

Collana Ravenna Capitale

Comitato scientifico

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)

Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)

Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)

Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)

Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva,
Simona Tarozzi, Paola Biavaschi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti
a doppio referaggio anonimo.

RAVENNA CAPITALE

DISCIPLINA DEGLI ATTI NEGOZIALI
INTER VIVOS NELLE FONTI DI
IV - VII SECOLO, IN OCCIDENTE

© Copyright 2019 by Maggioli S.p.A.
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2008

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595
www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna (RN)

Indice

Presentazione	pag. vii
A proposito delle <i>obligationes ex contractu</i> nell'<i>Epitome Gai</i> di <i>Silvia Schiavo</i>.....	» 1
Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche di <i>Paola Bianchi</i>	» 27
La disciplina degli atti negoziali <i>inter vivos</i> nei rescritti <i>ex</i> <i>Gregoriano</i> ed <i>Hermogeniano</i> accolti nel <i>Breviarium</i> di <i>Giorgia Maragno</i>	» 73
C. 7.39.2 e il precario in Occidente tra Tardoantico e Medioevo di <i>Paola Biavaschi</i>	» 103
Gli atti costitutivi di diritti reali in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica di <i>Saverio Masuelli</i>	» 119
Forme di pubblicità degli atti di alienazione nel tardo antico: dall'intervento dei vicini all'<i>insinuatio apud acta</i> di <i>Francesco Fasolino</i>	» 131
Gli atti compiuti <i>a non tutore</i>: la disciplina in Occidente alla luce di PS. 1.4.8 di <i>Alessia Spina</i>.....	» 145
<i>Interpretatio visigotica</i> a C.Th. 8.12.1 e la <i>donatio post</i> <i>obitum</i> della prassi nelle province occidentali di <i>Simona Tarozzi</i>.....	» 165
Emancipazione come <i>rite de passage</i> di <i>A.J.B Sirks</i>.....	» 177

Gli atti compiuti *a non tutore*: la disciplina in Occidente alla luce di PS. 1.4.8

Alessia Spina

(Università degli Studi di Roma “La Sapienza”)

Il tema degli atti negoziali compiuti *a non tutore* (ossia di quegli atti che coinvolgono un patrimonio pupillare, ma che sono posti in essere da un soggetto privo della *potestas* tutelare) è stato oggetto di un ampio dibattito nella giusromanistica. La specifica regolamentazione nel tardo Impero¹, dinanzi all'estrema esiguità delle fonti soprattutto di matrice occidentale, può arricchirsi di precipi contenuti solo attraverso la ricostruzione del regime classico e giustiniano, quali emergenti dalla compilazione². Sebbene distinguere le due discipline risulti complesso, in un terreno in cui le ambiguità sono numerose e le delimitazioni di fattispecie risultano spesso difficili, tentare una siffatta operazione appare funzionale ad una corretta interpretazione e contestualizzazione delle stesse fonti postclassiche.

Come noto, le ipotesi di ingerenza irrituale nell'amministrazione del patrimonio di un soggetto incapace possono determinare due tipi di conseguenze. Una prima conseguenza è relativa ai rapporti tra tutore e terzi: i negozi conclusi dal *falsus tutor*

¹ E. LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS*, 49, 1929, 230 ss.; P. DE FRANCISCI, *Premesse storiche alla critica del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*. 15 dicembre 530-15 dicembre 1930, Milano, 1931, 32 ss.; L. CHIAZZESE, *Nuovi orientamenti del diritto romano*, in *AG*, 103, 1930, 99 ss.; H.H. SEILER, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio' in römischen Recht*, Köln, Graz, 1968, 240 ss.; M. JOHLEN, *Die vermögensrechtliche Stellung der weströmischen Frau in der Spätantike. Zur Fortgeltung des römischen Rechts in den Gotenreichen und im Burgunderreich*, Berlin, 1999, in particolare 138 ss.

² Esigie sono anche le indicazioni sugli sviluppi della struttura familiare nel tardoantico, come osserva F. LAMBERTI, *La storiografia sulla 'familia' romana fra inquadramenti tradizionali e nuove tendenze di ricerca*, in *La famiglia tardoantica. Società, diritto, religione*, Milano, 2016, 11 ss., cui si rimanda per l'ampia bibliografia, oltre che per le considerazioni generali svolte. Nel tardoantico l'idea di famiglia e di parentela appare connessa al ruolo della natura e della biografia: così S. JOYE, *Includere ed escludere nella famiglia: il ruolo del padre*, in *La famiglia tardoantica. Società, diritto, religione*, Milano, 2016, 189 ss. Si veda anche J.-U. KRAUSE, *Die Familie und weitere anthropologische Grundlagen*, Stuttgart, 1992, *passim*.

sono privi di *auctoritas*³, ed il non tutore risponde verso i terzi da lui danneggiati⁴. Un secondo profilo, sul quale si concentreranno le seguenti riflessioni, coinvolge specificamente i rapporti tra non tutore e pupillo, ossia la qualificazione giuridica e la tutela processuale di una gestione del patrimonio del pupillo compiuta da un soggetto non titolato⁵.

Per molto tempo la *communis opinio* ha sostenuto che il diritto classico avesse sottoposto a una regolamentazione unitaria i rapporti derivanti da una *gestio a non tutore*: vi sarebbe stata per tutte le situazioni riconducibili a tale fattispecie la possibilità di agire con un'*actio negotiorum gestorum*, mentre si sarebbe esclusa la possibilità di esperire un'*actio protutelae*⁶. Tale espressione, presente nel Digesto, avrebbe rappresentato il risultato di un intervento giustiniano⁷. Una simile ricostruzione, invero, come è stato

³ Sia nei testi compresi nello specifico titolo D. 27.5 *de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit*, sia negli altri testi che si rinvencono sparsi nel Digesto e che affrontano il problema, colui che *pro tutore negotia gerit* pur non essendo tutore non viene mai qualificato come *falsus*. Peraltro, la *significatio* di falso tutore secondo D. 50.16.221, di Paolo, è la più ampia possibile: D. 50.16.221 (Paul. 10 resp.): *Paulus respondit falsum tutorem eum vere dici, qui tutor non est, sive habenti tutor datus est sive non: sicut falsum testamentum, quod testamentum non est, et modius iniquus, qui modius non est.*

⁴ F. PERGAMI, *Il principio 'quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere' nell'esperienza giuridica romana*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, ora in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, 113 ss. e, ampiamente, dello stesso autore, il lavoro monografico *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. Studi sull'invalidità e sulla sanatoria degli atti negoziali nel sistema privatistico romano*, Torino, 2014, *passim*.

⁵ Sia consentito il rimando a A. SPINA, *I volti della 'fides' e la 'tutela impuberum'*. Dal '*tutor suspectus*' al '*falsus tutor*', Canterano, 2018, 169 ss.

⁶ Ma diversamente F.M. DE ROBERTIS, *La protutela nel diritto romano (sulla gestione 'a non tutore' nei negozi pupillari)*, Bari, 1956, 57, secondo il quale "gli sviluppi del diritto postclassico e giustiniano sarebbero caratterizzati, nel settore che ci interessa, da una tendenza di base decisamente unitaria e in deciso contrasto con l'orientamento 'particolaristico' dei giuristi classici, fondato sul dualismo ... tra *actio neg. gestorum* e *actio utilis tutelae* (o *quasi tutelae*)". L. PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale: la natura e la funzione dell'actio protutelae*, pubblicato in *Scritti per Alessandro Corbino* (a cura di I. PIRO), vol. V, Lecce, 2016, 359, sostiene che la formula '*quasi tutore gerere*' fosse intesa quale *verbum generale*, da applicarsi a chi avesse gestito un patrimonio nella convinzione di essere tutore, a prescindere dalla circostanza che essa fosse vera o errata.

⁷ Secondo DE ROBERTIS, *La protutela*, cit., 57 s. il dualismo sarebbe stato processuale, e avrebbe richiesto l'*actio negotiorum gestorum* per la gestione semplice, e l'*actio utilis tutelae* o *actio quasi tutelae*, per la gestione qualificata. Si pensi al paolino D. 15.1.52 pr. (Paul. 4 quaest.): ... *merito igitur et in servo, qui pro tutore egit ... quia de peculio actio deficit, utilis actio in dominum quasi tutelae danda erit. ut quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intellegatur*. Ulpiano, in D. 27.5.1.2, parla di un *iudicium utile* che deve intendersi *tutelae* per un'ipotesi assai simile: *Proinde et si servus quasi tutor egerit, divus Severus rescripsit dandum in dominum iudicium utile*. Sul passo, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*,

osservato, mal si concilierebbe con la complessità delle fonti digestuali, in cui compaiono costantemente e in rapporto dialettico il regime di una ‘gestione semplice’ e quello di una ‘gestione qualificata’ degli affari altrui, parallelamente a una duplice derivazione dei frammenti. Essi, infatti, risultano provenienti non soltanto dai commentari all’editto *de negotiis gestis*, ma anche, e prevalentemente, da quelli in materia di tutela: si tratterebbe dell’apporto di due masse distinte la cui identificazione farebbe presumere, anche per l’età classica, l’applicazione di una diversa disciplina giuridica.

