda alla tesi della proprietà temporanea e fiduciaria, analoga a quella che si configura nella *fiducia cum amico* e *cum creditore*, di cui il tutore sarebbe stato in origine titolare circa i beni pupillari, tesi sostenuta da V. ARANGIO-RUIZ, *Erede e tutore*, in *Atti Acc. Sc. Mor. e Pol.*, Napoli, 1930, pp. 116 sgg. (= *Rariora* (Roma 1946) pp. 149 sgg. e *Scritti di diritto romano* II, Napoli, 1974, pp. 273 sgg.), il quale giunge alle sue conclusioni sia mediante un confronto 'comparatistico' con gli antichi diritti greco e germanico, sia per l'inettitudine del diritto romano arcaico a separare il dominio della cosa dalla sua disponibilità. La dottrina che ricostruisce il *lege agere pro tutela* con l'*agere* del tutore per conto del pupillo non si è mai confrontata questo argomento, ad eccezione di G. Pugliese (*loc. ult. cit.*), a dire del quale, tuttavia, si tratterebbe di una obiezione infondata per due ragioni. Secondo la prima, occorrerebbe considerare Gai 4.82 e I. 4.10 nell'ottica rispettivamente dei classici e dei giustiniani. Tuttavia, ci sia permesso osservare che il carattere storico del riferimento non consente di interpretarlo se non nell'ottica del periodo storico al quale attiene e, quindi, all'età repubblicana, quando era in vigore il sistema processuale delle *legis actiones*. L'altra obiezione di Pugliese è legata alla considerazione che anche nei casi di *lege agere pro populo* e *pro libertate* non ci sarebbe stata un'autentica distinzione tra soggetto che agiva e soggetto per cui si agiva. Tuttavia, se anche ciò è vero, non può negarsi che a volere accettare la tesi che il tutore fosse *dominus* dei beni pupillari, si determinerebbe una situazione potestativa molto più intensa di quella riscontrabile negli altri due casi.

Tale corrente di pensiero rileva ai nostri fini perché, a considerarla esatta, condurrebbe verso la conclusione, sostenuta soprattutto in passato dalla dottrina tedesca,<sup>1</sup> secondo cui in età repubblicana, al tempo in cui erano in vigore le *legis actiones*, il tutore fosse proprietario del patrimonio pupillare e agisse *suo* o *proprio nomine* relativamente alla sua gestione: solo in età classica, sfumato il profilo potestativo e affiorato in superficie quello dell'*officium*, il tutore sarebbe stato considerato un semplice gestore dei beni pupillari, in ordine alla cui amministrazione avrebbe agito in processo *alieno nomine*.

Il secondo. Mentre tutti i casi in deroga al divieto di *lege agere alieno nomine* di I. 4.10 sono ipotesi di azioni a legittimazione diretta universale, nelle quali la figura dell'attore non è predeterminabile prima dell'inizio del giudizio, ove si volesse ricondurre l'ipotesi dell'*agere pro tutela* all'agire del tutore in favore del pupillo, si staccerebbe tale ipotesi dalle altre due, perché il tutore sarebbe l'unico legittimato ad agire in giudizio per conto del pupillo e la sua legittimazione sarebbe quindi obbligatoria e predeterminata rispetto all'inizio del processo.

### 3.1 SEGUE

Un labile appiglio testuale in favore della coincidenza dell'espressione *pro tutela* con *pupilli nomine* si è voluto rintracciare in un passo di Aulo Gellio in cui l'erudito riporta le parole di Masurio Sabino, dalle quali sembrerebbe possibile ammettere un uso tralato del lemma *tutela* per indicare i *pupilli*. Tuttavia, come cercheremo di provare, si tratta di un uso linguistico che si può spiegare alla luce della particolare articolazione del discorso e che, quindi, non può costituire alcuna prova in favore della tesi dell'esistenza di un generale valore del lemma *tutela* per indicare i *pupilli* o, in generale, i sottoposti a tutela:

Gell. N.A. 5.13.5: *Masurius autem Sabinus in libro iuris civilis tertio antiquiorem locum hospiti tribuit quam clienti. Verba ex eo libro haec sunt: "In officiis apud maiores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini". Aequa causa feminae viris potiores habitae pupillarique t u t e l a muliebri praelata. Etiam adversus quem adfuissent, eius filiis tutores relictis in eadem causa pupillo aderant.*

La citazione di Sabino si inserisce all'interno del discorso, che occupa l'intero titolo v del libro XIII delle Notti Attiche, relativo alla graduatoria e alla classificazione dei doveri osservati dai Romani in aderenza ai *mores* (*De officiorum gradu atque ordine moribus populi Romani observato*). Gellio riferisce di una disputa sorta a Roma tra anziani e conoscitori degli antichi *mores* per stabilire un ordine di precedenza da utilizzare tutte le volte in cui fosse necessario stabilire quale fra più *officia* preferire.

In tempi recenti l'originario carattere potestativo della tutela è stato ribadito da B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, pp. 437 sgg. Critici nei confronti della tesi che il tutore agisse nel processo per *legis actiones suo nomine* relativamente agli affari pupillari: M. RÜMELIN, *Zur Geschichte der Stellvertretung*, cit. pp. 32 sgg.; G. FINAZZI, 'Hereditas esse', cit. pp. 139 sgg. e *praecipue* nt. 100.

<sup>1</sup> M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung* I, Bonn, 1864, p. 110; O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 355 sg.; F. EISELE, *Cognitur*, cit. p. 9, secondo il quale solo nel processo formulare, persi i caratteri della potestà familiare da parte del tutore, il processo tutorio si sarebbe inquadrato nell'*agere alieno nomine*; E. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains* I, Paris, 1891, p. 328; La tesi che il tutore agisse *suo nomine* nel processo per *legis actiones* è ora sostenuta da O. BEHREND, *Die Prokurator*, cit. pp. 240 sgg.

Nel § 2<sup>1</sup> Gellio informa che si era d'accordo nel ritenere che il primo posto *ex moribus populi Romani* dovesse spettare, accanto ai genitori, ai *pupilli*, che sono '*fidei tutelaeque nostrae creditos*'. Dopo sarebbe toccato ai *clientes*, e al terzo posto agli ospiti; infine, a *cognati* e *adfines*. Di questi *mores*, a dire dell'erudito, esistevano molte testimonianze e documenti in *antiquitatibus praescripta*, e tra questi, viene citato un frammento di un'orazione di Marco Catone pronunciata *apud censores in Lentulum*.<sup>2</sup> Di seguito, viene citato un frammento del terzo libro *iuris civilis* di Masurio Sabino, con il dichiarato intento di dimostrare l'esistenza di una diversa tradizione che attribuiva all'ospite la precedenza sui clienti: e in effetti, Sabino propone la seguente graduatoria: '*primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfina*'.

Prima di valutare la portata che assume il lemma *tutela* nel passo di Sabino, occorre premettere che tutto il discorso relativo agli *officia* è condotto da parte di Gellio sempre attraverso la menzione dei beneficiari. Così nel § 2 ricorre la seguente classificazione: *parentes, pupilli (fidei tutelaeque nostrae crediti), clientes, hospites, cognati e adfines*. E anche Catone, citato nel § 4, si esprime menzionando i beneficiari degli *officia*.

A questo linguaggio si conforma pure Sabino, che discorre appunto di ospiti, clienti, cognati e affini, con la sola eccezione per l'*officium tutelae*, in ordine al quale non si menzionano i *pupilli* che ne sono beneficiari, ma si indica l'ufficio tutelare al dativo singolare (*tutelae*). Tuttavia, dal senso del discorso complessivamente condotto nel Titolo XIII, ci sembra che il riferimento sia implicitamente rivolto ai *pupilli*, dei quali si era fino ad allora parlato; in particolare, non va trascurato il modo in cui lo stesso Gellio aveva avuto modo di esprimersi poco prima, nel § 2: '*pupillos ... fidei tutelaeque nostrae creditos*'.

Allora, il dativo *tutelae* presente nella citazione di Sabino, ci pare sintetizzi l'espressione precedentemente utilizzata *pupilli qui tutelae nostrae crediti sunt*:<sup>3</sup> se il ragionamento fin qui condotto è esatto, crediamo che – data la sua peculiarità espositiva – non si possano trarre dal passo le conclusioni generali cui è pervenuta la dottrina che ha ritenuto di potere utilizzare la fonte per provare un uso traslato di *tutela* per indicare i *pupilli*.

<sup>1</sup> Gell. N.A. 5.13.2: *Conveniebat autem facile constabatque ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelaeque nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui sese itidem in fidem patrociniūque nostrum dediderunt; tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque*.

<sup>2</sup> Gell. N.A. 5.13.4: *M. Cato in oratione, quam dixit apud censores in Lentulum, ita scripsit: "Quod maiores sanctius habuere defendi pupillos quam clientem non fallere. Adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit. Patrem primum, postea patronum proximum nomen habuere"*.

<sup>3</sup> Per spiegare l'aporia, si potrebbe congetturare che l'intera espressione «*pupilli qui tutelae nostrae crediti sunt*» ricorresse nei libri *iuris civilis* di Sabino citati distrattamente da Gellio il quale, concentrato a riportare la citazione di Sabino per dimostrare la tesi minoritaria sostenuta dal giurista e relativa alla precedenza dell'ospite sul cliente, potrebbe essersi distratto circa la prima parte della citazione relativa ai genitori e ai *pupilli*. Così si spiegherebbe l'omissione, fra gli *officia*, del riferimento ai genitori e la citazione della tutela in modo ellittico per indicare i sottoposti alla tutela, mentre nella parte relativa agli ospiti e ai clienti – il vero motivo per cui Gellio cita Sabino – la citazione diviene precisa, si discorre dei beneficiari degli *officia* e non ci sono problemi di coordinamento né con il resto del discorso, né con la precedente citazione di M. Catone. Diversamente, E. HRUZA, *Über das lege agere pro tutela*, cit. p. 44 sg., pensa ad una precisa scelta linguistica del giurista augusteo, il quale avrebbe preferito limitarsi al lemma *tutela* per evitare di appesantire la frase indicando coloro (*mulieres e pupilli*) che sono sottoposti a tutela. Non ci pare possa accogliersi la spiegazione fornita da P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 269, a dire del quale non sarebbe il lemma *tutela* ad essere utilizzato in senso traslato, ma tutti gli altri vocaboli, ospiti, clienti, cognati e affini, per indicare i relativi uffici. Così ragionando si forza il dato letterale desumibile dall'intero titolo che, come detto, affronta i vari *officia* sempre dal punto di vista dei beneficiari.

Ma anche a volere ammettere che Gell. N.A. 5.13.5 attesti un uso traslato di *tutela* per indicare i *pupilli*, ciò nulla proverebbe in relazione alla diversa costruzione 'pro *tutela*' presente in I. 4.10.

Non resta che concludere nel senso che la peculiarità espositiva della citazione di Sabino in Gell. N.A. 5.13.5 non permette di generalizzare l'uso del lemma *tutela* per indicare i *pupilli* e le *mulieres* sottoposti a tutela.

Similmente, non giovano alla tesi secondo cui il *lege agere pro tutela* coincida con l'*agere* del tutore in favore del pupillo tre passi [D. 5.2.30.1 (Marc. 4 *inst.*); 34.9.5.9 (Paul. 1 *de iure fisci*); 34.9.22 (Tryph. 5 *disp.*) ] in materia in *querela inofficiosi testamenti* in cui il tutore agisce *pupilli nomine*.<sup>1</sup> Sulla base della nota circostanza che, dopo l'abolizione delle *legis actiones*, uno dei casi in cui era ancora possibile utilizzare questo rito processuale in età classica erano le liti centumvirali (Gai. 4.30-31), e che innanzi ai centumviri si svolgeva la fase *apud iudicem* delle liti di inofficiosità testamentaria quando il rito adottato nella fase *in iure* fosse stato una *legis actio*, si è creduto di potere scorgere in detti passi proprio degli esempi di *lege agere pro tutela*, cioè di *legis actiones* introdotte dai tutori in favore dei pupilli in deroga al divieto di *lege agere alieno nomine*.

Tuttavia, all'utilizzo di questi passi in favore della tesi che stiamo considerando si oppongono diversi argomenti e, innanzi tutto uno, di carattere storico, che ci risulta essere stato trascurato in dottrina.

Pur a voler concedere che le fonti a nostra disposizione in materia di *querela inofficiosi testamenti* possano riferirsi alle *legis actiones*,<sup>2</sup> tali testi potrebbero fare prova solo per i processi di età classica e non sono in grado di fornire alcun argomento in ordine al tempo in cui erano in vigore le *legis actiones*.

Mentre, proprio a quel periodo, cioè all'età repubblicana (*olim*), è riportata sia da Gai 4.82 sia da I. 4.10 la vigenza dei divieti al *lege agere alieno nomine*: chiarissimo è in questo senso Gai 4.82: *...cum olim quo tempore legis actiones in usu fuissent* rell. Di conseguenza, se anche le *legis actiones* erano utilizzabili in età classica per le liti centumvirali, dalle fonti a nostra disposizione non è possibile arguire se i principi in materia di legittimazione processuale indiretta che valevano in età repubblicana, ormai obsoleti e restrittivi, si applicassero anche nei processi di età classica.

<sup>1</sup> Sull'utilizzabilità di questi passi in favore della tesi che stiamo considerando v. in senso critico E. HRUZA, *Über das lege agere pro tutela*, cit. pp. 53 sgg. L'argomento viene, invece, utilizzato da M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, 1, pp. 573 sgg.; e H. KRÜGER, *Querela inofficiosi testamenti*, in «ZSS», 57 (1937) pp. 100 sgg., il quale cita anche i seguenti passi: D. 5.2.6 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*); 26.2.26.2 (Pap. 4 *resp.*); 34.9.5.22 (Paul. 1 *de iure fisci*); tuttavia, si tratta di casi nei quali non è possibile individuare alcun indizio che consenta di riferirli alle *legis actiones*.

