

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO,
DIRITTO ROMANO E CULTURA GIURIDICA EUROPEA**



L'AMMINISTRAZIONE DEI TUTORI NEL XXXV LIBRO *AD EDICTUM*:
UN ESEMPIO DEL METODO DI ULPIANO

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Dario Mantovani

Tutor
Chiar.mo Prof. Luigi Pellecchi

Dissertazione di dottorato di
Luca Casarotti

Anno Accademico 2017-2018

INDICE - SOMMARIO

Introduzione	1
Fr. 1 = L. 992 (parte I) = D. 26.7.1 pr.-1	
Testo e traduzione	10
Commento	
1. Il tutore costretto a gerire: i poteri degli organi competenti e la <i>cessatio</i> .	10
2. “ <i>Gerere atque administrare</i> ”: significato e funzione di un sintagma singolare.	11
3. La <i>ratio</i> della costituzione di mezzi “ <i>extra ordinem</i> ” per costringere il tutore a gerire.	12
4. Le cause di dispensa dalla tutela come esimenti del <i>periculum</i> .	13
Fr. 2 = L. 992 (parte II) = D. 26.7.1.2-4	
Testo e traduzione.	19
Commento	
1. La difesa in giudizio del pupillo e i doveri del tutore.	19
2. La dispensa dalla prestazione della <i>cautio ‘iudicatum solvi’</i> per il tutore convenuto in nome del pupillo.	22
3. L’assunzione della <i>defensio</i> da parte dei <i>curatores minorum</i> .	23
4. I modi di esercizio delle azioni spettanti a pupilli e minori.	24
Fr. 3 = L. 993 = D. 26.7.3 pr.	
Testo e traduzione.	28
Commento	
1. Il soggetto dell’analogia con i <i>curatores furiosi</i> .	28
2. L’affidamento e la ratifica <i>iure honorario</i> della gestione.	29
3. Collocazione palingenetica del frammento.	31
Fr. 4 = L. 994 = D. 26.2.3	
Testo e traduzione.	33
Commento	
1. La nozione di “ <i>testamento dati tutores</i> ”.	33
2. La collocazione palingenetica di D. 26.2.3.	35
Fr. 5 = L. 995 (parte I) = D. 26.2.17 pr.	
Testo e traduzione.	38

Commento	
1. Il contenuto della prima clausola di <i>EP</i> § 121 e la <i>provocatio ad satisdationem</i> .	38
2. La <i>satisdatio</i> ‘ <i>rem pupilli salvam fore</i> ’ nell’Editto: il dibattito storiografico e l’interpretazione dello stilema “ <i>certo certius est</i> ”.	40
3. Il contrasto apparente tra D. 26.2.17 pr. e D. 26.2.18.	42
4. Le possibili accezioni del sintagma “ <i>Accipere satisdationem</i> ”.	43
Fr. 6 = L. 995 (parte II) = D. 26.2.17.1-2	
Testo e traduzione.	45
Commento	
1. Il tutore non idoneo e la <i>provocatio ad satisdationem</i> : elasticità del meccanismo.	46
2. L’oggetto della <i>cognitio</i> pretoria nell’affidamento della gestione tutelare.	47
Fr. 7 = L. 996 = D. 26.2.19 pr.	
Testo e traduzione.	49
Commento.	49
Fr. 8 = L. 997 = D. 46.6.3	
Testo e traduzione.	51
Commento.	51
Fr. 9 = L. 998 = D. 26.2.19.1	
Testo e traduzione.	53
Commento	
1. Il contenuto precettivo del passo.	53
2. La nozione di “ <i>ex inquisitione datus tutor</i> ”.	54
3. (segue) Se la nozione includa anche i tutori <i>confirmati</i> .	57
4. Il dibattito storiografico sull’espressione “ <i>edictum de satisdatione</i> ”.	59
Fr. 10 = L. 999 (parte I) = D. 26.7.3.1-2	
Testo e traduzione.	61
Commento	
1. La seconda clausola di <i>EP</i> § 121 e l’organizzazione della sua disamina nel commento ulpiano.	62
2. “ <i>Praetor putavit</i> ”: il primo periodo di D. 26.7.3.1 si rapporta direttamente al contenuto dell’albo.	64
3. “ <i>Tantundem praetor facit</i> ”: il secondo periodo di D. 26.7.3.1 e lo statuto	

dell'interpretazione dei <i>verba edicti</i> .	67
4. La nozione di “ <i>tutor honorarius</i> ”.	69
5. Gli obblighi del tutore onorario nell'opinione di Ulpiano.	72
Fr. 11 = L. 999 (parte II) = D. 26.7.3.3-5	
Testo e traduzione.	75
Commento	
1. L'accertamento del pretore sulla designazione paterna del gerente.	75
2. (segue) Un confronto con Tryph. 14 <i>disp.</i> D. 26.3.8 e 10.	77
3. I <i>curatores impuberi</i> aggiunti d'ufficio al tutore testamentario.	82
4. Le cause della designazione dei curatori aggiunti.	83
5. La <i>confirmatio curatoris</i> nella storia degli studi.	87
6. Critiche testuali a D. 26.7.3.5.	89
7. La categoria di curatori cui si riferisce D. 26.7.3.5.	91
Fr. 12 = L. 999 (parte III) D. 26.7.3.6-7	
Testo e traduzione.	93
Commento	
1. L'opzione di politica del diritto alla base di <i>EP</i> § 121.	93
2. La <i>laudatio edicti</i> in D. 26.7.3.6.	94
3. L' <i>administratio</i> secondo le regole civilistiche e l'intervento correttivo del pretore.	96
4. <i>Excursus</i> lessicale: la locuzione “ <i>maior pars tutorum</i> ” nell'Albo.	98
5. (segue) Le accezioni del lessema “ <i>tutela</i> ”.	99
6. I profili procedurali inerenti il criterio “ <i>de maiore parte</i> ”.	100
7. Un confronto tra D. 26.7.3.7 e I. 1.24.1.	102
Fr. 13 = L. 999 (parte IV) = D. 26.7.3.8-9, D. 27.1.19	
Testo e traduzione.	105
Commento	
1. Le eccezioni alle regole di <i>EP</i> § 121 nella struttura espositiva di Ulp. 35 <i>ad ed.</i>	105
2. Il tutore “ <i>electus</i> ” in D. 26.7.3.8 e la reiezione del gerente designato nel testamento.	106
3. La motivazione di D. 26.7.3.8: la responsabilità dei tutori esonerati dalla gestione per effetto della volontà dei colleghi o della decisione magistratuale.	107
4. <i>EP</i> § 121 e la responsabilità dei contutori: una visione d'insieme.	110
5. Il domicilio del tutore: un criterio di riparto dell'amministrazione e un' <i>excusatio</i> parziale.	112

Fr. 14 = L. 1000 (parte I) = D. 26.4.5 pr.-1

Testo e traduzione.	15
Commento	
1. La <i>satisfatio</i> ‘ <i>rem pupilli salvam fore</i> ’ per i tutori legittimi, il dibattito giurisprudenziale sulla posizione del patrono e l’orientamento di Ulpiano.	115
2. (segue) Le cause della dispensa del patrono dalla garanzia.	117
3. La <i>ratio differentiae</i> tra la posizione dell’agnato e quella del patrono.	118

Fr. 15 = L. 1000 (parte II) = D. 26.4.5.2

Testo e traduzione.	121
Commento	
1. I soggetti dell’analogia in D. 26.4.5.2-4: tutori legittimi e designati dai magistrati municipali.	121
2. La <i>ratio</i> dell’accostamento delle due categorie soggettive: l’identica posizione rispetto all’obbligo di <i>satisfare</i> .	122
3. Il presupposto oggettivo dell’analogia.	126
4. (segue) Tre ipotesi interpretative.	128
5. L’accoglimento “ <i>utilitatis causa</i> ” della <i>sententia</i> di Labeone.	131

Fr. 16 = L. 1000 (parte III) = D. 26.4.5.3-4

Testo e traduzione.	133
Commento	
1. La struttura espositiva in D. 26.4.5.2-4.	134
2. D. 26.4.5.3: le critiche testuali.	135
3. (segue) Il cambio del modo verbale nel tratto « <i>si omnes satis non dederint vel si finita est satisfatio</i> ».	135
4. (segue) Il cambio del modo e del tempo verbale nelle proposizioni parentetiche.	136
5. (segue) L’anomalo costrutto « <i>et magis est ut ... posse dici</i> ».	137
6. Il presupposto oggettivo per l’applicazione analogica della <i>provocatio ad satisfactionem</i> .	141
7. La differenza tra <i>satis petere</i> e <i>satis exigere</i> .	142
8. (segue) Il rapporto tra le proposizioni “ <i>si finita est satisfatio</i> ” e “ <i>satis desinit esse cautum</i> ”.	145
9. Sintesi delle questioni interpretative poste da D. 26.4.5.3.	147
10. (segue) Ipotesi palinogenetiche alternative.	148
11. (segue) I presupposti dell’analogia in D. 26.4.5.2 e in D. 26.4.5.3 : l’aspetto complessivo della disciplina.	149

12. D. 26.4.5.4: la <i>provocatio ad satisfactionem</i> per i tutori patroni.	151
13. La collocazione di D. 26.4.5.5 nella <i>Palingenesia</i> .	153
Fr. 17 = L. 1001 = D. 26.7.5 pr.	
Testo e traduzione.	155
Commento	
1. Il dibattito storiografico sull'origine editale o legislativa della <i>depositio pecuniarum</i> .	155
2. La fonte normativa commentata in D. 26.7.5 pr.	156
3. Critica del testo.	158
4. Il contenuto dispositivo del passo.	160
Fr. 18 = L. 1002 (parte I) = D. 26.7.5.1-3	
Testo e traduzione	163
Commento	
1. La discontinuità logica e sintattica tra i §§ <i>pr.</i> e 1 di D. 26.7.5.	163
2. Il confine tra <i>gestio</i> e <i>cessatio</i> : la complementarità tra D. 26.7.1 pr.-1 e D. 26.7.5.1.	164
3. D. 26.7.5.2-3: i rimedi giudiziali contro il tutore che abbandonava la gestione o dava mandato ad altri di gerire.	165
4. Un'ipotesi sulla fonte normativa commentata in D. 26.7.5.1.3.	167
Fr. 19 = L. 1002 (parte II) = D. 26.7.5.4	
Testo e traduzione.	170
Commento	
1. La concorrenza tra l' <i>actio tutelae</i> e le altre azioni nascenti dai debiti del tutore verso il pupillo.	170
2. L'ordine espositivo in D. 26.7.5: la sequenza dei §§ 3-4.	172
Fr. 20 = L. 1002 (parte III) = D. 26.7.5.5-6	
Testo e traduzione.	174
Commento	
1. L'avvertimento dei tutori al pupillo di richiedere i curatori e lo strumento processuale con cui sanzionarne l'omissione.	174
2. (segue) I termini del dibattito giurisprudenziale sul punto.	175
3. L'obbligo per i curatori di terminare le liti del minore intraprese su loro consiglio: la fonte di <i>ius novum</i> e il parallelismo con il § 5.	177
4. Il dibattito della giurisprudenza sul rimedio processuale.	178
5. Ancora sull'ordine espositivo di D. 26.7.5: la sequenza dei §§ 4-6.	180

Fr. 21 = L. 1002 (parte IV) = D. 26.7.5.7-9

Testo e traduzione.	182
Commento	
1. L'esenzione dei tutori dal rendiconto: significato e uso del termine " <i>aneclogistus</i> ".	183
2. L'obbligo di " <i>rationem reddere</i> ": la tenuta del conto, la verifica delle scritture e la consegna dell'avanzo di gestione.	184
3. L'invalidità della dispensa anticipata dal rendiconto disposta dal padre del pupillo: interpretazione del sintagma " <i>bona fidem in administratione praestare</i> ".	185
4. (segue) La dispensa anticipata dal rendiconto non valeva come fedecomesso.	188
5. Il risarcimento del danno subito dal tutore a causa della gestione tutelare.	189
6. Una variante della dispensa anticipata dal rendiconto: la tutela gerita su consiglio della madre del pupillo e la liberazione dei tutori.	190
7. (segue) L'inefficacia della disposizione sul regime di responsabilità dei tutori.	191
8. La tutela gerita <i>consilio matris</i> e la gestione materna degli affari del figlio.	193
9. La facoltà dei tutori d'ignorare i divieti d'alienazione disposti dal padre del pupillo.	194
10. L'enumerazione delle <i>res</i> in D. 26.7.5.9.	194
11. (segue) Un confronto con Const. C. 5.37.22 = CTh. 3.30.3.	195

Fr. 22 = L. 1002 (parte V) = D. 26.7.5.10

Testo e traduzione.	198
Commento	
1. Confronto tra D. 26.7.5.10 e D. 26.7.1.1: il principio della decorrenza del <i>periculum tutoris</i> dal momento della nomina all'ufficio; le categorie di tutori interessate.	198
2. (segue) I destinatari del precetto in D. 26.7.5.10 e l'irrilevanza della <i>cessatio</i> nel contesto entro cui si colloca il passo.	200
3. Il <i>periculum tutoris</i> nella storia degli studi.	201
4. (segue) Il <i>periculum tutoris</i> come criterio d'imputazione del fatto.	202
5. Uno sguardo retrospettivo su L. 1002 e il <i>periculum</i> come tema comune.	204

Epilogo

Esposizione e argomentazione nella scrittura di Ulpiano	207
---	-----

Indice delle fonti

222

Indice degli autori

233

INTRODUZIONE

1. «La dottrina della tutela e della cura è stata assoggettata a piena revisione storica per opera principalmente della scuola italiana. Aperse la via sugli inizi della nuova rielaborazione critica della storia e dei dogmi l'Alibrandi nel 1889 col suo studio sull'azione contro i curatori, ma chi v'è entrato con più ardore, dedizione e successo è nel nuovo secolo il Solazzi»¹.

Così Pietro Bonfante, nel primo volume del suo *Corso di diritto romano*, faceva nel 1925 il bilancio di un quarantennio in cui gli studi sulla tutela e sulla curatela s'erano distinti per il numero e la mole dei contributi specifici. La menzione dei soli italiani non basta a completare la galleria delle *auctoritates* che in quel torno di tempo si cimentarono in questo tema, nella quale devono essere annoverati - eccellenti fra i tanti - almeno i nomi di Otto Lenel e di Ernst Levy: il primo con uno studio sulla *Cura minorum der klassischen Zeit*², apparso nel 1914 sulla *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (ormai dal 1880 diventata "der Savigny-Stiftung"); il secondo con l'ampio saggio *Die Haftung mehrerer Tutoren*³, incentrato sul problema della contutela, in particolare della tutela indivisa, e pubblicato due anni più tardi sempre su quella prestigiosa rivista. Altri contributi ancora, come quello del 1911 di Hans Peters sulle *Generelle und spezielle Aktionen*⁴ (anch'esso nella ZSS) o i *Vormundschaftsrechtliche Studien* di Rafael Taubenschlag⁵, del 1913, sebbene non fossero studi monografici, riservavano ampio spazio alla materia tutelare, a riprova dell'interesse che la circondava.

Tutti i lavori citati – e gli altri che andrebbero aggiunti se si volesse fin d'ora proporre una rassegna bibliografica minimamente esaustiva - partecipavano del loro tempo e si misuravano, secondo l'individualità e la cifra dei loro autori, con le questioni metodologiche che agitavano la storiografia in un'epoca in cui lo studio del diritto romano stava affrontando trasformazioni profonde, in ragione del salto di paradigma nel frattempo intervenuto nel rapporto tra il *Corpus iuris civilis* e il coevo diritto positivo.

¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Il diritto di famiglia* (Roma 1925, rist. corr. a c. di G. Bonfante - G. Crifò), Milano 1963, 603.

² O. LENEL, *Die cura minorum der klassischen Zeit*, in ZSS 35 (1914) 203 ss.

³ E. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, (1916) ora in ID., *Gesammelte Schriften*, II, Koln-Graz 1968, 92 ss.

⁴ H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in ZSS 32 (1911) 211 ss.

⁵ R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts*, Berlin 1913.

I primi trenta del '900 sono stati gli anni in cui l'interpolazionismo ha conosciuto il momento di maggiore consenso tra gli studiosi⁶. Non sorprende perciò che ad accomunare questi contributi, pure quando divergono nelle conclusioni, è il filo rosso della ricerca, al di sotto dello strato giustiniano, del dettato classico dei testi e dell'evoluzione storica degli istituti. Offre un'immagine esemplare di quest'andamento il dibattito attorno alle origini - repubblicane o già imperiali - della *satisfatio 'rem pupilli salvam fore'* e attorno al regime classico dell'*actio tutelae* (due questioni speculari, come vedremo); un dibattito condotto nel segno della scoperta di sempre nuovi emblemi triboniani, al quale prese parte con acribia - accompagnata dalla proverbiale sua *vis polemica*- Siro Solazzi, che vi dedicò buona parte del corso napoletano del 1928-29 intitolato agli *Istituti tutelari*⁷.

Date le premesse di metodo, nemmeno sorprende che la tutela fosse indagata per istituti, o comunque in prospettiva dogmatica, mentre in secondo piano venisse lasciata la ricostruzione del pensiero individuale dei giuristi⁸. E com'era fisiologico che accadesse, il canone interpretativo trapassava dalle monografie alla trattatistica. Basti prendere a esempio lo stesso corso del Bonfante dal quale è tratta la citazione da cui ha preso avvio questa breve riflessione introduttiva: la nostra materia vi è esposta principalmente nell'ottica della storia degli istituti. Nota, in proposito, è la pagina dedicata alla discussione su quale fosse il criterio di responsabilità del tutore nell'*actio tutelae*: la *diligentia quam suis* nel diritto della Compilazione, nell'età classica il dolo, secondo la tesi fatta propria dall'insigne romanista, che riteneva interpolato il testo fondamentale di Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr.⁹.

Con la metà del secolo la bibliografia sulla tutela si dirada, in non casuale concomitanza con la morte nel 1957 dello stesso Solazzi, che nel giudizio del Bonfante ne era stato il più pervicace studioso. La fase di transizione attraversata nei tre successivi decenni dalla romanistica, impegnata nell'elaborazione d'una risposta alla crisi dell'interpolazionismo¹⁰, si riflette nei coevi contributi dedicati alla materia. Valgano anche qui pochi esempi a testimoniare la concorrenza di metodi e indirizzi scientifici in quel periodo. È del 1970

⁶ Risale al 1887 la pubblicazione dell'opera "capostipite" del metodo interpolazionista, il volume di O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien* (anticipato da un saggio omonimo in ZSS 7 [1886] 45-84).

⁷ S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli 1929.

⁸ Sulla sfiducia che la critica interpolazionista nutrivava nei confronti della possibilità di ricostruire i profili intellettuali dei singoli giureconsulti si veda D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, in ID. (a c. di), *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, Milano 2003, 160 ss.

⁹ BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., 1.639 ss.

¹⁰ «La storia della disciplina negli ultimi decenni - verrebbe da azzardare - potrebbe anche essere vista come la somma delle risposte che ciascuno ha dato all'esigenza di colmare questo vuoto»: così, iconicamente, D. MANTOVANI, *Ricordo del Professor Ferdinando Bona*, in SDHI 66 (2000) 616-628 = *Diritto @ storia*, 8 (2009), <http://www.dirittoestoria.it/8/In-Memoriám/Bona/Mantovani-Ricordo-professor-Ferdinando-Bona.htm/>.

l'articolo di Pasquale Voci sulla *responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, che ritorna su un tema caro ai critici del testo (lo studio muove dalle conclusioni cui erano pervenuti il Solazzi e il Levy), nel tentativo – pur nell'ambito di un'indagine per istituti – di riesaminare la questione da una prospettiva meno condizionata dalla ricerca febbrile delle alterazioni tardoantiche¹¹. Posteriore di quattro anni è il volume di Alejandro Guzman Brito, *Caucion tutelar en derecho romano*, che riprende nel solco dell'indagine interpolazionista l'altro tema classico della *satisfatio* '*rem pupilli salvam fore*' e della sua disciplina editale¹².

Va registrato, per giungere ai giorni nostri con questa breve e necessariamente incompleta rassegna sullo stato degli studi, che da più parti è stata messa in risalto una «rifioritura d'interessi per la *tutela impuberum*», nello sforzo di «consolidare la base necessaria per arrivare a un rinnovato quadro d'insieme della materia, conforme agli indirizzi attuali della ricerca storico-giuridica»¹³.

Al risorgere di quest'interesse non è di certo estranea la distanza che ormai ci separa dal tempo in cui videro la luce i lavori sui quali si fondano le opinioni dominanti nella storiografia, ciò che rende possibile riconsiderarli con il necessario distacco. Quanto alle prospettive di ricerca, l'indagine per istituti sembra rimanere la strada più battuta, sovente proprio nell'ottica dichiarata della revisione critica delle tesi tradizionali: libri recenti hanno esplorato il complicato tema della *satisfatio* '*rem pupilli salvam fore*', attorno al quale il dibattito tra gli interpreti abbiamo visto non essersi mai del tutto sopito, e quello ampio dell'*excusatio* dalla tutela e dalla cura¹⁴. Gli studi di analisi economica del diritto e storia dell'economia hanno posto l'attenzione sull'ideologia di classe espressa dalla legislazione

¹¹ P. VOICI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia* (1970) ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova 1985, 550 ss: qui si cita dalla versione dell'articolo apparsa in IVRA 21 (1970), 71 ss. Echi del paradigma interpolazionista s'avvertono talvolta (com'era forse inevitabile che accadesse, data la sua crisi recentissima) nelle pieghe di un impianto argomentativo che pure spicca per rigore metodologico e coerenza dei risultati: prospettare adesso la questione è superfluo; avremo modo di farlo diffusamente più avanti, esaminando il testo di Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.3.2. Al Levy, costretto all'emigrazione dal criminale disegno genocidiario nazista, sono dedicate le toccanti righe conclusive dell'articolo: cfr. *ivi*, p. 154.

¹² A. GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano*, Pamplona 1974. Si veda anche ID., *Dos estudios en torno a la tutela romana*, Pamplona 1976: i due volumi espongono i risultati della ricerca dottorale del romanista cileno.

¹³ Si cita da L. PELLECCHI, *Rec.* a M. Carbone, *Satisfatio tutoris. Sull'obbligo del tutore di garantire per il patrimonio del pupillo*, c.d.s. per *Athenaeum*. Concorde il giudizio di G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015, VIII: «i temi tutelari hanno suscitato di recente un nuovo interesse tra gli studiosi, sia italiani che stranieri, che ha dato luogo alla pubblicazione di alcuni studi importanti».

¹⁴ Il riferimento è rispettivamente alle monografie di M. CARBONE, *Satisfatio tutoris. Sull'obbligo del tutore di garantire per il patrimonio del pupillo*, Milano 2014, e VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit. Per un giudizio sullo stato degli studi intorno all'istituto della *satisfatio* '*rem pupilli salvam fore*', «che fatica a emanciparsi dal peso dell'interpolazionismo», si veda la recensione di L. Pellecchi al volume di Carbone citata alla nt. 13 (da cui proviene la frase tra virgolette), insieme al primo capitolo dello studio recensito (pp. 1-25).

tutelare, specie nell'età del principato: da un provvedimento quale l'*oratio in senatu habita* con cui nel 195 Settimio Severo aveva fatto divieto ai tutori di alienare i fondi rustici e suburbani dei loro pupilli - è stato notato - trapela la *forma mentis* dell'aristocrazia nobiliare-senatoria, incline alla conservazione della proprietà fondiaria e tendenzialmente avversa alla speculazione immobiliare¹⁵. Non è mancato qualche tentativo di tornare a studiare l'*actio tutelae* dal punto di vista della storia degli istituti, un paradigma che però traeva tipicamente dall'interpolazionismo larga parte della sua vitalità¹⁶.

2. Provando a valorizzare l'approccio al pensiero del singolo giurista, ossia l'orientamento che almeno nella prima metà del secolo scorso gli studi hanno messo in secondo piano, a causa del clima di sfiducia nella tradizione delle opere classiche entro cui essi hanno preso corpo, questa ricerca segue il filo del XXXV libro *ad edictum* di Ulpiano, incentrato sul tema della gestione tutelare. Del commentario verranno esaminati tutti i frammenti identificati nella *Palingenesia* di Lenel con i nrr. da 992 a 1002 (d'ora in avanti, s'indicheranno i numeri palingeneticici con la cifra preceduta dalla lettera L.: es. L. 992).

I passi verranno studiati nell'ordine proposto dal grande romanista, della cui ricostruzione avremo modo volta per volta di constatare la razionalità e la stringente logica. E in questa analisi, esegesi e traduzione saranno le due direttrici lungo le quali si muoverà lo studio: com'è ovvio, la prima contribuisce a determinare la seconda, poiché dalle scelte interpretative dipendono in parte quelle di traduzione.

Prima di volgerci all'esame dei testi, occorre però prendere confidenza con le coordinate fondamentali della materia che ci accingiamo a considerare. Oggetto dell'analisi è dunque la porzione d'un commento all'editto del pretore. In che modo la trattazione di Ulpiano sulla tutela si rapportava all'editto? La tesi di Lenel è che il giurista di Tiro agganciasse costantemente la sua esposizione alle rubriche dell'albo, laddove invece i commentari di Gaio e di Paolo e i *Digesta* di Giuliano avrebbero invece seguito un diverso

¹⁵ Si vedano in questo senso le argomentazioni di D.P. KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy. The Jurists and the Roman Agrarian Economy*, Ann Arbor 1997, 22-76; nonché ID., *Agency, Tutorship, and the Protection of Pupils in Roman Law*, in E. LO CASCIO – D. MANTOVANI (a c. di) *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo*, c.d.s. Per la verità, l'A. parla più genericamente di «conceptions of the economy and economic security that were broadly held by the elite classes in the Roman Empire» (p. 119 dell'impaginato provvisorio dell'articolo citato per ultimo): lo studioso statunitense (*ibidem*) richiama il modello elaborato da R.P. SALLER, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1994, 189-190, secondo il quale «perhaps one-third of property owners in the Roman Empire were subject to the supervision of a *tutor* or *curator*».