I testi della prima massa, pur trattando della gestione di affari pupillari⁸, non recano mai indizi linguistici di una *gestio pro tutore* e, anzi, una simile qualificazione sembrerebbe volutamente evitata, mentre essa ricorre, con evidente regolarità, nei testi della seconda serie, laddove viene in considerazione il patrimonio pupillare nel suo complesso e si scelgono espressioni quali ‘*munere tutoris fungi*’ e ‘*gerere tutelam*’. Per la prima fattispecie, il rimedio processuale utilizzato sarebbe stato l’*actio negotiorum gestorum*, per il secondo l’*actio protutelae*⁹: prova dell’esistenza e del valore di tale distinzione ancora nel diritto della compilazione sarebbe proprio il numero dei testi costituenti le due masse (D. 3.5 e C. 2.18 da un lato, e D. 27.5 e C. 5.45 dall’altro lato) e la persistente immutata consistenza che ciascuna di esse mantiene nella posteriore compilazione dei Basilici¹⁰.

La disciplina dell’*actio protutelae* classica è contenuta nell’ampio frammento D. 27.5.1, che apre il titolo D. 27.5 *De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit* e da cui si evince, quale unica condizione per l’esperimento dell’azione¹¹, la presenza

Torino, 1980, 139; si può ricordare anche la recensione di R. BONINI, in *SDHI*, 41, 1975, 418, nonché G. GILBERTI, ‘*Servus quasi colonus*’. *Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli, 1988, 103.

⁸ Si pensi a D. 3.5.5.2 (Ulp. 10 *ad ed.*); D. 3.5.14(15) (Paul. 9 *ad ed.*); D. 3.5.21(20) (Gai. 3 *ad ed. prov.*); D. 3.5.33 (Paul. 1 *quaest.*).

⁹ Se si presta attenzione alla distribuzione delle trattazioni nei commentari *ad edictum* del III secolo, è evidente come esse non si trovino concentrate in un unico contesto, ma appaiono ripartite tra i libri concernenti la *negotiorum gestio* e quelli, topograficamente assai distanti, relativi alla tutela: in Paolo sono i libri 9 e 38, in Ulpiano il 10 e il 36. Questo dato indurrebbe a pensare che i giuristi tardoclassici, anziché ricondurre tutti i rapporti nascenti dalla gestione *a non tutore* alla disciplina unitaria di una sola azione, abbiano preferito mantenere le due distinte azioni, secondo la specificità dei singoli casi. H. PETERS, *Generelle und Spezielle Aktionen*, in *ZSS*, 32, 1911, 261 aveva tentato di risolvere l’*impasse* proponendo l’ipotesi di una ‘composizione all’ultim’ora’ del titolo D. 27.5 del Digesto; tesi esclusa già da J. PARTSCH, *Studien zur ‘negotiorum gestio*’, vol. I, Heidelberg, 1913, 10 ss. e da S. SOLAZZI, ‘*Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*’, in *AG*, 91, 1924, 150 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, vol. II (1913-1924), Napoli, 1957, 602 ss., ribadendo che i compilatori avrebbero inteso dare autonomia sistematica e legislativa ai rapporti tra pupillo e *pro tutore gerens*.

¹⁰ I testi di D. 27.5 e di C. 5.45 sono stati quasi integralmente riversati nel titolo 38.5 dei Basilici.

¹¹ D. 27.5.1 (Ulp. 36 *ad ed.*) pr.: *Protutelae actionem necessario praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit*

di un elemento oggettivo: sarebbe stato rilevante il *munus tutoris*, ossia l'attività sintetizzabile nel *gerere negotia pro tutore* che compare in pressoché tutti i paragrafi che compongono D. 27.5.1: *pro tutore administraverit tutelam; pro tutore ... munere functus sit (principium); pro tutore autem negotia gerit; qui munere tutoris fungitur (§ 1); qui pro tutore negotia gessit (§ 3); pro tutore negotia impuberis gessit (§ 4); si prius pro tutore administraverit (§ 5); si quis quasi tutor negotia gesserit (§ 6); si curator impuberi a praetore datus negotia gesserit; dum se putat tutorem, gesserit tutelam (§ 7); in id quod gessit tenebitur (§ 9)*. L'elemento soggettivo risulta, invece, irrilevante, nel senso che le fonti riproducono formule in grado di abbracciare lo spettro più ampio di ipotesi, includendovi sia il caso della persona convinta di essere tutore, sia il caso del gestore consapevole di avere assunto un ruolo non suo¹². Come il non tutore che interpone l'*auctoritas* può conoscere o ignorare la propria reale condizione, così il non tutore che gerisce i negozi del pupillo può essere consapevole o ignaro, secondo

tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit.

1. *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse.* 2. *Proinde et si servus quasi tutor egerit, divus Severus rescripsit dandum in dominum iudicium utile.* 3. *Cum eo, qui pro tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse nulla dubitatio est, quia tutor non est.* 4. *Quare si quis finita tutela pro tutore negotia impuberis gessit, tenebitur.* 5. *Sed et si prius pro tutore administraverit, deinde quasi tutor, aequae tenebitur ex eo quod pro tutore administravit, quamvis devolvatur hic gestus in tutelae actionem.* 6. *Si quis quasi tutor negotia gesserit eius qui iam pubes est neque tutorem habere potest, protutelae actio cessat: simili modo et si eius, qui nondum natus est. nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem, id est impuberem esse oportet. sed erit negotiorum gestorum actio.* 7. *Si curator impuberi a praetore datus negotia gesserit, an, quasi pro tutore gesserit, teneatur, quaeritur. et est verius cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus est. si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a praetore vel a praeside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam, videndum, an pro tutore teneatur. et magis est, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, quia animo tutoris gessit, cum tutor non esset. at iste curator non quasi tutor, sed quasi curator gessit.* 8. *In protutelae iudicio usurae quoque veniunt.* 9. *Sed utrum solummodo in id quod gessit tenebitur an vero in id etiam quod gerere debuit? et si quidem omnino non attigit tutelam, non tenebitur: neque enim attingere debuit qui tutor non fuit. quod si quaedam gessit, videndum, an etiam eorum quae non gessit teneatur: et hactenus tenebitur, si alius gesturus fuit. sed et si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit se administratione, videamus, an teneatur, si necessarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent: quod verius est.*

I classici avevano posto in essere un'operazione diversa, realizzando lo scollamento della protutela dalla *negotiorum gestio*, e l'avvicinamento, mediante l'applicazione nei confronti del *pro tutore gerens* di un'*actio utilis tutelae*, della responsabilità del protutore a quella, nel loro regime più severa, del tutore.

¹² PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 359 ritiene che la formula '*pro tutore gerere*' dovesse avere un significato generale, idoneo ad includere tanto le gestioni '*quasi tutor*', quanto le gestioni condotte da chi fosse a conoscenza di non avere alcuna legittimazione.

la formulazione – in passato sospettata di essere interpolata – di D. 27.5.1.1¹³: *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse.*

Ormai ragionevolmente superati i dubbi sulla classicità dell'azione¹⁴, essa avrebbe costituito il rimedio specifico per le ipotesi di incertezza sul titolo in base al quale un individuo avrebbe gestito un patrimonio pupillare: si sarebbe sollevato il minore dal rischio di un errore nella scelta dell'azione da esperirsi verso un tutore apparente, ossia dal rischio connesso alla scelta tra l'*actio tutelae*, e la *negotiorum gestio*¹⁵.

L'introduzione *necessario*¹⁶, nell'Albo, dell'*actio protutelae*¹⁷, però, non avrebbe determinato l'eliminazione definitiva dell'azione da cui essa si era geminata: l'*actio negotiorum gestorum* avrebbe continuato a rappresentare il rimedio cui il pupillo poteva ricorrere quando persone diverse dal tutore avessero gestito il suo patrimonio¹⁸,

¹³ Non ci si sofferma sulla differenza tra *falsus tutor* e *protutor*: si veda SOLAZZI, 'Quod falso tutore auctore' cit., 602 s.; in precedenza, si può ricordare il lavoro di L.J. NEUSTETEL, *Unterschied zwischen Protutor oder Procurator und 'falsus tutor'*, in *Arch. Civ. Prax.*, 1, 1819, 248.

¹⁴ Fugati ampiamente dal recente e già citato studio di PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 333 ss.

¹⁵ PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 421, che efficacemente riassume gli esiti della disamina: "da qualsiasi prospettiva la si guardi, mi sembra insomma che il modo in cui la figura del protutore si presenta nell'Albo riveli un'asimmetria difficilmente spiegabile sul piano del diritto materiale. Le difficoltà si attenuano se si torna invece alla prospettiva da cui ha preso avvio tutto il nostro discorso: quella processuale, o dell'*actio* intesa come *modus agendi*. L'*actio protutelae* venne introdotta per evitare le incognite legate alla scelta dell'*actio*, nei casi in cui si avessero difficoltà a dire se la persona che aveva gestito il patrimonio di un pupillo coincideva o meno con il *iustus tutor* ... Se questo è lo scenario di fondo, appare abbastanza logico che un privilegio del genere riguardasse soltanto il pupillo".

¹⁶ Sulle ricorrenze dell'avverbio e dell'aggettivo nel lessico ulpiano, Th. MAYER-MALY, 'Obligamur necessitate', in *ZSS*, 83, 1966, 49 e nt. 12, dove si richiama il passaggio di D. 27.5.1 pr.