<sup>2</sup> Tuttavia, P. VOCI, *Diritto ereditario romano II*, Milano, 1963, p. 710 sg., ritiene che già in età classica l'utilizzo delle *legis actiones* per le liti centumvirali doveva essere piuttosto limitato. In primo luogo, perché il processo innanzi ai *Centumviri* era particolarmente costoso e, pertanto, accessibile solo da parte delle classi più elevate. In secondo luogo, i *Centumviri* avevano una competenza territoriale identica a quella del pretore urbano, dunque entro cento miglia da Roma: ne consegue che le liti di inofficiosità sorte nelle province o nel resto della penisola italiana venivano decise secondo il rito delle *cognitiones extra ordinem*. Inoltre, i *Centumviri* vennero affiancati, già da Vespasiano nell'anno 69 d.C., da commissioni competenti in materia di inofficiosità dei testamenti e che dovevano giudicare *extra ordinem* (Suet. *Vesp.* 10). Infine, è probabile che in età dei Severi i *Centumviri* siano stati affiancati da un collegio di *Septemviri* competenti a loro volta *extra ordinem* in materia di testamenti inofficiosi, come parrebbe desumersi da D. 5.2.7 (Paul. *libro singulari de Septemviralibus*); 5.2.28 (Paul. *libro singulari de Septemviralibus*); 5.2.31 (Paul. *libro singulari de Septemviralibus*).

Peraltro, l'istituto della *querela inofficiosi testamenti* è il meno indicativo in questo senso, perché era sconosciuto in età repubblicana al tempo in cui erano in vigore le *legis actiones*: infatti, com'è noto, l'origine della *querela inofficiosi testamenti* quale rimedio autonomo volto all'apertura della successione *ab intestato*, distinto dalla *exheredatio* e dalla *praeteritio* e alla quale i giuristi di età severiana facevano riferimento nelle loro opere, risale all'età del principato, e la sua origine viene collocata in dottrina all'interno di un arco temporale che oscilla tra il I ed il II sec. d.C.<sup>1</sup>

Ma vediamo, a questo punto, le fonti, e precisiamo subito che nessuna di esse reca spunti di carattere testuale che consentano un riferimento alle *legis actiones*:<sup>2</sup>

D. 34.9.5.9 (Paul. 1 *de iure fisci*): *Aetati eius qui accusavit ignoscitur, [et maxime] si tutor [vel curator] dicere falsum [vel inofficiosum] velit: et ita imperatores Severus et Antoninus rescriperunt.*

A leggerlo nella versione accolta nel Digesto, il passo esprime il principio secondo il quale, nel caso di impugnazione di un testamento come falso o inofficioso, la minore età scusa dall'indegnità a succedere e, massime, ciò avviene nel caso in cui il testamento sia stato impugnato da parte di un *tutor* o di un *curator*: questo principio è stato stabilito da un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla.

Tuttavia, il testo è stato probabilmente ritoccato da parte dei commissari giustiniani, i quali hanno esteso alla materia dell'inofficiosità testamentaria un principio che in età classica poteva valere, tutt'al più, per le ipotesi di pubblica accusa di falso. E infatti, dal confronto con PS. 5.12.3-4, derivante anch'esso dal *de iure fisci* paolino, risulta che ad essere scusati dall'indegnità a succedere erano i minori di venticinque

<sup>1</sup> M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, cit. pp. 54 sgg., è dell'avviso che solo nel I sec. d.C. si creò un sistema volto a realizzare la successione *ab intestato* anche mediante la promessa di un'autonomia *bonorum possessio*: la nascita della *querela inofficiosi testamenti*, come istituto giuridico autonomo, coinciderebbe proprio con la *propositio in albo* della *bonorum possessio de inofficioso*, avvenuta probabilmente verso la fine del I sec. d.C. Di questo avviso anche H. KRÜGER, *Zum römischen Pflichtteilsrecht*, in *Festschrift Koschaker II*, Weimar, 1939, pp. 256 sgg. L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, pp. 14 sgg., ritiene che «le testimonianze più antiche in tema di *querela* non vadano oltre l'inizio del II sec. d.C. È solo da quest'epoca che la *querela* si pone come azione di rescissione del testamento, preordinata alla successione intestata: per il periodo precedente – come si accennava – se è conosciuto il concetto di inofficiosità, non è a parlarsi di un rimedio specifico e, tanto meno, di un rimedio diretto alla apertura della successione *ab intestato*». In precedenza, anche M. WLASSAK, *Centumviri*, in «PWRE», 3, Stuttgart, 1899, c. 1943, collocava l'origine della *querela inofficiosi testamenti* nel I sec. d.C., dopo la riforma giuliana dell'*ordo iudiciorum privatorum*. J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, in *Mnemosyne II*, Lipsiae, 1897, 25, 76, p. 182, pone l'origine del tribunale centumvirale nel III sec. d.C. Era tendenza della dottrina più antica collocare l'origine del tribunale centumvirale nell'ultimo secolo della *libera res publica*, v. H. HELLMIG, *Erbrechtfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testamenti des klassischen römischen Rechtes*, Leipzig, 1908, pp. 9 sgg.; E. RENIER, *Etudes sur l'Histoire de la querela inofficiosi en Droit romain* (Liège 1942) p. 97.

<sup>2</sup> Non ci pare calzante, in proposito, il rilievo di P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 270 sg., secondo cui i passi che ci apprestiamo a considerare devono riferirsi a processi di inofficiosità svoltisi secondo il rito delle *cognitiones entra ordinem* perché vi compaiono menzionati dei rescritti imperiali, i quali sarebbero stati sollecitabili solo in processi di tal fatta. Contrariamente, rileva condivisibilmente M. MARRONE, *Rec. a N. Palazzolo, Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. L'efficacia processuale dei rescritti da Adriano ai Severi*, in «Labeo», 22, 1976, pp. 287 sgg. e nt. 1 (= *Scritti Giuridici II*, Palermo, 2003, p. 1025 nt. 1) che i rescritti imperiali avrebbero ben potuto essere relativi alle *legis actiones*, ancora in vigore per l'età classica proprio per le liti centumvirali e, prosegue l'Autore, alcune costituzioni – pur con le dovute cautele derivanti dal dubbio che le costituzioni si riferiscano alla *querela centumvirale* anziché a quella *extra ordinem* – sembrerebbero contenere istruzioni rivolte al pretore e riguarderebbero la fase *in iure* di un processo *per legis actiones*: D. 5.2.6.2 (Ulp. 14 *ad ed.*); C. 3.28.1; 3.28.5; 3.28.7; 3.28.8.1; 3.28.9.14.

anni e i sottoposti a tutela e curatela, nella sola ipotesi in cui avessero impugnato (nel secondo caso grazie all'intervento dei tutori e dei curatori) il testamento come falso: la fonte non menziona la *querela inofficiosi testamenti*.<sup>1</sup>

Non è da escludere, peraltro, che il principio che leggiamo in D. 34.9.5.9 e PS. 5.12.4 non sia classico, e che in età classica vigesse una regola addirittura più restrittiva. C. 6.35.2.1, costituzione del 208 d.C. e della cui genuinità non v'è motivo di dubitare, afferma, infatti, un principio opposto a quello che leggiamo in D. 34.9.5.9: nel caso di accusa di falso, né la minore età né la circostanza che l'accusa fosse stata presentata da un tutore scusava il pupillo dall'indegnità a succedere,<sup>2</sup> salva la possibilità di un intervento da parte del principe, come attestato da Trifonino in D. 34.9.22: ...*pupillo relicta in eo testamento, nisi a principe conservata sint, pereunt rell*.<sup>3</sup>

Ai nostri fini, conta sottolineare che in nessuno dei passi considerati v'è menzione della *querela inofficiosi testamenti* la quale, dunque, sembra proprio debba essere espunta da D. 34.9.5.9, peraltro solo congetturalmente riferibile alle *legis actiones*.

Parimenti infondato, ai fini del riconoscimento del *lege agere pro tutela* come l'*agere* del tutore in favore del pupillo, è il riferimento alla *querela inofficiosi testamenti* in:

D. 5.2.30.1 (Marc. 4 inst.): *Tutoribus pupilli nomine sine periculo eius, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso [vel falso]<sup>4</sup> testamento divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

D. 34.9.22 (Tryph. 5 disp.): *Tutorem, qui pupilli sui nomine falsum vel inofficiosum testamentum dixit, non perdere sua legata, si non optinuerit, optima ratione defenditur [et, si libertum patris pupilli*

<sup>1</sup> PS. 5.12.3-4: *Si pater vel dominus id testamentum, quo filius eius vel servus heredes instituti sunt aut legatum acceperunt, falsum redarguant nec obtineant, fisco locus est. 4. Aetati eius, qui accusat testamentum, si non obtineat, succurri solet in id quod ita amisit: maxime si tutoris aut curatoris consilio actio instituta sit.* Riconosce l'interpolazione di 'vel inofficiosum' in D. 34.9.5.9, E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, p. 89 e 120s, il quale ritiene interpolato anche 'et maxime', introdotto dai commissari giustiniani nell'ottica di fornire portata generale alla regola secondo cui la minore età scusa relativamente all'indegnità a succedere, in età classica valevole solo per i casi di *accusatio falsi*. L'Autore è tornato ad occuparsi della questione in *Tornando su due passi delle fonti: D. 34.9.22 e D. 34.9.9* pr. in «SDHI», 2, 1939, pp. 439 sgg.; Dello stesso avviso G. LAVAGGI, *L'indegnità a succedere per soccombenza nella "querela inofficiosi testamenti"*, in «SDHI», 5, 1939, p. 80. Inoltre, è sospetto anche il lemma 'vel curator', perché il verbo *velit* al singolare può riferirsi ad un solo soggetto: probabilmente, si deve ad una mano posteriore l'introduzione della menzione del *curator*. Tuttavia, l'argomento potrebbe di per sé non essere decisivo se si riconosce la possibilità che il verbo 'accuso' potesse riferirsi anche alla *querela*, così G. FINAZZI, *'Heredem esse'*, cit. p. 142 nt. 107.

<sup>2</sup> Tanto che la costituzione imponeva al tutore soccombente di risarcire il pupillo proporzionalmente alla parte cui avrebbe avuto diritto *ex eo testamento*: C. 6.35.2.1: *IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. VERO. – Sed si pupilli nomine falsum dicere vis (tutor) testamentum, de quo per Pollam transactum est, potes experiri, dum memineris, si in causa non obtinueris, et portionem, quam ex eo testamento pupillus habet, te ei salvam facturum, quam adimi pupillo necesse erit secundum iuris formam, et de calumnia tua praesidem deliberaturum, quamvis pupilli nomine agere videaris, cum retractas ea quae finita sunt per coheredem.* [a 208] PP. VII K. MAI. ANTONINO A. III ET GETA III CONSS. La tematica è affrontata da E. NARDI, *In tema di indegnità da soccombenza nella 'Querela inofficiosi testamenti'*, in «SDHI», 2, 1939, pp. 450 sgg., e, G. LAVAGGI, *L'indegnità a succedere*, cit. pp. 76 sgg. e, infine, dall'angolazione della *calumnia*, da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Secta temporum meorum. Rinnovo politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Gordiano III*, Napoli, 1978, p. 39 nt. 15.

<sup>3</sup> Se si riconosce la genuinità della chiusa del passo: D. 34.9.22 (Tryph. 5 disp.): ...*et cum non suae personae iure, sed pupilli accusaverit, propriam poenam mereri non debet. Denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a principe conservata sint, pereunt: adeo ille est accusator, is defensor et quasi patronus. Idem et Sabinus libris ad Vitellium scripsit.* Dubbi in merito sono stati sollevati da G. LAVAGGI, *L'indegnità*, cit. p. 462.

<sup>4</sup> Non rileva ai nostri fini la probabile interpolazione dell'inciso 'vel falso', motivata da S. SOLAZZI, *Ancora sull'"edictum del postulando"*, in «BIDR», 37, 1929, p. 11 nt. 4, sulla base dell'uso del verbo 'ago', che non pare potersi riferire all'accusa penale di falso.

*sui nomine capitis accusaverit, non repelli a bonorum possessione contra tabulas,] quia officii necessitas et tutoris fides excusata esse debet rell.*<sup>1</sup>

Abbiamo preferito riportare di seguito i due passi, perché esprimono il medesimo principio di diritto: il tutore che *pupilli nomine* impugni un testamento come inofficioso o falso, in caso di soccombenza non è pregiudicato e, pertanto, non viene colpito né da indegnità a succedere (D. 5.2.30.1), né perde i legati eventualmente disposti in suo favore in quel testamento (D. 34.9.22): meritano, infatti, di essere scusati sia la necessità dell'*officium*, sia la *fides* del tutore che gli impongono l'impugnazione.

Ora, le fonti trascritte non provano nulla in favore della tesi che stiamo considerando, perché da un canto manca qualunque riferimento testuale che induca a riferire i testi al processo *per legis actiones* piuttosto che a quello *per cognitiones extra ordinem*, dall'altro, D. 34.9.22 menziona nella chiusa Sabino, circostanza che potrebbe far credere che il passo si riferisca ad una situazione anteriore alla nascita della *querela inofficiosi testamenti* come rimedio autonomo.<sup>2</sup>

In ordine al contenuto dei brani, sembra da negare la possibilità di identificare l'*agere* del tutore *pupilli nomine* con un caso di *lege agere pro tutela*, alla luce di almeno due convincenti rilievi formulati in dottrina sulla fine dell'Ottocento. Da un lato, si è notato come la rappresentanza tutoria innanzi ai *Centumviri* si sarebbe realizzata solo nella fase *apud iudicem* del processo, per cui le fonti in materia di *querela inofficiosi testamenti* nessuna prova potrebbero fornire circa la fase *in iure* che a noi più interessa.<sup>3</sup> Dall'altro lato, è stato sostenuto che nella fase *in iure* il tutore agisse solo nella sostanza nell'interesse del pupillo, perché formalmente avrebbe concluso *proprio nomine* la *sponsio praeiudicialis* introduttiva della lite che si sarebbe svolta *in iure* secondo le forme della *legis actio sacramenti in personam*, e sarebbe rimasto, pertanto, l'unico soggetto legittimato al processo.<sup>4</sup>

In conclusione, ci pare sussistano argomenti di carattere lessicale, storico e di contenuto sufficientemente gravi da opporre alla tesi che identifica il *lege agere pro tutela* l'*agere* del tutore nell'interesse del pupillo (*pupilli nomine*). Proprio la non adeguata

<sup>1</sup> Non interessa ai fini della presente indagine il seguito del passo, peraltro, sospetto (per un quadro delle opinioni relative alla ricostruzione del testo originale rinviamo a E. NARDI, *I singoli casi di indegnità*, cit. p. 87, il quale dal canto suo, ritiene frutto di una glossa postclassica il tratto '*et si - tabulas*', perché riguarda un'ipotesi diversa da quella oggetto dell'interesse del giurista - *querela inofficiosi testamenti* e *accusatio falsi* - e che spezzerebbe l'andamento del discorso) perché anche a volere accettare l'alterazione del tratto - non rilevata da C. MASI DORIA, *Bona libertorum*, cit., p. 420 - ai nostri fini poco cambierebbe, perché resta saldo il riferimento alla *querela inofficiosi testamenti* contemplato nell'*incipit* del passo. Indicazione di letteratura in argomento in P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 271 nt. 27.