¹⁶ È il caso di A.P. SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum*, Bari 2013, che dedica il primo e il quarto capitolo della sua ricerca alla ricostruzione di origini e regime classico dell'*actio tutelae*. Sulla storia degli istituti come pendant dell'interpolazionismo, e sulle conseguenze che la crisi dell'uno ha avuto sull'altra vd. MANTOVANI, *Ricordo del Professor Ferdinando Bona* cit.

approccio sistematico. Questi ultimi autori avrebbero cioè studiato determinati aspetti del regime della tutela senza preoccuparsi di organizzare il discorso secondo le fonti normative da cui derivavano le regole commentate, inserendo le disposizioni contenute nell'albo ove sembrava loro più conveniente rispetto all'ordine espositivo adottato¹⁷.

La fonte editale esaminata nello squarcio del XXXV libro di cui ci occuperemo è *EP* § 121: *De administratione tutorum*¹⁸. Nell'albo, quest'editto doveva figurare per primo sotto il titolo XXII: *De tutelis*. A *EP* § 121 seguono, nel medesimo titolo XXII:

- *EP* § 122 “*Si quis, cum tutor non esset, in contrahendo auctor factus sit*”, con il quale il pretore concedeva un'*actio in factum* contro chi, sciente di non essere tutore, avesse interposto l'*auctoritas* in un negozio dell'impubere (Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.6.11 pr.-1);

- *EP* § 123 “*De suspectis (?) tutoribus*”: la lettera dell'Editto non è ricostruibile, ma verosimilmente il pretore dichiarava con esso che avrebbe rimosso dalla tutela il tutore testamentario condannato in esito all'*accusatio suspecti tutoris* (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1);

- *EP* § 124 “*Arbitrium tutelae*”, che non rappresentava tecnicamente un editto, ma corrispondeva (come il successivo) alla enunciazione delle formule dell'*actio tutelae* diretta e contraria (Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 §§ 1-8, D. 26.4.1 e 3);

- *EP* § 125 “*Rationibus distrahendis*”, ove era esposta la formula dell'*actio* omonima (Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 §§ 19-24);

- *EP* § 126 “*De eo qui pro tutore negotia gessit*”, con il quale era introdotta la formula dell'*actio protutelae* (Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.5.1);

- *EP* § 127 “*De magistratibus conveniendis*”, ove era esposta la formula dell'*actio* – probabilmente *in factum*, sebbene non resti traccia d'un editto introduttivo – accordata contro i magistrati municipali che non avessero nominato il tutore al pupillo, oppure avessero dato (o istruito il governatore provinciale affinché desse) un tutore inidoneo, oppure ancora non avessero imposto al tutore la prestazione della *satisfactio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ (Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1)¹⁹.

La tutela, è da ricordare infine, faceva la sua prima comparsa nell'Editto in un luogo estraneo al tit. XXII, ossia in *EP* § 43 “*Quod eo auctore qui tutor non fuerit gestum (?) esse dicatur*”. Per effetto di tale editto, il pupillo poteva essere convenuto validamente solo se il tutore avesse prestato la propria *auctoritas* al fine della partecipazione al giudizio; se a farsi

¹⁷ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 315 ss.

¹⁸ ID., *Palingenesia Iuris Civilis. Volumen alterum*, Lipsiae 1889, col. 655 nt. 1 (da leggere con *EP*³ 316 ss.). Nel giudizio dell'illustre studioso è sicura la rubrica “*De tutelis*”, ricavata da quella omonima di D. 26.1.

¹⁹ Di quest'ultima azione e della responsabilità sussidiaria dei magistrati municipali avremo modo di occuparci nel corso della ricerca (*infra*, fr. 15). Sulla *conceptio* della formula e sugli altri complessi interrogativi suscitati dal regime del *iudicium protutelae* si veda il recente contributo di L. PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale. La natura e la funzione dell'actio protutelae*, in I. PIRO (a c. di), *Scritti per Alessandro Corbino*, v, Tricase 2016, 333 ss.

auctor fosse stato qualcuno che non era tutore, il pretore concedeva una *in integrum restitutio* in favore dell'attore (Ulp. 12 *ad ed.* D. 27.6.1); se il tutore apparente fosse stato in dolo, contro di lui era inoltre accordata un'*actio in factum* (Ulp. 12 *ad ed.* D. 27.6.7 pr.). EP § 43 si differenzia dunque da EP § 122 in ciò: che prende in considerazione la "falsa" *auctoritas* interposta nel processo, mentre EP § 122 quella prestata nell'attività negoziale²⁰.

A EP § 121 sono dedicati i libri XXXV e XXXVI del commento editale di Ulpiano. Funzione di quest'editto era individuare a chi tra più contutori testamentari spettasse gerire la tutela. In cosa consistesse la gestione della tutela (nelle fonti indifferentemente detta "*gestio*" e "*administratio*"), e quanto esteso fosse il suo perimetro vedremo nei passi che ne trattano. Teniamo sin d'ora presente, però, che essa si sostanziasse nella salvaguardia degli interessi del pupillo sia sul versante del diritto materiale sia – e forse soprattutto – su quello del processo. L'editto dunque considerava la situazione che si sarebbe determinata allorché il *pater familias* avesse nominato per testamento più d'un tutore all'impubere che aveva sotto la sua potestà. In base all'opzione di politica del diritto espressa dal pretore, l'amministrazione andava affidata di preferenza a uno solo di essi. Le regole dettate in proposito da EP § 121, articolate in due clausole, erano le seguenti²¹.

[1] In prima istanza avrebbe gerito il contutore che si fosse dichiarato pronto a prestare la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*'. Già ripetutamente nominata nelle pagine precedenti quale istituto oggetto frequente d'indagine da parte dei moderni, ne diremo più diffusamente studiando i testi pertinenti: basti qui ricordare che essa era – come ogni *satisdatio* - una *stipulatio* rafforzata dalla presentazione di garanti personali, la cui specificità consisteva nell'impegno che il tutore promittente si assumeva, di restituire il patrimonio pupillare nella sua integrità al termine della tutela²². Diversamente dai legittimi e da altre categorie di tutori (accertare quali esse fossero è uno dei problemi che si porranno nel corso della ricerca), i tutori testamentari non erano obbligati a prestare questa garanzia, sotto pena d'essere estromessi dall'amministrazione della tutela. E proprio questa circostanza consentiva al pretore di recuperare nei loro confronti la *satisdatio*, alla stregua d'un criterio di selezione del gerente.

Al contutore che si fosse offerto di *satisdare* – dicevamo - il magistrato avrebbe infatti affidato l'amministrazione della tutela. Ma l'offerta di lui non escludeva la facoltà dei colleghi di offrire la garanzia a loro volta, per poter così compartecipare alla gestione.

²⁰ Lenel non a caso dubita che nella rubrica di EP § 43, a differenza di quella di D. 27.6, comparisse la dizione "*factum esse*", e opina che in luogo di "*facere*" l'editto avrebbe potuto impiegare un verbo con una connotazione più marcatamente tecnico-processuale come "*agere*": cfr. EP³ 120 nt. 1.

²¹ Per la descrizione che segue e per le fonti richiamate cfr. EP³ 316-317. *Adde* B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 484 nt. 319.

²² La definizione è ricalcata su quella di PELLECCHI, *Rec. a M. Carbone, Satisdatio tutoris* cit. Sulle *satisdationes*, per tutti, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 260.

L'offerente, dunque, metteva i contutori di fronte all'alternativa di offrirsi alla *satisfatio* essi stessi e gerire, oppure d'accontentarsi delle garanzie promesse dagli altri, ma senza poter in tal caso amministrare (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.2.17 pr.). Quello appena descritto era il meccanismo, che Ulpiano chiama "*provocatio ad satisfationem*" (cfr. Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.2.19 pr. e D. 26.4.5.3), regolato dalla prima clausola ("*superior*" nelle parole del passo citato da ultimo) di EP § 121.

[2] La seconda clausola operava quando nessun contutore avesse offerto la *satisfatio* (cfr. I. 1.24.1) e prevedeva due criteri. Il primo dava rilievo all'eventuale designazione testamentaria del gerente: il pretore avrebbe cioè affidato l'*administratio* al contutore all'uopo indicato dal testatore tra quelli che egli stesso aveva nominato (Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.3.1). Il secondo criterio demandava invece la scelta ai contutori: in mancanza della destinazione per testamento, della *gestio* sarebbe stato cioè incaricato il tutore eletto con il voto a maggioranza dei colleghi (D. 26.7.3.7).

I tre criteri ora elencati (*provocatio ad satisfationem*, *destinatio* per testamento, *electio* a maggioranza) erano quindi ciascuno sussidiario al precedente.

Guardiamo adesso, sempre tenendo presente la *Palingenesia*, alla struttura della porzione di Ulp. 35 *ad ed.* che a momenti cominceremo a leggere. Il commento alle disposizioni di EP § 121 costituisce il blocco di testo più esteso (L. 994-1000). Il libro XXXV, o almeno la sua porzione trådita attraverso il Digesto, s'apre però con alcune notazioni generali a proposito del concetto di *gestio / administratio*, non direttamente riconducibili al contenuto dell'Editto²³. Più incerta è invece, secondo Lenel, l'individuazione della fonte normativa commentata ai fr. 1001-1004, prima dell'ampia trattazione (L. 1005-1011) dedicata al regime dell'*oratio Severi*, il provvedimento del 195 d.C. che s'è già menzionato poco più in alto. Anticipando qui gli estremi d'un dibattito che si approfondirà *in sede materiae*, Lenel riteneva che fosse l'editto *De administratione tutorum*, malgrado il suo contenuto molto limitato, a fornire a Ulpiano l'occasione per studiare le questioni più diverse concernenti l'amministrazione della tutela: nel fare quest'affermazione, mantenuta nelle tre edizioni della sua magistrale ricostruzione dell'*Edictum Perpetuum*, l'Autore rinvia alla *Palingenesia* (L. 992-1016) per l'indicazione delle fonti normative cui i testi verisimilmente si riferiscono²⁴; un'indicazione che però manca proprio all'altezza di L. 1001-1004.

Adolf Friedrich Rudorff, e con lui Otto Karlowa, reputavano al contrario che, conclusa la disamina dell'editto *De administratione tutorum*, Ulpiano proseguisse commentando un'altra disposizione contenuta nell'Albo, e relativa all'obbligo dei tutori di depositare il

²³ In questi termini EP³ 314.

²⁴ EP³ 315: «Dies Edikt gibt trotz seines begrenzten Inhalts Anlaß, auf die verschiedensten Details der Vormundschaftsverwaltung einzugehen. Die wahrscheinlichen Beziehungen der einzelnen Stellen finden sich in meiner Palingenesie zu Ulp. nr. 992-1016 angegeben».

danaro liquido del pupillo in vista d'un futuro acquisto immobiliare²⁵. L'esegesi dei testi ci aiuterà a fare luce su questo punto, e permetterà di provare a formulare un'ipotesi su quale potesse essere l'ordito normativo sotteso a questa parte del commento ulpiano: per quanto - è giusto ammetterlo - conclusioni definitive non se ne potranno trarre.

Prima di avviarcì alla lettura, rimangono ancora da fare due precisazioni di ordine metodologico.

Come prima cosa, il taglio esegetico della ricerca, che per sua natura tende a porre in risalto i particolari d'ogni passo, non dovrà farci perdere di vista gli interrogativi di ordine generale che attraversano la porzione del commentario in esame. Ad alcuni di essi s'è già accennato. Qual era, nell'opinione di Ulpiano, la posizione delle diverse categorie di tutori rispetto all'obbligo di prestare la *satisfactio* '*rem pupilli salvam fore*', e quali erano queste categorie? Quali le fonti normative extraedittali del commento?

Ad altri interrogativi di fondo, che dovremo affrontare in una con l'esegesi dei vari frammenti, accenniamo invece ora. Innanzitutto, quali erano i diritti e gli obblighi dei tutori esonerati dalla gestione, una volta selezionate le persone dei gerenti in ossequio alle regole edittali? Di questo tema avremo modo di discutere specialmente esaminando il testo fondamentale di D. 26.7.3.2, ma la questione è implicata dall'intero frammento in cui quel passo si colloca, ossia L. 999. Vedremo, in secondo luogo, che Ulpiano dedica ampio spazio al problema dell'applicazione analogica di *EP* § 121 ai tutori non testamentari (L. 998 e 1000). Quali erano i presupposti obiettivi dell'analogia? Quale ne era la *ratio*? Ancora: tra gli interpreti è controversa la nozione di "*periculum tutoris*". È discusso in particolare se essa denotasse un elemento oggettivo o soggettivo (cioè un criterio d'imputazione) della responsabilità del tutore²⁶. Questo concetto ci accompagnerà idealmente per tutto il corso dello studio: l'incontreremo infatti già nel primo frammento che leggeremo tra un istante (L. 992), e sul *periculum* concluderemo, esaminando l'ultimo § di L. 1002 (D. 26.7.5.10). Cercheremo perciò di delinearne l'intensione nel lessico ulpiano. Vedremo, seguendo il giurista, quali effetti avessero, sull'esposizione del tutore al *periculum*, le eventuali disposizioni in suo favore contenute nel testamento del padre del pupillo, che ad esempio l'avessero esentato dal rendiconto al termine della tutela (D. 26.7.5.7), o quelle che gli avessero imposto determinati divieti o comportamenti, ad esempio non alienare i beni appartenuti allo stesso testatore (D. 26.7.5.9).

Per finire, è necessaria ancora una riflessione che ci riporta allo stato degli studi e all'eredità dell'interpolazionismo. Resta valida l'istanza per la quale «in linea di massima [...]

²⁵ Cfr. A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 130 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 1190.

²⁶ Rimandando all'esegesi di D. 26.7.5.10 per l'esame specifico della questione, sulle coordinate del dibattito si possono vedere M. LAURIA, *Periculum tutoris*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo 1936, 285 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari 1960, 74 ss.

con i saggi interpolazionisti è meglio non discutere, perché traggono gran parte della loro energia dagli sforzi di confutarli (essendo per loro natura, di regola, non suscettibili di falsificazione)»²⁷. Principio, questo, che merita d'essere specialmente ribadito quando ci si appresta ad esaminare un gruppo di testi la cui ricezione è ancora fortemente influenzata dalla critica interpolazionista. Se talvolta ce ne discosteremo (lo faremo soprattutto nell'esegesi di Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.4.5.3), è perché in quelle occasioni una falsificazione è possibile, e serve anzi a far emergere ricorrenze ed elementi di coerenza strutturale nell'esposizione ulpiana, oltre a contribuire ad una migliore comprensione del singolo passo.

È prudente non aggiungere ulteriori considerazioni preliminari: si rischierebbe altrimenti di soffocare oltremodo la lettura dei testi entro la gabbia delle precomprensioni e delle sovrastrutture moderne. È tempo, invece, di lasciare finalmente la parola alle fonti.

²⁷ MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi cit.*, 162.

Fr. 1 = L. 992 (parte I) = D. 26.7.1 pr.-1

Gerere atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet. [1] Ex quo scit se tutorem datum si cesset tutor, suo periculo cessat: id enim a divo marco constitutum est, ut, qui scit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.

Solitamente si impone al tutore di assumere la gestione della tutela mediante misure estranee all'ordine dei giudizi privati. [1] Dal momento in cui il tutore sa di essere stato nominato all'ufficio, qualora s'astenga dalla gestione, lo fa a suo rischio. Una costituzione del Divo Marco Aurelio ha infatti stabilito che chi sa di essere stato nominato tutore e non allega nei termini una causa di dispensa, se ne ha una, si astiene a suo rischio.

COMMENTO

1. Il tutore costretto a gerire: i poteri degli organi competenti e la *cessatio*. 2. “*Gerere atque administrare*”: significato e funzione di un sintagma singolare. 3. La *ratio* della costituzione di mezzi “*extra ordinem*” per costringere il tutore a gerire. 4. Le cause di dispensa dalla tutela come esimenti del *periculum*.

1. Tra la fine del III e l'inizio del II secolo a.C., una *lex Atilia* aveva per la prima volta attribuito ai magistrati romani il potere di nominare il tutore all'impubere che ne fosse privo¹: ciò sarebbe accaduto quando fosse mancata una valida designazione testamentaria da parte dell'ascendente che l'aveva in potestà, né si fosse potuto deferire l'incarico a un tutore legittimo. In base alla *lex Atilia*, dunque, soggetti competenti alla *datio tutoris* magistratuale erano il pretore e i tribuni della plebe; questi ultimi dovevano provvedere alla nomina con una deliberazione a maggioranza. Una *lex Iulia et Titia*, del I secolo a.C., aveva poi conferito identico potere ai governatori provinciali². Dallo spaccato di storia giuridica che leggiamo nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 1.20.3), apprendiamo che tali leggi non disponevano nulla

¹ Il problema della datazione della *lex Atilia* è noto e dibattuto: vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 458 nt. 145; VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 39 nt. 16. Solitamente si cita Liv. 39.9.7 a testimonianza della vigenza della legge nel 186 a.C.

² Gai. 1.185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia*. I. 1.20 pr. volge all'imperfetto il passo gaiano. Sulla *lex* (o sulle *leges*) *Iulia et Titia* si vedano ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 459 nt. 149; F. GRELLI, *La datio tutoris dei magistrati municipali*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI – E. GABBA (a c. di), *Gli statuti municipali*, Pavia 2006, 414 ss.; VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 35 ss.

circa i mezzi con cui il tutore avrebbe potuto essere costretto ad amministrare, e per questo motivo smisero d'essere applicate. Della competenza a dare i tutori, prosegue il passo delle Istituzioni, vennero allora investiti - per effetto di costituzioni imperiali - dapprima i consoli, quindi i pretori³. L'attribuzione ai primi del *ius tutoris dandi* risale a una riforma del tempo di Claudio (41-54 d.C.). La notizia è in uno stringato accenno di Svetonio (*Claud. 23.2: sanxit [scil. il princeps] ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur*)⁴. I pretori cui alludono le Istituzioni sono i *praetores tutelarii* (o *tutelares*), istituiti da Marco Aurelio (161-180) e competenti per la *datio tutoris* a Roma: la loro creazione è datata al periodo della coreggenza con Lucio Vero (161-169), tra il 165 e il 166, mentre al 163-164 è fatta risalire quella dei *iuridici*, che avevano – tra le altre - analoga competenza per le regioni italiche⁵.

Da un escerto della monografia *De excusationibus* di Ulpiano conservato in *Vat. Fr. 155* emerge che i consoli disponevano d'uno strumento con cui costringere i tutori di loro nomina ad assumere l'amministrazione della tutela: essi - afferma Ulpiano - emanavano un decreto con il quale dichiaravano che il tutore, qualora si fosse rifiutato di gestire senza aver previamente fatto valere una legittima causa di dispensa, si sarebbe astenuto dalla gestione a proprio rischio⁶: sarebbe cioè stato, nella terminologia delle fonti, “*suo periculo cessans*”.

2. Così delineato per sommi capi lo sfondo storico, possiamo ora avviare l'esame dei §§ *pr.-1* di D. 26.7.1, concernenti appunto il tema della coercizione dei tutori alla gestione. Un primo elemento lessicale attrae immediatamente l'attenzione: l'impiego al § *pr.* dei verbi “*gerere*” e “*administrare*”. Per quanto essi, e i sostantivi derivati *gestio* / *administratio*,

³ I. 1.20.3: *Sed ex his legibus pupillis tutores desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. nam supra scriptis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda rem salvam pupillis fore neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavetur.* Secondo ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 459 nt. 145, la competenza del pretore e dei tribuni della plebe non sarebbe venuta formalmente meno neanche a seguito delle riforme nell'epoca del principato (delle quali diremo subito), e si sarebbe quindi conservata accanto a quella dei consoli, e più tardi dei *praetores tutelarii*: in proposito l'A. adduce Gai. 1.185, 194-195, oltre a Tit. Ulp. 11.18 e Sch. Sin. 45 e 54: tutti passi che continuano a riferirsi al *tutor Atilianus*.

⁴ Per altre fonti letterarie ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 459 nt. 145. La competenza consolare è ricordata, senza riferimenti al momento della sua creazione, in Mod. 6 *excus.* D. 26.3.1.1.

⁵ Sul tema si veda VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 49-50. Cfr. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 459 nt. 145, 460.

⁶ Ulp. *l.s. de excus. Vat. Fr. 155: Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more. Nec in infinitum captiosi silentii tempus, per quod res interfrigescat, concessum sibi credant: hi qui Romae vel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere aut capessere administrationem; ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus consules amplissimi decreverunt periculo suo eos cessare.*

fossero comunemente adoperati per designare i doveri gestori del tutore⁷, questo dovrebbe essere l'unico caso in cui una fonte giuridica li utilizza cumulativamente⁸. Ci si può allora chiedere se, nell'uso che ne fa Ulpiano, i due lessemi indichino ognuno una sfera determinata dell'attività del tutore, oppure se siano sinonimi impiegati fungibilmente per designarla nel complesso, con riferimento quindi alla gestione dei negozi del pupillo tanto quanto alla "tuitio" dei suoi interessi sul piano processuale.

I testi rivelatori sono ovviamente quelli in cui compaiono entrambi i vocaboli. Come vedremo soffermandoci nel dettaglio su ciascun passo⁹, bisogna concludere nel secondo senso. *Gerere / gestio* e *administrare / administratio* si riferiscono indistintamente al complesso dei doveri tutori, sia sostanziali che processuali: l'espressione per accumulo "gerere atque administrare" è dunque propriamente un'endiadi. Qual è allora la ragione della scelta lessicale? La spiegazione potrebbe essere di tipo retorico-comunicativo: per quanto è dato saperne, Ulpiano iniziava qui la trattazione del regime di amministrazione dei tutori; si può immaginare che egli avesse la necessità di indicare con un'espressione pregnante l'attività gestoria, alla quale si sarebbe nel seguito riferito alternando i due verbi.

Un'altra possibile spiegazione, coerente con il genere del commento lemmatico e con la collocazione palinogenetica del frammento, è che la dizione sia una sorta di sommatoria dei *verba edicti*: la rubrica di *EP* § 121, che Ulpiano si accinge a commentare, era "*De administratione tutorum*"¹⁰; "gerere" compare nei passi che sembrano parafrasare il testo delle clausole di cui l'editto si componeva (D. 26.7.3 §§ 1 e 7). L'alternanza tra "administrare" e "gerere" si sarebbe perciò data già nel rapporto tra rubrica e testo editto: l'autore potrebbe insomma essere ricorso all'endiadi per dare conto, in esordio del suo commento, che nella fonte commentata i due lemmi erano compresenti.

3. Un secondo elemento lessicale ci riporta invece alla testimonianza di Svetonio letta poc'anzi, ossia l'occorrenza, sempre al § *pr.* del tecnicismo "*extra ordinem*"; con questa differenza, però: che lo scrittore adrianeo lo riferiva alla *datio tutoris* dei consoli («*extra ordinem tutores a consulibus darentur*»), mentre Ulpiano l'adopera per caratterizzare la procedura di coercizione alla *gestio* («*gerere atque administrare extra ordinem tutor cogi solet*»). Nella versione tradata del suo pensiero, il giurista non menziona un soggetto a cui in particolare fosse attribuito il potere di sospingere il tutore ad assumere l'amministrazione.

⁷ per una rassegna cursoria delle occorrenze del sintagma "*tutelam gerere*" vd. SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 40 nt. 71.

⁸ Per la ricerca è stato utilizzato il software "*Amanuensis*" (database aggiornato alla versione 3.0, ultima consultazione 16/02/2018).

⁹ I passi pertinenti sono D. 26.7.3 §§ 1 e 6, su cui *infra*, fr. 10 e 12.

¹⁰ *EP*³ 316.

L'affermazione sembrerebbe perciò implicitamente generalizzata a tutti coloro – magistrati o funzionari imperiali - che avessero il *ius tutoris dandi*: oltre a quelli già menzionati (*praetores tutelares*, governatori provinciali e *iuridici*, fino a quando esistettero), vanno almeno ricordati il *praefectus urbi* per la città di Roma e - di notevole importanza nella pratica - i magistrati municipali¹¹.

Quale fosse il rimedio straordinario, il testo non precisa: secondo l'opinione comune e più verosimile, doveva trattarsi d'un mezzo di coazione indiretta; una multa o una presa di pegno, da irrogare quando il tutore s'ostinasse a non gerire¹². Il rimedio ordinario, ossia l'*actio tutelae*, era un giudizio di rendiconto: il suo presupposto era pertanto che una gestione ci fosse stata¹³. È vero che il pretore accordava un'*actio tutelae utilis* al pupillo che avesse subito pregiudizi patrimoniali dal comportamento di chi non aveva gerito¹⁴. Il tutore non gerente doveva però essere convenuto in via sussidiaria, cioè dopo il gerente, e solo nel caso questi fosse insolubile¹⁵: sicché, almeno nell'ipotesi della contutela lo si può dire con sicurezza, l'azione utile poteva proporsi solo a tutela finita. Di qui l'esigenza d'un rimedio che costringesse nell'immediato il tutore a gerire.

4. D. 26.7.1.1, come anche il già citato *Vat. Fr.* 155, testimonia in proposito un'ulteriore evoluzione storica rispetto al tempo in cui i consoli emanavano il decreto che dichiarava il tutore "*suo periculo cessans*". In virtù d'una costituzione di Marco Aurelio, dice Ulpiano, il tutore che si fosse astenuto dall'amministrazione senza allegare una scusa entro i termini stabiliti, lo avrebbe fatto a suo rischio. La responsabilità omissiva aveva a questo punto la sua fonte direttamente nel provvedimento normativo imperiale, e non più nel decreto consolare emesso ogni volta *ad hoc*.

Ma su quali categorie di tutori gravava il *periculum* del quale qui Ulpiano discute? Il giurista scrive "*tutor datus*" («*ex quo scit se tutorem datum*»). Erano tecnicamente "*dati*" i tutori nominati nel testamento, come risulta da D. 26.2.3: «*testamento datos tutores accipere debemus et rell.*» (*infra*, fr. 4). Del pari lo erano quelli assegnati dagli organi pubblici

¹¹ Si vedano le fonti citate da ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 460 ntt. 146-147, 461 nt. 150.

¹² Ivi, 463, 483.