¹⁷ A. BISCARDI, *Contro la oralità della formula processuale classica*, in *Studi in onore di B. Biondi*, vol. I, Milano, 1965, 653, osserva che nella testimonianza ulpiana di D. 27.5.1 pr. l'espressione *actionem scribere* (*actionem scripsit*), equivalente al *proposuit* dell'esordio del *principium*, sarebbe usata con riferimento al pretore, sicché "non ci vuol molto ad accorgersi come ivi non s'intenda parlare della formula adattata alla fattispecie concreta, bensì allo schema astratto di essa, destinato ad essere inserito nell'albo editale". Ancora, sulla specifica *laudatio edicti*, Th. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, in *Studi in onore di E. Volterra*, vol. II, Milano, 1971, 122 nt. 37 ("damit und mit dem häufigen Gebrauch von *necessarium duximus* ... wird die meines Erachtens klassische Übung vieler *laudationes edicti* fortgesetzt, eine Regelung als notwendig zu bezeichnen, um ihre Gerechtigkeit darzutun"). Sul passo, *ex multis*, si vedano le considerazioni di SEILER, *Der Tatbestand* cit., 210 ss., nonché la recensione di J. GAUDEMET, *A proposito di 'negotiorum gestio'* (H.H. Seiler, *Der Tatbestand der 'negotiotum gestio' im römischen Rechts*), in *Index*, 1, 1970, 271.

¹⁸ Parla di un "campo di esperienza ... pieno di possibili errori e false apparenze" G. CRIFÒ, *La donna e la tutela*, in *Labeo*, 28, 1982, 56 nt. 26 e 61, recensendo il lavoro di T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Napoli, 1979, 43 ss.

rappresentando l'unica soluzione percorribile quando, nonostante la presenza di un *habitus tutoris*, sarebbe stata oggettivamente da escludersi l'apparenza di una tutela: ad esempio perché non vi era un pubere¹⁹, o perché il tutore apparente era uno schiavo, ovvero quando si fosse trattato di una *gestio non pro tutore*²⁰. Proprio per il caso da ultimo citato, testimonianza utile è D. 27.4.3.8 (Ulp. 36 *ad ed.*), in cui si rinviene una distinzione tra una *gestio pro tutore*, che avrebbe giustificato un'*actio protutelae*, e una *gestio non pro tutore*, che avrebbe richiesto una semplice *actio negotiorum gestorum*²¹. La distinzione risponde agli intenti pratici perseguiti dai classici, che avevano fornito un'adeguata traduzione processuale della distanza avvertita tra la disciplina della gestione *pro tutore* da parte di chi non lo fosse²² e la volontaria assunzione, per motivi di affetto o di amicizia, di singoli affari del pupillo²³: non sarebbe stato sufficiente il coinvolgimento di un pupillo per spostare la qualificazione giuridica di *negotiorum gestio* propria di quel rapporto²⁴.

La protutela tendeva a mutuare dalla tutela adattamenti pratici e disciplina giuridica, recependone il rigoroso sistema degli obblighi e delle responsabilità e avvici-

¹⁹ Si pensi a D. 27.5.1.6: *Si quis quasi tutor negotia gesserit eius qui iam pubes est neque tutorem habere potest, protutelae actio cessat: simili modo et si eius, qui nondum natus est. nam ut pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem, id est impuberem esse oportet. sed erit negotiorum gestorum actio.* Dal passo ulpiano emerge che, perché ci sia un protutore, occorre l'intenzione, l'*animo tutoris gerere*: se non c'è un impubere la convizione è da escludersi. Si ricordino anche D. 27.3.24 (Paul. 8 *ad Sab.*); D. 26.2.19.2 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 3.5.29(28) (Iul. 3 *dig.*).

²⁰ Altre fonti chiariscono che, laddove manchino elementi diretti di convizione, occorre valutare il carattere generale o particolare dell'assunta gestione, ossia la riferibilità di essa all'intero complesso del patrimonio pupillare, ovvero ad un singolo affare del pupillo. Si vedano le fonti citate da DE ROBERTIS, *La protutela* cit., 12, tra cui, ad esempio, D. 27.6.1.5 (Ulp. 12 *ad ed.*); assai significativo D. 3.5.15 (Paul. 7 *ad Plaut.*), che sembra distinguere, ai fini della concessione o meno dell'*actio negotiorum gestorum*, il fatto di chi si fosse limitato a gestire un singolo affare del pupillo o singoli affari considerati limitatamente, da quello di chi avesse gestito *plura negotia*, intesi come un complesso unitario di rapporti che concernono l'intero patrimonio pupillare.

²¹ D. 27.4.3.8 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Iudicio contrario tutelae praestatur et id, quod in rem pupilli versum ante tutelam vel post tutelam, si negotiis tutelae tempore gestis nexum probatur, et quod ante impensum est, sive pro tutore negotia gessit et postea tutor constitutus est, vel ventri erat curator: sed et si non pro tutore negotia gerebat, debet venire quod ante impensum est: deducuntur enim in tutelae iudicium sumptus, quoscumque fecerit in rem pupilli, sic tamen, si ex bona fide fecit.*

²² D. 26.7.39.2 (Pap. 5 *resp.*); C. 2.18(19).20.

²³ Osserva quanto fosse diffusa nel mondo romano la prassi di affidare alla disciplina liberale della *negotiorum gestio* la responsabilità di chi avesse assunto le vesti e le funzioni del tutore, R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt*, Warszawa, 1955, 158 s.

²⁴ Si pensi ai §§ pr., 1, 3 e 6 del riportato D. 27.5. Similmente anche D. 27.6.1.5: si tratta dell'*auctoritas interpositio*, atto tipico della funzione tutoria, e il cui compimento avrebbe importato necessariamente l'assunzione delle funzioni tutorie e la conseguente esclusione di ogni possibilità di considerare come un semplice *negotiorum gestor* chi lo avesse posto in essere.

nandosi, invero, alla *negotiorum gestio* per la mancanza pressoché assoluta di poteri dispositivi. Se, da un lato era, infatti, opportuno incoraggiare e stimolare l'iniziativa liberale di chi, *amicitia ductus*, avesse deciso di provvedere a qualche singolo affare del pupillo momentaneamente abbandonato, e fino alla nomina del tutore²⁵, dall'altro lato, non si voleva favorire il doloso compimento di atti dispositivi, che venivano, infatti, esclusi.

La dottrina, d'altra parte, è prevalentemente orientata nel ritenere che i rapporti in esame, in età giustiniana, fossero stati sottoposti alla disciplina unitaria proprio di un'*actio protutelae*²⁶. Giustiniano avrebbe superato il senso e l'antica distinzione dei classici tra semplice *negotiorum gestor* e *pro tutore gerens*, per soddisfare obiettivi ulteriori rispetto all'età classica: esigenze teoriche del sistema ed esigenze pratiche,

²⁵ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, 624 ("the Romans carried through this idea with their usual common sense without confusing morality and law. Nobody is legally bound to care for the affairs of another ... but the law should favour and facilitate such altruistic action by granting to the gestor the right to claim reimbursement of his expenses"); si veda ancora DE ROBERTIS, *La protutela* cit., 36 e nt.

²⁶ Invero, Giustiniano parla di tali rapporti, oltre che in sede di protutela, anche in sede di *negotiorum gestio*. La rubrica del codice giustiniano (C. 5.45) che riguarda i rapporti derivanti dalla *gestio pro tutore* suona '*De eo qui pro tutore negotia gessit*'; ad essa fa riscontro – con l'unica variante rappresentata dall'estensione al *pro curatore gerens* – la rubrica digestuale D. 27.5. Anche le masse presenti in D. 3.5 e in CI. 2.18, infatti, rappresentano fattispecie di gestione di patrimoni pupillari da parte di soggetti che pongono in essere una gestione non titolata e non qualificata: casi di gestione semplice e casi di gestione *non pro tutore*: si tratta delle ipotesi di colui che si fosse ingerito nell'amministrazione '*amicitia ductus*', ma senza intenzione di comportarsi da tutore. Da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 321 s. (secondo il quale "die Sonderbezeichnung *actio protutelae* aber ist byzantinischen Ursprungs") in poi, si è escluso che si riferissero ad analoga o identica rubrica editale. Si vedano in precedenza anche PARTSCH, *Studien* cit., 62 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. I. *Diritto di famiglia*, ristampa corretta della I edizione, Milano, 1963, 602 ss.; SOLAZZI, '*Quod falso tutore auctore*' cit., 603; B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. IV, Palermo, 1936, 419 ss.; H. KRELLER, *Das Edikt 'de negotiis gestis' in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, in *Festschrift P. Koschaker zum 60. Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen*, II, Weimar, 1939, 199 e nt. 35; E. LEVY, '*Pauli Sententiae*'. *A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca-New York, 1945, 98; M. KASER, *Römische Privatrecht*, München, 1955, 311. In precedenza F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, vol. XXVII, tradotto e annotato da G. Baviera e C. Longo, Milano, 1908, 461 ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. III, Erlangen, 1873, 865 s.; M. WLASSAK, *Zur Geschichte der 'negotiorum gestio'*, Jena, 1879, 125 ("Paulus kann daher in der citierten Stelle seiner Sentenzen [I. 4.8], wo von einer *actio negotiorum gestorum pro curatore* die Rede ist, nichts Anderes haben sagen wollen, als dass ein solcher *pro curatore gestor* in seinem obligatorischen Verhältniss zum *Dominus* ganz ebenso zu behandeln sei wie ein *Gestor*, der wirklich *Curator* ist, nicht etwa wie ein gewöhnlicher Geschäftsführer...); PETERS, *Generelle und Spezielle Aktionen* cit., 243 ss. A. MASI, *L'actio protutelae nella composizione giustiniana e nella dottrina bizantina*, in *Studi Senesi*, 74 (serie 3, 11), 1972, 197 ss.

quali l'eliminazione delle zone di incertezza (predisponendo anche per esse azioni apposite²⁷), nonché l'arginamento del protrarsi delle liti²⁸.