<sup>2</sup> Per i problemi d'origine della *querela* rinviamo agli autori citati *ante*, p. 174, nt. 1.

<sup>3</sup> E. HRUZA, *Über das lege agere pro tutela*, cit. pp. 53 sgg., è dell'avviso che il tutore si sarebbe limitato ad assistere il pupillo nella sola fase *apud iudicem* innanzi i *Centumviri* e non nella fase *in iure* innanzi il pretore, quando avrebbe avuto luogo il rito della *legis actio*. La tesi è accolta da S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, in «BIDR», 22, 1910, p. 26 nt. 2 (*Scritti giuridici*, 1, p. 387 nt. 53); E. JOBBÉ-DUVAL, *Explication de la loi 16 au Code "de inofficioso testamento"* 3.28, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 379 e nt. 2; ID., *La nature de la 'querela inofficiosi testamenti' selon les jurisconsultes bizantins*, in *Mélanges Fitting* 1, Montpellier, 1907, p. 446 sg. G. FINAZZI, '*Hereditas esse*', cit. p. 145 nt. 115, pur ritenendo ammissibile questa tesi in generale, la considera scarsamente sostenibile alla luce del tenore letterale del passo.

<sup>4</sup> Così A. UBBELOHDE, *Über den lege agere pro tutela*, in *Gött. Gel. Anz.* (1887) p. 993 sg. In senso adesivo v. P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 272. Ove si fosse optato per la *legis actio sacramenti in rem* avrebbe avuto luogo la *querela inofficiosi testamenti* non come istituto giuridico autonomo, ma come incidente della *vindicatio hereditatis*, v. M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, cit. p. 76.

fondatezza di quest'ultima proposta ricostruttiva ha spinto la dottrina romanistica a elaborare la tesi secondo cui il nostro *lege agere pro tutela* coinciderebbe con l'*accusatio suspecti tutoris*.

#### 4. CRITICA DELLA TESI CHE IDENTIFICA IL LEGE AGERE PRO TUTELA CON L'ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS

L'ipotesi va incontro a non minori difficoltà. In particolare, si ha l'impressione che in letteratura<sup>1</sup> l'idea venga sostenuta più in virtù della consapevolezza dei limiti che si oppongono all'accoglimento dell'interpretazione che identifica il *lege agere pro tutela* con la 'rappresentanza tutoria', che non per l'esistenza di fonti che la legittimino.

In effetti, l'unico elemento che rende la tesi in questione in parte fondata è che l'*accusatio suspecti tutoris* era a legittimazione diretta universale,<sup>2</sup> allo stesso modo dell'*agere pro populo e pro libertate*. Tuttavia, osta al suo accoglimento la circostanza decisiva che non esiste alcun appiglio testuale per dimostrare che l'*accusatio suspecti tutoris* si svolgesse secondo il rito delle *legis actiones*. Più in generale, resta dubbia la stessa natura dell'*accusatio*, sospesa tra accusa di diritto criminale e procedura amministrativa contro il tutore testamentario svolgentesi per intero innanzi al magistrato *in iure*.<sup>3</sup> A tal proposito, è significativo il tentativo di Cosentino, l'ultimo Autore che ha dedicato un contributo specifico all'argomento, il quale, riconosciuto il carattere insormontabile di quest'ultimo rilievo, ha provato ad aggirarlo nel seguente modo.

Secondo lo studioso, i riferimenti presenti in I. 4.10 ai casi eccezionali di *lege agere alieno nomine* sarebbero stati riferiti non al più antico rito processuale privato romano, ma solo cronologicamente al tempo in cui questa forma di processo era ancora in vigore. Cosentino crede di potere confermare la propria tesi osservando come anche riguardo all'*agere pro populo* non esistano sufficienti prove che si svolgesse secondo il rito delle *legis actiones*. Tuttavia, nessuna delle due argomentazioni pare calzante.

Sotto il primo profilo, non si può dubitare che la menzione di casi eccezionali rispetto al divieto di *lege agere alieno nomine* ha un senso solo nell'ottica di porre un

<sup>1</sup> Sostengono la tesi della coincidenza del *lege agere pro tutela* con l'*accusatio suspecti tutoris*: N. KLENZE, *Die Cognaten und Affinen*, in «ZGR», 6 (1828) pp. 48 sgg.; E. HRUZA, *Über das lege agere pro tutela*, cit. pp. 67 sgg.; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, I, cit. p. 110; C. WIRBEL, *Le cognitor*, cit. p. 13 e nt. 1; I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit. p. 279 sg., pur riconoscendo di non potere giungere ad alcuna conclusione sicura; C. ST. TOMULESCU, *An Exception to the Principle nemo alieno nomine lege agere potest*, in *The Irish Jurist*, II (1967) p. 145 nt. 6.; P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 277 sgg. cui rinviamo per ulteriore indicazione di letteratura.

<sup>2</sup> D. 26.10.1.6 (Ulp. 35 ad ed.): *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare; et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere*. Non possiamo condividere quanto sostenuto da P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 277, a dire del quale la tesi dell'*accusatio suspecti tutoris* consente di intendere in maniera letterale il *lege agere pro tutela* come l'agire nell'interesse della tutela intesa come istituto, perché il rimedio in questione non avrebbe consentito di tutelare le ragioni del tutore: anche queste ultime, a nostro avviso, devono intendersi comprese nell'espressione *pro tutela*.

<sup>3</sup> G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit. pp. 246 sgg., sostiene l'estraneità dell'*a.s.t.* al processo per *legis actiones*; M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) p. 44; ID., *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, I, p. 90, è dell'avviso che la nostra *accusatio* fosse un *crimen* per il quale era comminata la *poena capitis*; P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit., p. 278, crede che l'*accusatio suspecti* appartenga «al sistema della esclusiva *cognitio praetoria* con funzioni – si direbbe modernamente – di volontaria giurisdizione».

confronto tra il principio di *agere alieno nomine* che vigeva liberamente nel processo formulare e il contrario divieto – solo in casi eccezionali derogato – esistente nel precedente processo *per legis actiones*, luogo più naturale di confronto e precedente storico del processo formulare.<sup>1</sup>

Peraltro, a volere seguire la tesi di Cosentino e credere che il divieto di *agere alieno nomine* fosse riferito non tanto al processo per *legis actiones*, quanto cronologicamente al periodo in cui le *legis actiones* erano in vigore, quindi anche ad altri riti processuali, dovremmo ammettere che tanto Gaio, quanto l'autore di I. 4.10,<sup>2</sup> siano incorsi in un'impresione.

Infatti, sebbene i due manuali istituzionali si occupino esclusivamente del processo privato romano, costoro non potevano ignorare che nei *iudicia publica legitima* di età repubblicana il principio dell'accusa *alieno nomine* in giudizio era largamente ammesso: si pensi, a tacer d'altro, alle ll. 6-7 della *lex fortasse Acilia repetundarum* che imponevano al pretore presidente della *quaestio* di tenere conto di un'accusa presentata *alieno nomine*.<sup>3</sup> È probabile, inoltre, che nel sistema processuale anteriore alla *lex Acilia* il giudizio da parte dei provinciali potesse essere condotto solo con l'assistenza dei patroni romani.<sup>4</sup>

Il secondo argomento addotto da Cosentino è sconfessato dalle fonti che attestano, relativamente al processo *per legis actiones*, alcune ipotesi di *manus iniectio* a legittimazione diretta universale.

Innanzitutto, rileva ai nostri fini la *lex luci Lucerina*, risalente al III sec. a.C. circa, che concede a *quis volet* una *manus iniectio pro iudicato* per una somma determinata di denaro contro colui che avesse violato le norme relative a un bosco sacro, con condanna a favore della cassa dello Stato:<sup>5</sup> FIRA, III, 224: *Sei quis aruorsu hac faxit [in]iurium | pro iudicatod n(ummum)L | manum iniect[i]o estod rell.*

Vero è che la fonte attesta diritto latino e non romano perché Lucera in quel periodo era una colonia,<sup>6</sup> tuttavia, è più credibile che tale *manus iniectio* corrisponda a modelli romani, piuttosto che a una singolarità dell'ordinamento della *civitas*.<sup>7</sup>

Altre ipotesi di *manus iniectio pro iudicato* a legittimazione diretta universale concesse a *qui volet* vengono ricondotte in letteratura almeno a due casi, i quali dimostrano la possibilità di una legittimazione popolare nel processo *per legis actiones* quando si trattava di tutelare, benché in via indiretta, gli interessi della *res publica*.

<sup>1</sup> V. G. FINAZZI, 'Heredem esse', cit. p. 139 nt. 97.

<sup>2</sup> V. p. 164, nt. 2.

<sup>3</sup> *Lex fortasse Acilia repetundarum* ll. 6-7 (FIRA, I, 86): *Sei quis ali[eno] nomin[e]... ex h.l. petere nomenve deferire volet, de ea res petitio nominis delatio esto]...* Sul punto v. C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano, 1979, pp. 155 sgg.

<sup>4</sup> Così B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Milano, 1998, p. 109.

<sup>5</sup> Per la destinazione della somma prevista dalla *lex luci Lucerina* a favore del pubblico erario v. per tutti D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, Padova, 1989, p. 141 e nt. 72. Purtroppo, non ci sono prove che altri casi analoghi di previsioni legislative anche di età repubblicana di multe fisse per violazioni alla medesima legge si svolgessero secondo il rito delle *legis actiones*.

<sup>6</sup> Divenne municipio romano dopo la guerra italyca, v. la letteratura citata in FIRA, III, n. 71, p. 224 nonché F. DE MARTINO, I «*Quadruplatores*» nel «*Persa*» di Plauto, in «*Labeo*», 1, 1955, p. 45.

<sup>7</sup> A conferma di ciò, F. DE MARTINO, I «*Quadruplatores*», cit. p. 45, ricorda che anche nella colonia latina di Spoleto vigeva una previsione parallela: una *lex luci* Spoletini, CIL, II, 4766, stabilisce una multa e conferisce al *dictator* la sua esazione. In senso adesivo v. anche S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II sec. a.C.*, Napoli, 1979, p. 135 nt. 85; e, da ultimo, D. MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit. p. 132 nt. 44.

Dalla composizione di un quadro piuttosto frammentario delle fonti emerge che fin dall'età di Plauto era diffusa la figura dei *quadruplicatores*, soggetti che, sul modello dei sicofanti greci,<sup>1</sup> esercitavano di mestiere azioni a legittimazione generale per le quali era prevista una pena al *quadruplicum* in favore dell'attore, introdotte da leggi pubbliche del popolo romano e volte a sanzionare comportamenti definiti illeciti dalle medesime leggi.<sup>2</sup>

Sebbene le fonti non consentano di individuare espressamente tali leggi né la natura delle azioni da esse introdotte, in dottrina si è formato un certo consenso intorno ad alcuni indizi rivelatori di almeno due casi di *manus iniectio pura* a legittimazione diretta universale, comunemente identificati in letteratura con ipotesi di '*manus iniectio quadruplici*' in cui la previsione di una pena al *quadruplicum*, corrispondente al premio previsto in favore dell'attore popolare, è indicativa proprio della legittimazione universale all'esercizio dell'azione.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Così U. LEO, *Plautinische Forschungen*, Berlin, 1912, pp. 123 sgg. Lo negano E. LEVY, *Von den römischen Anklägergehen*, in «ZSS», 53, 1933, p. 153 nt. 1.; F. CANCELLI, *A proposito dei «tresviri capitales»*, in *Studi De Francisci III*, Milano, 1956, pp. 21 sgg.