¹³ L'avvenuta gestione era dedotta nella *demonstratio* della formula: '*quod Ns.Ns. Ai.Ai. pupilli tutelam gessit*'. Per tutti D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, 56.

¹⁴ Cfr. Lenel, *EP*³ 318 nt. 10. Tra i diversi testi che menzionano quest'adattamento dell'azione di tutela, Ulp. 79 *ad ed.* D. 46.6.4.3 ne individua espressamente il fondamento nel *suo periculo cessare*: *Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur: nam nec actio tutelae eum qui non gessit tenet, sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit*.

¹⁵ Cfr. ad es. Pap. 5 *resp.* D. 26.7.39.11: *In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit*.

competenti: lo si desume dalle locuzioni “*ex inquisitione dati tutores*” (D. 26.2.19.1: *infra*, fr. 9) e “*hi qui a magistratibus dantur*” (D. 26.4.5.2: *infra*, fr. 15). Al contrario, non lo erano i tutori legittimi: «*legitimos tutores nemo dat*», afferma Ulpiano in D. 26.4.5 pr. (*infra*, fr. 14). Il testo di D. 26.7.1.1 ci informa quindi sulle prime due categorie di tutori, ma tace riguardo ai legittimi¹⁶.

Chiarito questo punto, bisogna ora soffermarsi brevemente sull’*excusatio tutelae*. La dizione indica al contempo il motivo che il tutore adduceva onde essere esonerato dall’amministrazione della tutela (o dalla sua prosecuzione, se già iniziata), e la dispensa accordata dal soggetto competente per la *datio tutoris* in base a tale motivo. La funzione dell’istituto implica che il tutore fosse in linea di principio tenuto a gestire: la storiografia tende perciò a collocarne l’origine nell’ambito della tutela d’ufficio, mentre l’estensione a quella testamentaria e a quella legittima sarebbero successive¹⁷. Sebbene numerosi, i motivi di scusa furono tipici, e si definirono per progressiva accumulazione, soprattutto su impulso degli interventi normativi imperiali a partire da Adriano¹⁸. L’elenco è eterogeneo¹⁹, e gli

¹⁶ Per ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 477 nt. 233, si riferisce ai legittimi Pomp. 17 *ad Sab.* D. 26.7.17: *qui iussus est ab eo, qui ius iubendi habet, tutelam gerere, si cessasset, ex quo iussus est indemnem pupillum praestare debebit, non ex quo tutor esse coepit*. «La provenienza di D. 26.7.17 induce a pensare ad un riferimento al caso della tutela legittima, non a quello della tutela testamentaria»: ritiene infatti l’A., seguendo l’opinione dominante in storiografia, che il tutore legittimo rimase «titolare d’una *potestas* più che d’un *munus* o d’un *officium* — secondo le concezioni tradizionali della tutela legittima —, e quindi si capirebbe bene se, per esso, la responsabilità si facesse decorrere solo dal decreto che lo ammoniva del *periculo suo cessare*». VIARENGO, *Studi* cit., 49 e nt. 84 sostiene invece che il passo testimonia in generale il regime anteriore alla riforma di Marco Aurelio.

¹⁷ Si veda ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 464 nt. 174: «Che l’*excusatio tutelae* sia sorta per la tutela d’ufficio pare certo, pur se mancano testimonianze: si tratta di istituto logicamente coordinato con un decreto magistratuale di nomina». L’A. colloca al più tardi al tempo di Adriano l’estensione del regime delle *excusationes* ai tutori testamentari, e al più tardi sotto Diocleziano quella ai legittimi: *ivi*, 452 nt. 107, e 464 nt. 174 (con fonti). Vd. per altra bibl. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 58 nt. 3.

¹⁸ Così ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 465 e nt. 179.

¹⁹ Per non rendere la trattazione esorbitante rispetto alla sede, di seguito si richiamano le *causae excusationis* usualmente ricordate dalla dottrina, rimandando, per la citazione e l’esame delle fonti, soprattutto a P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., 1.592 ss. e ad ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 466 ss. Erano valide *excusationes*:

- l’esercizio delle magistrature più importanti, ad eccezione di quelle provinciali;
- la titolarità di rilevanti uffici o incarichi imperiali (ad es. componente del *consilium principis*);
- lo svolgimento attivo della leva militare: era dispensato anche il *miles* congedato senza *iniominia*, tranne che dalle tutele dei figli di altri veterani, mentre il congedo con disonore dispensava dalle tutele in Roma, perché comportava *infamia* e l’*infamis* non poteva risiedere nell’Urbe;
- la condizione di senatore, limitatamente all’amministrazione di beni pupillari siti oltre le duecento miglia da Roma, per la quale si nominavano tutori o curatori aggiunti;

interpreti moderni hanno cercato di razionalizzarlo ricorrendo a classificazioni diverse²⁰. In progresso di tempo, e con una notevole accentuazione della tendenza in epoca giustiniana, alcuni dei motivi d'*excusatio* divennero cause d'incapacità a ricoprire l'ufficio²¹.

-
- l'essere il liberto amministratore dell'intero patrimonio del patrono senatore;
 - l'*absentia rei publicae causa*, ovvero l'impegno, nell'interesse dello stato, che costringesse il tutore a restare temporaneamente lontano dal proprio domicilio: venivano in tal caso nominati tutori o curatori *ad tempus*;
 - altre cause di lontananza forzata del tutore dal domicilio, come la *deportatio in perpetuo*;
 - la titolarità d'alcuni sacerdozi pagani, e poi di taluni incarichi ecclesiastici (vescovi, preti, diaconi, suddiaconi e monaci): preti, diaconi e suddiaconi avevano la facoltà d'assumere la tutela legittima di loro congiunti;
 - l'appartenenza a talune associazioni di mestiere (*collegia e corpora*): *fabri, pistores, navicularii, mensores frumentarii, suarii*. La scusa normalmente non valeva per le tutele di figli di colleghi: fanno eccezione i *pistores*;
 - l'appartenenza a talune categorie di coloni (*coloni patrimoniales*, ma non coloni dei fondi fiscali): una costituzione di Costantino priva di data (C. 11.68.1) sancì l'incapacità dei coloni imperiali ai *munera*;
 - l'esercizio della professione di medico, di filosofo, di grammatico, di retore, di geometra (non però a Roma);
 - la condizione di studente trasferitosi a Roma per frequentare una scuola di diritto;
 - per gli atleti, l'essersi segnalati in gare di particolare importanza;
 - il privilegio concesso ai cittadini di Ilio (per ragioni mitologiche) e di altre *poleis* come Antinoe;
 - l'età inferiore ai venticinque anni o superiore ai settanta;
 - la *valetudo mala*, ovvero le gravi condizioni di salute (cecità, sordomutismo, epilessia, follia, altra malattia cronica): se del caso, la scusa era temporanea, e perdurava fino al termine dell'impedimento;
 - la condizione del chiamato padre di tre figli a Roma, di quattro nel resto d'Italia, di cinque in provincia;
 - per effetto d'un provvedimento dei *divi Fratres*, i *tria onera in domo una*, ovvero la circostanza che all'interno di una *domus* il *paterfamilias* e i congiunti gerissero già tre tutele (oppure anche una sola, ma oltremodo onerosa);
 - la *rusticitas*, ovvero l'inettitudine per mancanza di cultura a provvedere con profitto agli affari;
 - la *paupertas* (definita anche "*mediocritas*") del chiamato, che sarebbe stata d'ostacolo alla gestione della tutela;
 - l'esistenza concreta e attuale di liti di valore molto elevato o di gravi conflitti d'interesse tra il chiamato e il pupillo;
 - il rischio insito nella lontananza del domicilio del pupillo, o della collocazione dei suoi beni, dalla residenza del chiamato: la scusa poteva essere parziale, limitata cioè ai soli beni lontani;
 - l'*inimicitia capitalis* tra il tutore ed il padre del pupillo;
 - la condizione dell'ingenuo chiamato alla tutela del liberto, o dello *sponsus* chiamato alla tutela della promessa sposa. Un caso particolare di scusa era la *potioris nominatio*, istituto sul quale ci informano soprattutto i *Fragmenta Vaticana* (ma che risulta obliato nel codice Teodosiano e nella compilazione giustiniana), per mezzo del quale il chiamato chiedeva la revoca della propria nomina d'ufficio a tutore e la sua sostituzione con una persona maggiormente tenuta (*potior*), perché, ad esempio, legata al pupillo o al padre di lui da un vincolo di parentela più stretto di quello che univa questi ultimi al designato. Vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit. 477; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 257.

²⁰ Si è distinto, ad esempio, tra ragioni d'ordine personale, gravami di natura pubblica e meri privilegi; oppure tra motivi di scusa propri dell'istituto tutelare e motivi comuni all'esenzione dalla tutela e dai *munera civilia e publica*; oppure ancora tra incapacità/esenzioni temporanee e definitive: si veda VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 71, che ne compie una dettagliata rassegna.

La stessa riforma che Ulpiano menziona in D. 26.7.1.1 aveva modificato il procedimento attraverso il quale far valere le scuse²²: a tale procedimento le fonti si riferiscono con la denominazione verbale “*excusationem allegare*”, come nel nostro passo, o con quella sostantivata “*professio excusationis*”²³.

La ricostruzione del regime anteriore alla riforma sconta una certa penuria di testimonianze²⁴. Le innovazioni che ci sono note attengono la competenza e i termini. Con ogni probabilità la competenza era stata fissata per l’Urbe avanti ai pretori tutelari che lo stesso Marco Aurelio aveva istituito²⁵ e in provincia avanti ai governatori²⁶. Quanto ai

²¹ Con riferimento al diritto della compilazione, BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., 1.592, elenca le seguenti cause d’incapacità:

- la schiavitù, salvo che il servo fosse liberato con la nomina a tutore testamentario;
- il genere: la donna non poteva essere tutrice, salvo il caso della madre e dell’ava che s’impegnassero dietro giuramento a non passare a seconde nozze e rinunciassero al beneficio del senatoconsulto Velleiano (46 d.C.) che accordava un’*exceptio* alla donna convenuta per l’adempimento di un’obbligazione di garanzia o comunque assunta *pro aliis*;
- la *valetudo mala* (cfr. nt. 18);
- l’età minore di 25 anni;
- l’esclusione di taluno dalla tutela con atto d’ultima volontà del genitore del pupillo;
- il fatto del non tutore che si fosse offerto, magari dietro pagamento d’una somma di danaro (cfr. *infra*. fr. 7), di gerire la tutela;
- l’*inimicitia capitalis* con il padre del pupillo;
- il servizio militare attivo, sempre salvo l’obbligo di gerire la tutela del figlio del commilitone;
- la titolarità degli incarichi ecclesiastici di vescovo e di monaco;
- la circostanza che il chiamato fosse debitore o creditore del pupillo, fatta eccezione per la madre e per l’ava; a tutela iniziata, il tutore debitore non veniva rimosso: si faceva invece luogo alla nomina di tutori o curatori aggiunti.

²² Per altri testi in cui il provvedimento è menzionato, ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 473 nt. 215.

²³ Ad es. Alex. C. 5.62.6 pr.

²⁴ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 472, ipotizza che «al suo inizio, l’*excusatio tutelae* sarà stata, forse, fatta valere dagli interessati davanti allo stesso magistrato che aveva emesso il decreto di nomina a tutore d’ufficio, anche se le fonti non ci danno al riguardo alcuna notizia», mentre «pare certo che in epoca imperiale il processo per l’*excusatio* assunse la forma di un vero appello», anche se «non siamo affatto informati per quel che attiene ai particolari, pur se di fondamentale rilevanza».

²⁵ La storiografia giunge a questa conclusione in base al rilievo che i testi a noi pervenuti in cui si tratta del procedimento riformato provengono in larghissima parte dalle monografie *De officio praetoris tutelaris*. Nei testi raccolti in D. 27.1, invece, si parla genericamente di “*iudex*”: in questi termini ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 473 nt. 219.

²⁶ Ad es. Phil. C. 5.62.16: *Si, ut adlegas, his tutor datus es, cum quibus disceptationem hereditatis tibi esse proponis, et tempora antiquitus excusationibus praestituta etiam nunc opitulatur, adire praesidem provinciae potes, formae super ea re statutorum principalium obtemperari pro sua gravitate iussurum.*

“*tempora praestituta*”, l’organo competente doveva essere adito entro cinquanta giorni dal momento in cui il chiamato, se residente in Roma o entro le cento miglia dalla città, aveva notizia della nomina²⁷: in caso di maggior distanza, il termine, per interpretazione giurisprudenziale comunque non inferiore ai cinquanta giorni, era di trenta giorni più uno per ogni venti miglia²⁸. L’atto introduttivo del procedimento era un’istanza nella quale il tutore doveva “*titulum excusationis suae expromere*”, cioè indicare l’*excusatio* di cui riteneva di potersi avvalere: contestualmente egli doveva “*denuntiare*”, ovvero integrare il contraddittorio con gli eventuali controinteressati (*adversarii*) che intendessero opporsi alla dispensa del chiamato dall’ufficio, invitandoli a comparire innanzi all’organo adito, su autorizzazione di quest’ultimo²⁹. Costoro, con *praescriptio*, potevano ottenere che l’istanza fosse respinta, ad esempio perché proposta fuori termini. Allegate le scuse entro i cinquanta giorni, il tutore aveva a disposizione quattro mesi, decorrenti dal momento della nomina, per coltivare il procedimento³⁰. Il provvedimento che rigettava in prime cure la richiesta d’*excusatio* era appellabile³¹: Se invece l’istanza fosse stata accolta – s’argomenta da D. 26.7.1.1 - il tutore non sarebbe stato responsabile per l’omessa gestione. Da alcuni testi risulta che il tutore, pur potendosi astrattamente giovare di un valido motivo di scusa, perdeva il diritto d’allegarlo qualora si fosse immischiato nell’amministrazione³². Altri passi testimoniano l’ammissibilità dell’*excusatio* a tutela già iniziata, dell’*excusatio* temporanea e di quella parziale (cioè da una parte soltanto dell’amministrazione)³³: in tali casi il tutore era

²⁷ Ad es. *Vat. Fr.* 155-156. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 473, osserva che lo stesso termine doveva probabilmente valere in provincia, per i chiamati che risiedevano entro le cento miglia dalla sede del governatore.

²⁸ Cfr. Mod. 4 *excus.* D. 27.1.13.1-2.

²⁹ La terminologia è in Ulp. *l.s. de excus. Vat. Fr.* 156. La notizia che si trattasse d’una *denuntiatio ex auctoritate*, cioè di una citazione su autorizzazione dell’organo adito tipica del processo *extra ordinem*, è in Ulp. *l.s. de excus. Vat. Fr.* 167: L’escerto si riferisce al procedimento per la *potioris nominatio*. È probabile che quello per fare valere le scuse fosse identico, o per lo meno seguisse le stesse cadenze nella fase introduttiva, considerando che la *potioris nominatio*, fino a quando sopravvisse, era una *species* nel *genus* delle *excusationes supra*, nt. 18).

³⁰ Paul. 2 *sent.* D. 27.1.38: *Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet: peragendo enim negotio ex die nominationis continui quattuor menses constituti sunt.*

³¹ Ad es. Mod. 4 *excus.* D. 27.1.13 pr., Ulp. 1 *de appellat.* D. 49.4.1.1.

³² Cfr. *Vat. Fr.* 154 e, *a contrario*, Mod. 4 *excus.* D. 27.1.13.13. Per altri casi in cui s’estingueva il diritto ad ottenere l’*excusatio* vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 472 nt. 212.

³³ Per l’*excusatio* a tutela iniziata cfr. *Vat. Fr.* 135 (*rei publicae causa absentia*) e *Vat. Fr.* 184 (*excusatio* del *furiosus*). Per l’*excusatio* temporanea, ad es. Mod. 3 *excus.* D. 27.1.12 pr. (*valetudo mala*); per quella parziale *Vat. Fr.* 173 (di cui ci occuperemo nel dettaglio esaminando D. 27.1.19: *infra.*, fr. 13). In caso di scusa temporanea erano nominati tutori o curatori provvisori (cfr., tra i tanti, Mod. 3 *excus.* D. 27.1.10.2), il cui incarico veniva meno al cessare del motivo di scusa. cfr., per l’*absentia rei publicae causa*, ad es. Ulp. 25 (35

però tenuto responsabile per il tempo o per la parte della propria gestione³⁴. Casistica - e non generalizzata - era la concessione della dispensa sulla base dell'allegazione cumulativa di più *excusationes* "imperfette", la cui fattispecie concreta cioè non integrava pienamente quella astratta.

Lenel) *ad ed. D. 27.3.9 pr.*: *Si tutor rei publicae causa abesse coeperit ac per hoc fuerit excusatus, quod rei publicae causa aberit, tutelae iudicio locus est. sed si desierit rei publicae causa abesse, consequenter desinit qui in locum eius datus est et tutelae conveniri poterit.*

³⁴ Cfr. il passo in D. 27.3.9 pr. riportato alla nota precedente

Fr. 2 = L. 992 (parte II) = D. 26.7.1.2-4

Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis 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. [3] 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. [4] Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus etiam debitores pupillorum vel adultorum ex persona sua prospectu officii in iudicium vocare vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum.

Ai tutori basta, per una piena difesa, che essi stessi stiano in giudizio in veste di convenuti, oppure che vi stia il pupillo con la loro *auctoritas*; né i tutori, a differenza dei difensori, sono obbligati a prestare garanzia. I tutori potranno perciò scegliere liberamente l'alternativa preferita, se stare personalmente in giudizio, o far comparire il pupillo affinché il processo s'instauri con l'interposizione della loro *auctoritas*. Tuttavia con questo limite: che essi dovranno stare personalmente in giudizio in luogo degli infanti e degli assenti, mentre presteranno l'*auctoritas* per i pupilli d'età superiore ai sette anni e presenti nel luogo del giudizio. [3] Nelle cause dei minori di venticinque anni, a chi agisce avrà parimenti la scelta di chiamare in giudizio lo stesso adulto presente, perché si assuma la lite quale convenuto, con il consenso del curatore, oppure di agire contro il curatore, così che in giudizio stia quest'ultimo. Nei confronti degli adulti assenti si deve però agire necessariamente contro il curatore. [4] Non si deve denegare poi né ai tutori né ai curatori di chiamare in giudizio a nome proprio, in ragione del loro ufficio, anche i debitori dei pupilli o degli adulti o di accordare il consenso ai pupilli e ai minori che lo facciano in prima persona.

COMMENTO

1. La difesa in giudizio del pupillo e i doveri del tutore. 2. La dispensa dalla prestazione della *cautio 'iudicatum solvi'* per il tutore convenuto in nome del pupillo. 3. L'assunzione della "defensio" da parte dei "curatores minorum". 4. I modi di esercizio delle azioni spettanti a pupilli e minori.

1. Sul tutore che sapesse di essere stato regolarmente designato e non si fosse scusato gravava dunque il *periculum* dell'astensione dai compiti dell'*administratio*. Affermato questo

principio, Ulpiano passa ad esporre ciò che i gerenti dovevano fare per evitare la conseguenza probabilmente più radicale dell'astensione in termini di pregiudizi per il patrimonio del pupillo, ovvero quella derivante dall'*indefensio* nel processo¹. Sebbene nei confronti del pupillo non trovasse applicazione la regola che normalmente valeva per il convenuto, secondo cui all'*indefensio* sarebbe seguita in ultima analisi la *bonorum venditio*², rimaneva pur sempre vero che l'attore avrebbe potuto chiedere la *missio in bona rei servandae causa*³: il pupillo *indefensus* si sarebbe quindi visto sequestrare l'intero patrimonio.

La disciplina che Ulpiano espone al § 2 è articolata su una sorta di doppio binario: per evitare le conseguenze dell'*indefensio* (“*ad plenam defensionem*”), il tutore poteva stare in giudizio in nome del pupillo⁴ o prestare l'*auctoritas*, consentendo così che in giudizio stesse

¹ Non sappiamo se questa concatenazione di argomenti corrispondesse al disegno originario dell'opera ulpiana, o se l'accostamento tra i §§ *pr.* e 1 da un lato, e i successivi §§ 2, 3 e 4 dall'altro sia piuttosto il risultato d'un sunto operato dai Compilatori giustinianei. Lo stretto legame tra l'ufficio del tutore e l'impossibilità del pupillo di “*se defendere*” emerge già dalla nota definizione serviana con cui s'apre il libro XXVI del digesto (D. 26.1.1 = I. 1.13.1): *tutela est [...] vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*. Evidenza acutamente quest'aspetto ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 487 nt. 283. In questa sede non rileva la famigerata variante “*ius*” che si legge in luogo di “*vis*” nel passo omologo delle Istituzioni di Giustiniano: per la discussione del problema si veda la bibliografia elencata di recente da VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 10 nt. 39. Che il dovere di non lasciare *indefensus* il pupillo fosse un tratto caratterizzante l'ufficio tutelare risulta anche da altri testi. Marcell. 21 *dig.* D. 26.7.30: *Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat*. Dal punto di vista della *constitutio textus* può apparire incongruente che Ulpiano nel § *pr.* e nel § 1 si riferisca al tutore, al singolare, mentre nel § 2 e nel successivo § 4 il sostantivo “*tutor*” (nel § 4 anche “*curator*”) sia declinato al plurale. Va però tenuto presente che il giurista si sta accingendo a commentare un editto che regolava una situazione di contutela, e mirava a individuare criteri che consentissero di affidare la gestione a un solo tutore: l'oscillazione tra singolare e plurale può trovare una spiegazione sulla base di questo rilievo.

² Il regime è noto: al fine di assicurare la presenza del convenuto in giudizio, il pretore consentiva all'attore di immettersi nel possesso di tutti i beni del *vocatus* che rifiutasse di seguirlo davanti al magistrato. Ugualmente si procedeva, *rei servandae causa*, in caso d'irreperibilità del convenuto. La *missio in possessionem omnium bonorum* apriva la strada all'esecuzione patrimoniale, e quindi alla *bonorum venditio* (cfr. alla nt. successiva). Secondo l'opinione di Celso, citata in Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.7.17-18, nelle azioni *in rem* la *missio in possessionem* non coinvolgeva l'intero complesso patrimoniale, ma solo la cosa su cui verteva la lite. Si veda per tutti MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 74 (con nt. 45).

³ Lo prevedeva l'Editto: alla *missio in bona* non avrebbe fatto seguito la *bonorum venditio*. Gli *ipsissima verba* sono riportati in Paul. 57 *ad ed.* D. 42.4.6.1: [...] *et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit*.

⁴ Che il tutore avesse il diritto-dovere di sostenere la lite dal lato passivo nell'interesse del pupillo è ulteriormente attestato, ad es., in Paul. 50 *ad ed.* D. 3.3.54.1, Iust. C. 5.37.28, Ant. C. 5.40.1. Commentando D. 26.7.3.6 vedremo (*infra*, fr. 12) che Ulpiano faceva rientrare nell'ambito dell'*administratio* l'attività processuale intrapresa dal tutore in favore del pupillo (“*actiones exercere*” ed “*excipere*”).

direttamente quest'ultimo⁵. La scelta per l'una o l'altra opzione dipendeva dall'età dell'impubere e dalla sua presenza o meno nel luogo del giudizio. L'*infans* non poteva in ogni caso assumere personalmente la lite, così come l'*absens*, indipendentemente dall'età⁶. Perché il pupillo potesse stare in giudizio *tutore auctore*, dovevano perciò sussistere cumulativamente le due condizioni dell'età superiore ai sette anni e della presenza nel luogo del processo, come evidenzia la congiunzione “*et*” che nel testo unisce i due criteri («*pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, [tutores] auctoritatem praestent*»). Logicamente, nel dire di quando era dovere dei tutori assumersi personalmente la lite, Ulpiano separa gli stessi criteri con la disgiuntiva “*vel*”: «*pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant*». Si noti oltretutto l'efficacia retorica della variatio “*qui dari non possunt*” / “*qui supra septimum annum aetatis sunt*”, come se il giurista volesse far cadere l'accento sul fatto che l'impossibilità dell'*infans* di partecipare al processo, cioè ad un dispositivo essenzialmente verbale, dipendeva dall'incapacità di parlare prima ancora che dall'età⁷.

Per permettere al tutore di stare in giudizio per conto del pupillo, la formula veniva congegnata con ogni probabilità attraverso una trasposizione di soggetti⁸, e ciò in relazione tanto all'azione dichiarativa, quanto a quella da cui dipendeva il controllo del titolo esecutivo. A tutela finita sarebbe stata infatti accordata un'*actio iudicati utilis* contro l'ex pupillo e

⁵ Cfr. Diocl. C. 3.6.2: [...] *pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest*. Qualora il pupillo fosse stato convenuto in giudizio *sine tutoris auctoritate*, la conseguenza era quella descritta in Gord. C. 3.6.1: *Si, cum esses pupillaris aetatis, sine tutoris auctoritate cum adversario consisteres, praeses provinciae adversus te pronuntiavit, minime auctoritate iudicati nititur quod statutum est*; la sentenza, in buona sostanza, era nulla.

⁶ Per un caso di assenza si può ad esempio pensare a una controversia vertente su un bene immobile appartenente al patrimonio del pupillo, ma sito in una provincia diversa da quella di sua residenza.

⁷ Il criterio del “*dari non posse*” e quello del “*supra septimum annum esse*” non sono esattamente speculari. L'impubere che non avesse ancora compiuto il settimo anno d'età era tendenzialmente considerato *infans* e quindi incapace d'agire: cfr. i testi giuridici e letterari richiamati da ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 434 nt. 13. Sicuramente è ritenuto tale da Ulpiano nel passo in commento, dal momento che il “*supra septimum annum esse*” è condizione necessaria perché il pupillo possa stare in giudizio personalmente. Sembra del tutto logico però che il solo dato anagrafico non fosse sufficiente, ma occorresse pure la capacità di discernimento che consentisse all'impubere di partecipare al processo, seppure con l'assistenza dello stesso tutore o d'altra persona. Qualora questa capacità fosse mancata, il tutore avrà presumibilmente dovuto stare in giudizio comunque in prima persona.