Tra la regolamentazione del III secolo e la compilazione giustiniana, sembrerebbe configurarsi una disciplina 'intermedia', generatasi in forza di motivazioni eterogenee, che condusse ad allargare le maglie della *negotiorum gestio*, sino alla formazione di una *pro tutore gestio*.

Invero, le fonti tardoantiche mantengono l'antica distinzione tra gestore semplice e gestore qualificato, con declinazioni diverse in Oriente e in Occidente. Per la *pars Orientis* l'attestazione più significativa è una costituzione di Leone e Antemio del 469, che distingue i casi in cui i negozi pupillari siano stati compiuti '*pro tutore seu curatore vel negotiorum gestor*', come tra poco si vedrà. Per l'Occidente, la data in cui sarebbe iniziato – secondo la definizione di Solazzi – il "travestimento" dell'*actio negotiorum gestorum* in una specifica azione contro il protutore sarebbe anteriore a Giustiniano, sulla base di quanto si apprende da un passo delle *Sententiae* paoline²⁹, trådito esclusivamente dal *Breviarium*³⁰:

²⁷ Si pensi all'*actio praescriptis verbis* per le fattispecie di difficile ricostruzione, oppure all'*actio civilis in factum*.

²⁸ Indicativa in proposito è C. 3.1.13.1: *Imperator Iustinianus. Censemus itaque omnes lites super pecuniis quantaecumque quantitatis, sive super condicionibus sive super iure civitatum seu privato fuerint illatae, super possessione vel dominio vel hypotheca seu servitutibus vel pro aliis quibusdam casibus, pro quibus hominibus contra se litigandum est, exceptis tantummodo causis, quae ad ius fiscale pertinent vel quae ad publicas respiciant functiones, non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas: sed omnes iudices, sive in hac alma urbe sive in provinciis maiorem seu minorem peragunt administrationem, sive in magistratibus positi sunt vel ex aula nostra dati vel a nostris proceribus delegati, non esse eis concedendum ulterius lites quam triennii spatio extendere. Hoc etenim iudicialis magis esse potestatis nemo est qui ignoret: nam si ipsi voluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito iudice litem protelare.*

²⁹ Secondo PARTSCH, *Studien* cit., 62 ss., che completa e corregge i risultati di PETERS, *Generelle und Spezielle Aktionen* cit., 261 s. il diritto classico nel caso del protutore non avrebbe utilizzato la formula normale dell'*actio negotiorum gestorum*, ma un *iudicium utile*. SOLAZZI, '*Quod tutore auctore*' cit., 604 s. osserva come l'*actio negotiorum gestorum* con questa aggiunta abbia ricevuto una qualificazione giuridica che manca negli altri testi: in D. 3.5.30.5 (Pap. 2 resp.) si parla di *tutor proprio nomine iudicio negotiorum gestorum convenietur*; in C. 5.28.1, provvedimento di Settimio Severo e Antonino Caracalla, datata al 207, vi è il caso di un *tutor* testamentario dato irritualmente, che nel caso di effettiva gestione rispondeva con l'*actio negotiorum gestorum* tant'è che si legge: *quod si administravit sponte res tuas, experiri adversus eum actione negotiorum gestorum*; in C. 5.34.4, di Filippo I l'Arabo, databile al 244, si concede l'*actio negotiorum gestorum* contro il militare che avesse agito *quasi tutor* e *cum voluerit tutor fieri: sed si errore ductus res administravit, negotiorum gestorum actione convenietur*. Si veda DE ROBERTIS, *La protutela* cit., 18 s. e nt. 49, ma anche anche S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1912, 30 e M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino: persone e famiglia*, Milano, 1938, 150 ss.

³⁰ E. VOLTERRA, *Sull'uso delle 'Sententiae' di Paolo presso i compilatori del 'Breviarium' e presso i compilatori giustiniani*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*,

PS. 1.4.8 = PV. 1.4.8 = Liebs 1.11.9: Qui, cum tutor curatorve non esset, pro tutore curatoreve res pupilli adultive administravit, actione negotiorum gestorum pro tutore curatoreve tenebitur.

Il brano solleva problemi di critica testuale.

Gli editori più antichi – basti pensare a Gothofredo, Schulting, Hugo – seguivano fedelmente la lezione dei codici, mantenendo un ‘*si*’ tra il verbo ‘*esset*’ e l’espressione ‘*pro tutore*’. Gli editori più recenti – forse anche con l’intento di rendere il testo coerente rispetto alle interpretazioni prevalenti in letteratura – tendevano a sopprimere la congiunzione. L’emenda venne puntualmente segnalata da Haenel, registrando le *Varietates scripturae ex Paulo a Visigothis epithomatis codicibus*³¹, e da Krüger, nella *Collectio librorum iuris anteiustiniani*³²: è proprio in questo ‘*si*’ fuoriposto, in questa scorrettezza formale, che è stato individuato l’indizio di una rielaborazione ad opera dei Visigoti del principio espresso nella *regula* di matrice classica³³. Il punto è centrale e vi si tornerà, mentre possono ritenersi superati i sospetti sulla genuinità del riferimento alla curatela, nonché la specificazione *adultive*³⁴: in diversi testi di giuristi tardoclassici conservati nel Digesto si utilizza il termine *adultus* per indicare il minore di venticinque anni³⁵.

Passando al contenuto della *sententia* paolina, essa richiama un’*actio negotiorum gestorum pro tutore*, azione di cui non risulta esservi traccia né nel Digesto, né nei

Bologna, vol. I, Pavia, 1934, ora in *Studi in onore di E. Volterra*, vol. IV. *Le fonti*, Milano, 1971, 141 ss. L’autore si propone di verificare come l’opera pseudopaolina (“operetta”) “sia stata usata dai compilatori occidentali della *lex Romana Visigothorum*, probabilmente giuristi gallo-romani, e come dai compilatori di Giustiniano”.

³¹ *Corpus Iuris Romani Anteiustiniani*, vol. II, c. 177, *ad librum* 1, tit. 4, *sub* § 8) notava: “*omnes codd.: esset si pro*”.

³² Nella *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, vol. II, 50, pur correggendo nel senso indicato la lezione dei codici, notava che “*pro edd., si pro codices*”.

³³ Così DE ROBERTIS, *La protutela* cit., 48 s. parla di un “un passo delle *Sententiae* pseudopaoline, il quale, restituito nella lezione dei codici, arbitrariamente alterata dagli editori ... la cui scorrettezza formale è indice significativo della rielaborazione a cui esso è soggiaciuto ad opera dei Visigoti”.

³⁴ SOLAZZI, *La minore età* cit., 109 s. (“ma chi gerisce il negozio di un adulto, sia o no un curatore, è tenuto sempre con l’*actio negotiorum gestorum*. La menzione dell’adulto è stata aggiunta nel Paolo Visigoto; e l’emblema, mentre conferma il risultato delle nostre ricerche, che il curatore non aveva l’*administratio*, prova che il moto di trasformazione della *cura minorum* investiva i diversi territori dell’Impero romano e trascinava la giurisprudenza occidentale al pari dell’orientale”); *idem*, 285 ss., circa la natura insitica del vocabolo *adultus*.

³⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, a D. 3.3.43.3 (Paul. 9 *ad ed.*); D. 12.3.8 (Marc. 8 *dig.*); D. 23.2.36 (Paul. 5 *quaest.*); D. 23.3.60 (Cels. 11 *dig.*); D. 26.7.32.6 (Mod. 6 *resp.*); D. 26.7.46 pr. (Paul. 9 *resp.*); D. 34.3.20.1 (Mod. 10 *resp.*); D. 50.4.1.4 (Herm. 1 *epit.*). Occorre, però, rammentare che l’età pubere, nel regno Visigoto, si raggiungeva al compimento dei venti anni.

libri Basilicorum né – particolare rilevante – negli scolii antichi ai Basilici stessi³⁶. Il dato ha indotto gli studiosi che in tempi meno recenti si sono occupati del testo, a ritenere che tale azione di gestione di affari qualificata *adiecto nomine*, fosse una creazione – secondo alcuni un rimaneggiamento meramente formale – da ascrivere al legislatore visigotico³⁷. Nel pensiero del Paolo Visigoto, l’esperibilità dell’*actio negotiorum gestorum pro tutore* sarebbe stata subordinata alla circostanza che l’amministrazione fosse stata tenuta *pro tutore*: la gestione *a non tutore* dei negozi pupillari, come già *supra* osservato, si sarebbe potuta esercitare anche ‘*non pro tutore*’, ossia senza assumere la veste e la funzione di tutore. Laddove la gestione fosse avvenuta *pure*, l’*adiectio nominis* non avrebbe avuto alcuna ragione di essere posta, né tanto meno vi sarebbe stato motivo di inserirla nel *nomen actionis*³⁸.

³⁶ Si può ricordare l’asserzione di G. ROTONDI, in *Scritti giuridici*, vol. I. *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano* (a cura di V. ARANGIO RUIZ), Milano, 1922, 485, secondo cui: “per le *sententiae* non utilizzate da Triboniano può provarsi che Paolo discorreva degli stessi argomenti altrove”. Sulle ragioni che possono avere condotto i compilatori alla scelta dei passi: M. CONRAD, *Der Westgotische Paulus*, Amsterdam, 1907, 36.