<sup>2</sup> Ps. Asc. in Div. 7.24: *Quadruplicatores delatores erant criminum publicorum, in qua re quartam partem de scriptorum bonis, quos detulerant, consequantur. Alii dicunt quadruplicatores esse eorum reorum accusatores, qui convicti quadruplici damnari soleant, aut aleae aut pecuniae gravioribus usuris foeneratae quam (pro legitimo modo licitae erant) aut alius modi aliorum criminum.* Con riferimento ad una proposta di legge mai attuata contro i *quadruplicatores* v. Plaut. *Persa* 1.2.10 sgg. (= 61 sgg.): ...*Ubi quadruplicator quempiam iniectit manum | Tantindem illi rursus iniectit manum.* Di *manus iniectio quadruplici* discorre, inoltre, Plaut. *Truculentus* 762-763: *Postid ego te manum | iniciam quadruplici* rell. Tuttavia, l'utilizzabilità in questa materia dei versi di Plauto è piuttosto controversa, si tratta, infatti, di distinguere quanto ci sia di originale nelle parole del Sarsinate e quanto non corrisponda invece ai modelli greci seguiti. Sono convinti che i versi di Plauto documentino nella sostanza i principi del diritto romano di età repubblicana: O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit. pp. 192 sgg.; C. FADDA, *L'azione popolare*, cit. pp. 188s.; F. DE MARTINO, *I «quadruplicatores»*, cit. pp. 33 sgg.; S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*», cit. p. 138 nt. 96, il quale segnala come l'abbondanza delle conferme ai versi plautini che provengono *aliunde* (Pseudo Asconio, Festo, l'epitome ulpiana; entro certi limiti Catone e Gaio) dovrebbero fare cessare le pur giuste riserve imposte quando la testimonianza plautina sia l'unica; sotto il profilo della discussa competenza dei *tresviri capitales* in materia di *quadruplicatio* v. C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli, 1999, pp. 188 sgg., con indicazione di letteratura. Da ultima, v. C. RUSSO RUGGERI, *Leggi sociali e «quadruplicatores» nella Roma postannibalica*, in «*Labeo*», 47 (2001) pp. 351 nt. 7, con indicazione di letteratura, al cui contributo rinviamo per la completezza dell'informazione e con il quale aderiamo in ordine alle convincenti soluzioni prospettate. Ritengono che Plauto si sia limitato a tradurre in latino modelli attici: J. PARTSCH, *Römisches und griechisches Recht in Plautus Persa*, in *Hermes* 45 (1910) p. 599, limitatamente alla parte relativa alla proposta di riforma legislativa da attuare mediante l'introduzione di una *manus iniectio* reciproca contro i *quadruplicatores*; U. E. PAOLI, *Nota giuridica su Plauto (Plaut. Persa vv. 66-71)*, in «*IVRA*», 4, 1953, p. 174; D. CLOUD, *The lex Papiria de sacramentis*, in «*Athenaeum*», 80, 1992, pp. 175 sgg.; R. MARTINI, «*Tresviri* e '*manus iniectio*' in Plauto», in «*Iuris Vincula*» v, 2001, pp. 293 sgg., precisa, da un canto, che i versi del *Truculentus* devono essere presi con molta cautela perché Plauto poco prima di discorrere del rimedio privatistico della *manus iniectio* aveva parlato di un'accusa penale da realizzare con *nominis delatio*, tanto che G. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, in «ZSS», 1, 1861, pp. 363 sgg., aveva ipotizzato una *manus iniectio* di tipo criminale; dall'altro canto, ritiene che la *manus iniectio* di cui si discorre nel *Persa*, in ordine alla quale non si precisa alcunché circa la *poena quadruplici*, vada tenuta distinta da quella di cui è parola nel *Truculentus*.

<sup>3</sup> Invero, in letteratura si discorre con molta disinvoltura di *manus iniectio quadruplici* (o in *quadruplicum*), ma si tratta di una denominazione che, pur essendo attestata in Plaut. *Truc.* v. 762: *manum inibiamo quadruplici*, lascia sgomenti ove si voglia riferire il *quadruplicum* ad una ipotetica pena della *manus iniectio* la quale non prevedeva certo condanne consistenti in un multiplo della pretesa della parte attrice, salvo a non volere pensare a un regime speciale (a noi ignoto) introdotto dalle leggi istitutive di tali *manus iniectioes*, che sanzionavano con una *poena* al *quadruplicum* certi comportamenti.

Sul problema che concerne la quantificazione del *quadruplicum* da intendere come 'ammontare determi-

Il primo caso è quello della *lex Marcia de usuris* di cui dà notizia Gai 4.23 come esempio di *manus iniectio pura*: ...*item lex Marcia adversus foeneratores, ut si usuras exigissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur*. In effetti, da Ps. Asc. *In Div.* 7.24 si desume che uno dei casi di *quadruplicatio* era previsto proprio contro coloro che avessero esatto *usurae* oltre la misura lecita, e Catone *de agr., praef.* 1, fa risalire ai *maiores* l'introduzione di una legge con condanna al quadruplo *adversus foeneratores*: *Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, foeneratorem quadrupli*.<sup>1</sup>

In letteratura si individua nella *lex Marcia* di cui informa Gaio una di quelle *leges* introduttive di *manus iniectio* così detta 'quadrupli' a legittimazione generale. Infatti, anche se Gaio non fa menzione di alcuna *quadruplicatio* con riferimento a tale *manus iniectio pura*, sappiamo che una pena al quadruplo, era prevista dalla *lex Furia testamentaria*, anch'essa introduttiva di una *manus iniectio pura*: Tit. Ulp. pr.: ...*qualis (scil. lex minus quam perfecta) est lex Furia testamentaria, quae plus mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum qui plus ceperit quadrupli poenam constituit*.

Ordinando i dati delle fonti, risulta allora probabile che un secondo caso di *legis actio pro populo*, ancora una volta una *manus iniectio*, si sia verificato in materia di *usurae*.<sup>2</sup>

Infine, ma è meno sicuro, un'altra *manus iniectio pura* potrebbe essere stata introdotta dalla summenzionata *lex Furia testamentaria* che vietava di percepire dall'eredità più di mille assi a titolo di legato. Anche qui si tratta di un ragionamento induttivo: da Gai 4.23 sappiamo che la legge introdusse un caso di *manus iniectio pura* e da Tit. Ulp. pr. che la legge istituiva anche una *poena quadrupli*; la legittimazione universale deriva dall'estensione analogica del regime proprio delle altre *manus iniectioes* così dette *quadrupli*.<sup>3</sup>

In conclusione, il tentativo compiuto da Cosentino di superare le obiezioni che si oppongono all'accettazione della tesi dell'*accusatio suspecti tutoris* non può dirsi ri-

nato di denaro' v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit. p. 239; 276 sg. Si potrebbe congetturare che il *quadruplum* della *manus iniectio* relativo al premio previsto in favore dell'attore in caso di esito vittorioso della lite si riferisca alla condanna al quadruplo prevista da mezzi giudiziari che le fonti non ci descrivono e che dovettero sostituire nel processo formulare la *manus iniectio* utilizzabile solo sotto il vigore delle *legis actiones*; la congettura è giustificata dal fatto che le fonti che ci informano delle ipotesi di *quadruplicatio* (Tit. Ulp. 1.2; Cato. *De agr. praef.* 1; Ps. Asc. *In Div.* 7.24) non si riferiscono specificamente alla *legis actio per manus iniectioem* e ben potrebbero descrivere *actiones* al *quadruplum* tipiche del processo formulare e sostitutive dell'originaria *manus iniectio*, ciò potrebbe testimoniare anche Fest. s.v. *quadruplicatores* (LINDSAY 309): *Quadruplicatores dicebantur, qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio*.

<sup>1</sup> A leggi in materia di usura accenna anche Plaut., *Curc.* vv. 508-511.

<sup>2</sup> Secondo S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*», cit. p. 136 nt. 89: «è ipotesi molto probabile che all'età di Plauto una delle fattispecie di *manus iniectio quadrupli* fosse appunto l'azione contro gli usurai». Critica, invece, sul punto F. LA ROSA, *Note sui 'Tresviri capitales'*, in «*Labeo*», 3, 1957, p. 237 nt. 25, secondo la quale la *manus iniectio quadrupli adversus foeneratores* potrebbe avere anticipato le previsioni della *lex Marcia* che avrebbe previsto soltanto la restituzione delle *usurae* illecite. Sul punto anche D. MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit. p. 134; Y. REVIÈRE, *Les «quadruplicatores»: la répression du jeu, de l'usure et de quelques autres délits sous la République romaine*, in «*MEFRA*», 102, 2, 1997, pp. 577 sgg.

<sup>3</sup> Tuttavia, è stato correttamente obiettato (S. DI SALVO, *op. cit.* p. 136 nt. 91) che, in assenza di una testimonianza delle fonti che colleghi questo caso ad un'ipotesi di *quadruplicatio*, come invece avviene in materia di *usurae*, la prova della legittimazione popolare di questa azione dovrebbe provenire dalla sola definizione di Paul. Fest. s.v. *quadruplicatores* (L. 309): *quadruplicatores dicebantur, qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum e legibus quadrupli erat actio*.

Se da un canto è vero che le ipotesi di *quadruplicatio* si fondavano su previsioni legislative di pena al

scito.<sup>1</sup> E proprio il carattere insoddisfacente e, comunque, opinabile delle spiegazioni fornite in dottrina circa il significato dell'espressione *lege agere pro tutela*, ci ha indotto a tentare di battere una via nuova: come accennato, siamo convinti che il protagonista del *lege agere pro tutela* sia il *tutor praetorius*. Man mano che la ricerca procedeva, la strada intrapresa ci è sembrata plausibile anche perché presenta il pregio di sottrarsi alle critiche e alle obiezioni che abbiamo segnalato relativamente alle altre due ipotesi elaborate in letteratura: è arrivato il momento di esporre la nostra idea.

##### 5. IL *LEGE AGERE PRO TUTELA* COINCIDE CON L' *AGERE* DEL TUTORE PRETORIO

Il *tutor praetorius* o, secondo un'altra denominazione delle fonti, *tutor ad litem*, ci è noto attraverso le Istituzioni di Gaio e i *Tituli ex corpore Ulpiani*:<sup>2</sup>

Gai 1.184: *Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: Nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: Qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur.*

quaduplo, però non è vero il contrario, perché ci sono azioni penali al quaduplo che non spettano a *qui volet* (si pensi all'*actio furti manifesti*): pertanto, a stretto rigore la prova che la *manus iniectio* prevista dalla *lex Furia testamentaria* fosse a legittimazione diretta universale manca, o meglio è di natura congetturale. Fondatamente e con ottimi argomenti C. RUSSO RUGGERI, *Leggi sociali*, cit. pp. 359 sgg., ha raccolto diversi indizi in base ai quali sostenere la possibile esistenza di una *manus iniectio quadrupli* a legittimazione diretta universale esistesse anche in materia di *alea* e lenocinio; inoltre, il fenomeno della *quadruplatio* potrebbe anche essere stato affrontato dalla *lex Cincia de donis et muneribus* e dalla *lex Laetoria de circumscriptione adulescentium*, in ordine alla quale già S. DI SALVO, *op. cit.* pp. 134 sgg., si era espresso in favore di una previsione sulla *quadruplatio*. Sempre in via congetturale, data la stringatezza della fonte, è possibile configurare una *legis actio sacramento in rem* a legittimazione universale diretta (*pro populo*) volta al recupero, nell'interesse del *populus*, di una *res publica* posseduta da un altro *civis* o, più in generale diretta a fare valere diritti reali del popolo, dall'attribuzione delle *vindiciae secundum populum* di cui informa Fest. v. *Vindiciae* (L. 516): *...Cato in ea quam scripsit L. Furio de aqua...praetores secundum populum vindicias dicunt*. Ammettono l'esistenza di tale azione concessa a *qui volet*: C. FADDA, *L'azione popolare*, cit. p. 339 sg.; F. DE MARTINO, *I «quadruplatores»*, cit. p. 42, con la precisazione che da tale fattispecie non si possa essere però sviluppata la genia dei *quadruplatores*; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit. p. 20 nt. 46. P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 281, ricostruisce l'azione nei termini di un'azione reale ad iniziativa magistratuale.

<sup>1</sup> L'esistenza di prove circa l'esistenza di casi di *legis actiones* concesse a qualunque cittadino ci esime dall'occuparci di un altro possibile caso di *legis actio* a legittimazione universale diretta, forse attestato da Cic. *Brut* 34.131, in cui si discorre di un *accusator* che agisce in giudizio per conseguire una *multa* irrogata dalla *lex Aquilia de damno* per danneggiamenti, se ne deve dedurre di cose pubbliche. Tuttavia, la fonte è insidiosa perché non chiarisce se tale processo multaticio si svolgesse secondo il rito processuale delle *legis actiones* e la circostanza che l'attore sia appellato *accusator* complica la comprensione della natura del processo. In letteratura sono stati avanzati dubbi anche sulla identificazione di tale *lex Aquilia* con la celebre *lex Aquilia de damno*; recentemente, si è espresso nel senso della identificazione D. MANTOVANI, *Il problema d'origine*, cit. p. 132 nt. 44, il quale aggiunge alle fonti già note anche Liv. 22.26.1-2 e Cic. *De leg.* 2.59.

<sup>2</sup> È possibile identificare con il tutore pretorio il *tutor moribus datur* di Schol. Sin. XIV, 36 (FIRA, II, 648): *Διάταξις ἔστιν, φησί, τῶν ἀδελφῶν λέγουσα τῷ ἀπόντι μήτε διὰ procuratoros δίδοσθαι ἐπίτροπον ἀπ'ἑθους ἢ νόμου*. [*constitutio est, ait, fratrum quae dicit absenti nec per procuratorem dari tutorem moribus vel lege*]. Su cui si v. P. L. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, II. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano, 1979, p. 125 sg. *Sul tutor praetorius* v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit. p. 581 sg.; A. GUZMAN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, 1976, pp. 81 sgg.; C. A. MASCHI, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e diritto processuale)*<sup>2</sup>, Milano, 1966, pp. 175 sgg.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit. pp. 455 sgg.; F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum* (Torino 2003), pp. 177 sgg.