⁸ La formula con trasposizione di soggetti era lo strumento che rendeva tecnicamente possibile la rappresentanza processuale: cfr. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 182-83. il rapporto giuridico dedotto in giudizio dall'attore vedeva quale controparte sostanziale il pupillo, il cui nome sarebbe quindi figurato nell'*intentio* e - se del caso - nella *demonstratio*, ma la *condemnatio* si sarebbe volta all'indirizzo del tutore.

denegata correlativamente l'*actio iudicati* "pura" contro l'ex tutore⁹. Quando invece il pupillo fosse stato convenuto in prima persona, si può immaginare che il tutore, dopo avere interposto la sua *auctoritas*, non potesse disinteressarsi della lite, ma dovesse fare in modo che la posizione del pupillo fosse sostanzialmente tutelata nel processo: ad esempio provvedendo a nominargli un *defensor*, a meno che non fosse stato egli stesso in grado di patrocinare; oppure indicando le istanze istruttorie utili all'assoluzione. Poiché un'*auctoritatis interpositio* accordata avventatamente - o del tutto omessa - e una cattiva condotta processuale si sarebbero riverberate negativamente sull'integrità del patrimonio pupillare, esse si sarebbero poi potute rimproverare al tutore in sede di *actio tutelae*.

2. Il tutore, precisa inoltre Ulpiano, non era obbligato a prestare garanzia, a differenza dei *defensores*¹⁰. Il contenuto dell'inciso è chiaro¹¹: dal rappresentante processuale del convenuto si esigeva di regola la prestazione d'una *cautio* (o *satisdatio*) *iudicatum solvi*, ovvero una stipulazione pretoria, assistita dalla presentazione di garanti personali, con la quale il promittente (cioè il sostituto processuale) s'impegnava a che l'*obligatio iudicati* venisse comunque adempiuta¹²: l'attore vittorioso nella lite avrebbe potuto così agire contro il rappresentante processuale soccombente tanto *ex iudicato* quanto *ex stipulatu*, ma soprattutto avrebbe potuto aggiungere alla responsabilità del soccombente quella dei suoi garanti, facendola valere sempre *ex stipulatu*¹³. A differenza dunque del sostituto processuale ordinario, quando stava in giudizio *pupilli nomine*, il tutore avrebbe potuto liberamente

⁹ «La concessione di *a. utilis iudicati* contro l'ex-pupillo si ebbe, dapprima, solo se il tutore fosse stato convenuto (nell'azione da cui nacque il *iudicatum*) personalmente per necessità (com'era per es. il caso del tutore convenuto a nome del pupillo *infans* o *absens*), e non si fosse, quindi, offerto alla lite spontaneamente. «Pare però certo che i classici finirono per considerare quella condizione non inderogabile»: così ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 492 nt. 299, che però non suffraga l'affermazione con l'indicazione di fonti: probabilmente lo studioso basa l'assunto sulla circostanza che i testi in cui si fa menzione dell'*actio iudicati utilis* non fanno distinzione tra l'intervento necessario e il *litis se offerre* del tutore.

¹⁰ Il regime è confermato da una costituzione di Giustiniano del 531 (C. 5.37.28.3: *Defensionem autem et nomen eius in hoc casu apertius declarantes, ne forte putaverint tutores vel curatores gravamen sibimet imponi, illam decernimus defensionem eos subire, quae non satisdatione pro eventu litis constituitur, sed ut tantummodo litem secundum legum ordinem pro pupillo vel adulto aliisque personis instruant, licentiam ex hac nostra auctoritate habentes sine decreto res quarum gubernationem gerunt pro cautela litis subsignare*).

¹¹ Il sostantivo "defensor" sembra avere in quest'inciso valore di nome generico, e indicare, etimologicamente, chiunque si sostituisse al convenuto nel processo e ne assumesse la *defensio*. Cfr. Gai. 4.101: [...] *si quidem alieno nomine aliquis interveniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur*.

¹² Non prestarla sarebbe oltretutto equivalso a *indefensio*, con gli effetti che abbiamo visto: cfr. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 182.

¹³ Gai. 4.89-91. Vd. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 183 nt. 131.

offrirsi di *satisdare*, ma non aveva l'obbligo di farlo¹⁴. Al termine della tutela, come s'è detto, si sarebbe comunque potuta intentare l'*actio iudicati utilis* contro l'ex pupillo.

3. Passiamo all'esame del § 3, che ripropone con alcune varianti la stessa struttura del precedente, in riferimento ora non più alla tutela, ma alla *cura minorum*. C'è anzitutto un'evidente corrispondenza sintattica tra i due passi, in primo luogo per l'uso quasi anaforico del costrutto "*licentia erit*" con il dativo di possesso. A cambiare è però il punto di vista. Se al § 2 quel costrutto serviva a illustrare le diverse condotte che il tutore poteva tenere nell'assumere la *defensio* dell'impubere, al § 3 la prospettiva è capovolta e diventa quella dell'attore («*licentia erit agentibus*»). Volendo ricercare una spiegazione dello slittamento, si potrebbe forse pensare a questa: al § 2 Ulpiano proseguiva il discorso iniziato al § 1 sul *periculum* cui s'espondeva il tutore con la *cessatio*; un discorso che almeno in questa sede non riguarda il curatore (la qualità di "*cessans*" è predicata al § 1 solo per il tutore). Ciò che potrebbe giustificare il cambio del punto di vista.

All'attore si dava dunque la possibilità di convenire in giudizio direttamente il minore o di rivolgersi al suo curatore¹⁵. Nel primo caso, precisa Ulpiano, il minore stava personalmente in giudizio con il consenso del curatore¹⁶, come il pupillo vi stava *tutore auctore*. Il minore poteva oltretutto opporre l'*exceptio legis Laetoriae* o chiedere l'*in integrum restitutio propter aetatem* al fine di neutralizzare gli effetti degli atti compiuti senza il consenso del curatore, salvo che avesse ottenuto la *venia aetatis*¹⁷: ciò spingeva verosimilmente l'attore che intendesse convenirlo personalmente ad assicurarsi il consenso del curatore. Se invece il minore fosse stato *absens* la scelta era obbligata: si doveva agire contro il curatore; così si dice nella chiusa del § 3, in un giro di frase che ha indotto gli studiosi a sollevare più d'un rilievo, sia di forma sia di merito¹⁸. E' probabile però che il senso dell'appunto fosse

¹⁴ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 487 nt. 287 adduce anche Ulp. 9 *ad ed.* D. 26.7.2.1, argomentando sulla base del fatto che in quel passo la *cautio iudicatum solvi* è menzionata nella protasi di un periodo ipotetico: "*si satisdedit*".

¹⁵ L'aggettivo sostantivato "*adultus*" è sinonimo di "*adulescens*" e indica il minore di venticinque anni, come provano altri testi: cfr. ad es. Marcell. 8 *dig.* D. 12.3.8; Mod. 10 *resp.* D. 34.3.20.

¹⁶ La capacità processuale del minore consegue logicamente dal fatto che già l'avesse l'*infantia maior*: per altre fonti vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 520 nt. 478.

¹⁷ Vd. Per tutti MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 261.

¹⁸ Sulla chiusa del passo s'appunta la critica di S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912, 206-207, secondo il quale «è da credere che tutto il paragrafo sia stato aggiunto dai Compilatori. Non è vero che in caso di assenza si debba agire contro il curatore: questi è libero di assumere la difesa dell'adulto e l'attore [...] ha soltanto il diritto di chiedere la *missio in bona* e di eseguire la *venditio bonorum* contro il minore indifeso. L'intervento del curatore costituisce dunque in ogni caso un *liti se offerre*». È francamente arduo prendere posizione sull'opinione dello studioso napoletano, fondata com'è su una serie di interpolazioni date per assunte,

semplicemente questo: che l'attore non avrebbe potuto chiamare in giudizio il minore e poi giovarsi della sua assenza per invocare l'*indefensio* e chiedere *missio in bona e bonorum venditio*¹⁹.

Il silenzio del § 3 a proposito della *cautio iudicatum solvi* pone l'interrogativo se i curatori fossero obbligati a prestarla o se, come i tutori, potessero astenersi dal farlo. La ricostruzione del regime è effettivamente problematica. Vedremo a momenti che tutori e curatori erano normalmente esentati dal prestare la *cautio ratam rem dominum habiturum*, con cui il rappresentante processuale dell'attore garantiva che il *dominus litis* avrebbe ratificato il giudizio, onde impedire che questi ripettesse la lite. Eguale dispensa non è ricordata esplicitamente con riguardo alla posizione dei curatori convenuti rispetto alla *cautio iudicatum solvi*. Gai. 4.101 si limita a evidenziare che tutori e curatori, al pari del *procurator*, dovevano prestare personalmente tale garanzia²⁰. Con la cautela cui sempre obbligano le conclusioni induttive, parrebbe che in assenza di una norma eccezionale attributiva d'un *ius singulare* come quello dei tutori menzionato nel § 2, per i *curatores minorum* valesse il principio generale che imponeva ai rappresentanti del convenuto la prestazione della *cautio*.

4. La trattazione dei doveri processuali di tutori e curatori si completa con il § 4. La riflessione introduttiva dei §§ *pr.*- 1 aveva offerto a Ulpiano l'occasione di discutere il problema dell'*indefensio* del pupillo (§ 2), per il motivo che essa rappresentava la conseguenza della *cessatio* più radicalmente dannosa per il suo patrimonio. Affrontata al § 3 la questione parallela della difesa degli *adulescentes*, al giurista non restava che esaminare il modo d'intentare le azioni dei pupilli e dei minori. A differenza dei due §§ precedenti, al § 4 il regime che s'applicava all'impubere e quello che valeva per l'adulto sono esposti insieme, forse perché nella sostanza identici. Sarebbe stato superfluo a questo punto precisare di nuovo che per poter agire personalmente il minore doveva essere presente nel luogo del giudizio, e il pupillo doveva essere anche *infantia maior*. Come già al § 3, qui il giurista tace sull'interrogativo *se*, agendo per conto del pupillo o del minore, tutori e curatori fossero o meno obbligati a prestare una garanzia processuale, che in questo caso sarebbe ovviamente stata la *cautio ratam rem dominum habiturum*. Come accennato, la risposta è però più agevole

che rimontano al Favre e si rimandano vicendevolmente in una catena di difficilissima ricostruzione. Proviamo intanto a confrontarci con il testo così come ci è tradito e a svolgere su questa base alcune considerazioni sul suo contenuto normativo.

¹⁹ Nei confronti del minore *indefensus* la procedura esecutiva faceva interamente il suo corso: l'editto accordava infatti solo ai pupilli (e ai *rei publicae causa absentes*) il privilegio per cui alla *missio in bona* non seguiva la *bonorum venditio*: vd. *supra*, nt. 3.

²⁰ Gai. 4.101: [...] *sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere iubetur, si vero cum procuratore, ipse procurator. idem et de tutore et de curatore iuris est.*

rispetto a quella sull'analogo quesito relativo alla *cautio iudicatum solvi*. L'opinione comune ("vulgo observatur", nelle parole di Ulp. 9 ad ed. D. 26.7.23) era che tutori e curatori, quando agivano *pupilli* o *minori nomine*, normalmente non dovessero garantire²¹.

Il § 4 si distingue dai precedenti anche per un altro aspetto. Se quelli facevano generico riferimento alle liti di impuberi e minori, questo parrebbe limitarsi a prendere in considerazione solo la *vocatio in iudicium* nelle azioni nascenti dalle obbligazioni, dal momento che menziona unicamente come convenuti i debitori («*Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus etiam debitores pupillorum vel adultorum ex persona sua prospectu officii in iudicium vocare*»). Il regime era lo stesso per le azioni *in rem*? Può darsi che l'asimmetria si sia prodotta, perché a quest'altezza il discorso di Ulpiano è stato abbreviato. I Compilatori potrebbero avere stralciato una parte del commento che nell'opera originaria si collocava tra quelli che noi leggiamo come i §§ 3-4 di D. 26.7.1, confidando che il resto del frammento delineasse un contesto in grado di orientare anche il senso del § 4, per così dire "generalizzandolo" a ogni specie d'azione. Collegando – come viene spontaneo fare – la congiunzione "*etiam*" al termine che la segue, ossia "*debitores*", la domanda che si pone è: perché Ulpiano precisa che tutori e curatori avevano la facoltà di agire o di consentire all'azione "anche" contro i debitori dell'impubere e del minore? In altre parole, l'*ordo verborum* rafforza l'impressione che in un'ipotetica parte omessa del commento vi fosse un primo termine, per il quale Ulpiano predicava qualcosa in relazione alle facoltà dei tutori e dei curatori, e che i debitori si aggiungessero come secondo termine ("*etiam debitores*")²².

Altri due elementi sintattici contribuiscono in effetti a delineare l'immagine d'una certa discontinuità tra il § 4 e i §§ 2-3, l'andamento dei quali si presenta omogeneo e simmetrico.

²¹ Ulp. 9 ad ed. D. 26.7.23: *Vulgo observatur, ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit. quid tamen si dubitetur, an tutor sit vel an duret tutor vel an gestus illi commissus sit? aequum est adversarium non decipi. idem et in curatore est, ut Iulianus scripsit. Cfr. Gai. 4.99 = I. 4.11 pr.: Tutores et curatores eo modo, quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt; sed aliquando illis satisfactio remittitur.*

²² A meno di non ritenere che "*etiam*", anziché riferirsi al complemento oggetto "*debitores*", non si raccordi logicamente alle infinitive coordinate tra loro con l'iterazione di "*vel*". Il senso complessivo del discorso di Ulpiano sarebbe allora questo: tutori e curatori potevano essere convenuti per conto dei loro protetti oppure consentire che questi ultimi stessero in giudizio personalmente, e del pari potevano "anche" agire in giudizio contro i debitori di pupilli e minori oppure consentire che costoro agissero. Come si vede, quest'ipotesi di traduzione, per quanto renda forse più stretta la concatenazione tra i §§, non serve a colmare la lacuna sostanziale che il passo sembra lasciare aperta. È preferibile allora accettare la restituzione più ovvia e tradurre "anche i debitori". In questo senso è orientata anche la traduzione di S. SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione IV*, Milano 2011, ad h.l.: «Non si nega, d'altra parte, né ai tutori né ai curatori di chiamare in giudizio, a nome proprio in ragione del loro ufficio, anche i debitori dei pupilli o degli adulti <minori di venticinque anni> o di accordare il loro consenso a quelli <di loro> che lo facessero».

Ciò però non obbliga a una conclusione nel senso dell'interpolazione del § 4²³. Vediamo questi elementi, nell'ordine in cui compaiono nel testo. Il più evidente è l'infinito indipendente “*non denegari*”, che però ha valore iussivo, ed è quindi grammaticalmente impeccabile²⁴. Nel seguito della nostra analisi avremo modo d'incontrare altri luoghi in cui il discorso di Ulpiano non ha un contenuto soltanto ricognitivo delle prassi applicative seguite dal pretore, ma assume sfumature più marcatamente prescrittive, alla stregua di esortazioni che il giurista commentatore rivolgeva al magistrato.

Il secondo elemento da considerare è dato dalla proposizione che chiude il passo: «*vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum*». Tutori e curatori, quando sussistevano le condizioni perché impuberi e minori agissero in giudizio personalmente, potevano scegliere se intraprendere la lite per conto dei loro protetti oppure dare il consenso affinché agissero direttamente questi ultimi. È stato giustamente osservato che la dizione “*consensum accommodare*”, riferita sia ai tutori sia ai curatori, è imperfetta²⁵: i tutori dovevano prestare l'*auctoritas* e non il consenso all'iniziativa giudiziaria del pupillo²⁶. Ci si può però domandare se l'espressione, di per sé impropria, non sia spiegabile nell'ottica di un'esposizione sintetica com'è quella del nostro passo. L'*auctoritatis interpositio* si sostanzialmente in un consenso prestato dal tutore all'atto giuridico compiuto dall'impubere. L'*auctoritas* era insomma un *consensus*, ma il *consensus* non era un'*auctoritas*²⁷. Si potrebbe allora ipotizzare che, essendo

²³ Per la tesi interpolazionista si veda SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 207, secondo il quale «dovrebbe per lo meno essere stato inserito tutto ciò che riguarda i curatori. Ma è probabile che anche questo paragrafo sia interamente fattura di Triboniano. Ulpiano trattava nel § 2 della *defensio pupilli* e non occorre a questo proposito ricordare che i tutori hanno facoltà di esercitare le azioni spettanti ai loro protetti. Tale facoltà non era concessa al curatore del minore: i testi, che gliela riconoscono, sono interpolati». È anche in questo caso complesso ricostruire la trafila delle provenienze da cui discende l'apodittica affermazione finale dell'A., che non è accompagnata da riferimenti bibliografici, al punto da lasciar supporre che costituisse opinione comune tra gli studiosi delle interpolazioni.

²⁴ Non è quindi obbligata la conclusione del SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 207, che sulla scorta del Gradenwitz adduce “*non denegari*” a indice d'interpolazione. La resa in italiano dell'infinito iussivo esige l'uso di espressioni esortative quali “non si neghi” o “non si deve negare”. Sembrerebbe questa la lettura grammaticale presupposta dalla traduzione adottata in SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* cit., ad h.l. (riportata *supra*, nt. 22), che ha però una diversa sfumatura espressiva. L'infinito iussivo può infatti denotare tanto un ordine quanto una consuetudine, e quindi essere reso anche con il semplice indicativo.

²⁵ Così SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 207.

²⁶ Lo attestano ad es. Diocl. – Maxim. C. 3.6.2; Iav. 5 *ex Cass.* D. 26.2.24.

²⁷ Basti pensare alla funzione propria dell'*auctoritas*, ch'era quella di incrementare (*augere*) l'efficacia dell'atto compiuto dall'impubere, di norma *infantia maior*, che sarebbe altrimenti risultato totalmente o parzialmente nullo: il minore di venticinque anni, capace di agire, compiva invece atti validi, che avrebbero potuto essere vanificati mediante i rimedi già ricordati dell'*exceptio Legis Laetoriae* e dell'*in integrum restitutio propter*

l'accezione di “*consensus*” più lata di quella di “*auctoritas*”, e il più contenendo il meno, Ulpiano abbia utilizzato *brevitatis causa* l'espressione “*accomodare consensum*”, lasciando al lettore la conclusione, probabilmente scontata, che il consenso del tutore avrebbe assunto la forma dell'*auctoritatis interpositio*. La congettura non supera comunque lo stadio dell'ipotesi, dal momento che non pare vi siano altri testi a suffragarla. A parte il pregiudizio ideologico sull'inferiorità della cultura giuridica postclassica, non c'è ad ogni modo ragione d'addebitare l'imperfezione alla penna dei giustinianeî invece che a quella di un autore che scriveva in età severiana.

aetatem, se compiuti senza il consenso del curatore. Oppure si pensi alle modalità d'interposizione dell'*auctoritas*, che doveva essere accordata dal tutore presente al compimento dell'atto, contestualmente ad esso e in forma orale. Su tutto ciò si veda ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 493-94.

Fr. 3 = L. 993 = D. 26.7.3 pr.

Si plures curatores dati sunt, Pomponius libro sexagesimo octavo ad edictum scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est: nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediuntur, praetor uni eorum curationem decernet ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est.

Per il caso in cui siano stati dati più curatori, nel sessantottesimo libro dell'*Ad edictum* Pomponio ha scritto che va ratificato anche ciò che è stato fatto da uno solo. Infatti, anche con riguardo ai curatori del furioso, per non ostacolare il perseguimento degli interessi di quest'ultimo, il pretore decreterà l'affidamento della curatela a uno di loro e riterrà valido ciò che da lui è stato fatto senza dolo.

COMMENTO

1. Il soggetto dell'analogia con i *curatores furiosi*. 2. L'affidamento e la ratifica *iure honorario* della gestione. 3. Collocazione palinogenetica del frammento.

1. Quando fossero stati nominati più curatori, si poneva il problema di stabilire se dovesse considerarsi valido l'atto di gestione compiuto da uno solo di essi. Ulpiano riferisce in proposito l'opinione di Pomponio, favorevole alla soluzione affermativa. Nel caso un *furiosus* avesse avuto più curatori - questo probabilmente il nucleo dell'argomentazione del giurista antoniniano¹ - il pretore interveniva con un proprio decreto per affidare la gestione della cura a uno soltanto fra di loro, e per ratificare gli atti da questo compiuti senza dolo: ciò

¹ E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 64 nt. 83 osserva che della motivazione introdotta da "nam" è «più dubbia (nonostante l'inclusione di Lenel nel fr. 136 *sub Pomponio*) la riconducibilità al nostro giurista (si noti la variazione sintattica, con l'abbandono dell'infinitiva)». È in effetti vero che Ulpiano, quando cita all'infinitiva l'opinione di un altro giurista, frequentemente ne riporta all'infinitiva anche la motivazione: cfr. per es. D. 26.4.5.2: [...] *et ait Labeo et uni recte tutelam decerni: posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse*. Sul passo vd. *infra*, fr. 15. Nel qual caso la riconducibilità della motivazione alla fonte citata dovrebbe essere indubbia. Ci sono però luoghi in cui citazione all'infinitiva e citazione in discorso diretto si alternano. Cfr. D. 26.7.5.7: [...] *et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus et rell.* Sul passo *infra*, fr. 21. Nel nostro caso a onor del vero manca un'indicazione del tipo "ut ait Pomponius", simile a quella che si legge in D. 26.7.5.7, il che ovviamente non esclude la riferibilità della motivazione a Pomponio.

al fine di non vanificare le occasioni vantaggiose che potevano presentarsi nel corso della gestione.

Accostandoci al testo più da vicino, dobbiamo anzitutto chiederci a quali categorie di curatori si riferisse l'affermazione contenuta nella prima parte del passo. Il dato lessicale al quale ancorare la risposta è l'impiego del verbo "dare" («*si plures curatores dati sunt*»). Come già accennato e come si vedrà più dettagliatamente nel seguito del commento (*infra*, fr. 4 e 9), in tema di nomina del tutore i lessemi "dare" e "datio" assumevano un significato tecnico, che connotava la designazione testamentaria o magistratuale. Non era cioè una *datio* la chiamata alla tutela in base alla fonte legale, essenzialmente in base alla *lex Duodecim Tabularum* (*infra*, fr. 14).

Ora, in nessuna specie di cura si dava una designazione testamentaria valida in quanto tale². Quanto alla cura di *furiosi* e *prodigi*, il potere di nomina del magistrato si affiancò all'originaria chiamata decemvirale dell'*agnatus proximus*³. E in ogni altro caso in cui si faceva luogo alla nomina d'un curatore, primo fra tutti quello del minore di venticinque anni, la competenza fu inizialmente del pretore, e venne in progresso di tempo estesa agli altri magistrati e funzionari imperiali cui parallelamente s'attribuiva il *ius tutoris dandi*⁴. Esclusa ovviamente la *cura furiosi* - dato che nella citazione di Pomponio la fattispecie in questione funge da modello - l'affermazione che apre il passo può quindi riferirsi astrattamente a tutti gli altri *genera curarum*: in ognuno di essi il curatore poteva infatti essere tecnicamente "datus". La collocazione palinogenetica del frammento, della cui correttezza avremo modo di dire a breve, orienta però il discorso in direzione dei curatori del minore: era di loro che discuteva Ulpiano negli ultimi due §§ del precedente fr. D. 26.7.1 = L. 992.

2. Venendo ora al contenuto normativo del passo, è da notare per prima cosa una differenza. Con riguardo ai "curatores dati" la questione predicata è quella della ratifica degli atti di gestione compiuti da uno solo («*ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est*»). Viceversa, la disciplina dei *curatores furiosi*, presa a modello, sembrerebbe invece prevedere un doppio intervento del pretore: affidamento della *curatio* ad uno dei curatori e ratifica degli atti di gestione conclusi unilateralmente senza dolo. Da ciò l'interrogativo sul perché Ulpiano, nel porre il problema dell'analogia, faccia riferimento a un aspetto (la ratifica) e non anche all'altro (l'affidamento della *gestio*). Bisogna intendere che ai *curatores*

² Sulla nomina testamentaria dei curatori, per la cui efficacia necessitava l'intervento confermativo del pretore, si rimanda all'esegesi di D. 26.7.3.5 (*infra*, fr. 11).

³ XII Tab. 5.7a e 5.7c: MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 263.

⁴ Nella trattatistica si vedano MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 261 e nt. 171; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 546-48.

dati s'applicava soltanto la ratifica *ex post* degli atti gestori già compiuti? Oppure si deve interpretare il discorso del giurista nel senso che la prima parte del frammento allude sì all'intera disciplina, ma sinteticamente, richiamandone cioè il solo risultato pratico, ossia la validazione degli atti?

A tale quesito si potrebbe rispondere che, quando i curatori fossero stati dati dal magistrato, l'atto di nomina avrebbe potuto contenere anche la designazione del gerente, e non ci sarebbe perciò stato bisogno di estendere a questo caso la parte della disciplina concernente il decreto preventivo d'affidamento della gestione. A questa soluzione si potrebbe però obiettare che, nell'affidamento della tutela, l'intervento officioso del pretore era l'*extrema ratio*, e si dava solo quando i contutori non riuscivano a trovare un accordo (D. 26.7.3.7: *infra*, fr. 12). Per la cura mancano testimonianze pertinenti: dobbiamo quindi accontentarci di porre il problema e segnalare l'*ambiguitas*.

A complicare ulteriormente il quadro ricostruttivo concorre poi il fatto che la menzione, da un lato, d'un atto di affidamento della *curatio* e, dall'altro, d'una ratifica dei singoli momenti della gestione può ben riferirsi a due diversi tipi d'intervento pretorio. L'affidamento avrà infatti avuto luogo con maggiore frequenza nella fase iniziale della gestione, allorché si trattava di decidere chi fra i vari curatori se ne sarebbe fatto carico. All'opposto la ratifica necessariamente implicava che qualcosa fosse stato gerito e che vi fosse l'esigenza di prenderne atto. L'uno e l'altro intervento magistratuale troverebbero in effetti una spiegazione coerente nella *cura furiosi*. In assenza d'una disciplina come quella di EP § 121, che regolava a monte la delega della tutela a uno dei contutori, il decreto preventivo si sarebbe giustificato in ragione dell'affidamento dei terzi, i quali sarebbero stati sicuri di contrattare con un curatore che il magistrato avrebbe considerato come l'unico effettivamente dotato dei poteri gestori.