³⁷ Così LEVY, *Westen und Osten* cit., *passim*; ID., ‘*Pauli Sententiae*’ cit., 97 s.; CHIAZZESE, *Nuovi orientamenti* cit., in particolare 108, laddove ricorda la tesi di Riccobono secondo il quale il fenomeno saliente dell’evoluzione del diritto in età postclassica sarebbe stata la “fusione del diritto civile e pretorio attraverso la prassi del Basso Impero”; SELER, *Der Tatbestand*, cit., 240 s. (e poi 256 e 261); i già citati PARTSCH, *Studien* cit., 65; PETERS, *Generelle und Spezielle Aktionen* cit., 247, nonché Solazzi in diversi contributi; quest’ultimo, nella voce enciclopedica ‘*Tutela*’ pubblicata nel *NNDI*, afferma: “*Pro tutore gerens* era chiamato dai Romani colui che amministrava i beni di un pupillo credendo di esserne il tutore; per diritto classico rispondeva con l’*actio negotiorum gestorum*, che nel diritto postclassico (P.S. 1.4.8) viene detta *actio negotiorum gestorum pro tutore*, e nel diritto giustiniano prende il nome di *actio protutelae*” (ma cfr. anche ID., ‘*Quod falso tutore auctore*’ cit., 605 s.). Sono comunque più scarsi i rimaneggiamenti e le interpolazioni affermate dalla critica nelle sentenze di collezioni occidentali. Volterra ha notato che il numero di queste interpolazioni cresce proporzionalmente in ordine di tempo, passando dalle collezioni più antiche a quelle più recenti: sono pochissime nella *Collatio* e nella *Consultatio*, mentre sono più numerose nel Breviario. “Ciò varrebbe a provare come anche in Occidente l’opera delle scuole e della pratica ha contribuito a mutare continuamente e ad aggiornare il testo delle *Sententiae*”. In Occidente non si riscontrano deviazioni che possano con sicurezza attribuirsi ad influenza germanica o comunque straniera, ma i mutamenti sono in grandissima parte dovuti ad un logico sviluppo di principi e di norme essenzialmente romane: VOLTERRA, *Sull’uso* cit., 268. Cfr. P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*. V. *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l’oeuvre de Justinien*, Nemours, 1947, 45 ss.

³⁸ Ne sarebbero rimasti fuori i casi marginali di gestione assunta non volontariamente, ma *opinionе necessitatis*: in questo caso soccorreva la possibilità, non del tutto obliterata nell’ambiente postclassico e bizantino, dell’impiego *utiliter* dell’*actio negotiorum gestorum*, come conferma uno scholio a Bas. 38.5.1.

Isolate sono le tesi che, in passato, hanno salvaguardato il nucleo originario della *sententia*: Huschke³⁹, seguito parzialmente da Alibrandi⁴⁰, ha letto nella *actio negotiorum gestorum pro tutore* l'espressione tecnica – contrapposta ad una denominazione 'volgare' entrata nell'uso corrente fin dall'età classica – dell'*actio protutelae*, di cui discutono anche i giuristi di età severiana⁴¹. Seiler riteneva che il nucleo della *sententia* fosse classico⁴².

Dal suggerimento di Huschke – in parte ripreso da Mayer Maly⁴³ e da Albanese⁴⁴ –, nonché sulla scorta di recenti lavori monografici dedicati alla raccolta delle sentenze paoline⁴⁵, si può tentare di rileggere gli indizi utili a ricostruire la verosimile portata di tale 'misteriosa' azione, nella speranza di riuscire ad aggiungere tasselli nella riflessione sull'evoluzione della disciplina degli atti negoziali pupillari nel V secolo.

Una serie di considerazioni risulta sollecitata dalla complessiva tradizione delle *Pauli Sententiae*. Come si è detto, il brano di PS. 1.4.8 *supra* riportato è conservato solamente dal *Breviarium* e non reca una *interpretatio*⁴⁶. L'indizio non è di poco

³⁹ *Iur. Ante adrianea ad h.l.* In particolare, Huschke, notando la particolarità dell'espressione '*actio negotiorum gestorum pro tutore*', aveva commentato nei seguenti termini: "*sic ex demonstratione actionem designat, quae vulgo protutelae dicitur*".

⁴⁰ I. ALIBRANDI, *Dell'azione che davasi secondo il diritto romano contro i curatori*, in *BIDR*, 2, 1889, 154 e 163: "Però non può negarsi che al tempo di Aniano, quando fu fatta la collezione Visigota ove furono accolte, e all'occasione modificate le sentenze di Paolo, la '*negotiorum gestio pro curatore*' era distinta dalla semplice '*negotiorum gestio*'. Molto più la qualifica di curatore doveva rimarcarsi quando si agiva contro un vero curatore, e ciò bastava perché la *intentio* (sinché durarono le formule), o l'atto di petizione (dopo l'abolizione di quelle), fosse modificata e prendesse una impronta particolare, e l'azione si dicesse utile".

⁴¹ A questa posizione replicava duramente Solazzi sostenendo che il nome *actio protutelae* sarebbe stato inventato da Giustiniano: SOLAZZI, *La minore età* cit., 109. L'autore in quel primo scritto aveva optato per la classicità della parte di testo da '*pro tutore*' a '*tenebitur*', poi contestato in '*Quod falso tutore auctore*' cit., 605 e nt. 33.

⁴² SCRIVE SEILER, *Der Tatbestand* cit., 241: "Dieser vielbenutzte Beleg ist, soweit er sich auf den Gestor *pro tutore* bezieht, nachklassischen Paraphrase eines klassischen Textes ... Jedenfalls läßt die kurze nachklassische Paraphrase keine sicheren Schlüsse auf den klassischen Originaltext zu".

⁴³ TH. MAYER-MALY, *Probleme der 'negotiorum gestio'*, in *ZSS*, 86, 1969, 433, pur ritenendo 'audace' la tesi secondo cui la denominazione di *actio negotiorum gestorum pro tutore* derivasse dalla protutela, ammette non si possa escludere che l'autore delle *Sententiae* paoline si sia ispirato a fonti tardoclassiche, concludendo in questi termini: "So ergibt sich für den Tatbestand der '*negotiorum gestio*' aus der so weit ausgreifenden Untersuchung ihres Verhältnissen zur Tutel, daß Ansprüche aus der Geschäftsführung, die in den Bereich der Vormundschaft einbrachen, etwas öfter anerkannt wurden als Ansprüche aus der Geschäftsführung, die in den Bereich des *mandatum* fielen".

⁴⁴ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 402 ss.

⁴⁵ Si pensi al lavoro di I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017, *passim*.

⁴⁶ Propone confronti tra i testi delle *Sententiae* in versione visigota e i brani delle medesime riprodotte nei *Digesta*, richiamando, laddove presente, la relativa *interpretatio*, H. SCHEL-

momento: poiché “*interpretatio non eget*”, si potrebbe legittimamente pensare che la regola costituisca *ius receptum*, per il quale non si sarebbe ritenuta necessaria alcuna ulteriore spiegazione. Peraltro, gli indizi di una sostanziale classicità del rimedio – a prescindere dal *nomen* attribuitogli – sono stati messi in luce in letteratura anche in passato⁴⁷. D’altra parte, proveniente dallo stesso libro I delle *sententiae receptae* e anch’esso risalente esclusivamente alla *lex Romana Visigothorum*, ma dotato di un’interessante *interpretatio*, è il testo di PS. 1.4.2⁴⁸:

PS. 1.4.2 = PV. 1.4.2: Tutor post finitam tutelam si in administratione duret, actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur.

Si può notare, incidentalmente, che sono traditi dalla *lex Romana Visigothorum* proprio le uniche *sententiae* del libro I che attengono alla *gestio pro tutore*, quasi forse

LENBERG, *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*, Göttingen, 1965, *passim*, nonché la recensione di G. FRANCIOSI, *Orientamenti in tema di ‘interpretatio’ alle ‘Pauli Sententiae’*, in *Labeo*, 16, 1970, in particolare, 395 s.

⁴⁷ D. 27.5.1.7 (Ulp. 36 *ad ed.*) – che si ritiene opportuno nuovamente richiamare – costituirebbe indizio della classicità dell’*actio negotiorum gestorum pro tutore*. *Si curator impuberi a praetore datus negotia gesserit, an, quasi pro tutore gesserit, teneatur, quaeritur. Et est verius cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus est. si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a praetore vel a praeside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam, videndum, an pro tutore teneatur. et magis est, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, quia animo tutoris gessit, cum tutor non esset. at iste curator non quasi tutor, sed quasi curator gessit.* (Se un curatore di un impubere nominato dal pretore abbia gestito degli affari, si pone la questione, se sia tenuto come se abbia gestito come protutore. Ed è più vero che non si applichi questa azione, perché ha rivestito l’ufficio di curatore. Se invece uno, pur non essendo tutore, abbia gestito una tutela, perché costretto dal pretore o dal preside della provincia, poiché si reputa tutore, si deve vedere se sia tenuto come protutore. Ed è preferibile che, sebbene abbia gestito perché costretto, tuttavia debba essere tenuto, perché gestì con l’animo di tutore, pur non essendo tutore. Ma il predetto curatore non gestì come tutore, ma come curatore). Secondo Solazzi, l’edizione del libro 36 *ad edictum*, di cui si avvalsero i compilatori giustinianei, avrebbe portato ‘*an actio negotiorum gestorum actione pro tutore teneatur*’, come visto anche per il Paolo Visigoto: secondo l’autore e, prima, secondo Partsch, i compilatori avrebbero cancellato ‘*negotiorum gestorum actione*’. Solazzi ritiene che la novità triboniana si ridurrebbe ad avere chiamato con frase più breve e più elegante, *actio protutelae*, quella che, nelle scuole precedenti, denominavano *actio negotiorum gestorum pro tutore*. Ma l’idea di separare l’azione contro il protutore da tutte le azioni – dirette e utili – contro i gestori di negozi altrui sarebbe pregiustiniana. SOLAZZI, ‘*Quod falso tutore auctore*’ cit., 605 e nt. 37 s.