Tit. Ulp. 11.24: *Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest), qui praetorius tutor dicitur, quia a praetore urbis dari consuevit.*

Tit. Ulp. 11.27: *Tutoribus auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant...Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.*

Le fonti trascritte attestano che al tempo in cui erano in uso le *legis actiones*, nelle ipotesi di controversie sorte durante la tutela fra tutore e tutelato (*pupillus* o *mulier*), poiché il *tutor in rem suam auctor esse non poterat*, era consuetudine (*mos*)<sup>1</sup> da parte del pretore urbano dare all'incapace un altro tutore, detto per questo *praetorius*, con il compito di assistere il pupillo o la donna nella lite contro il proprio tutore.<sup>2</sup> Dopo

<sup>1</sup> È priva del conforto delle fonti la pur ben argomentata tesi di A. GUZMAN, *Dos estudios*, cit. pp. 109 sgg., secondo cui il potere del pretore di dare un tutore all'incapace nelle ipotesi di liti con il proprio tutore avrebbe trovato fondamento in una legge, che l'Autore identifica o con la *lex Atilia* o con una legge intervenuta dopo la *lex Atilia* e prima della *lex Aebutia* (sul punto v. però A. PERNICE, *L'ordo iudiciorum e l'extraordinaria cognitio durante l'impero romano*, in «A.F.», 36, 1886, p. 118 nt. 1 e le puntuali critiche di P.L. ZANNINI, *Rec a Guzman*, in «IVRA», 27, 1977, p. 213). Anche se non si può negare che dopo l'emanazione della *lex Atilia* la *datio* del tutore pretorio sia stata attratta nell'orbita della tutela dativa, per il periodo precedente non riteniamo costituisca alcuna difficoltà il riconoscere nei *mores* il fondamento del potere del pretore di *tutoris datio* (sulla scia di M. WŁASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, Graz, 1884, pp. 27 sgg.; S. PEROZZI, *Il tutore impubere*, in *Scritti giuridici III*, Milano, 1948, pp. 191 sgg.) a condizione di considerare tali *mores* nel senso di costumi sviluppatisi nella prassi del tribunale del pretore urbano (secondo un'idea risalente a H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in «ZSS», 32, 1911, pp. 222 sgg., l'editto del pretore peregrino avrebbe ammesso il tutore ad esercitare l'azione *nomine pupilli* nei *iudicia imperio continentia*, contra E. WEISS, *Studien zu den römischen Rechtsquellen*, Leipzig, 1914, p. 65 nt. 2), come precisa la chiusa di Tit. Ulp. 11.24: *...praetorius tutor dicitur, quia a praetore urbis dari consuevit.*

Ciò non deve stupire alla luce della circostanza che anche l'attività edicente del pretore viene presentata da Cicerone in termini consuetudinari: Cic. *de inv.* 2.22.67: *Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consueverunt.* Il riferimento ai *mores* come fondamento del potere del pretore di nominare tutori potrebbe essere scomparso nella compilazione (che pure mantiene significative tracce con riferimento alla nomina di *iudices* v. D. 5.1.12.1 (Paul 17 *ad ed.*): *Iudicem dari possunt, quibus hoc lege vel constitutione vel senatoconsulto conceditur...Item hi quibus id more concessum est propter vim imperi*), alla luce dell'abolizione in diritto giustiniano del tutore pretorio sostituito da un *curator ad litem* (v. I. 1.21.3 su cui *infra*, p. 184, nt. 1); pertanto, non si può escludere che passi come D. 26.1.6.2 (Ulp. 38 *ad Sab.*) che menzionano la *lex*, il *senatusconsultum* e la volontà del principe (*Princeps*) come fondamento del potere del pretore di *tutoris datio*, nella versione originaria menzionassero anche i *mores*, i quali ricorrono in una fonte inattaccabile sotto il profilo della genuinità come Tit. Ulp. 11.2: *tutores aut legitimi sunt aut senatus consultis constituti aut moribus introducti.* [fuorché da letture, ormai in larga parte superate, condizionate alla base da dubbi sulla genuinità dei *Tituli ex corpore Ulpiani*: S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, I. *La classificazione dei tutori in Ulp.* XI, Modena, 1925, pp. 1 sgg. (= *Scritti*, 3, pp. 81 sgg.). Non si può escludere, infine, che proprio in materia di tutela si verificò una certa divergenza di opinione fra giuristi in ordine alle fonti del potere di *tutoris datio*, derivante forse anche dalla diversa classificazione dei *genera tutelarum*: così potrebbe anche spiegarsi l'ulteriore classificazione di D. 4.5.7 pr. (Paul. 11 *ad ed.*): *Igitur testamento dati, vel lege, vel senatoconsulto rell.*

<sup>2</sup> Occorre, peraltro, segnalare che fin da età classica nei casi di liti fra tutore e pupillo, è ampiamente attestata la presenza di un *curator impuberis*, anch'egli di nomina magistratuale, con il compito, fra l'altro, di assistere in giudizio l'incapace. Talvolta, nelle fonti il *curator* viene nominato senza ulteriori specificazioni, tal altra viene specificata la funzione, come ausiliario del tutore nelle ipotesi di incrementi al patrimonio, di ostacoli o impedimenti del tutore, di assenza del tutore per doveri pubblici o deportazione, gestione temporanea del patrimonio pupillare in attesa della definizione del giudizio in materia di *excusatio*, di ausilio di un tutore inidoneo per evitare che contro di lui si esperisse un'*accusatio suspecti*. Specificamente dedicato all'argomento, con il fine di distinguere le ipotesi di nomina classiche da quelle giustiniane, è il volume di S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, Roma, 1917. Indicazione delle fonti in materia in B. ALBANESE, *Le persone*, cit. p. 456 sg. nt. 139. Resta ovvio che il *curator impuberis* non avrebbe potuto prestare l'*auctoritas*, che solo il tutore poteva prestare.

l'abolizione delle *legis actiones*, ancora ai tempi di Gaio la giurisprudenza dibatteva sulla possibilità di nominare il tutore pretorio: alcuni giuristi la consideravano una figura ormai desueta, mentre altri la consideravano ancora in uso nel caso in cui si trattasse di un *iudicium legitimum*. Quest'ultima idea prevalse. Infatti, i *Tituli ex corpore Ulpiani* riportano semplicemente la regola secondo la quale il tutore pretorio era dato dal pretore nelle ipotesi di giudizi condotti secondo il rito delle *legis actiones* o nelle ipotesi di *iudicia legitima*.<sup>1</sup>

Occorre subito avvertire che l'ipotesi che qui affacciamo non è sconosciuta in dottrina. È stata accennata fugacemente, senza essere accompagnata da alcuna argomentazione né dimostrazione, alla fine dell'ottocento,<sup>2</sup> ed altrettanto fugacemente è stata respinta.<sup>3</sup> Infatti, si è sostenuto che non si potrebbe ricorrere al tutore pretorio per spiegare il *lege agere pro tutela*: questi non era un vero e proprio 'rappresentante processuale' del tutelato, ma si sarebbe solo dovuto limitare a prestare la propria *auctoritas* al pupillo o alla *mulier*, i quali avrebbero per il resto condotto la lite in prima persona.

Il rilievo ha dalla sua l'argomento rappresentato dalla testimonianza delle Istituzioni di Gaio e dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, alla luce dei quali la nomina di un *tutor ad litem* da parte del pretore si poteva verificare nelle sole ipotesi in cui occorresse un soggetto che interponesse la propria *auctoritas* all'impubere o alla *mulier*; infatti, secondo D. 26.1.3.2 (Ulp. 37 *ad Sab.*)<sup>4</sup> – testo su cui avremo modo di soffermarci diffusamente in seguito – non poteva nominarsi un tutore pretorio all'*infans*, perché era necessario che l'incapace fosse presente e in grado di parlare, per cui un *tutor ad litem* poteva darsi solo nelle ipotesi di *infantia maiores*.

Il quadro appena delineato valeva certamente per l'età classica, ma è lecito dubitare sia che la medesima situazione si prospettasse in età repubblicana, quando ancora erano in vigore le *legis actiones*, sia che il ventaglio di ipotesi prospettato dal manuale gaiano e dai *Tituli ex corpore Ulpiani* esaurisse tutte le possibilità di intervento del tutore pretorio: se, infatti, si allarga lo sguardo sulle altre fonti tramandate attraverso la compilazione ci si rende immediatamente conto di una realtà ben più articolata.

La ricerca sui passi del Digesto e del Codice è resa difficile dal lavoro dei commissari giustinianeî che, com'è noto, hanno sistematicamente espunto dalle fonti ogni

<sup>1</sup> Queste testimonianze forniscono uno degli argomenti principe per sostenere che i *iudicia* regolati dalla *lex Iulia* (e perciò detti *legitima*) presero esattamente il posto del sistema delle *legis actiones*: M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze II*, Leipzig, 1891, pp. 189 sgg.; F. BONIFACIO, "Iudicium legitimum" e "iudicium imperium continens", in *Studi Arancio Ruiž II*, Napoli, 1952, pp. 228, seguito da A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, pp. 207 sgg., il quale congettura che l'assistenza del tutore pretorio dovesse essere richiesta dall'avversario per ragioni tuzioristiche anche nei casi in cui il pupillo fosse impegnato in *iudicia imperio continentia* nei confronti del proprio tutore. Infatti, se l'impubere avesse preso parte al giudizio da solo, in virtù del principio che l'*infantia maior* aveva la capacità di compiere senza l'assistenza del tutore i soli atti che non lo danneggiassero, nel caso di soccombenza nella lite, il pupillo avrebbe potuto richiedere una *in integrum restituito*, vanificando in tal modo il contenuto della sentenza. Identico ragionamento vale in relazione ai *iudicia legitima* che, secondo l'opinione di alcuni giuristi riferita da Gai 1.184, gli impuberi avrebbero potuto intraprendere senza bisogno dell'*auctoritas* del tutore pretorio. Ma v. ora in senso critico F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, cit., p. 179.

<sup>2</sup> Da parte di S. ZIMMERN, *Geschichte des römischen Privatrechts*, Heidelberg, 1829, p. 466; F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana I*, Pisa, 1886, p. 539 sg.

<sup>3</sup> V. M. RÜMELIN, *Zur Geschichte der Stellvertretung*, cit. pp. 28 sgg.; P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere'*, cit. p. 275 nt. 37.

<sup>4</sup> D. 26.1.3.2 (Ulp. 37 *ad Sab.*): ...*Talem [curatorem] <tutorem> neminem dari posse, nisi praesentem, neque cuique, nisi praesenti et postulanti. Itaque infanti non potest dari.*

riferimento al tutore pretorio, sostituito in età giustiniana da un *curator ad litem*.<sup>1</sup> Tuttavia, le fonti conservano ancora evidenti tracce del tutore pretorio dalle quali risulta che l'ipotesi dell'*interpositio auctoritatis* fosse solo una delle possibilità a disposizione del tutore pretorio per difendere gli interessi dell'impubere o della *mulier* nei giudizi contro il proprio tutore, senza che ciò gli precludesse un autonomo intervento in giudizio mediante l'esercizio di un'azione *pro alio*.

Iniziamo, dunque, con il confrontarci con l'obiezione principale che si muove alla teoria del tutore pretorio: non avrebbe potuto *lege agere pro tutela* perché si sarebbe dovuto limitare a *praestare* la propria *auctoritas*. Superata, procederemo oltre, testando la tenuta della nostra proposta ricostruttiva alla luce dei rilievi mossi alle teorie della 'rappresentanza tutoria' e dell'*accusatio suspecti tutoris*.

### 5.1. SEGUE

Allo stesso modo dei *tutores impuberum*, anche il tutore pretorio aveva la possibilità di decidere se *praestare* la propria *auctoritas* all'*infantia maior* nel corso del processo o se *accipere* da solo il *iudicium*, con l'inevitabile conseguenza di trovarsi esposto all'azione di giudicato altrimenti spettante in età classica contro l'incapace:<sup>2</sup> le fonti in tal caso discorrono di *oblatio litis* o *liti se offerre*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> I. 1.21.3: *Si inter tutorem pupillumve iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor ut olim constituitur, sed curator in locum eius datur, quo interveniente iudicium peragitur et eo peracto curator esse desinit*. Peraltro, forse per la disattenzione dei commissari giustiniani, nella compilazione restano tracce evidenti del *tutor praetorius*: 1. D. 26.2.27.1 (Tryph. 14 disp.): *Quum autem ipse patruus, quem tutorem legitimum sibi dicebat pupillus esse, subiectum filium criminaretur, et ad se legitimam hereditatem pertinere contenderet, alium tutorem petendum Iulianus respondit*. 2. C. 5.44. *DE IN LITEM DANDO TUTORE VEL CURATORE*. 3. C. 5.44.3 *IMP. GALLIENUS A. VALERIO*. – *Ad protegendam causam tutor sive curator datus conveniri non potest administrationis periculo* rell. 4. C. 5.44.4 *IMP. GALLIENUS A. IRAENAEUS*. – *Ad litem datus tutor* rell.

<sup>2</sup> Salvi i casi, ovviamente, in cui l'intervento del tutore in giudizio si rendesse necessario a causa dell'*absentia* o dell'*infantia* del pupillo: D. 26.7.2 pr. (Ulp. 9 ad ed.): *Si tutor condemnavit, sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio iudicati datur; et maxime si non se liti obtulit, sed quum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse accipiendum iudicium*.

<sup>3</sup> F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 142, chiarisce che l'espressione *liti se offerre* rimandava al compimento della *litis contestatio* con relativa prestazione della *cautio iudicatum solvi*. Nelle fonti è chiaramente espresso il principio secondo il quale il tutore non può essere costretto a *praestare* la propria *auctoritas*: D. 26.8.17 (Paul. 6 ad ed.): *Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Praetor cogere* rell. Di conseguenza, il principio per cui il tutore deve *praestare* l'*auctoritas* agli infanti di età superiore ai sette anni, va letto nei termini di una regola derogabile, espressa da Ulpiano non a caso mediante un congiuntivo esortativo (*praestent*): D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 ad ed.): *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sivi ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsi auctoribus; nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent*. Secondo R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*<sup>3</sup>, Padova, 1994, p. 61, Ulpiano non avrebbe tolto ai tutori la facoltà di sostituirsi ai pupilli. S. TONDO, *L'acquisto del possesso da parte del pupillo* in *Studi Betti* 4, Milano, 1962, p. 382, spiega l'inciso ritenendo che nel caso di *oblatio litis* il tutore non è esonerato dall'obbligo di prestare la *cautio iudicatum solvi*. Le fonti conservano diverse tracce di *oblatio litis* sia da parte dei *tutores impuberum* [v. D. 26.7.2 pr. (Ulp. 9 ad ed.); 42.1.4.1 (Ulp. 58 ad ed.)]. In D. 26.7.28 (Marcell. 8 dig.) e D. 26.7.39.12 (Pap. 5 resp.) il tutore viene autorizzato a continuare il giudizio già intrapreso addirittura quando il pupillo abbia nel frattempo acquistato la pubertà] sia da parte dei *curatores minorum* [D. 26.7.1.3 (Ulp. 35 ad ed.): *In causis autem adultorum licentia erit agentibus, vel ipsum adultum praesentem in iudicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur, vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat; in absentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum*; v. anche C. 5.31.1; D. 4.4.46 (Paul 2 resp.), anche se nella specie il riferimento potrebbe essere a qualunque terzo e non necessariamente a un *curator minorum* e, per l'età postclassica, v. C. 5.34.11 e 12].