L'istituto della ratifica degli atti di gestione si comprende invece tenendo a mente che la *cura furiosi*, come la tutela legittima, aveva il suo fondamento nelle XII Tavole e presupponeva *iure civili* un regime di amministrazione indivisa, per cui al compimento dell'atto era necessario l'assenso di tutti i curatori. Dal punto di vista del diritto civile, in altri termini, l'atto compiuto da un curatore soltanto sarebbe stato invalido, ed era soltanto il pretore che avrebbe potuto porre rimedio a tale invalidità, apprestando una tutela in via utile. A tanto il magistrato si sarebbe tuttavia prestato, a condizione che l'atto di amministrazione fosse riconducibile al solo curatore cui era stata preventivamente affidata la *gestio*⁵. Lo lascia intendere la proposizione relativa che chiude il passo, ove la ratifica è limitata ai soli atti compiuti dalla persona a ciò incaricata («*quod per eum sine dolo malo gestum est*»).

⁵ Per tutti ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano cit.*, 483-85 e le fonti citate alla nt. 280. Ma vd. già F. GLUCK, *Commentario alle Pandette. Libro XXVI*, [trad. it.] Milano 1906, 645.

In ultimo è da considerare la *ratio* che Pomponio pone a fondamento della prassi pretoria sin qui esposta: «*ne utilitates furiosi impediuntur*». A qualche esitazione potrebbe dar luogo il significato del termine “*utilitates*”: il raffronto con un’altra occorrenza ulpiana in cui il sostantivo compare come complemento oggetto del verbo “*impedire*” induce a tradurlo nella sua accezione prima di “vantaggio” o “utilità”, e non in quella traslata di “patrimonio”⁶, anche se è indubbio che il discorso di Ulpiano avesse una connotazione principalmente economicistica. Del resto, quello dell’interesse della persona soggetta alla tutela o - come in questo caso - alla cura è un motivo che il giurista riproporrà ciclicamente nel suo commento, ogni volta in cui si troverà ad esaminare l’utilità di affidare la gestione ad uno solo fra più colleghi⁷.

3. Concluso l’esame del breve frammento, si può adesso svolgere la considerazione di ordine palinogenetico che s’era anticipata. I rilievi di Ulpiano sulla ratifica degli atti di gestione dei curatori sono collocati da Lenel nel contesto delle riflessioni generali sul concetto di *gestio / administratio* (L. 992-993), prima della porzione del commento specificamente dedicata a *EP* § 121. Tale opzione è senz’altro da condividere. Il passo in esame si legge infatti al § *pr.* di D. 26.7.3, mentre gli escerti ulpiani a commento dei *verba edicti* selezionati per il tit. D. 26.7 iniziano soltanto con il § 1 di questo frammento (*infra*, fr. 10-13). Nell’inserire in uno stesso titolo porzioni d’una medesima opera, i commissari di Giustiniano non alteravano la disposizione del testo di provenienza. Pertanto il § *pr.* del fr. D. 26.7.3

⁶ Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.3.5 *pr.*: [...] *praetor edixit, ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias impediatur et rell.* è appena il caso di precisare che il parallelismo tra i due luoghi, e dunque l’identità di significato delle due locuzioni nonostante il differente costrutto, è giustificato dalla diversa diatesi di “*impedio*”: attiva in D. 5.3.5 *pr.* e passiva in D. 26.7.3 *pr.* Quella indicata è del resto la resa di D. 26.7.3 *pr.* costantemente proposta dai traduttori moderni del digesto. Cfr. ad es. H. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou Des Pandectes de l’empereur Justinien*, III, Paris 1804, *ad h.l.* SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* cit., *ad h.l.* restituisce «affinché gli interessi del pazzo non vengano ostacolati».

⁷ Cfr. D. 26.7.3.6 (*infra*, fr. 12); D. 26.4.5.2 (*infra*, fr. 15): nel primo passo l’interesse del pupillo è riguardato dall’angolo visuale del processo («*facilius unus tutor et actiones exercet et excipit*»). Nel secondo testo le cause d’utilità potrebbero essere più d’una («*quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio*»): avremo occasione di notare come una delle letture possibili si tragga proprio dalla correlazione con la motivazione in D. 26.7.3 *pr.* P. FREZZA, *L’istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 516 e 527, mette in dialogo D. 26.7.3 *pr.* e D. 26.4.5.2, e reputa che alle locuzioni “*ne utilitates impediuntur*” e “*utilitatis causa*” debba attribuirsi il medesimo senso. Secondo A. LECOMTE, *La pluralité des tuteurs en droit romain*, Paris 1928, 93, la *ratio* dell’affidamento della gestione a un amministratore unico sarebbe invece stata diversa per tutori e curatori: nel primo caso una garanzia d’indipendenza del gerente, nel secondo l’interesse del soggetto sottoposto alla curatela, «en raison des avantages que présente l’unité de direction des affaires de la curatelle»; sul pt. vd. anche STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio* cit., 1.64 nt. 83 (ove altra bibl.).

presumibilmente precedeva il resto del frammento pure nell'opera originaria, anche se non sappiamo a quale distanza. E' da questo posizionamento che si può desumere come Ulpiano svolgesse le sue considerazioni sulla ratifica degli atti di gestione dei curatori prima di avviare il commento alla clausola edittale. Si aggiunga che già i §§ 3-4 di D. 26.7.1 (*supra*, fr. 2) sembravano indicare che il giurista sfruttasse programmaticamente quest'introduzione sul concetto di gestione per impostare sin da subito un discorso non limitato ai soli tutori, ma esteso anche ai curatori: il passo appena analizzato parrebbe quindi confermare quest'impressione.

Fr. 4 = L. 994 = D. 26.2.3

Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt [1] Sed eos demum testamento datos accipere nos oportet, qui iure dati sunt.

Dobbiamo intendere che sono tutori dati per testamento anche quelli indicati nei codicilli confermati con il testamento. [1] Ma d'altra parte dobbiamo intendere che sono stati dati per testamento solamente i tutori nominati in modo regolare.

COMMENTO

1. La nozione di “*testamento dati tutores*”. 2. La collocazione palinogenetica di D. 26.2.3.

1. I codicilli contenevano disposizioni *mortis causa*, ma a differenza del testamento non dovevano soddisfare nessun requisito formale¹. D. 26.2.3 pr. ci informa che tra tali disposizioni era anche la *datio tutoris*². I tutori dati nei codicilli confermati nel testamento - dice Ulpiano - devono considerarsi inclusi nel novero dei testamentari.

La ragione è intuitiva, tanto che il giurista non avverte la necessità d'esplicitarla. I codicilli confermati integravano il contenuto del testamento: non avrebbe perciò fatto

1 Sui requisiti formali introdotti nel 326 da Costantino per i codicilli precedenti il testamento cfr. CTh. 4.4.1 (con *interpretatio*). Le Istituzioni di Giustiniano narrano la vicenda che al tempo d'Augusto costituì l'occasione per il riconoscimento di codicilli e fedecommessi, ponendo l'enfasi sul ruolo che in proposito ebbero i giuristi, sotto l'egida del *princeps*. I. 2.25 pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse [...] Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.*

2 La designazione del tutore nei codicilli è presa in considerazione in altri luoghi del Digesto e in costituzioni imperiali: Scaev. 10 *dig.* D. 26.2.34 e Ant. C. 5.28.2 si occupano delle sorti della designazione del tutore nel testamento, qualora un altro tutore fosse stato nominato correttamente in codicilli confermati; Mod. 6 *excus.* D. 26.3.1.1 tratta della conferma magistratuale dei tutori nominati in codicilli non confermati; Tryph. 14 *disp.* D. 26.3.10 fa il caso del padre che, accortosi di aver designato un tutore *non iure*, revoca la relativa disposizione testamentaria o codicillare; Paul. 7 *quaest.* D. 27.1.32 affronta la questione se sia possibile escludere dal legato chi, nominato tutore in codicilli redatti dopo il testamento, non abbia poi assunto l'*officium tutelare*. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 447 nt. 81, cita anche *Vat. Fr.* 159, 172 e 246, che si limitano a menzionare la categoria dei tutori nominati in codicilli, ma vertono su altri problemi).

differenza se il testatore avesse nominato il tutore nel corpo del testamento stesso o nei codicilli in esso richiamati. In entrambi i casi lo si doveva considerare dato per testamento. Al § 1 s'introduce poi una sorta di clausola di chiusura: perché un tutore potesse effettivamente definirsi testamentario, occorre che la *datio* fosse conforme al *ius*. Non doveva pertanto ritenersi testamentario il tutore designato con una nomina che, seppure contenuta in un testamento, fosse giuridicamente invalida per qualunque causa. Il § 1 riprende, con la *variatio* “*nos oportet*” in luogo di “*debemus*”, la struttura del § *pr.*: dall'iterazione del verbo “*accipere*” risalta la complessiva valenza definitoria del breve frammento.

Il Digesto accoglie diversi passi che compendiano le cause d'invalidità della *datio tutoris* testamentaria. Mod. 4 *excus.* D. 27.1.13.12 propone quest'efficace partizione: Οἱ γὰρ παρανόμως δοθέντες ἐπίτροποι, τοῦτ' ἔστιν ἢ ὕφ' ὧν μὴ ἐχρῆν, ἢ οὗτοι οὐσ μὴ ἐχρῆν, ἢ οἷς μὴ ἐχρῆν, ἢ ὧν μὴ ἐχρῆν τρόπον³.

I tutori erano dati in modo illegittimo - scrive dunque Modestino - o perché venivano nominati da chi non doveva farlo⁴, o perché essi stessi non potevano essere nominati⁵, o perché designati per persone di cui non potevano essere tutori⁶, o perché designati in modo

³ Si veda poi anche l'altra *divisio*, parzialmente diversa, proposta sempre da Modestino in 6 *excus.* D. 26.3.1.1: Εἰσὶ τινες οἱ διδόμενοι ὀρθῶς κατὰ διαθήκας ἐπίτροποι, τοῦτ' ἔστι καὶ ὕφ' ὧν ἐχρῆν καὶ οἷς ἐχρῆν καὶ ὧν τρόπον ἐχρῆν καὶ ὅπου ἐχρῆν.

⁴ Il tutore non poteva essere legittimamente dato per testamento da una persona diversa dal padre o dall'ascendente di grado ulteriore che esercitava la *patria potestas* sull'impubere: cfr. Gai. 12 *ad ed. provinc.* D. 26.2.1 *pr.*; Mod. 6 *excus.* D. 26.3.1.1 e Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.3.1 (su cui *infra* fr. 10).

⁵ Non potevano esercitare l'*ufficio* tutelare i muti e, secondo la maggior parte dei giuristi, i sordi: gli uni perché era loro preclusa la possibilità di prestare l'*auctoritas* nella richiesta forma verbale, gli altri perché, nel pensiero di Pomponio riferito in Paul. 38 *ad ed.* D. 26.1.1.2-3, «il tutore non deve soltanto parlare, ma anche udire». Pure il *miles* era incapace di ricoprire l'*officium*: Philipp. C. 5.34.4; I. 1.25.14.

⁶ Un caso di incapacità “relativa”, che sorgeva cioè dal rapporto di un pupillo determinato con un tutore determinato, era quello in cui tra i due, oppure tra il tutore designato e il padre del pupillo, vi fosse un grave conflitto d'interessi: ad es. Nov. Iust. 72 §§ 1-2.

difforme dal dovuto⁷. Poteva però pure accadere che la designazione fosse invalidata per effetto d'una causa che colpiva l'intero testamento, esterna dunque alla clausola di nomina⁸.

Nel brano in commento, per indicare l'assenza di questi e altri vizi, Ulpiano ricorre all'espressione sintetica "*iure dare*"⁹. La nomina fatta *non iure* (o *non recte*) avrebbe potuto però essere recuperata, ricorrendone i presupposti, mediante una procedura di conferma che prevedeva l'intervento dell'organo pubblico competente in materia tutelare: il tutore confermato avrebbe allora esercitato validamente il suo ufficio¹⁰.

2. L'andamento del passo escerpito in D. 26.2.3 - lo si è anticipato - lascia pensare che in questa parte della trattazione Ulpiano stesse definendo analiticamente il lemma "*tutores a testamento dati*". A questi tutori era soggettivamente limitato il tenore letterale dell'editto *De administratione tutorum*, come il giurista scrive in D. 26.2.19.1 = L. 998 (*infra*, fr. 9): «*verba edicti ad tutores testamentarios pertinent*». Per individuarne l'ambito d'applicazione diretta, all'autore occorreva perciò definire la nozione di "tutore testamentario": tale è dunque la funzione del nostro testo.

Soffermiamoci ora brevemente sulla sua collocazione palinogenetica. Lenel ritiene che D. 26.2.3 (L. 994) sia il primo tra i frammenti tràditi di Ulp. 35 *ad ed.* da ascrivere al commento specifico a *EP* § 121¹¹. Un indice lessicale rivela però che quasi certamente il passo è stato tolto da un brano più ampio. Con lo stilema "*accipere debemus*", infatti, Ulpiano si riferisce normalmente a un lemma che ha già menzionato nel corso dell'esposizione¹².

⁷ Era invalida una nomina testamentaria fatta in forma precativa e non imperativa. Erano imperative le formule "*Titium tutorem do*", "*Titius tutor esto*" esemplificate in Gai. 1.149 e 2.289. Del pari non era valida la nomina di una persona incerta, giusta la *regula* lapidariamente enunciata in Gai. 2.240: *tutor quoque certus dari debet*. Da Gai. 2.289 risulta anche che, data l'esigenza delle forme imperative, il tutore non poteva essere dato per fedecommesso: cfr. Pap. 4 *resp.* D. 26.2.28.1. Taluni requisiti formali della *datio tutoris* (non però l'uso di formule imperative) andarono attenuandosi in progresso di tempo. Theodos. – Valentin. C. 5.28.8, del 439, ammette la designazione "*graecis verbis*"; in I. 1.14.3 si legge che la nomina del tutore poteva validamente precedere l'*heredis institutio*, nonostante questa fosse *caput et fundamentum totius testamenti*. Vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 449 nt. 82 (ove altre fonti).

⁸ Pomp. 3 *ad Q. Muc.* D. 26.2.9 e Ulp. 36 *ad Sab.* D. 26.2.10 pr. fanno il caso dell'eredità deserta: se nessuno avesse adito l'eredità, nessuna clausola testamentaria sarebbe stata efficace, compresa la *datio tutoris*.

⁹ Per l'espressione contraria "*tutorem non iure dare*" cfr. Pap. 4 *resp.* D. 26.2.28.1; Tryph. 14 *disp.* D. 26.3.10. È attestato anche "*non recte dare*", con identico significato: cfr. Ner. 3 *reg.* D. 26.3.2 pr.; Alex. C. 5.29.22.

¹⁰ "*De confirmando tutore*" è la rubrica di C. 5.39: in quella del titolo corrispondente del Digesto (D. 26.3.) è aggiunto "*vel curatore*". Sull'istituto della *confirmatio* si veda l'approfondita monografia di L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995.

¹¹ Cfr. *Pal.* 2.655 nt. 1.

¹² Com'è facile immaginare, le occorrenze del sintagma "*accipere debemus*" sono molto numerose. Il database "*Amanuensis*" registra 82 passi che lo attestano, intestati ad Ulpiano: 54 provengono dal commentario all'Editto.

Seguendo l'ordine della *Palingenesia*, si deve però constatare che nella parte escerpita di Ulp. 35 *ad ed.* il *definiendum* “*testamento dati tutores*” compare qui per la prima volta. Bisogna allora supporre che il lemma fosse già stato presentato in una precedente porzione di testo omessa dai Compilatori, nella quale il giurista potrebbe aver citato o parafrasato i *verba edicti*, oppure aver semplicemente affermato che *EP* § 121 concerneva i tutori testamentari¹³.

Due altre opzioni palinogenetiche – non discusse da Lenel – sono possibili in astratto, ma in concreto meno probabili.

Come abbiamo visto pocanzi, è tradito un passo di Ulp. 35 *ad ed.* in cui è detto che la lettera di *EP* § 121 concerneva i soli tutori testamentari: si tratta di D. 26.2.19.1 = L. 998. Si potrebbe allora immaginare che l'appunto sull'intensione del sintagma “*tutor a testamento datus*” di cui in D. 26.2.3 si collocasse subito di seguito a quest'altro frammento, e non in esordio del commento. La disposizione dei due passi nel Digesto non sarebbe d'ostacolo. È vero che nell'allestimento dei titoli i Compilatori di regola s'attenevano all'ordine di lettura delle opere giurisprudenziali; sicché ci si dovrebbe attendere che il brano corrispondente a D. 26.2.3 non potesse venire nell'*Ad edictum* dopo quello corrispondente a D. 26.2.19.1. Tuttavia, è vero anche che il contenuto definitorio di D. 26.2.3 lo qualifica, nel senso delle nomenclature bluhmiane, come un “passo iniziale”, la cui collocazione nel Digesto può prescindere dall'ordine di lettura originario.

L'ipotesi ora formulata – cioè che nell'Ulpiano originale il brano corrispondente a D. 26.2.3 venisse subito dopo il brano corrispondente a D. 26.2.19.1 - s'espone tuttavia a un'obiezione. Quando indica un *definiendum* con la marca stilistica “*accipere debemus*”, Ulpiano riprende *verbatim* lo stesso lemma che aveva già utilizzato in un passaggio precedente del suo discorso: ciò avviene praticamente senza eccezioni¹⁴. Le locuzioni impiegate in D. 26.2.3 e in D. 26.2.19.1, per quanto evidentemente omologhe, non sono tuttavia omografe: in D. 26.2.19.1 compare l'espressione sintetica “*tutores testamentarii*”, in D. 26.2.3 quella estesa “*testamento dati tutores*”, che occorre anche in D. 26.2.17 pr. (= L. 995), nella presentazione parafrastica della prima clausola di *EP* § 121 (vd. *infra*, il commento al fr. 5).

Per l'identità tra lemma citato o impiegato nel commento e lemma la cui definizione è introdotta da “*accipere debemus*” si vedano ad es.: Ulp. 5 *ad ed.* D. 2.8.2.2-3; 6 *ad ed.* D. 3.1.1.6; 6 *ad ed.* D. 3.2.2 pr.; 8 *ad ed.* D. 3.3.8.1; 14 *ad ed.* D. 4.9.1.2; 22 *ad ed.* D. 11.1.9 pr.-1; 23 *ad ed.* D. 9.3.5.9; 24 *ad ed.* D. 11.6.1.2; 34 *ad ed.* D. 25.3.1.1-2; 74 *ad ed.* D. 2.11.4 pr. etc.

¹³ Ciascuno dei tre modelli espositivi (citazione diretta della fonte normativa, sua parafrasi, rimando interno a una precedente affermazione del giurista) è esemplificato nei passi citati alla nt. prec.

¹⁴ Sembrerebbe che nel commentario ulpiano l'unica eccezione sia rappresentata da 25 *ad ed.* D. 11.7.2.1: *Qui mortuum in locum alienum intulit vel inferre curavit, tenebitur in factum actione. 'in locum alterius' accipere debemus sive in agro sive in aedificio et rell.*

Si potrebbe allora pensare che D. 26.2.3 si collocasse (non dopo D. 26.2.19.1, ma appunto) dopo D. 26.2.17 pr. La condizione dell'identità del lemma sarebbe così soddisfatta, e avremmo inoltre che il nostro passo definisce un sintagma presente in un testo trådito, senza bisogno di ipotizzarlo in un *vacuum*. In questo caso l'inconveniente si porrebbe però al livello dell'ordine espositivo. In L. 995-996, corrispondenti rispettivamente a D. 26.2.17 e D. 26.2.19 pr., Ulpiano enuncia il primo criterio contenuto in *EP* § 121 - quello della *provocatio ad satisdationem* - e ne illustra l'applicazione (vd. *infra*, fr. 5-7): il discorso appare quindi unitario. Intercalare D. 26.2.3 tra i §§ *pr.* e 1 di D. 26.2.17, oppure tra D. 26.2.17 e D. 26.2.19 pr., spezzerebbe quest'unità discorsiva; collocarlo dopo D. 26.2.19 pr. porrebbe la *definitio* troppo distante dal *definiendum*.

Si tenga poi conto del parallelo con un altro luogo di Ulp. 35 *ad ed.* In D. 26.4.5 pr.-4 = L. 1000, che a differenza di D. 26.2.3 non può essere un "passo iniziale", è discussa l'applicazione analogica di *EP* § 121 ai tutori dati dai magistrati municipali e – ciò che qui interessa – ai tutori legittimi (*infra*, fr. 14-16). Al § *pr.* è presentata una stringata definizione di quest'ultima categoria («*tutores legitimos nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*»): l'esposizione della disciplina segue la *definitio*. Lo stesso accade in L. 994-996: dapprima si legge la definizione della categoria dei tutori dati per testamento (L. 994), quindi la disciplina a essi applicabile (L. 995-996).

In definitiva, ognuna delle ipotesi alternative prospettate incontra criticità difficilmente superabili, sicché la proposta di Lenel sembrerebbe confermarsi come quella più razionale.

Fr. 5 = L. 995 (parte I) = D. 26.2.17 pr.

Testamento datos tutores non esse cogendos satisfacere rem salvam fore certo certius est: sed nihilo minus cum quis offert satisfactionem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cavetur. sed recte praetor etiam ceteris detulit hanc condicionem, si et ipsi velint satisfacere: nam et si ipsi parati sunt satisfacere, non debent excludi alterius oblatione, sed impleta videlicet ab omnibus satisfactione omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere quam gerere, securus esset.

È senz'altro certo che ai tutori dati per testamento non dev'essere imposto di presentare garanti per l'integrità del patrimonio pupillare: Non di meno, quando uno si offre di presentarli per amministrare da solo, dev'essere ascoltato, com'è disposto nell'editto. Ma il pretore giustamente pone anche gli altri contutori nella medesima condizione, nel caso anch'essi vogliano garantire. Dunque se anche costoro sono pronti a farlo, non devono essere estromessi, in ragione dell'offerta del primo: e certamente, una volta che tutti abbiano presentato la garanzia personale, tutti geriranno. In tal modo è tutelato chi si accontenta di ricevere la garanzia e preferisce non gerire.

COMMENTO

1. Il contenuto della prima clausola di EP § 121 e la *provocatio ad satisfactionem*. 2. La *satisfatio* 'rem pupilli salvam fore' nell'Editto: il dibattito storiografico e l'interpretazione dello stilema "certo certius est". 3. Il contrasto apparente tra D. 26.2.17 pr. e D. 26.2.18. 4. Le possibili accezioni del sintagma "Accipere satisfactionem".

1. Definita in D. 26.2.3 = L. 994 la categoria dei tutori testamentari cui EP § 121 s'applicava direttamente, con D. 26.2.17 = L. 995 prende avvio il commento alla prima delle sue due clausole. È "più certo del certo" - scrive alla lettera Ulpiano - che i tutori testamentari non fossero obbligati a prestare la *satisfatio* 'rem pupilli salvam fore'. La *satisfatio* era una *stipulatio* nella quale al *promissor* s'affiancavano uno o più *adpromissores*, che intervenivano in qualità di garanti personali¹. Nella *satisfatio* 'rem pupilli salvam fore' promittente era perciò il tutore, che s'impegnava a indennizzare il pupillo per ogni eventuale pregiudizio

¹ Gai. 5 ad ed. prov. D. 2.8.1 spiega così il nomen "satisfatio": *Satisfatio eodem modo appellata est quo satisfactio. nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus, ita satisfacere dicimur adversario nostro, qui pro eo, quod a nobis petiit, ita cavit, ut eum hoc nomine securum faciamus datis fideiussoribus.*

patrimoniale da questi subito in conseguenza della futura gestione della tutela²: chi fosse lo *stipulator* vedremo a momenti³.

Era senz'altro certo - si diceva - che i tutori testamentari non fossero tenuti a prestare la *satisdatio*. Il principio è affermato in questi termini da Ulpiano nel passo in esame, e risulta da diversi altri luoghi. Gai. 1.200 = I. 1.24 pr. in particolare ne esplicita la *ratio*: «*tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est*»⁴. L'assenza dell'obbligo implicava, lo vedremo a più riprese nel seguito del commento, che la prestazione della garanzia non costituiva per i testamentari una condizione d'esercizio legittimo dell'amministrazione tutelare⁵. La prima clausola di *EP* § 121 aveva però stabilito che, nel caso il testatore avesse nominato al pupillo più contutori, quello di loro che avesse voluto assumere da solo l'amministrazione della tutela poteva offrirsi di prestare la garanzia. Il pretore, a questo punto, metteva gli altri contutori in condizione di scegliere se accettare l'offerta oppure offrire a loro volta di garantire.

Le eventuali ulteriori offerte non s'escludevano vicendevolmente, né vanificavano la prima, che aveva dato impulso all'intera procedura. L'amministrazione era infatti affidata a chi fra i contutori (in ipotesi anche tutti) avesse prestato la *satisdatio*. Le Istituzioni di Giustiniano (1.24.1) puntualizzano che il contutore non poteva limitarsi a richiedere la prestazione della garanzia dai colleghi: se intendeva essere preferito nell'affidamento della gestione, egli stesso doveva anzitutto dichiararsi pronto a prestarla. I suoi colleghi avrebbero poi potuto scegliere se riceverla o offrire a loro volta⁶. Si tratta del meccanismo a cui nel

² Gai. 1.199: *Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent*. Cfr. I. 1.24 pr.

³ La “*conceptio*” della *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ (*EP* § 288) è un problema storiografico dibattuto a lungo, e forse non ancora risolto del tutto. La proposta di LENEL, *EP*³ 540, in sostanza riproduce nell’*interrogatio* la *demonstratio* e l’*intentio* della formula dell’*actio tutelae*: ‘*quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona ob id rem meam salvam fore spondesne?*’; cfr. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* cit., 106 s. Per le critiche alla ricostruzione di Lenel si veda la bibliografia di recente raccolta da CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 1 nt. 4.

⁴ Per l'esenzione del tutore testamentario dall'obbligo di *satisdare* cfr. anche Iul. 21 *dig.* D. 26.3.3: *Qui a patre tutor scriptus est aut non iusto testamento aut non ut lege praecipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset, id est ut satisdatio ei remittatur*.