⁴⁸ Osservando la ricostruzione palinogenetica proposta da M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, ‘*Pauli Sententiae*. Testo e ‘*interpretatio*’, Padova, 2005, *passim*, si nota che il libro I presenta un gruppo – limitato ma omogeneo – di frammenti dedicati alla *negotiorum gestio*. Tra di essi troviamo due brani, conservati solo nella tradizione occidentale, in cui il tema della gestione di affari altrui si connette con la figura tutelare. Si veda sul tema M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 207, nt. 24

a segnalare una regolamentazione propriamente occidentale. Significativo è, peraltro, che i brani siano collocati nel libro I, rubricato *De negotiis gestis*, e non già, ad esempio, nel libro II, dove trovano spazio, tra le altre, *sententiae* sulla disciplina degli atti compiuti dai minori di venticinque anni, secondo, dunque, criteri di disposizione della materia opposti rispetto a quelli che verranno assunti dai compilatori giustiniane⁴⁹.

Nella *sententia* di PS. 1.4.2 si legge che il tutore, se prosegue nell'amministrazione una volta conclusasi la tutela, sarà tenuto con l'azione di gestione di affari nei confronti del pupillo o del suo curatore. Dunque, la fattispecie è estranea a quella di una tutela apparente, ma consente di ricavare indizi preziosi anche ai nostri fini, soprattutto alla luce della relativa *interpretatio*:

INTERPRETATIO. Tutor, si peracta tutela, id est, impletis pupillaribus annis, voluerit in ipsa administratione persistere, de actis negotiis pupillo vel curatori eius non tutelae, sed negotiorum gestorum cogendus est reddere rationem.

Il tutore, se, terminata la tutela, ossia raggiunta l'età pubere, abbia voluto proseguire (e la scelta dei verbi *voluerit ... persistere* indicherebbe la volontarietà di una condotta posta in essere con pervicacia) proprio nell'amministrazione, riguardo agli atti compiuti deve essere obbligato al rendimento dei conti al pupillo o al suo curatore, non in base alla tutela, ma alla gestione di affari altrui.

La regolamentazione individuata dai classici e sintetizzata nel pensiero paolino, dunque, sembra transitata senza visibili modificazioni in PS. = PV. 1.4.2: se non vi è un pupillo, non vi è azione di protutela, né una *negotiorum gestio* qualificata, ma una *negotiorum gestio* semplice.

Nella *interpretatio*, la quale, come noto, si colloca in un momento successivo rispetto alla fissazione del *ius receptum*, sembrerebbe potersi osservare la transizione dalla visuale classica fondata sull'*actio*, a quella più recente, assata sul profilo sostanziale del *reddere rationem* e collocata nel quadro di forme processuali cognitorie. Nell'*interpretatio*, infatti, non si legge alcun cenno ad uno specifico rimedio processuale, bensì un più ampio richiamo al *rationem reddere*, che è attività richiesta tanto al tutore, quanto al *negotiorum gestor* e che, nell'evenienza prospettata, si applica non già al periodo di esercizio della tutela, già conclusosi, bensì alla *gestio* ad esso

⁴⁹ Sull'ordine delle *Sententiae*, G. SCHERILLO, *L'ordinamento delle Sententiae di Paolo*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. I, Palermo, 1936, 39 ss., ora in *Scritti Giuridici*, vol. I. *Studi sulle fonti*, Milano, 1992, 85 ss., in particolare 87 per la ricostruzione del libro I e soprattutto 94 s., laddove l'autore sottolinea che "per ciò che riguarda la tutela, le '*Sententiae*' si allontanano pure alquanto dall'ordine dell'Editto". Si veda D. LIEBS, *Die Pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in *ZSS*, 112, 1995, 151 ss.; ID., *Die Pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausführung*, in *ZSS*, 113, 1996, 132 ss. e in particolare 138 s.

successiva. D'altro canto, si può anche aggiungere che, nell'Occidente tardoantico, proprio in concomitanza con la caduta in desuetudine delle forme editali, la stessa espressione *gerere negotia* avrebbe assunto una portata generica, mentre avrebbe perso di specificità tecnica l'espressione *negotiorum gestio*, determinando la necessità, per i giuristi, di chiarire la natura della gestione per una corretta configurazione del regime di responsabilità⁵⁰.

Il legislatore visigotico sembrerebbe conoscere il dualismo esistente tra *actio tutelae* e *actio negotiorum gestorum*, ma esso sembra scomparire sul piano delle azioni – facendo venire meno la possibilità di fare valere separatamente l'obbligazione sorgente dalla tutela –, pur permanendo sul piano del diritto materiale; mentre nella sentenza paolina, mancando il requisito oggettivo per la configurabilità di una tutela apparente, la *negotiorum gestio* non avrebbe richiesto alcuna speciale regolamentazione.

Da ciò si potrebbe dedurre, *a contrario*, l'esistenza di un'*actio negotiorum gestorum* destinata a regolamentare la tutela o la protutela, che potrebbe esattamente coincidere con l'*actio negotiorum gestorum* di PS. 1.4.8.

Considerazioni ulteriori possono nascere dal confronto con la fonte coeva di tradizione orientale, la già richiamata costituzione di Leone e Antemio del 469⁵¹.

C. 5.6.8: Imperatores Leo, Anthemius. Si quis tutoris vel curatoris nomine usurpato, id est pro tutore seu pro curatore vel negotiorum gestore res pupillae administraverit eamque sibi filiove suo copulaverit, tales nuptias stare et non ad exemplum tutorum infirmari, ne ex huiusmodi subtili vel maligno tractatu matrimonia seu proles ex his progenita vel dos super his data vel promissa aliquam laesionem vel calumniam patiantur. Leo et Anthem. AA. Erythrio PP. <a. 469 D. K. Iul. Marciano Cons.>⁵².

⁵⁰ La considerazione risale a E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, 296 ss., richiamando, altresì, l'impiego atecnico di *negotia gerere* e di altre espressioni simili in C.Th. 7.20.3; C.Th. 5.3.1; Isid. *Etym.* 18.15.3. Le argomentazioni sono poi riprese da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*. II.1. *Requisiti della 'actiones negotiorum gestorum'*, Cassino, 2003, 47 e nt. 135.

⁵¹ Secondo P. VOCI, *Storia della 'patria potestas' da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 51, 1985, 12 e nt. 48, la costituzione sarebbe “forse” parte – insieme a C. 1.4.16 e C. 1.18.13 – della legge con cui Leone modifica il regime dell'*arra sponsalicia*, ossia C. 5.1.5, per la quale non sarebbe testimoniata l'estensione all'Occidente. Sulla politica di Leone e Antemio, nella prospettiva più generale della collaborazione legislativa delle due *partes Imperii*, si rimanda al recente studio di A. LOVATO, *Orientamenti normativi in tema di titolarità di beni vacanti al tempo di Leone e Antemio*, in *Quaderni Lupiensi*, 8, 2018, 111 ss.

⁵² La frase iniziale, da *'id est'* a *'gestore'* è stata ritenuta di origine emblematica: SOLAZZI, *'Quod tutore auctore'* cit., 601 s.; PETERS, *Generelle und Spezielle Aktionen* cit., 250. Il titolo sotto cui la legge è conservata reca la seguente rubrica: “*De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem liberosque eorum*”. Per il vocabolo *gestor*, si legga M. KASER, *Zur Juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi in onore di B. Biondi*, vol. I, Milano, 1965, 117 e nt. 122; ID., *Das römische Privatrecht*. Vol. II. *Die nachklassischen Entwicklung*, II, München, 1975, 417 ss.

Ai fini del presente discorso interessa solo la prima parte del provvedimento⁵³, in cui si ritiene che un'usurpazione⁵⁴ dell'ufficio di tutore o curatore si sarebbe potuta verificare tanto ad opera di chi avesse gestito gli affari del pupillo 'pro tutore', o 'pro curatore', quanto ad opera di chi li avesse gestiti semplicemente 'pro negotiorum gestore'⁵⁵.

Pur non essendo specificato il *nomen* del rimedio esperibile per i casi in cui l'*administratio* delle *res pupillae* fosse compiuta da un soggetto non legittimato, l'*usurpatio* sembrerebbe potersi verificare sulla base di titoli diversi, ancora nettamente distinguibili nel V secolo e anche nella *pars Orientis* dell'Impero. E non si può escludere che tali titoli condizionassero anche la terminologia delle azioni processuali.