Né mancano tracce di tutori pretori intervenuti nei giudizi tra gli incapaci e i propri tutori, nei quali il tutore pretorio non presta la propria *auctoritas* ma si sostituisce all'incapace e assume su di sé il carico dell'intero processo. In tal senso ci pare significativo:

C. 5.44.2: IMP. ALEXANDER A. EVARISTO. – *An tibi partis fundi paterni vindicatio competat, is, cuius, de ea re notio est, aestimabit. Respicere autem debes officium, in quo te esse tutorem dicis, ne ob eiusmodi petitionem, evictione secuta, ultra pretii quantitatem auctoris heredem pupillum tuum oneres, qui laudatus per te defendi debeat, quum aut compensationis rationem habere aut contrario tutelae iudicio experiri possis. Sed ne tuum ius, si quod habes, impediatur, ad eam rem defendendam, quae adversus te vindicantem agenda erit, [curatores] <tutores> pupillo petantur. PP. XII. Kal. Mai. Iuliano et Crispino Cons. [224].*

Preliminarmente occorre segnalare la pacifica interpolazione del lemma *curatores*, sostituito dai commissari giustinianeî all'originario *tutores* (*ad litem*). In effetti, il caso non rientra fra quelli speciali che, in età classica consentivano la nomina di *curatores ad litem*.<sup>1</sup> Piuttosto si tratta di un tipico caso di lite fra tutore e pupillo che imponeva la nomina di un tutore pretorio. Riconosciuta l'interpolazione del lemma *curatores*, il testo si allinea con i passi della compilazione nei quali, per *communis opinio*, i commissari giustinianeî sono intervenuti per sostituire sistematicamente la menzione del *tutor praetorius* con quella del *curator ad litem* [cfr. ad es. D. 26.1.3.2-4 (Ulp. 37 *ad Sab.*); D. 26.1.4 (Paul. 8 *ad Sab.*); D. 26.1.5 (Pomp. 17 *ad Sab.*); D. 26.2.24 (Iav. 5 *ex Cassio*); D. 27.3.9.4 (Ulp. 35 *ad ed.*)].<sup>2</sup> A riprova che nelle costituzioni del nostro titolo ricorresse la nomina del *tutor ad litem* può anche essere richiamata la rubrica di C. 5.44: *DE IN LITEM DANDO TUTORE VEL CURATORE*, in cui è sfuggita ai commissari la menzione del *tutor praetorius*, evidentemente richiamato nelle costituzioni del titolo.

Ciò detto, crediamo che il caso possa essere ricostruito nei seguenti termini. Il rescritto è indirizzato a un certo Evaristo, che ha ereditato insieme a un coerede una parte del fondo paterno. L'antefatto è che il coerede (si potrebbe pensare al fratello del richiedente) ha venduto, e si deve ritenere anche mancipato, l'intero fondo senza l'autorizzazione di Evaristo, il quale intende esercitare la *vindicatio pro parte* nei confronti dell'acquirente (dall'*incipit* della costituzione, '*vindicatio competat*',<sup>3</sup> pare che l'azione non sia stata ancora esercitata). Tuttavia, la cancelleria avverte il destinatario della costituzione che la sua intenzione di rivendicare la parte del fondo a sé spettante confligge con gli interessi del pupillo di cui è tutore.

<sup>1</sup> V. ante, p. 182, nt. 2. L'interpolazione del lemma *curatores* in C. 5.44.2 è dimostrata da S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, cit. p. 150 nt. 2.

<sup>2</sup> Nei quali l'interpolazione del lemma *curator* è sistematicamente segnalata anche nella Palingenesi da Lenel.

<sup>3</sup> Il verbo *competo* è proprio delle azioni civili; sono ormai da considerare superate le posizioni sia di quegli autori che consideravano interpolata ogni ricorrenza del nostro verbo nei passi del Digesto (v. P. KRÜGER, *Über dare actionem und actionem competere in der justinianischen Compilation*, in «ZSS», 16 (1895) pp. 1 sgg.) sia di quegli studiosi che difendevano la classicità di *competo* solo con riferimento alle azioni o ai rimedi pretori (L. VINCI, '*Actionem dare*' e '*actionem competere*' nei testi giuridici romani, in *Annali Catania*, II (1947-48) pp. 365 sgg.). Infatti, M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in «ZSS», 101 (1984) pp. 80 sgg., adduce Gai 2.253 e 4.112 per dimostrare la classicità dell'uso di *competo* con riferimento alle azioni civili, per quanto lo Studioso ammetta che in età classica il linguaggio si sfuma e si segnalano applicazioni del nostro verbo anche per gli interdetti e le azioni onorarie concesse dai magistrati *cum iurisdictione*. In argomento v. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 328 nt. 1; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*. I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, pp. 225 sgg. e nt. 625, con indicazione di letteratura.

Infatti, morto il coerede alienante, la responsabilità per evizione è ereditata dal pupillo tutelato il quale, se Evaristo decidesse di intentare una *vindicatio pro parte*, verrebbe certamente chiamato in garanzia (*laudatus*)<sup>1</sup> per l'evizione da parte del convenuto acquirente e, a questo punto Evaristo, in qualità di tutore, dovrebbe assicurarsi che il pupillo non venga condannato a titolo di evizione al *duplum* della parte di prezzo corrispondente alla quota di fondo eventualmente rivendicata da Evaristo.

Il destinatario del rescritto imperiale viene, pertanto, posto davanti a un'alternativa: o pagare quanto dovuto dal pupillo – salva la possibilità di ripetere quanto pagato o con il *iudicium contrarium tutelae* ovvero mediante compensazione, si deve credere in sede di *iudicium directum tutelae*, come noto un'azione di buona fede – oppure, ed è il punto che a noi interessa, affinché non si impedisca la realizzazione del diritto di Evaristo e il suo *officium* di tutore non si traduca in un danno nei suoi confronti, la cancelleria imperiale lo ammette alla *vindicatio pro parte* – salva la valutazione in ordine alla spettanza in concreto della *vindicatio* da parte di colui che ha cognizione della causa (*an tibi partis fundi paterni vindicatio competat, is cuius de ea re notio est, aestimabit*) – ma contestualmente lo invita a chiedere dei *tutores ad litem ad rem defendendam*.

Il concetto di *rem defendere* ha il valore tecnico di assunzione della *litis contestatio* in giudizi *in rem* nella posizione di convenuto e coincide, in questo caso, con l'attività del tutore *ad litem* di *accipere iudicium pro alio*.<sup>2</sup>

Viceversa, quando i tutori si limitano a *praestare* la propria *auctoritas*, sono i pupilli ad *accipere iudicium* (*tutore auctore*).<sup>3</sup> Si deve, dunque, ritenere che i tutori *ad litem*,

<sup>1</sup> Gell. N.A. 2.6.15-16: ...*'Laudare'* significat prisca lingua nominare appellareque. Sic in actionibus civilibus auctor laudari dicitur, quod est nominatus. Sul *laudare auctorem* v. M. LEMOSSE, *La mise en cause judiciaire de l'auctor*, in «Labeo» 30, 1984, pp. 165 sgg.

<sup>2</sup> Con l'obbligo di prestare idonea *satisfactio*, le fonti sono chiarissime in tal senso: D. 5.1.63 (Ulp. 49 ad ed.): *Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisfactio; nec ille videtur defendi qui, quod iudicatum est non solvit*; D. 50.17.52 (Ulp. 44 ad ed.): *Non defendere videtur non tantum, qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere, aut non vult suscipere actionem*. V. inoltre, D. 2.9.2.1 (Paul. 6 ad ed.); D. 42.4.5.2-3 (Ulp. 59 ad ed.). In letteratura v. M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Römischrechtlich Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis*, in «ZSS», 25, 1904, p. 125; C.A. CANNATA, v. *Difesa*, in «NNDI», v. p. 613 sg.; G. PUGLIESE, *La litis contestatio nel processo formulare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, VI.1, 1951, pp. 42 sgg.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1968) pp. 306 sgg. Rinviamo al lavoro di quest'ultimo Autore (pp. 130 sgg.) anche per lo studio della genesi preebuziaea dell'*accipere iudicium* inteso come manifestazione della volontà non già del convento, ma dell'attore o di entrambe le parti.

<sup>3</sup> Nelle ipotesi in cui il tutore si limitava a *praestare* l'*auctoritas*, era il pupillo a *suscipere iudicium*: D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 ad ed.): *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus*; D. 37.1.7.1 (Ulp. 1 ad Sab.): *Impubes nec bonorum possessionem admittere, nec iudicium sine tutoris auctoritate accipere potest*; D. 50.17.5 (Paul. 2 ad Sab.): *qui fari possunt... pupillus omnia tutore auctore agere postest*. La circostanza che il pupillo assumesse la lite *proprio nomine* quando il tutore si limitava a *praestare auctoritatem* si desume chiaramente ad es. da D. 21.2.55 pr. (Ulp. 2 ad aed. cur.): *Utputa acceptum quidem cum pupillo tutore auctore fuit iudicium, sed absente pupillo tutor causam egit* rell. Da altra prospettiva risulta che il tutore autorizza il pupillo alla lite: D. 26.2.27 pr. (Tryph. 14 disp.): *Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendat ut, falsumve testamentum nomine pupilli dicatur, et si patruus extet, legitimus tutor futurus ab intestato, quia tutorem habenti tutor dari non potest; nam commodius ipse, qui scriptura continetur, a Praetore dabitur, ut sine ullo litis praeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat*. D. 26.8.15 (Marc. 2 reg.): *Accipientis et edendis iudicium idem tutor auctor utriusque fit; sed hoc utrum ita est, si bis auctor factus est, an et una auctoritas sufficiat eo animo, ut ad utrumque pertineat, dubitat quidem Pomponius, sed fortiter defenditur, sufficere unam auctoritatem*. Questi passi sono relativi alla materia processuale, non riportiamo le innumerevoli testimonianze in materia negoziale in cui viene specificato che l'attività del pupillo si è svolta *tutore auctore*. Diversamente, in materia di garanzia per evizione, nel caso della prestazione di

nella specie, ove nominati, sarebbero stati convenuti *pro alio*, nell'interesse dei pupilli assumendo su di sé l'intero giudizio.<sup>1</sup>

E in effetti, con riguardo ai tutori, l'attività del *defendere* viene collegata nelle fonti all'accettazione del *iudicium* per conto degli *infantes* quando non ricorre alcuna precisazione relativa all'*interpositio auctoritatis* in favore degli *infantia maiores*: D. 26.9.7 (Scaev. l. 13 *quaest.*): *Tutori, qui infantem defendit, succurritur, ut in pupillum iudicati actio detur.*

Inoltre, può essere trovato un altro indizio utile a dimostrare che in taluni casi i *tutores* avrebbero dovuto assumere su di sé l'intera lite e non avrebbero potuto limitarsi a *praestare* l'*auctoritas*, esaminando un altro rescritto in materia di contutela. In questo caso, va premessa la regola generale secondo in cui in presenza di più tutori non occorre la nomina da parte del pretore di un *tutor praetorius*, perché è possibile agire da parte di un tutore nei confronti di uno degli altri, il quale presterà l'*auctoritas* al pupillo.<sup>2</sup>

Il contutore può intervenire in giudizio sia mediante l'*interpositio auctoritatis* sia mediante l'assunzione della *defensio* della lite:

C. 5.44.1: *IMP. ANTONINUS A. MILTIADI. – Si quas petitiones adversos pupillos tuos habes, dirigere eas potes adsistentibus causamque defendentibus contutoribus tuis, cum et si alios tutores non haberent, ad hoc genus litis defendendae [curatores] <tutores> accipere deberent. PP. XIII. Kal. August. Antonino A. IV. et Balbino Cons. [213]*

La fonte non precisa che il tutore pretorio debba limitarsi a *praestare* la propria *auctoritas* e, se nel caso dell'esistenza di contutori la costituzione attesta entrambe le possibilità di *adsistere et defendere causam*, nel prosiegua, con riferimento ai *tutores ad litem*, testimonia solo l'attività della *defensio*: dobbiamo credere che, nel caso di specie, il tutore pretorio era stato invitato a *defendere litem* nel ruolo di unico convenuto del

*auctoritas* da parte del *mancipio dans*, si trova nelle fonti l'utilizzo del verbo *defendo*, v. D. 3.3.75 (Iul. 3 *dig.*); 21.2.62.1 (Cels. 27 *dig.*); 45.1.139 (Ven. 6 *stip.*).

<sup>1</sup> Non è superfluo precisare che, nel nostro caso, il profilo dell'intervento in giudizio del tutore a favore del pupillo deve essere tenuto distinto da quello della prestazione dell'*auctoritas* a favore del *mancipio accipiens*: sotto quest'ultimo profilo si sarebbe potuta verificare una semplice prestazione di *auctoritas* senza sostituzione in giudizio del *mancipio accipiens* (v. però C.A. CANNATA, «QUANDO IN IURE TE CONSPICIO», in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, pp. 189 sgg., secondo cui l'*auctor* estrometteva dal giudizio il *mancipio accipiens* nel caso di *La. sacramento in rem*; *contra* B. ALBANESE, *Sull'intervento dell'«auctor» nella «legis actio sacramenti in rem»*, in «Labeo», 41, 1995, pp. 341 sgg. [= *Scritti giuridici*, III, Palermo, 2006, pp. 447 sgg.] il quale esclude l'estromissione del *mancipio accipiens* dal giudizio); diversamente, l'intervento del tutore *ad litem* in favore del pupillo non viene presentato dalla fonte in termini di mera assistenza e si deve pensare ad una sostituzione del tutore a favore del pupillo. Ciò è riconosciuto anche da Ankum, a dire del quale i *defensores* sarebbero stati dei veri e propri 'rappresentanti' dei pupilli nel corso del giudizio di rivendica. H. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenant à l'achteur mancipio accipiens a.t. elle existé?*, in *Atti Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia, 1979, p. 26. Più in generale, l'attività del *defendere* nelle fonti viene presentata in termini simmetrici rispetto a quella dell'*agere*, v. V.F. 326: *Dominae presentia si procurator agat vel defendat, satsdatio non recte postulatur.*

<sup>2</sup> D. 26.2.24 (Iav. 5 *ex Cassio*): *Si plures tutores sint, a Praetore [curatorem] <tutorem> posci litis causa supervacuum est, quia altero auctore con altero agi potest.* L'interpolazione è generalmente riconosciuta, ma recentemente si è espresso nel senso della genuinità U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin, 1982, pp. 103, sulla base dell'argomento secondo il quale le *mulieres* e i *pupilli* nei *iudicia imperio continentia* non avrebbero avuto bisogno dell'assistenza di alcun tutore pretorio, bastando l'assistenza di un *curator ad litem*: si tratta di un'ipotesi piuttosto remota e contro la quale può osservarsi che solo il tutore pretorio, e non certo il *curator ad litem*, poteva *praestare auctoritatem*.

processo; altrimenti l'estensore del testo della costituzione avrebbe dovuto ripetere entrambe le possibilità prospettate per i contutori.