⁵ Diocl. – Maxim. C. 5.42.3 pr.: *In dubium non venit tutores, qui non testamento dati sunt, administrandi potestatem nisi satisfactione emissa salvam tutelam fore non habere*.

⁶ I. 1.24.1: [...] *Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere an satis dare*.

seguito del commento Ulpiano si riferirà con la locuzione “*provocare / provocatio ad satisdationem*” (D. 26.2.19 pr; D. 26.4.5.3-4)⁷.

In caso di contutela testamentaria l’offerta della *satisdatio* era dunque volontaria⁸: quando un contutore si fosse offerto di garantire, ciascun collega era chiamato a valutare se fosse per lui preferibile offrire a propria volta e partecipare alla gestione, oppure restarne estraneo, accontentandosi di ricevere (“*accipere*”) la *satisdatio* prestata dagli altri tutori.

Chi avesse scelto questa seconda opzione, ricevendo la garanzia e permettendo al collega di gerire, non avrebbe però potuto avvalersi d’un privilegio che le costituzioni imperiali avevano accordato ai tutori esonerati dalla gestione: quello – chiamato con terminologia moderna “*beneficium ordinis*” - d’essere convenuto nell’*actio tutelae* solo dopo i gerenti, e solo nel caso della loro insolvenza⁹.

Qualora nessuno si fosse invece offerto di *satisdare*, all’individuazione del tutore gerente si sarebbe provveduto seguendo le ulteriori regole dettate dall’editto *De administratione tutorum*: si sarebbe cioè guardato all’eventuale designazione del testatore o, in mancanza, alla scelta della maggioranza dei contutori; se nemmeno questi ultimi avessero trovato un accordo, la decisione sarebbe spettata al pretore (*infra*, fr. 10 e 12).

2. D. 26.2.17 pr. pone una prima non semplice questione interpretativa: che cosa intendesse dire Ulpiano quando afferma che “è più certo del certo” («*certo certius est*») che i tutori testamentari non erano tenuti alla prestazione della *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’. Qual era la fonte in base alla quale il principio poteva essere enunciato come senz’altro certo?

L’idea di Lenel è che l’espressione alludesse a una riflessione dei giuristi, i quali s’erano interrogati sulla posizione delle diverse categorie di tutori rispetto all’obbligo di garantire, non avendo l’editto disposto nulla al riguardo: se l’albo avesse dettato una qualche

⁷ Tale locuzione è comunemente adoperata dai moderni per denominare il descritto meccanismo d’affidamento della gestione tutelare: cfr. la letteratura elencata da CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 3 nt. 8. Nelle fonti essa risulta attestata solamente nei tre passi ulpiane menzionati nel testo.

⁸ Le espressioni “*satisdatio voluntaria*” e “*satisdatio necessaria*”, con cui in dottrina ci si riferisce rispettivamente all’onere di garantire per essere preferiti nell’affidamento dell’*administratio* e all’obbligo di *satisdare* per poter legittimamente gerire, sono ricalcate su quelle di Ulp. 14 *ad ed.* D. 2.8.7.1: *Si necessaria satisdatio fuerit [...] potest audiri, si in alia eiusdem provinciae civitate satisdationem praestare paratus sit. si autem satisdatio voluntaria est, non in alium locum remittitur et rell.*

⁹ Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.2: *Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit.* Sul tema torneremo più diffusamente quando ci occuperemo dell’esegesi di D. 26.7.3.2 (*infra*, fr. 10).

disposizione in proposito - argomenta il grande romanista - non ci sarebbe stato motivo d'espone una regola in termini comparativi ("*certo certius*")¹⁰.

Speculare è la posizione del Karlowa, secondo cui l'editto conteneva la disciplina sull'obbligatorietà della *satisdatio*, e proprio per questo Ulpiano riferisce la regola relativa ai testamentari impiegando una locuzione che esclude qualsiasi dubbio sul punto¹¹. Una tesi radicalmente scettica è stata sostenuta da H. Weymuller, ad avviso del quale l'espressione "*certo certius est*" non è di per sé probante né dell'esistenza di una disciplina edittale, né di un'elaborazione giurisprudenziale¹².

In effetti, il solo dato lessicale non risolve il problema. Il sintagma "*certo certius est*" ricorre soltanto in passi di Ulpiano, e risulta attestato in tutto tre volte. Le altre due occorrenze, accanto al nostro testo, sono Ulp. 73 *ad ed.* D. 42.8.10.1413 e 49 *ad Sab.* D.

¹⁰ EP³ 316. GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 26 ss., reputa – come Lenel – che le espressioni "*certo certius est*" (D. 26.2.17 pr.) e "*certum est*" (D. 26.4.5.1: *infra*, fr. 13) alludano a una riflessione giurisprudenziale, ma opina che questa si fosse sviluppata a partire da una clausola edittale che disponeva l'obbligo di *satisdare* per una categoria di tutori diversa da quella dei testamentari. Al momento di includere nell'Editto la formula della *satisdatio rem pupilli salvam fore* - ragiona lo studioso - il pretore non può non aver stabilito quale categoria di tutori fosse tenuta a prestarla. E dato che le regole introdotte dalle espressioni "*certo certius est*" e "*certum est*" riguardano rispettivamente i testamentari e i legittimi, la conclusione dell'A. è che la clausola edittale da cui ha preso avvio l'interpretazione giurisprudenziale riguardasse i tutori magistratuali. Ha criticato questo argomento CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 46-47, osservando che non è necessario ipotizzare l'esistenza di una clausola edittale sulla *satisdatio* obbligatoria per i tutori magistratuali, dal momento che, anche a voler accogliere il rilievo secondo cui l'elaborazione giurisprudenziale in una materia regolata dal *ius honorarium* dovesse trovare appoggio nell'editto, una norma pretoria in argomento sicuramente esisteva, tale essendo la prima clausola di EP § 121, che Ulpiano identifica come "*edictum de satisfactione*" in D. 26.2.19.1: inoltre - aggiunge l'Autrice - l'unica fonte nota che menziona una "*satisdatio secundum formam edicti*" è Diocl. - Maxim. C. 5.42.4, che si riferisce alla medesima disposizione di EP § 121.

¹¹ KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 2.1187. L'opinione che l'Editto disponesse circa l'obbligo dei tutori di *satisdare* rimonta però al Rudorff: per una ricostruzione esaustiva del dibattito storiografico si rimanda a CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 11 ss.

¹² H. WEYMULLER, *Contribution a l'histoire de l'actio tutelae. La cautio rem pupilli salvam fore*, Nancy 1901, 47 (non visto personalmente). Sulla base d'altre fonti, l'A. ritiene ad ogni modo che l'Editto obbligasse alla *satisdatio* i tutori nominati in forza delle leggi *Atilia* e *Iulia et Titia*: cfr. CARBONE, *satisdatio tutoris* cit., 12 (con nt. 38).

¹³ Ulp. 73 *ad ed.* D. 42.8.10.14: *Si, cum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa, locum habet haec actio et per hanc omnis pecunia, quam maritus debuerat, exigitur nec mulier de dote habet actionem: neque enim dos in fraudem creditorum constituenda est: et hoc certo certius est et saepissime constitutum. exitus autem actionis erit, ut stipulatio, quae accepta facta fuerat, ex integro interponatur.*

45.1.38.514. Il primo passo tratta un caso di applicazione dell'*actio revocatoria* alla costituzione di dote. "*Certo certius est*" - dice il giurista - che la dote non possa essere costituita in frode ai creditori, e ciò è stato molto spesso stabilito in costituzioni imperiali. Il secondo brano riguarda gli effetti della *stipulatio habere licere* in capo agli eredi: con tale *stipulatio* il promittente si impegnava a far conseguire allo stipulante il pacifico godimento (*habere licere*) di una *res*: l'autore severiano osserva come fosse "*certo certius*" che se altri, e non solo lo stipulante, non avesse potuto avere il godimento della cosa, la *stipulatio* non avrebbe avuto effetto.

In D. 42.8.10.14 Ulpiano utilizza la locuzione "*certo certius est*" per enunciare un principio sovente ribadito nelle costituzioni, e non specifica se la regola fosse stata introdotta dai provvedimenti imperiali, o se questi si limitassero a tenere conto della precedente elaborazione giurisprudenziale. In D. 45.1.38.5, come in D. 26.2.17 pr., non è invece detto da quale fonte derivino le regole di applicazione "più certa del certo". Per sé, il sintagma "*certo certius est*" è dunque un dato neutro. Dal momento che in un caso Ulpiano l'adopera per enunciare un principio imperiale, e negli altri due non precisa quale fosse l'origine della regola che commenta, sulla base del solo dato lessicale non si può stabilire con sicurezza se l'esenzione dei tutori testamentari dall'obbligo di prestare la *satisfatio 'rem pupilli salvam fore'* avesse la propria fonte nel lavoro della giurisprudenza o nell'editto del pretore. Gli elementi decisivi in proposito sono di ordine logico-normativo ed emergeranno dal seguito del commento ulpiano, per cui non resta che proseguire nell'analisi.

3. Un'ulteriore complessa questione è posta dalla tensione che parrebbe configurarsi tra D. 26.2.17 pr. e il breve frammento di Callistrato (3 ed. monit. D. 26.2.18) che i Compilatori hanno intercalato tra gli squarci di Ulp. 35 ad ed. escerpiti ai fr. D. 26.2.17 e 19¹⁵. Se più contutori sono pronti ad offrire la *satisfatio rem pupilli salvam fore* - osserva Callistrato - nell'affidamento della *gestio* dovrà essere preferito il più idoneo (sul significato in questo contesto dell'aggettivo "*idoneus*" ci soffermeremo esaminando D. 26.2.17 §§ 1-2: *infra*, fr. 6), e l'idoneità andrà valutata mediante una comparazione tanto tra gli offerenti quanto tra i rispettivi garanti.

¹⁴ Ulp. 49 ad Sab. D. 45.1.38.5: *Sicut autem ex parte rei successores eius cum ipso tenentur, ita etiam ex parte actoris committitur stipulatio ipsi stipulatori ceterisque, quicumque ei succedunt, scilicet si rem ipsi habere non licuerit. ceterum si alii habere non licuit, certo certius est non committi stipulationem, et nihil intererit, utrum ita stipuler 'habere licere' an 'mihi habere licere'.*

¹⁵ Call. 3 ed. monit. D. 26.2.18: *Quod si plures satisfacere parati sint, tunc idoneior praeferendus erit, ut et tutorum personae inter se et fideiussorum comparentur.* Si noti che il testo non compare nei Basilici, che invece riprendono D. 26.2.17 pr.

La notizia che si apprende da D. 26.2.18 sembra contrastare con l'opinione espressa da Ulpiano in chiusura di D. 26.2.17 pr, secondo la quale, quando vi fossero stati più offerenti, si sarebbe verificato un caso di amministrazione collegiale della tutela: secondo Callistrato, invece, si sarebbe comunque dovuto preferire il più idoneo. Chiamare in causa l'esistenza d'un *ius controversum* non risolve la difficoltà, tanto più in ragione delle scelte dei Compilatori, che hanno collocato intenzionalmente i due passi uno a ridosso dell'altro.

Per provare a superare l'*impasse*, bisogna anzitutto considerare che ai §§ 1-2 di D. 26.2.17 Ulpiano precisa che dall'offerta di prestare la *satisdatio* non discendeva automaticamente l'affidamento della *gestio*: il pretore doveva procedere a una *causae cognitio* che prendesse in considerazione la condotta personale, le qualità morali e le disponibilità economiche richieste al tutore affinché la sua amministrazione non comportasse rischi per il pupillo. Il frammento di Callistrato aggiunge dunque un particolare: anche la comparazione tra le persone dei garanti, e non solamente l'accertamento sui tutori, formava oggetto della valutazione del magistrato. L'inserimento di questo passo subito dopo quello in cui Ulpiano espone i parametri sui quali verteva la *causae cognitio* potrebbe allora spiegarsi in questo modo: ai Compilatori il frammento serviva non per dar conto di un caso di *ius controversum*, ma perché nella sua parte finale («*ut et tutorum personae inter se et fideiussorum comparentur*») il brano di Callistrato forniva un'informazione complementare a quella contenuta nel commento ulpiano.

4. Un ultimo interrogativo a proposito di D. 26.2.17 pr. concerne il tratto «*qui [scil. il contutore] contentus est magis satis accipere quam gerere*». Ci si può chiedere se la dizione “*satis accipere*” vada intesa in senso tecnico-giuridico, ossia che i contutori non gerenti partecipavano alla prestazione della *satisdatio* in veste di stipulanti, oppure in senso economico-pratico, ossia che essi s'avvantaggiavano materialmente della garanzia, la quale non era però prestata direttamente a loro¹⁶.

In proposito bisogna in prima battuta osservare che lo stipulante più indicato per la *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ era il pupillo, dal momento che l'*actio ex stipulatu* da essa nascente doveva giovare a lui. Quando avesse stipulato una persona diversa dal pupillo (o dal suo servo, che avrebbe acquistato a lui), l'*actio ex stipulatu* sarebbe comunque stata volta utilmente a suo favore¹⁷.

Il secondo dato da prendere in considerazione è che le fonti tradite ove sono elencati i possibili stipulanti non citano esplicitamente i contutori. Si tratta di tre passi di Ulpiano: 36 *ad*

¹⁶ Lo stesso problema si può porre anche in relazione al tratto «*qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram*» in Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.2 (testo *supra*, nt. 9).

¹⁷ Come testimoniano Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1.16 e Ulp. 79 *ad ed.* D. 46.6.4 pr.

ed. D. 27.8.1.15, 79 ad ed. D. 46.6.2 e 35 ad ed. D. 46.6.3. Il primo brano tratta della *satisdatio* esatta dai magistrati municipali, gli altri due di quella prestata nell'ambito della giurisdizione pretoria. L'elenco in D. 27.8.1.15 comprende in primo luogo il pupillo (se *infantia maior* e presente), quindi il suo servo, poi un servo pubblico e infine lo stesso magistrato municipale¹⁸; quello in D. 46.6.2 e 3 contempla il servo del pupillo (che avrebbe stipulato sempre se questi fosse stato *infans* o assente, e avrebbe potuto anche essere acquistato *ad hoc*, se l'impubere non ne avesse avuto uno), quindi il servo pubblico e infine la persona all'uopo designata dal pretore¹⁹. Nei luoghi citati, per dire della posizione dello stipulante, il giurista non usa il verbo “*accipere*”, ma “*stipulari*”.

Questo dettaglio lessicale può avere peraltro una certa importanza, poiché lo stesso verbo compare con riferimento questa volta proprio al contutore in un altro testo di Ulpiano (49 ad Sab. D. 45.1.38.20): [...] *is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore et rell.* Il passo va certamente considerato con cautela, perché non concerne la *provocatio ad satisfactionem*, ma tratta un caso in cui il contutore dapprima gerisce, poi cede l'amministrazione al collega, che per questo gli presta garanzia. Esso però parrebbe quantomeno dimostrare che il contutore avrebbe potuto essere lo stipulante della *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’.

¹⁸ Ulp. 36 ad ed. D. 27.8.1.15: *Exigere autem cautionem magistratus sic oportet, ut pupilli servus aut ipse pupillus, si dari potest et in praesentiarum est, stipuletur a tutoribus, item fideiussoribus eorum rem salvam fore: aut, si nemo est qui stipuletur, servus publicus stipulari debet rem salvam fore pupillo, aut certe ipse magistratus.*

¹⁹ Ulp. 79 ad ed. D. 46.6.2: *Si pupillus absens sit vel dari non possit, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit unde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere: Ulp. 35 ad ed. D. 46.6.3: aut dare aliquem praetor debet, cui caveatur.*

Fr. 6 = L. 995 (parte II) = D. 26.2.17.1-2

Non omnimodo autem is qui satisdet praeferendus est: quid enim si suspecta persona sit vel turpis, cui tutela committi nec cum satisfactione debeat? vel quid si iam multa flagitia in tutela admisit? nonne magis repelli et reici a tutela, quam solus administrare debeat? nec satis non dantes temere repelluntur, quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiamsi satis non dent, non debent reici: quin immo nec iubendi sunt satisfacere. [2] Duplex igitur causae cognitio est, una ex persona eius qui optulerit satisfactionem, quis et qualis est, alia contutorum, quales sunt, num forte eius existimationis vel eius honestatis sunt, ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire'

Chi presenta i garanti non deve però essere sempre preferito. Se fosse una persona sospetta o indegna, alla quale la tutela non si deve affidare nemmeno previa presentazione dei garanti, oppure se avesse già commesso molti abusi nella gestione tutelare, costui non dovrebbe piuttosto essere escluso dall'amministrazione della tutela, invece che assumerla da solo? Né vanno avventatamente respinti quelli che non prestano la garanzia, poiché il più delle volte i tutori di buona reputazione, idonei e onesti, anche se non presentano garanti, non devono essere esclusi. Dunque non devono nemmeno essere obbligati a garantire. [2] La cognizione di causa è perciò duplice. Una riguarda chi abbia offerto la garanzia: che persona è, e di quale levatura. L'altra i contutori: di quale levatura sono, se non siano di reputazione o di onestà tali da non dover subire questa offesa della presentazione di garanti.

COMMENTO

1. Il tutore non idoneo e la *provocatio ad satisfactionem*: elasticità del meccanismo. 2. L'oggetto della *cognitio* pretoria nell'affidamento della gestione tutelare.

1. La richiesta del contutore testamentario che si fosse offerto di *satisfacere* per poter gestire da solo meritava d'essere presa in considerazione, come disponeva l'Editto. Ma Ulpiano commenta: se l'offerente avesse dato adito a sospetti, avesse avuto una cattiva reputazione o si fosse già dimostrato un cattivo tutore, il pretore avrebbe dovuto escluderlo dall'amministrazione della tutela, invece di preferirlo agli altri. Per converso, il contutore che non si fosse offerto di prestare la *satisfactio* '*rem pupilli salvam fore*', ma avesse soddisfatto i criteri della buona reputazione, dell'idoneità e dell'onestà, non doveva essere estromesso dall'amministrazione, né doveva essere costretto a garantire per ottenere che essa gli fosse

affidata: sarebbe stata altrimenti contraddetta la regola che sottraeva i tutori testamentari all'obbligo di *satisdare*.

Per costoro, l'offerta della *satisdatio* non era perciò condizione necessaria né sufficiente ad accedere all'*administratio*. Il tutore che si candidava a gerire doveva anzitutto dar prova di possedere precisi requisiti di moralità e onorabilità, oltretutto risorse finanziarie adeguate allo scopo: non bastava che si dichiarasse pronto a garantire.

L'accertamento da compiersi sull'offerente coinvolgeva dunque l'ambito generico delle sue qualità personali tanto quanto quello specifico della sua eventuale esperienza pregressa di tutore. Dato il contesto, l'aggettivo "*suspectus*" (nel tratto «*si suspecta persona sit vel turpis*») non va inteso secondo il suo significato tecnico relativo al campo semantico della tutela, ove esso designa il tutore rimosso in esito all'*accusatio suspecti*: il termine qui qualifica più in generale la persona che il magistrato avesse stimato inaffidabile¹. Più vasta ancora l'accezione di "*turpis*", che rimanda a un concetto di riprovazione sociale e morale prima che a un rimprovero giuridico². Del pari, la *tourne* "*iam multa flagitia in tutela admisit*" verosimilmente si riferisce alla complessiva condotta dell'offerente nell'esercizio dell'ufficio di tutore, e non alla sola tutela della quale egli chiedeva l'affidamento: dal momento che si trattava di individuare il gerente, nella maggior parte dei casi questa sarebbe stata nel suo momento iniziale.

Nella seconda parte del § 1, invece, Ulpiano enuncia in positivo i requisiti del tutore affidabile ("*bene probatus et idoneus atque honestus*"), al quale doveva il più delle volte ("*plerumque*") - a riprova che non si trattava nemmeno in questo caso d'un automatismo - essere consentito di gerire anche in assenza della garanzia. Di nuovo Ulpiano insiste, simmetricamente alla prima parte del §, sulle qualità morali e personali del tutore, e sulle sue capacità di amministratore. Quando qualifica il sostantivo "*tutor*", l'attributo "*idoneus*" (che ha significato di "abile", "capace", "adatto") indica la solvibilità del designato, oltre a una sua generica attitudine a ricoprire l'incarico³. La capienza del patrimonio, s'intende dal doppio

¹ È da aggiungere a questo riguardo che la prestazione della *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*' non ostava al promovimento dell'*accusatio suspecti tutoris*, poiché l'allontanamento immediato del tutore inaffidabile rispondeva all'interesse del pupillo meglio della prospettiva di un futuro risarcimento nascente dalla garanzia: cfr. Ulp. 3 *disp.* D. 26.10.5, Call. 4 *de cogn.* D. 26.10.6.

² L'aggettivo "*turpis*" e il sostantivo derivato "*turpitude*" sono impiegati nei contesti più disparati, dai patti alle successioni, passando ovviamente per le cause d'infamia. La locuzione "*turpis persona*" occorre ad es. in Paul. 8 *ad Plaut.* D. 37.12.3; Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.22.6; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.30.3.4 (qui in *tricolon* con "*infirma*" e "*suspecta*"); I. 2.18.1; Iust. C. 2.41.2 *pr*; *interpr.* a CTh. 2.19.1.

³ Sul significato del lessema "*idoneus*" e della locuzione "*idoneus tutor*" vd. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore cit.*, 173 nt. 45, 174 nt. 47. Per l'idoneità patrimoniale: Ulp. *l. s. de off. praef. urbi* D. 1.12.1.7; Marcian. 3 *inst.* D. 26.1.9; Call. 3 *ed. monit.* D. 26.2.18, con menzione già vista del confronto tra i fideiussori; Ulp. 36 *ad ed.* D. 26.7.9.1; Paul. 14 *quaest.* D. 26.7.45; Paul. 1 *sent.* D. 26.7.49. Per l'idoneità come attitudine

riferimento a “*idoneitas*” e “*honestas*”, non doveva però essere disgiunta dalla rettitudine morale e dalla stimabilità⁴.

2. Quando un contutore offriva di garantire per amministrare da solo, riassume quindi Ulpiano al § 2, il pretore era chiamato a svolgere un accertamento che coinvolgeva da un lato la persona dell’offerente e dall’altro i colleghi di lui. Come prima cosa il magistrato doveva indagare sull’identità e sulla levatura di chi si fosse dichiarato pronto a *satisdare* («*quis et qualis est*»), al fine di stabilire se costui potesse gerire. Ma l’indagine doveva essere estesa anche agli altri contutori («*quales sunt*»), perché costoro avrebbero potuto possedere quei requisiti di stimabilità e onestà che difettavano all’offerente («*num forte eius existimationis vel eius honestatis sunt*»), e quindi sarebbe stato più opportuno affidare a loro la gestione, senza costringerli a prestare la *cautio* («*ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire*»). I pronomi interrogativi “*quis*” e “*qualis*” richiamano insomma la discussione condotta nel § 1: l’offerta della *satisfactio* non dispensava il candidato alla gestione dal dimostrare le qualità morali che si richiedevano a qualunque gerente; qualità delle quali, insieme alla necessaria solidità patrimoniale, avrebbero potuto essere dotati i contutori. Nel qual caso essi avrebbero gerito in luogo dell’offerente che ne era privo.

Il § 2 mantiene dunque la stessa struttura binaria del precedente: nella prima parte il giurista dice della posizione del tutore disposto a garantire, per poi passare nel secondo periodo a quella degli altri contutori. Ulpiano ritorna sul profilo della reputazione e delle qualità morali di questi ultimi. Dal fatto che i sostantivi “*existimatio*” e “*honestas*” siano separati da “*vel*” («*eius existimationis vel eius honestatis*») potrebbe trarsi l’impressione che i due requisiti fossero alternativi. Alla congiunzione va però attribuito valore restrittivo, non disgiuntivo: onestà e reputazione sono qualità interdipendenti, e l’una si riverbera nell’altra.

all’ufficio: Pap. 2 *quaest.* D. 11.2.2; Paul. 9 *resp.* D. 26.5.24; Mod. 1 *excus.* D. 26.6.2.2; Tryph. 13 *disp.* D. 26.6.4.1.

⁴ A conferma di ciò si noti che in Ulp. *l.s. de excus. Vat. Fr.* 157 *res* e *fides* sono i due parametri in base ai quali valutare l’idoneità del tutore nel procedimento di *potioris nominatio*: *Tunc demum excusandum est, qui prius datus fuerat, si is quem nominaverit et potior necessitudine et idoneus re fideque vel absens deprehendatur*. Una certa gerarchia tra i due parametri si trova espressa in Mod. 1 *excus.* D. 26.5.21.5: Πρὸς τοῖς λοιποῖς δικαίοις δεῖ τὸν ἄρχοντα καὶ τοὺς τρόπους τῶν μελλόντων χειροτονηθῆσθαι σκοπεῖν· οὔτε γὰρ οὐσία οὔτε ἀξίωμα οὕτως ἱκανὸν πρὸς πίστιν, ὡς ἀγαθὴ προαίρεσις καὶ χρηστοὶ τρόποι. Infine va considerato che in Gai. 1.200, l’*honestas* viene presentata quasi come il corrispondente, nella nomina magistratuale del curatore, della *fides* e della *diligentia* del tutore comprovate dalla scelta del testatore: [...] *nam et tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis honesti electi sunt*.

Ad alcuni interpreti è parsa singolare, al punto da reputarla sospetta, la circostanza che Ulpiano definisca “*contumelia*” la prestazione della *satisfatio* («*ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire*»)⁵. L’appellativo è in effetti isolato, e non ricorre in altri luoghi che trattano dell’istituto. Per contro è da dire che D. 26.2.17 §§ 1-2 è l’unico luogo del *Corpus Iuris* in cui è commentata analiticamente la posizione dei contutori non offerenti nell’ambito della *provocatio ad satisfactionem*, in particolare nel caso in cui essi fossero chiamati a gerire in luogo d’un offerente inidoneo. E l’asserzione in discorso è coerente con il contesto complessivamente delineato da Ulpiano: era senz’altro certo che i tutori testamentari fossero esonerati dalla *cautio* (§ *pr.*): per poter gerire, i contutori avrebbero dovuto dimostrare solidità patrimoniale e specchiata onestà (§ 1). A queste condizioni, imporre la prestazione della *satisfatio* poteva apparire un aggravio innecessario.