Alla luce degli elementi raccolti, e nonostante il loro numero esiguo e la frammentarietà, è possibile formulare alcune prudenti proposte ricostruttive. Pare, infatti, sussistano indizi testuali che consentano di ipotizzare una sostanziale equiparazione dell'*actio negotiorum gestorum pro tutore* all'*actio protutela*. PV. 1.4.8 presenterebbe un nucleo di pensiero autentico riconducibile alla giurisprudenza del III secolo, che molto si era affaticata nella soluzione di casi in cui lo iato tra realtà e apparenza tutoria rendeva incerta la scelta del regime giuridico. Non appare inverosimile immaginare che l'unicità della denominazione rinvenibile solo nella sentenza paolina sia dovuta a un intervento del legislatore visigotico operato sul mero *nomen actionis*.

Dunque, l'*actio negotiorum gestorum* poteva presentarsi pura o qualificata, a seconda delle particolarità del caso concreto, ed è verosimile immaginare che nelle scuole postclassiche dell'Occidente si fosse affermata la denominazione di *actio negotiorum gestorum pro tutore*. E, d'altra parte, già il compilatore delle *sententiae receptae* potrebbe avere in qualche modo forzato il processo di unificazione terminologica delle due azioni di matrice classica, raggruppando anche le fattispecie di gestione qualificata nel libro I. Si sarebbe, in questo senso, ottenuto un esito terminologico opposto rispetto a quello compiuto dal pretore, come narrato da Ulpiano, laddove il magistrato scelse di affiancare alle azioni esistenti un editto *protutela* forgiato sulla struttura della *negotiorum gestio*.

L'operazione, sotto tale profilo, si potrebbe inquadrare nella generale trasformazione della struttura processuale dei secoli della tarda antichità, coinvolgendo le fonti dell'epoca, che conservano il ricordo di casi in cui un *agere pure* viene contrapposto

⁵³ La seconda sezione suggerirebbe che l'impedimento alle nozze tra tutore e pupilla non varrebbe per il protutore, sebbene questi "rispondesse senz'altro della gestione compiuta": così L. DESANTI, *Costantino e il matrimonio fra tutore e pupilla*, in *BIDR*, 89, 1986, 449 e nt. 17; 451 e nt. 21.

⁵⁴ La presenza del verbo *usurpato* farebbe ritenere che la gestione a non tutore debba intendersi come dolosamente posta in essere del gestore. L'equivalenza tra una simile *usurpatio* e la gestione *pro tutore* o *pro curatore* è evidente nell'espressione "*id est*" che introduce il periodo successivo.

⁵⁵ In Bas. 28.4.44, il *negotiorum gestor* è definito καθαρός διοικητής.

a un *agere adiecto loco* o *adiecta causa* o *adiecto tempore*, ossia un *agere* qualificato dalla più ampia varietà di *adiectiones*⁵⁶.

Le stesse *Sententiae* di Paolo e la relativa *interpretatio Visigothica*, d'altra parte, possono essere citati quali esempi della grande libertà con cui i Visigoti avrebbero trattato e modificato il sistema classico delle azioni. Si pensi alla singolarità rappresentata dall'*actio interdicti* (PS. 5.6.10)⁵⁷, ovvero alla sistematicità con cui i Visigoti avrebbero soppresso i riferimenti alla concessione *utiliter* di varie azioni, così da trasformare le antiche azioni utili in azioni dirette⁵⁸. Sul versante dell'*actio negotiorum gestorum*, dunque, in correlazione al venire meno della distinzione tra *ius honorarium* e *ius civile* e del processo *per formulas* e all'affermarsi della *cognitio extra ordinem*, si sarebbe giunti alla scomparsa della distinzione tra *actio negotiorum gestorum directa* e *actio negotiorum gestorum utilis*, di cui infatti non vi è traccia in tutto il Paolo Visigotico⁵⁹.

⁵⁶ Si può pensare, in via esemplificativa, a FV. 52: *Usus fructus ad certum tempus constitutus cum adiectione temporis sui vindicari debet diversum est, si in statulibero constitutus sit; tunc enim pure vindicandus est, sicut pure vindicatur qui simpliciter constitutus est, non adiectis casibus quibus solet amitti usus fructus*. Su alcuni contenuti dei *Vaticana Fragmenta* in materia di tutela, si può leggere DESANTI, *De confirmando* cit., 275 ss.

⁵⁷ PS. 5.6.10 (*Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet*), sulla quale COLLINET, *Études historiques* cit., 41 e 65, che trova un riscontro significativo nell'*actio extra ordinem cognitionis* di Pap. Lips. 33. Sul passo si veda P. BIAVASCHI, *Ricerche sul 'precarium'*, Milano, 2006, 189 e nt. 257; EAD., *Un esempio del metodo isagogico isodoriano: Etym. 5.25.17*, in *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti. Isidoro di Siviglia*, (a cura di G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TARROZZI), Santarcangelo di Romagna, 2012, 280 e nt. 10.

⁵⁸ H. ERMAN, *Zur Behandlung der Aktionen in den nachklassischen Rechtsbüchern*, in *Mélanges Fitting*, Aalen, 1969 (ripr. facs. dell'ediz. di Montpellier, 1908), 586; PARTSCH, *Studien* cit., 65.

⁵⁹ PS. 1.4.1-2; 1.48-10. PS. 1.4.1: *Qui negotia aliena gerit, et bonam fidem et exactam diligentiam rebus eius, pro quo intervenit, praestare debet*. PS. 1.4.2: *Tutor post finitam tutelam si in administratione duret, actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur*. Sul brano, ritenendolo interpolato, G. VON BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol. II, Milano, 1930, 67 ss.; W. KUNKEL, 'Diligentia', in *ZSS*, 45, 1925, 292; S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio* (I), in *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. I, Palermo, 1936, 73 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, vol. VI (*Ultimi scritti - Glosse a Gaio - «Notae»*), Napoli, 1972, 153 ss., in particolare 217 e nt. 206 ("Io non dubito che *diligentius exactiusque* sia stato scritto da chi viveva in un tempo nel quale fra i giuristi era corrente l'idea dell'*exacta diligentia*"; "Prima che nelle fonti giustiniane, la si trova in Paul. 1.4.1..."); D. LIEBS, 'Ulpiani opinionum libri 6', in *TR*, 41, 1973, 309, nt. 143. Manifesta dubbi sulla genuinità di PS. 1.4.1, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*. Vol. II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, 253 ss. Raccoglie le fattispecie che nell'opera paolina parrebbero posizionate nella sezione dedicata alla *negotiorum gestio*: DESANTI, *De confirmando* cit., 270 e nt. 65. Sul sistema processuale nella tarda

Nella scelta del legislatore visigotico si può forse scorgere la tendenza a valorizzare, rispetto al *nomen actionis* (che, come recenti studi hanno dimostrato, continuava a rilevare quale modo ‘normale’ di inizio del processo civile, anche nel processo giustiniano⁶⁰), la sostanza del rapporto, operando la sostituzione del sistema ‘nominalistico’ delle azioni, propria dei classici, con un sistema di rapporti giuridici caratterizzati dal contenuto⁶¹. Le *sententiae*, pur non arrivando a privare totalmente di rilevanza il *nomen actionis*, mostrano di volere potenziare la sostanza del rapporto, nel caso in esame attraverso la specificazione che si trattava di un’azione non contro qualsiasi *negotiorum gestor*, ma contro chi avesse indebitamente usurpato l’ufficio di tutore: non, quindi, *actio negotiorum gestorum* o *actio protutelae*, come si sarebbero espressi – con le sfumature semantiche *supra* evidenziate – sia i giuristi classici che i giustiniani; bensì una via di mezzo, l’*actio negotiorum gestorum pro tutore*⁶².

L’operazione avrebbe favorito la realizzazione di alcuni obiettivi di politica legislativa.

Anzitutto avrebbe dato risposta all’esigenza di semplificazione e ‘velocizzazione’ fortemente richiesta dalla prassi e formalizzata dalle scuole occidentali, come rivela la generale tendenza a evitare i ‘particolarismi’ e le articolate discipline classiche a favore di ricostruzioni più generali⁶³.

Inoltre, il regime processuale descritto avrebbe garantito la finalità precipua di protezione dell’interesse del minore. Infatti, la disciplina ricostruibile attraverso l’esame delle fonti avrebbe unito al perseguimento di alcuni obblighi tipici del tutore (in ordine alla confezione e alla tenuta dell’inventario, al rendiconto e alle restituzioni; alla responsabilità verso i terzi per i danni derivanti dalla indebita interposizione dell’*auctoritas*; alla responsabilità verso i pupilli per la *cessatio* e per le omissioni), i criteri di responsabilità meno severi rispetto a quelli tipici della *negotiorum gestio*. Più precisamente, in tale prospettiva, l’interesse dei minori sarebbe risultato perseguito attraverso un’azione qualificata che condensava un regime di obblighi e

antichità si rimanda a F. PERGAMI, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007, 1 ss.

⁶⁰ S. SCIORTINO, *Il ‘nomen’ dell’azione nel ‘libellus conventionis’ giustiniano*, Torino, 2018, *passim*.

⁶¹ BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*. 15 dicembre 530-15 dicembre 1930, Milano, 1931, 169 ss.; COLLINET, *Études historiques* cit., 60 ss.

⁶² Tuttavia, anche i maestri bizantini riprenderanno l’*actio negotiorum gestorum* per il *pro tutore gerens*. Si pensi allo scolio di Teodoro Scolastico a Bas. 38.5.6.