Simili considerazioni valgono per D. 27.3.9.4 (Ulp. 35 *ad ed.*) in cui compare il *curator* al posto del *tutor praetorius*, con il compito di assumere la *defensio* della causa in assenza contutori:

D. 27.3.9.4 (Ulp. 35 *ad ed.*): ...*nam si solus tutor est, utique ipse secum non aget, sed vel per specialem [curatorem] <tutorem> conveniendus est* rell.

Il tutore speciale *ad litem* deve convenire in giudizio il tutore e, poiché la fonte non specifica se debba limitarsi a prestare la propria *auctoritas*, dobbiamo concludere che anche in questo caso il *tutor ad litem* agisse *nomine pupilli*, nell'interesse del pupillo.

Tirando le fila del discorso fin qui condotto, ci pare che l'obiezione che viene di solito mossa alla tesi che ricostruisce il *lege agere pro tutela* con l'agire in giudizio del tutore pretorio e che consiste nel rilevare come la sua attività si limiterebbe soltanto alla *interpositio auctoritatis* a favore del pupillo, possa superarsi alla luce della considerazione che il *tutor praetorius*, come tutti i *tutores impuberum*, poteva decidere di *liti se offerre*, sostituendosi in tal modo all'incapace nel corso del giudizio e nelle fonti non mancano indizi che confermano la possibilità che il tutore pretorio potesse stare in giudizio da solo nell'interesse del pupillo.

Certo, occorre riconoscere che la regola generale restava quella secondo la quale il tutore pretorio era chiamato solo per *praestare* l'*auctoritas* all'incapace; e ciò anche perché nel caso di *oblatio litis* si sarebbe esposto all'*actio iudicati*, circostanza, quest'ultima, che deve avere non poco condizionato nella scelta di *liti se offerre* da parte dei tutori pretori.

Esiste ancora un altro caso nel quale non si può escludere che in età repubblicana potesse configurarsi una sostituzione del tutore pretorio in luogo dell'incapace: si tratta delle ipotesi dell'*infans* o dell'incapace *absens*, casi in cui solo dopo l'intervento di Cassio si stabilì la regola per cui non era possibile dare un *tutor ad litem* da parte del pretore:

D. 26.1.3.2 (Ulp. 37 *ad Sab.*): *Denique Cassius libro sexto scripsit, talem [curatorem] <tutorem> neminem dari posse, nisi praesenti et postulanti. Itaque infanti non potest dari.*

Da quanto precede nel medesimo § 2, è plausibile credere che il parere di Cassio dovette mettere fine a una accesa discussione fra i giuristi dell'ultima età repubblicana. Infatti, Ulpiano esordisce così: *Et sciendum est, sive agant, sive conveniantur, dari hunc curatorem posse, sed non ad alias, quam si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique Cassius libro sexto scripsit* rell. In altri termini, la regola assolutamente pacifica ai tempi del giurista di Tiro risale al parere di Cassio introdotto da *denique*, avverbio sovente usato da Ulpiano<sup>1</sup> per indicare l'*ultima sententia*, conclusiva di un dibattito giurisprudenziale.

<sup>1</sup> D. 2.14.10.1-2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sabinus putat. 2. Plerumque solemus dicere ... quosdam denique et Iulianus scribit et alii plerumque consentiunt*; D. 15.1.11.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Est autem quaestionis ... et Neratius et Nerva putant, item Iulianus liber duodecimo scribit...denique scribit* rell.; D. 15.4.1.5 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Ait Marcellus ... denique idem scribit ... quae sententia verior est* rell.; D. 17.1.10.3 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Denique Papinianus ait* rell.; D. 19.1.11.7-16 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Neratius ait ... idem Neratius ait ... idem recte ait ... idem secundo libro responsorum ait ... idem Neratius ait ... sed Iulianus libro quinto decimo Digestorum probat ... Cassius ait ... Iulianus denique libro decimo apud Minicium ait ... sententia Iuliani verissimam esse arbitror* rell.; D. 39.5.18.1 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Aristo ait ... et ita et Pomponius refert. Denique refert, Aristonem putare* rell.; D. 44.2.11 (Ulp. 75 *ad ed.*): *Neratius ait. Ego ... non*

ziale (né possiamo escludere che Ulpiano l'avesse riportato, è probabile che sia stato tagliato dai commissari giustiniani). E proprio in D. 26.1.3.2, *denique* non si spiega altrimenti, perché non è utilizzato – secondo una sua altra possibilità di impiego – per concludere il discorso, che infatti prosegue (*Idem Cassius ait* rell.).

È da ritenere, a nostro avviso, che alcuni giuristi di età repubblicana dovevano ritenere possibile la nomina di un tutore pretorio anche nel caso di assenti o infanti nelle liti fra *pupilli* o *mulieres* e tutori svoltesi secondo il rito delle *legis actiones*. Il parere di Cassio, verosimilmente condiviso da Sabino e non a caso richiamato da Ulpiano nel corso della trattazione *ad Sabinum*, deve avere consentito di superare nel corso dell'età classica la possibilità di nominare un *tutor praetorius* all'*infans* e all'*absens* (e infatti Gaio, che si professa sabiniano, non ricorda affatto questi casi) ma postula, al contempo, che la questione dovesse essere quantomeno dibattuta in età repubblicana.

## 5. 2. SEGUE

Verifichiamo a questo punto se le obiezioni mosse alle tesi della 'rappresentanza tutoria' e dell'*accusatio suspecti tutoris* valgono anche per l'ipotesi da noi sostenuta, che il *lege agere pro tutela* si riferisca all'*agere* del tutore pretorio.

Iniziando proprio da quest'ultima, è facile constatare che il lato debole di quella ipotesi ricostruttiva, l'estraneità dell'*accusatio suspecti tutoris* al processo *per legis actiones*, nel caso del tutore pretorio non vale, atteso che quest'ultimo era un istituto tipico del processo *per legis actiones*, in ordine al quale si discorreva da parte dei giuristi circa la sua sopravvivenza nel processo formulare (cfr. Gai 1.184 e Tit. Ulp. 11.24).

Quanto alla teoria della 'rappresentanza tutoria', si ricorderà che il suo principale punto debole consisteva nel limitare la prospettiva di azione del tutore *pro pupillo*, mentre l'espressione *lege agere pro tutela* fa riferimento alla tutela intesa come istituto e quindi, come ben precisato da Fadda,<sup>1</sup> tanto alle posizioni giuridiche soggettive del pupillo quanto a quelle del tutore.

Ora, sebbene il *tutor praetorius* difenda formalmente le ragioni del pupillo contro quelle del tutore, nella sostanza la sua nomina serviva anche a tutelare le ragioni del tutore il quale, senza il tutore pretorio non avrebbe potuto agire durante la tutela nei confronti del pupillo. Questo ci fa capire perché quando il pupillo si rifiutava di richiedere la nomina del *tutor praetorius* per non essere convenuto in giudizio dal proprio tutore, potesse essere costretto dal Pretore a farlo: D. 26.1.3.2 (Ulp. 37 *ad Sab.*): *Idem Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quominus cum eo agatur, cogi eum a Praetore debuisse.*

D'altra parte, che la funzione del tutore pretorio fosse nella sostanza volta alla tutela anche delle ragioni del tutore, piuttosto che del pupillo, è espressamente detto da una fonte già ricordata che, con riferimento al tutore, lo invita a richiedere la nomina di *tutores ad litem* al fine di tutelare i suoi stessi interessi: C. 5.44.2: *Sed ne tuum ius, si quod habes, impediatur, ad eam rem defendendam, quae adversus te vindicantem agenda erit, [curatores] <tutores> pupillo petantur.*

*dubito ... Denique et Celsus scribit rell. ; Coll. xv.2.2-3. (Ulp. 7 de off. proc. sub titulo de mathematicis et vaticinatio-ribus): Sed fuit quaesitum, utrum scientia huiusmodi hominum puniatur an exercitio et professio. Et quidem apud veteres dicebatur ... postea variatum. 3. Saepissime denique interdictum est rell.*

<sup>1</sup> V. ante p. 168.

Anche l'altra obiezione che era possibile avanzare alla teoria della 'rappresentanza tutoria' non è calzante rispetto alla tesi sostenuta dal presente lavoro. Come sappiamo, si è correttamente rilevato che, se fosse stato il tutore a *lege agere pro tutela*, questa ipotesi sarebbe stata diversa dagli altri casi di *lege agere alieno nomine* di I. 4.10 in cui l'intervento in giudizio *alieno nomine* era aperto a qualunque cittadino che avesse i requisiti di *postulare pro alio* previsti dall'editto [cfr. D. 3.1 (Ulp. 6 *ad ed.*)], mentre il tutore sarebbe stato predeterminato rispetto ai giudizi in cui era parte il pupillo. Viceversa, accedendo alla tesi che proponiamo, il *lege agere pro tutela* rientrerebbe fra i casi di *lege agere alieno nomine* a legittimazione popolare: infatti, la carica di tutore pretorio poteva essere ricoperta da qualunque cittadino non predeterminabile rispetto al giudizio e la nomina da parte del pretore urbano avrebbe legittimato il tutore pretorio al solo giudizio nei confronti del proprio tutore senza ingerenze nella gestione degli affari pupillari.

Alla tesi da noi sostenuta, infine, non potrebbe obiettarsi che il tutore pretorio, soprattutto quando si trattava di tutelare le ragioni del tutore e non quelle del pupillo, doveva essere convenuto in giudizio, con ciò contraddicendo la lettera di I. 4.10 che discorre di *agere*. Infatti, come ben rilevato in dottrina, in ordine alle *legis actiones*, *agere*, in stretta relazione a *lex*, indicava 'ogni atto dispositivo giuridico con parole solenni...ogni attività rituale giuridicamente rilevante':<sup>1</sup> anche l'attività processuale del convenuto, simmetrica e parimenti essenziale allo svolgimento del rito, era qualificabile in termini di *agere* rispetto a quella dell'attore.<sup>2</sup> Del resto, anche l'*adsertor* poteva figurare nei giudizi di libertà tanto nella posizione di attore che di convenuto, a seconda che la *vindicatio* fosse stata in *libertatem* o *servitutem*.

#### 6. LE AZIONI ESERCITABILI DA PARTE E NEI CONFRONTI DEL TUTORE PRETORIO: L'ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS

Accettata l'idea che fosse il *tutor praetorius* a *lege agere pro tutela*, resta un punto da trattare. È stato autorevolmente sostenuto<sup>3</sup> che il tutore pretorio era nominato nel corso della tutela per rendere possibile l'esercizio dell'*actio rationibus distrahendis* (d'ora innanzi *a.r.d.*) contro il tutore.<sup>4</sup>

Contro la *communis opinio*<sup>5</sup> – fondata sul chiaro dettato di D. 27.3.1.24 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Haec actio tunc competit, quum tutelae actio est, hoc est finita demum tutela* – secondo

<sup>1</sup> Così B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit. p. 14 sg.

<sup>2</sup> Quanto detto vale ovviamente con limitato riferimento al processo *per legis actiones*; relativamente al processo formulare condividiamo le osservazioni di G. FALCONE, *Appunti*, cit. p. 30 nt. 69, secondo il quale in Gai 4.82 il verbo *agere* è stato utilizzato solo con riferimento all'attività dell'attore; l'Autore adduce altri convincenti argomenti, tutti legati però alla tecnica formulare e ininfluenti, quindi, per le *legis actiones*.

<sup>3</sup> S. SOLAZZI, *Sull'«actio rationibus distrahendis»*, in *RIL*, 50 (1917) pp. 178 sgg. (= *Scritti di diritto romano*, II (Napoli 1957) p. 205 sg.; Id., *Istituti tutelari* (Napoli 1929) p. 254.; P. BONFANTE, *Corso*, cit. p. 619; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Napoli 1954) p. 196 nt. 2 [v. ora *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup> (Napoli 2008)], il quale è dell'avviso che la finalità dell'*a.r.d.*, il *distrahere rationes*, consistesse nel togliere al tutore i registri dell'amministrazione pupillare, circostanza che avrebbe potuto verificarsi anche nel corso della tutela: contro siffatti ricostruzioni v. D. 27.3.9.4 (Ulp. 35 *ad ed.*) su cui *infra* nel testo.

<sup>4</sup> Sui caratteri generali dell'*a.r.d.*, la cui formula ci è sconosciuta, H. ANKUM, *Actions by which we claim a Thing and a Penalty*, in «*BIDR*», 85 (1982) pp. 25 sgg.