⁵ La forte denotazione del sostantivo “*contumelia*” è uno degli elementi che inducono SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 122 nt. 1, a ritenere i §§ 1-2 di D. 26.2.17 interamente «un’invenzione compilatoria». L’opinione dello studioso si basa sull’assunto che il principio “*fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis*” (cfr. *Pap. 11 quaest. D. 26.5.13.2*) non sarebbe classico: questa regola avrebbe ispirato a Triboniano la discussione in D. 26.2.17.1-2. Come ha osservato ad altro proposito CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 187-188, la rilevanza delle qualità personali e morali del tutore, segnatamente della *fides* e dell’*honestas*, ai fini dell’esonero dalla *satisfatio rem pupilli salvam fore*, è già un’idea classica; la si ritrova espressa in Gai 1.200 (testo alla nt. prec.). Il rilievo dell’Autrice si riferisce a D. 26.4.5.1, ma vale anche per il nostro passo: è infatti di tali qualità, e della loro rilevanza ai fini della dispensa dall’obbligo di *satisfare*, che trattano i due §§ sospettati dal Solazzi.

fr. 7 = L. 996 = D. 26.2.19 pr.

Si nemo tutorum provocet ad satisfactionem, sed existat quidam qui tutor non est desideraretque, ut aut satisdent tutores, aut, si non dent, parato sibi satisfacere committant tutelam, non est audiendus: neque enim aut extero committenda tutela est, aut testamento dati tutores contra ius satisfactioni subiciendi sunt.

Se nessuno dei tutori si offra di presentare garanti, mettendo così gli altri nella condizione di dover fare altrettanto per poter amministrare, e ci sia invece qualcuno che non è tutore, ma chieda lo stesso che i tutori garantiscano oppure, nel caso non intendano farlo, affidino la tutela a lui che è pronto a garantire, questi non dev'essere ascoltato. La tutela non va infatti affidata a un estraneo, e nemmeno vanno costretti i tutori testamentari a garantire, ciò che sarebbe contrario al diritto.

COMMENTO

Abbiamo visto - nella descrizione che Ulpiano ne fa in D. 26.2.17 (= L. 995) - come operava il procedimento di selezione del gerente (“*provocatio ad satisfactionem*”, secondo la terminologia del giurista)¹ regolato dalla prima clausola di *EP* § 121: quando un tutore testamentario avesse offerto di prestare la *satisfactio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ per essere preferito ai colleghi nell’affidamento dell’*administratio*, il pretore metteva questi ultimi nella condizione di decidere se offrire a loro volta e partecipare alla gestione, oppure restarne estranei e accontentarsi di ricevere l’offerta del collega.

In D. 26.2.19 pr. (=L. 996) si passa al caso in cui nessuno dei contutori dati per testamento si fosse offerto di garantire, e l’avesse invece fatto un “*extraneus*”, cioè un non tutore, chiedendo di poter gerire da solo nel caso i tutori non avessero anch’essi garantito. Si sarebbe insomma trattato di applicare analogicamente la clausola edittale sulla *provocatio ad satisfactionem*. Tale applicazione non può darsi, chiosa Ulpiano, e nel farlo riprende – ovviamente volgendolo al negativo – lo stesso verbo “*audire*” alla forma perifrastica passiva che aveva usato in D. 26.2.17 pr. per affermare che andava presa in considerazione l’identica offerta fatta dal contutore testamentario («*cum quis offert satisfactionem, ut solus administret,*

¹ Data la difficoltà d’individuare un traduttore diretto che restituisca il senso dell’espressione latina in modo adeguato al contesto, nella traduzione qui proposta si è scelto di rendere il sintagma “*provocare ad satisfactionem*” con una perifrasi: si farà lo stesso per le locuzioni omologhe in D. 26.4.5.3-4 (*infra*, fr. 16).

audiendus est»). Se il contutore, pur non essendovi costretto, si fosse offerto di *satisfare* per amministrare da solo, doveva essere ascoltato; al contrario non doveva esserlo l'estraneo.

La motivazione di quest'ultima soluzione poggia su due argomenti: in primo luogo, non poteva correttamente affidarsi la gestione della tutela a chi non fosse tutore². In secondo luogo, sarebbe stato contrario a un principio dell'ordinamento ("*contra ius*", dice Ulpiano) costringere a garantire i tutori testamentari che non si fossero spontaneamente proposti di farlo, né vi fossero stati sollecitati dall'offerta del collega. A metterli nella condizione di scegliere se garantire oppure essere estromessi dalla gestione, si potrebbe aggiungere riprendendo il motivo espresso in Gai. 1.200 (testo *supra*, fr. 6 nt. 4), non avrebbe potuto oltretutto essere qualcuno la cui idoneità e onestà non fossero state comprovate dalla scelta del testatore.

Per concludere sul nostro testo, resta solo da constatare che la *Palingenesia* (L. 996) lo separa da D. 26.2.17 (L. 995), a dispetto della continuità d'argomento. La scelta di Lenel si deve probabilmente al fatto che i due frammenti risultano separati già nel Digesto, ove – come abbiamo visto – essi sono inframmezzati da un passo di Callistrato (3 *ed. monit.* D. 26.2.18).

² Sull'opportunità di non dar seguito alle manovre di chi si fosse adoperato per ottenere ad ogni costo la tutela cfr. Mod. 1 *excus.* D. 26.5.21.6: Διὰ παντὸς δὲ μάλιστα τοῦτο παρατηρεῖται οἱ ἄρχοντες μὴ χειροτονεῖν τοὺς βουλομένους ἐπιρρίπτειν ἑαυτοὺς, ἵνα χειροτονηθῶσι, καὶ ἀργύριον διδόντας· τούτους γὰρ καὶ κολάσει ὑπευθύνους εἶναι νενομοθέτηται.

Fr. 8 = L. 997 = D. 46.6.3

[...] *aut dare aliquem praetor debet, cui caveatur* [...]

[...] oppure il pretore deve dare qualcuno a cui prestare la garanzia [...]

COMMENTO

Questo frammento, evidentemente non autonomo, appartiene al tit. D. 46.6 *Pupilli vel adulescentis rem salvam fore*, dove appare intercalato tra due escerti anch'essi tratti dal commentario *ad edictum* di Ulpiano, ma provenienti dal libro LXXIX. Nel continuum discorsivo che ne risulta, la sola frase di D. 46.6.3 si coordina all'ultima apodosi del frammento precedente: [*Si pupillus absens sit vel dari non possit, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit unde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere*]: *aut dare aliquem praetor debet, cui caveatur*¹.

D. 46.6.2 elenca dunque le persone alle quali i tutori avrebbero dovuto promettere, con *stipulatio* rafforzata dall'intervento di garanti, l'integrità del patrimonio pupillare. Se il pupillo fosse stato assente o *infans*, il tutore avrebbe promesso a un servo di lui². Qualora questi non avesse avuto alcun servo, glie n'era acquistato uno all'uopo. Nel caso in cui non si fosse potuto far luogo all'acquisto, avrebbe allora stipulato un servo pubblico, davanti al pretore. D. 46.6.3 aggiunge che il magistrato avrebbe in alternativa dovuto nominare una persona ("*aliquem*") a cui andava prestata la garanzia³. Si noti per inciso che la giustapposizione dei due passi produce una lieve asimmetria sintattica: nella parte finale di D.

¹ Trad. [Se il pupillo dovesse essere assente o non ancora in grado di parlare, stipulante in suo luogo sarà un servo di lui: qualora non ne abbia uno, glie lo si deve acquistare. E qualora non possa farsi luogo all'acquisto o questo non vada a buon fine, chiaramente diremo che un servo pubblico stipulerà davanti al pretore]: oppure il pretore deve nominare qualcuno a cui sia prestata la garanzia.

² Se il pupillo fosse stato *infanziamaior* e presente, avrebbe stipulato egli stesso; cfr. in questo senso Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1.15: *Exigere autem cautionem magistratus sic oportet, ut pupilli servus aut ipse pupillus, si dari potest et in praesentiarum est, stipuletur a tutoribus, item fideiussoribus eorum rem salvam fore*. Sul pt. vd. anche *supra*, fr. 5.

³ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 509 (con nt. 414), ritiene, verosimilmente deducendolo a contrario da D. 46.6.2, che dovesse trattarsi di persona libera. Il magistrato municipale avrebbe invece potuto stipulare personalmente.

46.6.2 il precetto è espresso all'infinitiva («*dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere*»), mentre in D. 46.6.3 è enunciato con una proposizione coordinata a “*dicemus*” («*aut praetor debet*»), laddove ci si attenderebbe un'altra infinitiva. I verbi delle due proposizioni coordinate sono oltretutto coniugati a tempi diversi: “*dicemus*” al futuro semplice e “*debet*” al presente.

Il discorso “compilatorio” prosegue poi in D. 46.6.4 pr., con il rilievo che il pupillo, nel caso in cui a stipulare fosse stata persona diversa da lui o dal suo servo, non acquistava *ipso iure* il diritto nascente dalla *cautio*, e gli sarebbe stata perciò concessa in via utile l'*actio ex stipulatu*.

Anche la *Palingenesia* riporta D. 46.6.3 (L. 997) preceduto in corsivo da D. 46.6.2: il frammento è perciò inserito tra il § *pr.* (L. 996) e il § 1 (L. 998) di D. 26.2.19. Si potrebbe allora congetturare, dalla disposizione di Lenel, che il commentario avesse qui un andamento di questo tipo. Anzitutto Ulpiano trattava della prima clausola di *EP* § 121 con riferimento ai tutori testamentari, ai quali la clausola s'applicava direttamente (L. 994-997), descrivendo la fase dell'oblazione (L. 995-996) e quella dell'effettiva prestazione della *cautio*. In relazione a questa seconda fase resta però superstite il solo frammento L. 997, in cui è detto dell'intervento del pretore a designare qualcuno a cui venisse prestata la garanzia. Esaurita la trattazione riguardo ai tutori testamentari, il giurista passava a commentare l'applicazione analogica della stessa clausola ai tutori *ex inquisitione dati* (L. 998), ciò di cui dobbiamo ora occuparci.

Fr. 9 = L. 998 = D. 26.2.19.1

Hoc edictum de satisfactione ad tutores testamentarios pertinet: sed et si ex inquisitione dati sint tutores, Marcellus ait et ad hos pertinere hoc edictum et id oratione etiam divorum fratrum significari. ideoque et illi clausulae sunt subiecti, ut, si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat, quamvis verba edicti ad testamentarios pertineant.

Questo editto sulla presentazione dei garanti riguarda i tutori testamentari: ma Marcello dice che esso si applica pure se i tutori siano stati dati in esito all'indagine dei magistrati superiori, e che ciò è affermato anche in un'*oratio* dei *divi fratres* (Marco Aurelio e Lucio Vero). DI conseguenza, per i tutori dati previa indagine vale anche la clausola in base alla quale gerisce chi è stato eletto dalla maggioranza,, se la maggioranza dei tutori gli ha decretato l'affidamento della gestione, sebbene le parole dell'editto riguardino i tutori testamentari.

COMMENTO

1. Il contenuto precettivo del passo. 2. La nozione di "*ex inquisitione datus tutor*". 3. (segue) se la nozione include anche i tutori *confirmati*. 4. Il dibattito storiografico sull'espressione "*edictum de satisfactione*".

1. La clausola edittale sulla *satisfatio* '*rem pupilli salvam fore*' concerneva i soli tutori testamentari: Ulpiano riferisce tuttavia l'opinione del giurista Ulpio Marcello, secondo cui essa si applicava anche ai tutori nominati in esito a un'indagine dell'organo pubblico competente ("*ex inquisitione dati*"). Nella versione trädita del suo pensiero, risulta che Marcello a propria volta invocasse, a sostegno di questa posizione, un'*oratio in senatu habita* di contenuto analogo fatta approvare dagli imperatori suoi contemporanei Marco Aurelio e Lucio Vero.

Ai tutori dati previa indagine, prosegue il testo, s'applicava anche la regola in base alla quale la gestione della tutela sarebbe stata affidata al contutore designato dalla maggioranza dei colleghi, sebbene nell'editto del pretore fosse pure essa dettata con riguardo ai soli tutori testamentari. Come sappiamo, era questo uno dei due criteri di selezione del tutore gerente contenuti nella seconda clausola di *EP* § 121. L'altro prevedeva che l'amministrazione della tutela sarebbe stata affidata al contutore all'uopo indicato nel testamento, qualora il padre o l'ascendente di grado ulteriore che aveva l'impubere in potestà, oltre a nominargli i tutori, avesse anche indicato chi tra di loro dovesse gerire. Trattandosi in D. 26.2.19.1 di tutori dati

da organi pubblici – vedremo quali – e non per testamento dall’ascendente del pupillo, quest’altra regola non avrebbe chiaramente potuto venire in considerazione.

D. 26.2.19.1 discute dunque l’applicazione analogica di due disposizioni edittali a una categoria di soggetti esclusa dal loro tenore letterale. Il principale interrogativo che ci si deve porre, con riguardo a questo passo, concerne l’interpretazione del sintagma “*ex inquisitione dati tutores*”. Chi sono i tutori a cui Ulpiano si riferisce con tale espressione?

2. Il Digesto accoglie due testi in cui il giurista severiano enuncia le nozioni di “tutore testamentario” e di “tutore legittimo”. Abbiamo già incontrato quello relativo ai tutori testamentari, ossia D. 26.2.3 (*supra*, fr. 4), e sappiamo che dovevano ritenersi tali solo i tutori “*iure dati*”, sicché non lo erano quelli nominati irregolarmente nel testamento e confermati dagli organi competenti.

Il secondo brano è D. 26.4.5 pr., di cui ci occuperemo più avanti diffusamente (fr. 14). Per il momento basti segnalare che in esso i tutori legittimi sono definiti per *differentiam* rispetto ai tutori “*dati*”: «*Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*». Non occorre che qualcuno affidasse l’incarico ai tutori legittimi, afferma dunque Ulpiano, perché essi erano stati istituiti tutori dalla Legge delle Dodici Tavole. In assenza d’una nomina testamentaria o magistratuale, costoro non potevano perciò dirsi tecnicamente “*dati*”.

Della nozione di “*ex inquisitione datus tutor*” non è invece conservata una *definitio*, né di Ulpiano né d’altri autori, per cui l’intensione del nostro sintagma dev’essere ricavata induttivamente. Delineare un quadro nitido dei dati che emergono dalle fonti non è semplicissimo, ma un tentativo va fatto.

Nell’ambito della *datio tutoris*, era denominata “*inquisitio*” l’indagine del competente organo pubblico volta ad accertare l’idoneità d’un candidato a ricoprire l’incarico di tutore: le Istituzioni di Giustiniano (1.24 pr.) la descrivono come una valutazione equivalente al giudizio del padre del pupillo sull’affidabilità e sulla competenza del tutore da lui designato nel testamento. Dal passo emerge inoltre che, data quest’equivalenza funzionale tra giudizio paterno e *inquisitio*, i tutori *ex inquisitione dati* erano dispensati dall’obbligo di prestare la *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’, esattamente come i testamentari. Nel successivo § 1 si afferma poi, in accordo con D. 26.2.19.1, che per l’uno e per l’altro tipo di tutori trovava applicazione, in caso di contutela, il meccanismo della *provocatio ad satisfactionem* regolato dalla prima clausola di *EP* § 121¹. L’esonero dei tutori *ex inquisitione dati* dalla prestazione

¹ I. 1.24 pr.-1: *Tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est: item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisfactionem non onerantur, quia idonei electi sunt.*
[1] *Sed et si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate*

obbligatoria della *satisdatio*, sull'esempio dei testamentari, e la facoltà dei contutori d'entrambe le categorie di offrire la garanzia per essere preferiti ai colleghi nell'affidamento dell'amministrazione secondo le regole edittali, risultano poi anche dalla costituzione di Diocleziano e Massimiano accolta in C. 5.42.4².

A parte l'accenno al *praeses* contenuto nel provvedimento imperiale citato da ultimo, si può notare come questi passi non presentino un elenco degli organi cui era attribuito il potere di dare i tutori *ex inquisitione*: essi dunque non delimitano soggettivamente la nostra categoria. Proviamo allora a farlo partendo da un altro passo di Ulpiano (30 *ad Sab. D.* 46.3.14.5):

Sive autem legitimi sunt sive testamentarii sive ex inquisitione dati, recte vel uni solvitur.

Il giurista scrive che aveva efficacia liberatoria il pagamento fatto anche a uno solo dei contutori, e che in proposito non faceva differenza se questi fossero testamentari, legittimi oppure dati *ex inquisitione*. Chiaramente, il criterio diairetico di questa tripartizione è la fonte della chiamata alla tutela: il testamento, la legge, il positivo esito dell'*inquisitio*. Secondo l'opinione storiografica corrente, l'elencazione in D. 46.3.14.5 ha valore esaustivo, non esemplificativo³: la *solutio*, questo il ragionamento, difficilmente poteva sortire effetti variabili a seconda della modalità della nomina dei contutori, sicché quelle menzionate sarebbero le sole tre *species* di tutela che Ulpiano individuava con riguardo alla fonte della delazione all'ufficio. Se ne ricava, per esclusione, che almeno nella terminologia di questo

pupilli vel adulescentis et contutori vel concuratori praeferrri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens praeponatur ei, ut ipse solus administret. itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere an satis dare.

² Diocl. – Maxim. C. 5.42.4: *Non omnium tutorum par similisque causa est. quapropter exemplo testamentarii confirmatum a praeside vel datum ex inquisitione non onerari satisdatione rem salvam fore pupillorum manifestum est, pluribus autem datis ex inquisitione tutoribus illum, qui satis secundum formam edicti rem pupilli salvam fore dedit, in administratione praeferrri iam dudum obtinuit.* Per i sospetti d'interpolazione si rimanda a DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 213 ss.

³ In questo senso DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 232, seguita da CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 41 (con nt. 60, ove altra bibl.). L'A., ivi nt. 59, cita il *Liber Gai* (1.7.2), a riprova dell'esaustività di questa tripartizione: *Testamentarii sunt, quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis aut nepotibus delegaverint. Quod si nec testamentarius tutor fuerit, nec legitimus, tunc ex inquisitione iudicis pupillis tutores dantur.* Anche in questo luogo la categoria degli *ex inquisitione dati* è residuale rispetto a quella dei testamentari e dei legittimi. Nell'accostare il lessico del passo tardoantico e di quello ulpiano va tenuto però conto che i due testi appartengono a generi letterari diversi, e probabilmente diversi ne erano pure scopo e destinatari: il *Liber Gai* è un'opera isagogica, l'*Ad Sabinum* è un commento lemmatico.

giurista “*ex inquisitione dati*” erano tutti i tutori nominati d’ufficio, ossia tutti coloro che non fossero né testamentari né legittimi.

L’opinione è da condividere, a patto di precisarne l’estensione entro il contesto da cui è tolto il passo. Al § 1 del medesimo escerto, Ulpiano si era infatti espresso in questi termini:

[...] *sunt qui [scil. tutori] ad hoc dantur, ut gerant, et hoc vel pater adicit, ut unus puta gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit. dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum [...] recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio et rell.*

In questo passaggio l’autore severiano sta evidentemente parafrasando il contenuto di *EP* § 121 («*et hoc vel pater adicit [...] vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit*»): subito appresso egli si riferisce all’eventuale intervento proibitivo del pretore, che avrebbe potuto interdire l’amministrazione a taluni contutori («*nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio*»). Ulpiano si sta perciò occupando dei tutori istituiti entro lo spazio della competenza di questo magistrato. È vero quindi che l’elencazione del § 5 («*sive legitimi sunt sive testamentarii sive ex inquisitione dati*») va intesa come un’enumerazione esaustiva, ma plausibilmente essa si limita all’ambito della *iurisdictio* pretoria. Per il resto l’interrogativo resta dunque aperto.

Ancora le Istituzioni di Giustiniano (I. 1.20.3-4), dapprima nella prospettiva dell’evoluzione storica (§ 3) e poi in quella del diritto vigente (§ 4), menzionano il potere di dare i tutori *ex inquisitione* in capo ai consoli, ai pretori tutelari, al *praefectus urbi* e ai governatori provinciali⁴. Parrebbe insomma che i tutori “*ex inquisitione dati*” fossero, nel lessico delle Istituzioni imperiali, quelli nominati dai funzionari e dai magistrati superiori.

Il punto di vista di Ulpiano, almeno per come esso risulta dal Digesto, è lo stesso. In D. 26.2.19.1 il giurista tratta l’applicazione analogica di *EP* § 121 ai tutori *ex inquisitione dati*; in D. 26.4.5 §§ 2-4 (*infra*, fr. 15-16), egli affronta di nuovo l’argomento, questa volta in riferimento ai tutori legittimi e – ciò che qui interessa – a quelli dati dai magistrati municipali.

⁴ I. 1.20.3-4: *primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. [...] [4] Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem praefectus urbis vel praetor secundum suam iurisdictionem, in provinciis autem praesides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus iussu praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.* Per la verità, l’*ordo verborum* potrebbe forse far dubitare che il sintagma “*ex inquisitione*” si riferisca al § 3 anche a “*praetores*”, e al § 4 anche a “*praefectus urbi* e a “*praetor*”. Leggendo I. 1.23.3, il dubbio rimarrebbe: *Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores.* La lettura nel senso dell’inclusione sembrerebbe farsi preferire, se non altro perché, con riguardo al pretore, abbiamo visto che la dizione “*ex inquisitione dare*” ricorre in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 46.3.14.5 a designare la *datio tutoris* di questo magistrato. Con riguardo al *praefectus urbi* cfr., di per sé non risolutiva dell’ambiguità, Iust. C. 5.70.7.6.

Questi ultimi non rientravano dunque nel novero dei tutori *ex inquisitione* dati. Per quanto ci è dato sapere attraverso le fonti tradite, ai fini del commento all'editto *De administratione tutorum* Ulpiano distingueva dunque i tutori nominati d'ufficio in due categorie: quelli dati dai magistrati municipali e quelli dati dagli organi superiori⁵. I secondi sono identificati con l'espressione "*ex inquisitione dati*", sia essa genuina o meno⁶.

3. Un secondo interrogativo concernente questo sintagma è se esso ricomprendesse anche i tutori nominati irregolarmente nel testamento e confermati dall'autorità competente. Il problema si pone perché alla conferma poteva farsi luogo "*ex inquisitione*" oppure "*sine inquisitione / citra inquisitionem*"⁷. Stando alle fonti disponibili, la procedura si sarebbe di regola svolta senza indagine, quando a dare invalidamente il tutore fosse stato chi in astratto avrebbe potuto designarlo *iure* nel proprio testamento, cioè il padre o l'ulteriore ascendente maschio dell'impubere. Negli altri casi (ad es. tutore nominato dalla madre del pupillo, o dallo zio paterno) si sarebbe svolta l'*inquisitio*⁸.

Ora, che la locuzione "*ex inquisitione datus tutor*" potenzialmente si riferisca anche al tutore "*ex inquisitione confirmatus*", è un dato che pare suggerito da un testo di Ermogeniano (2 *iuris epit.* D. 26.3.7):

Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre nec sine inquisitione confirmatur. [1] Si quaeratur, an ex inquisitione recte datus sit tutor, quattuor haec consideranda sunt: an hic dederit qui dare potuit, et ille acceperit cui fuerat dandus, et is datur cuius dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum.

Il giurista scrive dunque al § *pr.* che doveva essere confermato il tutore dato dal padre al figlio naturale al quale questi non avesse lasciato nulla per testamento, e la conferma sarebbe avvenuta *ex inquisitione*. Da notare che Ermogeniano usa la litote "*nec sine inquisitione*

⁵ Per l'attestazione in un passo ulpiano dell'espressione "*ex inquisitione dare*" riferita all'attività del governatore provinciale cfr. Ulp. 6 *de off. procons.* D. 27.10.8, relativo alla *datio* del *curator bonorum ventris nomine*.

⁶ S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela* (1926) ora in ID., *Scritti*, III, Napoli 1960, 106 ss. reputa che il sintagma sia un'interpolazione in tutto il *Corpus Iuris*. La tesi è accolta da LENEL, *EP*³ 316 nt. 13. Di certo esso non è un'invenzione giustiniana: cfr. *Liber Gai* 1.7.2 (testo *supra*, nt. 3).

⁷ Per la conferma *ex inquisitione* cfr.: Ner. 3 *reg.* D. 26.3.2; Diocl. – Maxim. C. 5.42.4 (testo *supra*, nt. 2). Per quella *sine inquisitione* o *citra inquisitionem*: Mod. 7 *diff.* D. 26.2.4 (*sine inquisitione*); Hermog. 2 *iuris epit.* D. 26.3.7 *pr.* (*nec sine inquisitione*); I. 1.13.5 (*omnimodo / sine inquisitione*); Pap. 5 *resp.* D. 26.3.6 (*citra inquisitionem*).

⁸ Sul tema si veda DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 27 ss. e 162 ss.

confirmatur”, a segnalare l’eccezione alla regola per cui il tutore nominato dal *pater* era confermato senza indagine. Al § 1 sono invece elencati i requisiti da scrutinare onde verificare se un tutore fosse stato correttamente dato *ex inquisitione*: il soggetto che procedeva alla *datio* doveva esservi legittimato, e del pari dovevano esserlo chi riceveva il tutore e chi era nominato all’ufficio; la procedura doveva inoltre svolgersi *pro tribunali* (non doveva cioè risolversi in una delibazione sommaria).