⁶³ B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, 18 ss., in particolare 64, laddove osserva che “soltanto in età postclassica, quando la tradizione è oramai rotta, e tutto il diritto trae la sua efficacia dalla volontà del Principe, quando tutto il processo è diventato *extra ordinem*, quegli accostamenti della giurisprudenza classica diventano elementi di fusione ed unificazione, finché con Giustiniano questa prassi diventa realtà legislativa”.

responsabilità in capo al protutore, che ne garantisse la serietà e scoraggiasse l'indebita assunzione dolosa dell'incarico, conservando, d'altro canto, un complesso di norme meno esigenti nei riguardi del gestore semplice. Un obiettivo assai simile, dunque, a quello che la giurisprudenza classica si era prefissata con l'introduzione nel sistema edittale dell'*actio protutelae*, ma realizzato con tecniche processuali differenti.

Il ritorno alla disciplina unitaria dell'*actio negotiorum gestorum* non avrebbe sacrificato le esigenze pratiche che nell'età precedente avevano condizionato l'orientamento dei classici, inducendoli a svincolare la protutela dall'*actio negotiorum gestorum*: infatti, come in parte già detto, vi fu in questa età l'inasprimento della responsabilità del *negotiorum gestor* e l'estensione che, in tali più ampi confini, la particolare *natura actionis* assicurava all'*officium iudicis*⁶⁴. Ancora, va osservato che proprio la precisazione *pro tutore*, comunque, avrebbe consentito all'azione di mantenere il carattere di azione di buona fede⁶⁵, impegnando la discrezionalità del giudice a una valutazione degli obblighi e delle responsabilità del *pro tutore gerens* più severa che se si fosse trattato di un semplice *negotiorum gestor*, come già più volte ribadito: per quest'ultimo, infatti, si doveva potere considerare conclusa l'estensione dei limiti di responsabilità sino alla *culpa*, anche – sembra potersi ammettere – nel sistema della *cognitio extra ordinem*⁶⁶.

Tutto ciò consentì al diritto postclassico di tenere conto del modo e delle condizioni in cui l'amministrazione era stata tenuta, con una possibilità di ampia valutazione della responsabilità e di corrispondente gradazione della condanna.

⁶⁴ Si riuscì così a realizzare nella pratica dei giudizi, con mezzi più semplici di quanto avevano fatto i classici, quella graduazione di obblighi e responsabilità tra gestore semplice e gestore *pro tutore* e quell'inasprimento nei riguardi di quest'ultimo che avrebbero potuto dare concreta risposta alle urgenze pratiche.

⁶⁵ Si pensi a Gai. 4.62; I. 4.6.28: si legga COLLINET, *La nature* cit., 226 ss., sulle caratteristiche e sull'efficacia delle *actiones bonae fidei* in relazione all'*officium iudicis* nel diritto postclassico e giustiniano.

⁶⁶ Nel tardo antico, ai fini dell'accoglienza di responsabilità, il nuovo orientamento di pensiero faceva leva sulla riprovabilità della condotta del tutore nei termini più vari: *dolus, fraus, conludium, insidiae, proditio* se c'è volontarietà dell'inadempimento; oppure *diligentia, negligentia, incuria, duritia, culpa*. D'altra parte, BIONDI, *Diritto romano cristiano* cit., 235 s. laddove accentua e mette in risalto l'aspetto morale della tutela, connaturato con la stessa funzione dell'istituto, segnala come una demarcazione netta tra l'epoca classica e quella successiva non sia possibile; specificamente, Id., *Aspetti morali della tutela*, in *Festschrift F. Schulz*, vol. I, Weimar, 1951, 55 ss. Le *Sententiae* paoline, per la parte orientale, presentano la responsabilità del tutore come riposante ancora sul semplice nesso di causalità materiale (*per hoc*) tra il danno risentito dal pupillo e l'azione o omissione del tutore: PS. 2.14.5 = D. 26.7.15. Analogo è l'orientamento dei *Vaticana Fragmenta*, che continuano a guardare al criterio del rischio – al *periculum* – come alla base stessa della responsabilità del tutore. Si veda F. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari, 1960, 189 ss.

Concludendo, nel tardoimpero la disciplina dei rapporti è rimasta affidata all'*actio negotiorum gestorum*, esperibile *pure* ovvero *adiecto pro tutore*, a seconda che la gestione fosse esercitata puramente e semplicemente, ovvero *pro tutore*, così mostrando, ancora in quest'epoca, la vitalità della distinzione tra gestore semplice e gestore qualificato (*pro tutore*).

In questa prospettiva, il diritto postclassico pare muoversi nel solco della tradizione dei classici, pur anticipando già la riforma giustiniana⁶⁷, non soltanto nel superamento sul piano processuale del dualismo antico tra *actio negotiorum gestorum* e *actio utilis tutelae* o *quasi tutelae*, ma anche nella unificazione di tutta la materia sotto la disciplina unitaria dell'*actio negotiorum gestorum*⁶⁸.

L'esigenza di protezione del minore era, infatti, molto forte e la politica legislativa del tardo Impero di rivelava particolarmente sollecita nel contrastare gli abusi⁶⁹. La letteratura non giuridica permette di verificare la preoccupazione sia per la sorte dei soggetti incapaci, sia, specificamente, per le conseguenze derivanti da una tutela apparente. Sant'Agostino nel V secolo avrebbe definito gli orfanotrofi '*quasi tutores*' per i minori, e lo stesso Giustiniano si sarebbe fatto portavoce dell'esigenza sociale e morale, riprendendo la definizione agostiniana nella novella 42, del 528, e sgravando le strutture di accoglienza di oneri fiscali⁷⁰.

E che ci fosse il rischio concreto di confusione sulla qualità di tutore emergerebbe ancora da un passaggio delle Etimologie di Isidoro di Siviglia: dopo avere ricordato che 'tutore' è colui che 'tutela', ossia che si prende cura del pupillo, l'autore citava un detto popolare: '*Quid me mones? Et tutorem et paedagogum olim obrui*'. 'Perché mi

⁶⁷ Invece, a parere di DE ROBERTIS, *La protutela* cit., 58 s. e in particolare nt. 173, Giustiniano, anziché lasciare cadere tale cospicuo risultato, si adoperò per perfezionarlo, mediante l'introduzione, accanto all'*actio negotiorum gestorum*, di un'*actio protutelae*, ma solamente per la disciplina dei casi incerti e marginali, e con l'intento di 'tagliare corto' nella pratica dei giudizi ad eventuali questioni preliminari sulla qualificazione giuridica del rapporto. Tali questioni preliminari, infatti, avrebbero potuto costituire un mezzo dilatorio che avrebbe indebolito il sistema.

⁶⁸ COLLINET, *La nature* cit., 65 vede il totale dissolvimento del sistema classico delle azioni. Teodosio II, nella costituzione *Nostra Clementia* del 438 (Nov. Theod. II.1), segnala la *diversitas actionum* e la *difficultas causarum*, "davanti alle quali si vedeva miseramente naufragare la mentita *severitas* e la dissimulata *inscientia* dei giurisperiti contemporanei". Un simile sistema processuale, accertamente modificato, continuava ad essere accolto nelle scuole postclassiche: lo dimostrerebbero, per l'Occidente l'*Interpretatio Gai* e per l'Oriente il catalogo del *De actionibus*: DE ROBERTIS, *La protutela* cit., 57 n. 166.

⁶⁹ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, vol. II. *La giustizia – le persone*, Milano, 1952, 229 ss., in particolare 234: "La legislazione si sviluppa nel senso di perfezionare ed accrescere le provvidenze legislative, al fine di maggiormente proteggere gli interessi, oltre che la vita del minore"; DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit., 40 ss.

⁷⁰ Nov. 131.15: *Orphanotrophi vero, tutorum et curatorum fungantur officio...*

dai consigli? Da tempo ho seppellito il tutore e il pedagogo⁷¹. Il brano – che è forse più un riferimento retorico, dato anche l'accostamento alla figura del pedagogo – sembrerebbe significativo per rivelare come, ancora nella Spagna Visigotica del VI-VII secolo, dovettero essere frequenti i casi di individui che si presentavano come tutori pur non essendolo⁷².

Nella vicenda descritta, le *sententiae* dimostrerebbero l'esistenza di un significativo discrimine tra le scuole occidentali e le scuole orientali, sia nella scelta dei testi utilizzati, sia nelle modalità di soluzione prospettate. Contemporaneamente, però, si avverte che l'opera di elaborazione si andava formando su basi di diritto romano classico, ancora immune dalle influenze straniere⁷³.

⁷¹ Isid., *Etym.*, X.264.

⁷² Per un'efficace carrellata circa i rapporti tra società e legislazione pupillare si rimanda agli studi di J. GARDNER, *Family and 'familia' in Roman Law and life*, Oxford-New York, 1998, *passim* e, specificamente, M. CORBIER, *La petite enfance à Rome. Lois, normes, pratiques individuelles et collectives*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 54, 1999, 1257 ss.

⁷³ Le *Sententiae* conterrebbero indizi significativi che molto insegnano per quanto attiene concezioni giuridiche vive in Occidente, giacché talvolta esse trovano persino il loro pendant nell'Oriente pregiustiniano, anticipatore di innovazioni di solito riferibili a Giustiniano: M.A. DE DOMINICIS, *Di alcuni testi occidentali delle 'Sententiae' riflettenti la prassi postclassica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. IV, Napoli, 1953, 507 ss.; ID., *Satura critica sulle fonti postclassiche*, in *Studi in onore di E. Volterra*, vol. I, Milano, 1971, 502 ss.