<sup>5</sup> Senza pretese di completezza si v. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig, 1901, p. 280; B. ALBANESE, *Le persone*, cit. pp. 503 sgg.; P.L. ZANNINI, v. *Tutela*, in «*ED*», 45, p. 310.

cui l'*a.r.d.* può essere esercitata contro il tutore solo alla fine della tutela si è, infatti, addotto D. 27.3.9.7 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio.*

Dal passo si è desunta la regola secondo la quale l'*a.r.d.* poteva essere esercitata nel corso della tutela perché, se durante la tutela potevano intentarsi le azioni *ex delicto*, e l'*actio furti* in particolare, a *fortiori* doveva potersi intentare l'*a.r.d.* che, in origine «quando ancora non si ammetteva che il tutore potesse commettere furto sulle cose pupillari, aveva sostituito l'azione di furto».<sup>1</sup>

Tuttavia, siamo convinti che l'idea tradizionale della spettanza dell'*a.r.d.* solo alla fine della tutela debba essere ribadita, da un canto, per il carattere non perentorio degli argomenti addotti a favore dell'esperibilità dell'*a.r.d.* nel corso della tutela, dall'altro, soprattutto, in virtù di una testimonianza inconfutabile delle fonti, che ci risulta essere curiosamente sfuggita all'attenzione degli studiosi che si sono concentrati sul profilo del tempo in cui poteva essere esercitata l'*actio rationibus distrahendis*.

Iniziamo subito col rilevare che il contrasto<sup>2</sup> tra D. 27.3.9.4 (Ulp. 35 *ad ed.*) e D. 27.3.9.7 (Ulp. 35 *ad ed.*), in effetti, non esiste perché D. 27.3.9.7 non cita l'*a.r.d.* e dal passo non si possono trarre congetture sul suo regime.

Men che mai si possono desumere indizi sul tempo in cui poteva essere esercitata l'*a.r.d.* dal regime dell'*actio furti*, perché, a prescindere dalla controversa questione dei suoi rapporti con l'*a.r.d.* in età arcaica, in ordine alla quale le fonti tacciono,<sup>3</sup> certo è che le due azioni sanzionavano comportamenti distinti: l'*actio furti* atti di sottrazione commessi con *animus furandi* ai danni del pupillo; l'*a.r.d.* atti di sottrazione che a prescindere dall'elemento soggettivo, testimoniassero un *perfidie agere* [così in D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 *disp.*)] da parte del tutore: ciò spiega sia perché l'*a.r.d.* concorresse con l'*actio furti*, ma non con l'*actio tutelae*,<sup>4</sup> sia perché nel caso dell'*actio furti* fosse

<sup>1</sup> S. SOLAZZI, *loc. ult. cit.*

<sup>2</sup> Già risolto, peraltro, dai giuristi bizantini, e in particolare da Cirillo, il quale rileva che mentre le azioni da delitto spettano durante la tutela ma non sono esercitate se non dopo la sua fine, l'*a.r.d.* spetta una volta cessata la tutela, allo stesso modo dell'*actio tutelae* e, perciò, va esclusa dal novero delle azioni da delitto che *competunt* nel corso della tutela *sed non intenduntur*: Sch. 11 *ad B.* 38.3.9.7: Κυρίλλου. Πάσαι αἱ ἀγωγαὶ ἄνευ τῆς τουτέλαε κατὰ τοῦ ἐπι διοικούντος ἐπιτρόπου ἀρμόττουσιν, οἷον φούρτη, ἀκουίλιος, φούρτιβος κονδικτικίος. οὐ κινούνται δὲ, εἰ μὴ παυθῆναι ἢ ἐπιτροπή· κατέχονται δὲ οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ τῆ τουτέλαε.

Πῶς οὖν ἡ ῥατιόνιβους διατραένδεις οὐ κινεῖται κατὰ κληρονόμων; καὶ δοκεῖ μοι, καθὼ μετὰ τὴν ἐπιτροπήν ἀρμόττει, ἦτοι μετὰ το παυθῆναι, καὶ οὐχὶ ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἐπιτροπῆς, ὡς ἡ περὶ κλοπῆς καὶ ὁ ἀκουίλιος. τὸ δὲ λοιπὸν πρὸς ὑπεξείρεσιν εἶπεν τῆς τουτέλαε. καὶ γὰρ αὕτη μετὰ τὴν ἐπιτροπήν ἀρμόττει.

[HEIMBACH, III, 718: *Cyrolli. Omnes actiones praeterquam tutelae, adversus Tutorem competent, qui adhuc tutelam administrat, veluti furti, legis Aquiliae, condictio furtive. Non intenduntur autem nisi finita tutela: heredes autem eius tutelae tenentur.*

*Quomodo igitur actio rationibus distrahendis in heredes non intenditur? Quia, ut mihi videtur, finita tutela competit, non manente, ut furti et legis Aquiliae actio. Ait autem ceterae, excipiendo actionem tutelae. Nam et haec finita tutela competit.]*

<sup>3</sup> Sul tema v. P. HUVELIN, *Études sur le furtum* (Lyon 1915) pp. 667 sgg.; S. SOLAZZI, *Sull'«actio rationibus distrahendis»*, cit. p. 205 nt. 14, con puntuali critiche alla ricostruzione di P. Huvelin a dire del quale l'*a.r.d.* si sarebbe differenziata dall'*actio furti* solo in età classica, dopo Sabino; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, p. 92.

<sup>4</sup> D. 27.3.1.21 (Ulp. 36 *ad ed.*): *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam perempta est.* Sul passo v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* 1, Berlin, 1918, pp. 109 sgg. e 143 sgg.

ammesso il cumulo soggettivo, in virtù del quale ciascun tutore era tenuto per l'intero per gli atti di furto singolarmente commessi, cumulo escluso invece nel caso di sottrazioni sanzionate dall'*a.r.d.* nell'ipotesi in cui il pupillo fosse stato soddisfatto da uno dei tutori.<sup>1</sup>

Il dato delle fonti è, infine, inequivoco nel dimostrare che l'atto del *distrahere rationes*, del separare i conti del tutore da quelli del pupillo per verificare l'esistenza di eventuali sottrazioni,<sup>2</sup> non potesse se non compiersi alla fine della tutela:<sup>3</sup>

D. 27.3.9.4 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Et generaliter quod traditum est, pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse, hactenus verum est, si eadem tutela non sit; absurdum enim erat, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli repositi, in qua adhuc perseveraret.*

Il passo, benché relativo all'esperibilità dell'*actio tutelae* da parte del pupillo nei confronti del tutore, ci pare esprima un principio di diritto riferibile parimenti all'*a.r.d.*: si definisce assurda la richiesta avanzata nei confronti di un tutore di rendere il conto dell'amministrazione degli affari del pupillo in costanza di tutela. Alla luce di questo principio, deve credersi che neppure l'*actio rationibus distrahendis* potesse esperirsi se non dopo la cessazione della tutela, allorquando sarebbe stato possibile verificare l'esistenza di eventuali atti di sottrazione da parte del tutore, testimoni di un suo *perfide agere*.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Il concorso dell'*actio furti* con l'*a.r.d.* è testimoniato da D. 27.3.1.22 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Hunc tamen tutorem, qui intercept pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait; qui etsi furti teneatur, hac actione conventus (scil. a.r.d.) furti actione non liberabitur; nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat, plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes, nam et tutelae, et furti obligatur.* Quanto al concorso di persone, ammesso in danno dei contutori correi di *furtum* ed escluso nel caso dell'*a.r.d.* v. D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 *disp.*): *Si tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. Sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contractare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicit unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.* Su entrambi i passi, v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin, 1922, pp. 174 sgg.; P. VOCI, *Un esempio di sviluppo nel regime degli istituti obbligatori romani: l'actio rationibus distrahendis*, in *Studi Arena* v, Padova, 1981, pp. 2823 sgg. Con particolare riferimento a D. 26.7.55.1 (Tryph. 14 *disp.*), non possiamo condividere i sospetti sul tratto *sed tutores-aestimationem*, avanzati da E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1940, p. 320 e U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, pp. 184 sgg., fondati su labili ragioni formali e su una presunta contraddizione del § 1 con il *principium* del passo. In contrario, si consideri che Trifonino, dopo avere affermato nel *principium* la regola che i tutori sono responsabili in *solidum* relativamente all'amministrazione della tutela, nel § 1 passa a considerare la diversa questione degli atti di furto commessi dai tutori. Ora, non vediamo alcuna contraddizione nel qualificare in termini di furto gli atti dei tutori (*ipsi tutores rem pupilli furati sunt*) salvo poi precisare che tali atti sono sanzionati dall'*a.r.d.* sotto il profilo del *perfide agere* piuttosto che del furto, alla luce di D. 27.3.1.22 (Ulp. 36 *ad ed.*), secondo cui l'atto di sottrazione di cose pupillari da parte del tutore comporta il sorgere di due obbligazioni, *tutelae et furti*, con la conseguente possibilità di esperire sia l'*actio furti* che, in alternativa, l'*actio tutelae* o l'*a.r.d.*

<sup>2</sup> Anche ammettendo che ciò avvenisse mediante la materiale sottrazione dei registri dell'amministrazione pupillare al tutore, come crede V. ARANGIO RUIZ, *loc. ult. cit.*

<sup>3</sup> Conformemente, del resto, al significato del verbo *distrahere* il quale significa separare definitivamente, v. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*,<sup>9</sup> cit., Jena, 1926, v. *distrahere*. Il verbo, in particolare, indica l'atto del terminare, completare, finire; nelle fonti, infatti, è riferito a *negotium* o *contractus* all'opposto di *contrahere*, nel significato di sciogliere, separare in senso definitivo [D. 10.2.51.1 (Iul. 8 *dig.*); 19.1.11.6 (Ulp. 32 *ad ed.*); 44.7.5.3 (Gai. 3 *Aureorum*); Gai. 3.91; I. 3.27.6] allora è normale credere che relativamente all'atto di *rationes distrahere* la separazione dei conti fosse definitiva e avvenisse alla fine della tutela non nel corso della sua gestione.

<sup>4</sup> Un altro indizio in favore dell'idea che i conti relativi alla gestione della tutela andassero presentati

In conclusione, si deve ritenere che il tutore pretorio non poteva esercitare l'*a.r.d.*

Proviamo ad enumerare le azioni nelle quali si esplicava l'*agere pro tutela* e che il tutore pretorio poteva esercitare durante la tutela. Le fonti attestano che fra tutore e pupillo (o *mulier*) nel corso della tutela potevano essere esperite azioni di rivendica (C. 5.44.2) e, di conseguenza, altre *vindicationes* relative a diritti reali minori, l'*actio finium regundorum* e le azioni divisorie (*familiae exciscundae* e *communi dividundo*).<sup>1</sup> Anche le azioni da delitto spettavano durante la tutela, mentre le azioni contrattuali spettavano solo alla sua fine, poiché confluivano nell'*actio tutelae* e sarebbero state denegate dal pretore durante il suo esercizio.<sup>2</sup>

solo alla fine, può derivare da un passo del Digesto (in materia di curatela dei minori di venticinque anni secondo la versione pervenuta nel Digesto, ma che S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1912, p. 53, ID., *Curator impuberis*, cit. p. 132 nt. 2; e A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, pp. 258 nt. 107, riferiscono ai tutori, *contra* O. LENEL, *Die cura minorum der klassischen Zeit*, in «zss», 35, 1914, pp. 152 sgg.), il quale rileva ai nostri fini perché attesta che solo alla fine della curatela e dopo il compimento del venticinquesimo anno di età del minore si ponesse la questione della presentazione dei conti da parte del curatore. Di conseguenza, il giurista si richiama alla *verecundia* e alla *fides* del curatore, affinché questi, nel caso di mancata presentazione dei conti e restituzione della scritture relative alla causa, proseguisse le liti già intentate: D. 26.7.5.6 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Post completum vicesimum quintum annum aetatis, si nondum rationes redditae sunt, nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac verecundiae curatorum convenit, ut consilio suo coeptam litem perficiant. Si igitur cessent in his, quae constituta sunt, facienda, magis puto sufficere negotiorum gestorum iudicium, etiamsi actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est.* Sulla fonte v. per tutti A. SICARI, *Leges venditionis*, cit. pp. 257 sgg.

<sup>1</sup> D. 26.1.4 (Paul. 8 *ad Sab.*): *Quod dicitur, si indistincte datus sit [curator] <tutor>, in totam litem datum videri, fortasse eo spectet, si familiae exciscundae, aut communi dividundo, aut finium regundorum actio esset cum tutore; et si indistincte datus esset, non solum eo nomine [curator] <tutor> esset, quod ageret pupillus pupillave, sed invicem quoque cum his ageretur.*

<sup>2</sup> Come si ricava dalla lettura congiunta di due passi riportati, non a caso, di seguito nel Digesto, con l'avvertenza di riferire il primo alle azioni da delitto e a quelle extracontrattuali, il secondo alle azioni contrattuali, secondo la lettura, che più di tutte ci ha convinto, suggerita da H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in «zss», 32, 1911, pp. 218 sgg.: D. 27.3.9.7 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio; D. 27.3.10 (Paul. 8 *brevis Edicti*): Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit; quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede eius actionem habet, quia sibi solvere debuit.*

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA  
ACCADEMIA EDITORIALE, PISA · ROMA.  
STAMPATO E RILEGATO NELLA  
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Luglio 2009

(CZ 2 · FG 13)



*Tutte le riviste Online e le pubblicazioni delle nostre case editrici  
(riviste, collane, varia, ecc.) possono essere ricercate bibliograficamente e richieste  
(sottoscrizioni di abbonamenti, ordini di volumi, ecc.) presso il sito Internet:*

[www.libraweb.net](http://www.libraweb.net)

*Per ricevere, tramite E-mail, periodicamente, la nostra newsletter/alert con l'elenco  
delle novità e delle opere in preparazione, Vi invitiamo a sottoscriverla presso il nostro sito  
Internet o a trasmettere i Vostri dati (Nominativo e indirizzo E-mail) all'indirizzo:*

[newsletter@iepi.it](mailto:newsletter@iepi.it)

★

*Computerized search operations allow bibliographical retrieval of the Publishers' works  
(Online journals, journals subscriptions, orders for individual issues, series, books, etc.)  
through the Internet website:*

[www.libraweb.net](http://www.libraweb.net)

*If you wish to receive, by E-mail, our newsletter/alert with periodic information  
on the list of new and forthcoming publications, you are kindly invited to subscribe it at our  
web-site or to send your details (Name and E-mail address) to the following address:*

[newsletter@iepi.it](mailto:newsletter@iepi.it)