Dal collegamento tra il § *pr.* e il § 1 si direbbe perciò che tra i tutori “*ex inquisitione dati*” Ermogeniano includesse anche il tutore “*ex inquisitione confirmatus*”⁹. Nello stesso senso sembra esprimersi la già citata costituzione di Diocleziano e Massimiano in C. 5.42.4, che conviene ora riportare per intero:

Non omnium tutorum par similisque causa est. quapropter exemplo testamentarii confirmatum a praeside vel datum ex inquisitione non onerari satisdatione rem salvam fore pupillorum manifestum est, pluribus autem datis ex inquisitione tutoribus illum, qui satis secundum formam edicti rem pupilli salvam fore dedit, in administratione praeferri iam dudum obtinuit

Come s’è detto al nr. 2, il rescritto equipara i tutori confermati o dati *ex inquisitione* ai testamentari quanto all’esonero dalla *satisdatio ‘rem pupilli salvam fore’* e alla possibilità di ricorrere al meccanismo edittale della *provocatio ad satisdationem*. Per ciò che a noi specificamente interessa, è da rilevare che nella prima parte del provvedimento è presentata la dicotomia “*tutor confirmatus vel datus ex inquisitione*”; nella seconda parte è invece mantenuto il solo riferimento al “*tutor ex inquisitione datus*”. L’andamento del discorso indurrebbe però a ritenere che nel secondo tratto del testo la locuzione “*ex inquisitione dati*” s’estenda anche ai tutori “*ex inquisitione confirmati*”: il precetto che questi tutori potevano ricorrere al meccanismo della *provocatio ad satisdationem* disciplinato nell’Editto è una conseguenza della dispensa dalla prestazione obbligatoria della *satisdatio*. Ciò che è detto nella prima parte del passo, ove sono menzionati tanto il “*tutor datus*” quanto il “*tutor confirmatus*”.

Se quest’inferenza valesse certamente anche per Ulpiano non possiamo sapere, perché mancano passi in cui egli metta in relazione *datio* e conferma *ex inquisitione*: più radicalmente, mancano passi in cui l’autore severiano distingua tra conferma con e senza *inquisitio*. Quest’assenza di per sé non vuol dire molto, perché il giurista potrebbe aver tenuto presente la distinzione, che semplicemente non appare al lettore moderno a causa della selezione compilatoria sulla sua opera.

⁹ Interpreta nello stesso senso DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 196 ss. e 232 nt. 47.

Riepilogando quanto detto finora: in D. 26.2.19.1 il sintagma “*ex inquisitione dati*” individua i tutori nominati d’ufficio dai funzionari e dai magistrati superiori, ivi compresi probabilmente i tutori confermati in esito all’indagine dell’organo competente. Esentati dall’obbligo di *satisdare*, a costoro s’applicavano per analogia i criteri d’affidamento della gestione che EP § 121 dettava per i tutori testamentari, ugualmente dispensati dall’obbligo di garantire per l’integrità del patrimonio pupillare. L’identità della loro posizione rispetto alla *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ costituiva la *ratio* dell’analogia.

Ci si può chiedere a questo punto quale fosse il regime della *satisdatio* e dell’affidamento della *gestio* per i tutori *sine inquisitione confirmati* (quelli cioè assegnati invalidamente dal padre o dall’ascendente dell’impubere, e confermati appunto senza indagine dal magistrato superiore). Che la *satisdatio* non fosse obbligatoria nemmeno per questa categoria risulta da un passo di Giuliano (21 *dig.* D. 26.3.3)¹⁰. Quanto all’applicazione analogica dell’editto *De administratione tutorum*, Ulpiano può non essersi posto il problema, dando in qualche modo per scontata l’analogia, attesa la prossimità di questa categoria di tutori a quella dei testamentari¹¹.

L’altra possibilità è che Ulpiano abbia discusso anche di questo punto, ma in un luogo del commentario non trascritto dai Compilatori. In tal caso, una *sedes materiae* appropriata avrebbe potuto essere quella in cui era definita la nozione di “*tutor a testamento datus*” (D. 26.2.3). In D. 26.2.3.1, come abbiamo visto (*supra*, fr. 4), trova posto la clausola di chiusura secondo la quale doveva ritenersi testamentario solamente il tutore designato *iure*. Non sarebbe stato irragionevole se il discorso avesse originariamente contemplato anche la disamina della posizione dei tutori dati irregolarmente dal padre del pupillo.

4. Discussa la questione interpretativa più complessa, bisogna ora dare brevemente conto delle opinioni avanzate dalla storiografia a riguardo dell’allusione, nel nostro testo, a un “*edictum de satisdatione*”. A fare da cornice concettuale è il dibattito, che abbiamo già avuto occasione di presentare (*supra*, fr. 5), sulla presenza o meno nell’Albo d’una disposizione concernente obblighi e dispense dalla prestazione della *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’. Il Taubenschlag, in particolare, ha sostenuto che l’Editto contemplasse una clausola impositiva dell’obbligo, relativa ai tutori Atiliani. L’ipotesi è costruita su due argomenti *a contrario*. Il primo è di ordine testuale e muove dalla constatazione che in D. 26.2.19.1 si legge «*hoc*

¹⁰ Iul. 21 *dig.* D. 26.3.3: *Qui a patre tutor scriptus est aut non iusto testamento aut non ut lege praecipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset, id est ut satisdatio ei remittatur.*

¹¹ La categoria dei tutori confermati era una sorta di ibrido tra quella dei testamentari e quella dei dativi. Ad essa s’applicavano infatti, a seconda che in una fattispecie avesse maggior peso la circostanza della nomina nel testamento o quella dell’intervento magistratuale di conferma, le regole previste per l’una o per l’altra. Lo ha limpidamente dimostrato DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., *spec.* 232 ss.

edictum de satisdatione ad tutores testamentarios pertinet»: l'uso dell'aggettivo dimostrativo "hoc" e la precisazione «*ad tutores testamentarios pertinet*» - ha sostenuto lo studioso polacco - si spiegano supponendo che Ulpiano avesse la necessità di specificare a quale, fra più disposizioni che regolavano il regime della *satisdatio* 'rem pupilli salvam fore', egli si stava qui riferendo. Il secondo argomento è di tipo logico-induttivo: se un'altra clausola "de *satisdatione*" esisteva, essa avrà riguardato i tutori nominati dal magistrato che l'aveva introdotta, cioè il pretore urbano, a cui il *ius tutoris dandi* era stato attribuito dalla *lex Atilia*: da questa clausola la giurisprudenza avrebbe fatto discendere l'obbligatorietà della *satisdatio* anche per i tutori legittimi¹².

L'ipotesi non si può confutare, essendo integralmente controfattuale. Vale comunque la pena di notare, come ha già fatto in modo puntuale F. Bruch recensendo lo studio del Taubenschlag, che l'autore ha quasi certamente sovrainterpretato il senso dell'appunto «*hoc edictum ad tutores testamentarios pertinet*». L'inciso serve infatti a precisare soltanto quale delle due clausole di EP § 121 Ulpiano stava commentando, e a puntualizzare che la lettera di quella clausola riguardava unicamente i tutori testamentari, senza altri sottintesi¹³.

La stessa obiezione va posta al motivo di critica testuale avanzato dal Guzman, che ha reputato non genuino il complemento d'argomento "de *satisdatione*". La tesi dell'interpolazione è basata sul rilievo che i giuristi non solevano indicare nominativamente le clausole edittali che commentavano, se non quando fosse stato necessario evitare fraintendimenti. E l'espressione in discorso - è l'opinione dello studioso cileno - non sarebbe servita allo scopo, perché nell'Editto erano molte le *satisdationes* tipizzate¹⁴. Parrebbe semmai vero il contrario: il complemento d'argomento «*de satisdatione*» individua inequivocamente la clausola cui Ulpiano intende riferirsi, nel contesto del commento all'editto *De administratione tutorum*, il quale editto alludeva a una sola *satisdatio*, quella per l'integrità del patrimonio pupillare, e in una sola delle sue disposizioni, quella sulla *provocatio ad satisdationem*¹⁵.

¹² TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 2 ss.

¹³ F. BRUCK, *Rec.* a TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., in ZSS 34 (1913) 446.

¹⁴ GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 237 s.

¹⁵ Vd. nello stesso senso CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 35 nt. 39.

Fr. 10 = L. 999 (parte I) = D. 26.7.3.1-2

Si parens vel pater qui in potestate habet destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putavit, meritoque parentis statuerit voluntati, qui utique recte filio prospexit. tantundem praetor facit et de his, quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit, ut, si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret. [2] Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. Nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare: constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere: dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem: blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri: tenentur enim secundum ea quae supra ostendimus.

Il pretore ha ritenuto che, se il padre, o l'ascendente di grado ulteriore che ha (l'impubere) in potestà, abbia designato nel testamento chi tra i tutori gerisca la tutela, quel tutore deve gerire: e giustamente ci si attiene alla volontà del genitore, che più d'ogni altro dispone in modo avveduto per il figlio. Il pretore fa lo stesso anche con riguardo ai tutori che l'ascendente ha destinato alla gestione nel testamento, e che il medesimo magistrato ha confermato. Così, se l'ascendente ha dichiarato nel testamento chi vuole che amministri la tutela, l'amministri lui solo. [2] Gli altri tutori quindi non amministreranno, ma saranno quelli che comunemente chiamiamo onorari. E non si deve credere che su di loro non gravi alcun rischio. È noto che, escusso prima il patrimonio di chi ha gerito, anch'essi devono rispondere in giudizio. I tutori onorari sono infatti nominati con una funzione di sorveglianza sugli atti del gerente, e li si incolperà se, rilevato il cattivo comportamento di lui, non l'hanno accusato come tutore sospetto. Essi devono perciò chiedergli costantemente il rendiconto, sorvegliare attentamente in che modo si comporta, e, se v'è del danaro che si può depositare, sorvegliare che venga depositato per l'acquisto di fondi. Si inganna quindi chi ritiene che i tutori onorari non sono in alcun modo tenuti. Lo sono, invece, secondo quanto abbiamo esposto sopra.

COMMENTO

1. La seconda clausola di EP § 121 e l'organizzazione della sua disamina nel commento ulpiano. 2. "Praetor putavit": il primo periodo di D. 26.7.3.1 si rapporta direttamente al contenuto dell'albo. 3. "Tantundem

praetor facit”: il secondo periodo di D. 26.7.3.1 e lo statuto dell’interpretazione dei “*verba edicti*”. 4. La nozione di “*tutor honorarius*”. 5. Gli obblighi del tutore onorario nell’opinione di Ulpiano.

1. In L. 998 = D. 26.2.19.1 si conclude la porzione trädita del commento ulpiano dedicato alla prima delle due clausole di EP § 121 *De administratione tutorum*¹. Si è visto che era scopo di quest’editto individuare, nel caso il padre avesse dato per testamento più d’un tutore al figlio impubere, quello fra loro che doveva amministrarne gli affari. In tale ottica la prima clausola enunciava il criterio della *provocatio ad satisfactionem*: il contutore o i contutori che avessero offerto di garantire l’integrità del patrimonio del pupillo avrebbero di regola ottenuto l’affidamento della gestione tutelare. Ulpiano espone anzitutto il contenuto della clausola in D. 26.2.17 pr., per poi esaminarlo negli ulteriori luoghi di L. 995-998. I frammenti palinogenetici nn. 999 e 1000 presentano invece il commento alla seconda clausola, grazie alla quale si arrivava alla individuazione del tutore gerente sulla base di due criteri tra loro sussidiari, ai quali abbiamo già avuto occasione più volte di fare riferimento. Il primo criterio prevedeva che se il testatore avesse indicato quale fra i contutori da lui nominati doveva gerire, il pretore avrebbe dato seguito alla sua volontà (D. 26.7.3.1). Il secondo criterio disponeva che se nel testamento non si fosse designato il gerente, o se il designato non avesse voluto gerire, l’amministratore sarebbe stato eletto con una decisione collegiale dei contutori, che lo avrebbero scelto tra di loro deliberando a maggioranza: all’eventuale stallo del collegio avrebbe posto rimedio il pretore, avocando a sé la decisione (D. 26.7.3.7). Come risulta da I. 1.24.1, tali due criteri erano a loro volta sussidiari a quello della *provocatio ad satisfactionem*: vi si sarebbe perciò ricorso solo se nessuno dei contutori, sempreché moralmente e finanziariamente idoneo (D. 26.2.17.1), avesse *sua sponte* garantito l’integrità del patrimonio pupillare².

Nel commentario ulpiano i due parametri contenuti nella seconda clausola sono considerati partitamente: prima li si trova enunciati (rispettivamente in D. 26.7.3.1 e in D. 26.7.3.7), poi commentati (in D. 26.7.3 §§ 2 ss. e in D. 26.7.3 §§ 8 ss.). Lo schema espositivo ripete dunque quello seguito nella disamina della prima clausola, con la differenza che quest’ultima prevedeva un solo criterio di selezione del gerente, mentre la seconda ne contemplava due. Un ulteriore elemento di simmetria strutturale è costituito dal fatto che i

¹ L’immagine di Ulp. 35 *ad ed.* restituita dalla *Palingenesia* obbliga a supporre che il commento originale alla clausola fosse più esteso, dal momento che D. 46.6.3 = L. 997 non è un frammento di autonomo senso compiuto, constando solamente di una proposizione coordinata e di una relativa, ma mancando della principale: il passo era dunque lo snodo di un discorso sicuramente più ampio, non conservato nel Digesto: cfr. *supra*, fr. 8.

² Cfr. EP³ 316 ss.

commenti a entrambe le clausole si concludono con una discussione sulla loro applicabilità analogica a categorie di tutori diverse dai testamentari³.

Venendo alle questioni di ordine palinogenetico, è anzitutto da osservare che L. 999 comprende i §§ 1-9 di D. 26.7.3 e il fr. D. 27.1.19, un lapidario escerto che i Compilatori hanno inserito nel titolo *De excusationibus* del Digesto, e che nella collocazione proposta da Lenel - lo si vedrà più in dettaglio esaminando i testi - precisa invece un'affermazione contenuta in D. 26.7.3.9 concernente la divisione dell'amministrazione tutelare. S'è già detto che l'illustre romanista aveva assegnato a D. 26.7.3 pr. il numero palinogenetico 993, separando quindi il § *pr.* dai restanti §§ del fr. D. 26.7.3, che corrispondono invece alla quasi totalità di L. 999. Ipotizzando le ragioni di tale scelta (*supra*, fr. 3), abbiamo considerato da un lato che il contenuto del § *pr.* potrebbe apparire come un'annotazione sull'applicabilità per analogia di EP § 121 ai curatori, non troppo dissimile dalle considerazioni che il giurista svolge con riguardo ai tutori non testamentari in D. 26.2.19.1 e in D. 26.4.5.2-4. Nel passo, Ulpiano afferma infatti che il pretore avrebbe affidato a un solo curatore, *utilitatis causa*, la gestione degli affari della persona sottoposta a una curatela plurima. Il corrispondente criterio di EP § 121 si trova però esposto solo in D. 26.7.3.7. Nell'ottica di una ricostruzione palinogenetica, sarebbe controintuitivo che l'applicazione analogica di una norma venisse discussa prima dell'esposizione della norma stessa. Se la prospettiva dell'analogia fosse stata quella di Lenel, la *Palinogenesia* avrebbe dovuto presentare D. 26.7.3 pr. dopo D. 26.7.3.7, per ipotesi in coda al commento della seconda clausola edittale, ove pure il giurista ne discuteva l'applicazione analogica ai tutori legittimi e a quelli dati dai magistrati municipali. Per contro abbiamo notato che gli studi sul metodo di redazione del Digesto hanno mostrato come i commissari di Giustiniano, quando distribuivano all'interno di un titolo più frammenti tratti da una stessa opera giurisprudenziale, si attenessero normalmente all'ordine di lettura. Anche nell'originale ulpiano il brano corrispondente a D. 26.7.3 pr. doveva dunque precedere la porzione di testo riportata ai §§ 1-9 del medesimo frammento. Quest'ultimo rilievo

³ Cfr. D. 26.2.19.1 = L. 998 e D. 26.4.5.2-4 (ultima parte di L. 1000). Più precisamente, nell'affrontare la questione Ulpiano coordina il criterio di esposizione per materia a quello per soggetti. In D. 26.2.19.1, oggetto del commento è il cd. "*edictum de satisfactione*", ovvero la prima clausola di EP § 121, e i soggetti dell'analogia sono i tutori *ex inquisitione dati*, ossia nominati dai funzionari imperiali e dai magistrati superiori: nel medesimo luogo il giurista estende però la discussione alle disposizioni della seconda clausola, ove compatibili con il fatto che i tutori in parola non erano dati per testamento, ma nominati dall'autorità competente (*supra*, fr. 9). Lo stesso accade in D. 26.4.5.2-4: oggetto specifico del commento in quella sede è la seconda clausola, e soggetti dell'analogia sono i tutori legittimi e quelli dati dai magistrati municipali (D. 26.4.5.2), ma l'autore subito si occupa anche della *superior clausula* (D. 26.4.5.3). Vd. *infra*, fr. 15-16. Per ciascuna categoria di tutori il problema dell'analogia viene insomma affrontato in relazione all'intero contenuto di EP § 121, invece di essere posto ogni volta nel commento alla singola clausola.

sistematico spiega forse – e sicuramente induce a condividere - la soluzione adottata da Lenel, che ha collocato il § *pr.* a notevole distanza dagli altri escerti che compongono D. 26.7.3, e lo ha ricondotto nell'ambito dell'introduzione generale sul concetto di “*gestio / administratio*” di cui in L. 992-993.

Concluso il breve riepilogo delle questioni palinogenetiche implicate da L. 999, possiamo ora affrontare l'esame dei testi.

2. Come anticipato, D. 26.7.3.1 enuncia il primo criterio contenuto nella seconda clausola di *EP* § 121. Ulpiano afferma che se l'ascendente che esercitava la *patria potestas* sull'impubere avesse indicato nel testamento a quale, fra i contutori da lui dati, egli intendeva affidare la gestione della tutela, il pretore avrebbe attuato la sua indicazione. Il magistrato si sarebbe comportato allo stesso modo anche nella procedura di conferma dei tutori nominati *non recte* dall'ascendente, ugualmente rispettando la designazione testamentaria del gerente.

Gli *ipsissima verba* di *EP* § 121 non si conoscono: quella che leggiamo nel primo periodo del testo è con ogni probabilità una parafrasi della disposizione edittale da cui originava la norma ivi illustrata. Della formulazione ulpiana è singolare il tratto «*si parens vel pater qui in potestate habet*». La regola sottesa a queste parole è consueta: solo chi esercitava la *patria potestas* sull'impubere poteva dargli i tutori per testamento, a patto che questi divenisse *sui iuris* alla morte del testatore. Nelle altre fonti che enunciano tale regola, il soggetto attivo della *datio tutoris* è però di solito il solo *parens*⁴: questo sostantivo è adoperato quindi in funzione di nome generico, la cui denotazione ricomprende tanto il padre dell'impubere quanto l'ascendente in linea maschile di grado ulteriore (dall'avo paterno in su)⁵. A quanto consta, l'aggiunta “*vel pater*” occorre invece solo nel nostro passo⁶:

⁴ Ad es. Gai 1.144 = I. 1.13.3: *Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare et rell.* Cfr. Gai. 12 *ad ed. provinc.* D. 26.2.1 *pr.* che rispetto all'omologo passo delle Istituzioni enuncia la fonte dalla quale veniva fatta discendere la norma, ossia la Legge delle XII tavole: cfr. nello stesso senso anche Tit. Ulp. 11.14. In Tit. Ulp. 11.15 la dizione all'infinito deponente con il complemento d'agente implicito non altera la regola: *Dari testamento tutores possunt liberis, qui in potestate sunt.*

⁵ L'intensione ambivalente di “*parens*”, comprensiva sia del padre dell'impubere sia degli ascendenti in linea maschile di grado ulteriore, risulta ad es. da Gai. 12 *ad ed. provinc.* D. 26.2.1.1, che tratta il caso particolare della *datio tutoris* al postumo: *Item scire debemus etiam postumis filiis vel nepotibus vel ceteris liberis licere parentibus testamento tutores dare, qui modo in ea causa sint, ut, si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint neque testamentum rupturi.* Parimenti in I. 1.13.3 (ricavato da Gai 1.144 e 1.146), “*parens*” individua tanto il genitore quanto gli ascendenti ulteriori: *Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. et hoc in filio filiaque omnimodo procedit; nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare et rell.* Rispetto al modello gaiano si può osservare che le Istituzioni imperiali impiegano il nostro lemma anche nell'esposizione della disciplina della *datio tutoris* da

nell'espressione "*parens vel pater*", il primo lessema finisce perciò con l'assumere l'accezione restrittiva di "ascendente di grado ulteriore al padre" (sempre, s'intende, in linea maschile). Nella sede del commento specifico alla seconda clausola di *EP* § 121, Ulpiano potrebbe aver avvertito l'esigenza di evitare un'ipotetica *ambiguitas* del termine "*parens*"⁷, e di precisare conseguentemente l'estensione della regola mediante la puntualizzazione "*vel pater*".

Va peraltro osservato che la coppia "*parens vel pater*" compare nella protasi iniziale, ma nel seguito del § il giurista utilizza soltanto "*parens*"⁸. Si può immaginare che Ulpiano abbia proceduto in questo senso semplicemente *brevitatis causa*, o forse perché tale vocabolo, e non anche "*pater*", compariva nel testo edittale, e dunque era quello il lemma da commentare⁹.

parte dell'avo paterno, mentre in Gai 1.146 il maestro antoniniano lo ometteva, ricorrendo invece alla prima persona plurale: *Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare et rell.*

⁶ Diversa la lettera del *Liber Gai* (1.7.2): *Testamentarii sunt, quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis aut nepotibus delegaverint*. Il termine "*parens*" non compare, sostituito dalla coppia "*pater / avus paternus*" che ne scioglie l'accezione lata usuale per il contesto. A tale coppia corrisponde, dal lato dei destinatari della *datio tutoris*, quella "*filius / nepos*". Si noti ancora, rispetto al lessico ulpiano, il diverso uso - in analogo contesto - del verbo "*delegare*", intransitivo nell'opera tardoantica, transitivo in Ulpiano, con accezione più vicina a quella italiana corrente del verbo omografo: cfr. D. 26.7.3.3 (*infra*, fr. 11).

⁷ A riprova che la ridondanza "*pater vel parens*" possa essere uno stilema ulpiano si veda un altro passo tratto da Ulp. 35 *ad ed.* (D. 27.9.7.2) in cui la stessa espressione, soltanto con l'inversione dei due cola, evidentemente si riferisce al padre o all'ascendente dell'impubere emancipato: *Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an praetor adeundus sit, si obligare velit? et magis est ut debeat: pronior tamen esse debet praetor ad consentiendum patri*. Non parrebbe che dizioni simili siano attestate presso altri giuristi.

⁸ Nel prosieguito di L. 999, invece, il giurista si servirà unicamente della voce "*pater*", abbandonando "*parens*": cfr. D. 26.7.3.3-6. È verosimile che nella prassi fosse più spesso il padre a dare i tutori ai suoi figli, e dunque che la scelta lessicale di Ulpiano abbia voluto rispecchiare il dato empirico. Che i giuristi trattassero prioritariamente la *datio tutoris* paterna rispetto a quella dell'avo emerge del resto dalla struttura espositiva delle Istituzioni gaiane (1.144-146) e giustinianee (1.13.3), cui si può aggiungere, per un altro confronto, Gai 12 *ad ed. provinc.* D. 26.2.1 pr.-2 (*supra*, nt. 5).

⁹ Nella *laudatio edicti* che si legge in D. 26.7.3.6 è scritto: [...] *etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen [praetor] id agit, ut per unum administretur*. Il tratto «*si pater non destinaverit quis gerere debeat*» evidentemente parafrasa in forma negativa la protasi del primo periodo di D. 26.7.3.1, a sua volta probabilmente parafrasi della disposizione edittale. All'ipotesi che il lemma "*parens*" comparisse nell'albo si potrebbe allora obiettare che, se così fosse stato, Ulpiano avrebbe verosimilmente ripetuto tale vocabolo anche in questa sede, invece di utilizzare "*pater*". In contrario è però da notare che D. 26.7.3.1 è il passo in cui il giurista espone per la prima volta la norma edittale che si accinge a commentare, mentre in D. 26.7.3.6 egli si limita a ricapitarla, prima di proseguire nel commento a *EP* § 121. Potrebbe perciò darsi che nel primo luogo l'aderenza del testo ai *verba edicti* sia volutamente maggiore che nel secondo.

Chiarito che anche il *pater* poteva dare i tutori, Ulpiano torna quindi a impiegare “*parens*” nel significato estensivo che s’è visto essere consueto nei passi paralleli. Alla coppia di termini in discorso segue la proposizione relativa “*qui in potestate habet*”. Resta implicito, ma si desume inequivocabilmente dal contesto, il complemento oggetto che sarebbe richiesto dal verbo transitivo¹⁰: la persona assoggettata a potestà era l’impubere al quale venivano dati i tutori per testamento. La proposizione perciò specifica ciascuno dei due soggetti che la precedono: poteva dare *iure* i tutori chi - tra il padre del pupillo e l’ascendente di grado ulteriore - esercitava la *patria potestas*.

L’apodosi del periodo ipotetico che occupa la prima metà del § espone il comando normativo che si applicava al presupposto delineato nella protasi: il pretore avrebbe affidato l’amministrazione della tutela al contutore indicato dall’ascendente del pupillo («*illum debere gerere praetor putavit*»). Il censimento (che ci si auspica completo) dei passi in cui occorre il sintagma “*praetor putavit*” mostra come esso sia uno stilema tipicamente – se non esclusivamente – ulpiano, utilizzato per enunciare la valutazione di politica del diritto che induceva il magistrato a introdurre o meno un determinato rimedio nell’Editto¹¹. Impiegando tale espressione, il giurista parrebbe quindi riportare il primo periodo del nostro testo direttamente al contenuto dell’albo.

Coordinata per polisindeto alla proposizione principale «*praetor putavit*» è la *laudatio edicti*: «*meritoque parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit*». La designazione testamentaria del gerente meritava la considerazione del pretore, il quale in linea di principio l’attuava, nella convinzione che il padre - o comunque l’esercente la *patria potestas* - potesse meglio d’ogni altro provvedere con avvedutezza nell’interesse del pupillo. Sappiamo però che l’adesione alla *voluntas testatoris* sarebbe stata solo eventuale: stando all’informazione che si ricava da I. 1.24.1, infatti, qualora uno dei contutori dati per testamento avesse attivato il meccanismo della *provocatio ad satisfactionem*, il magistrato avrebbe di regola affidato l’amministrazione della tutela a lui e agli eventuali altri colleghi che del pari si fossero offerti

¹⁰ Per un simile costrutto, con il complemento oggetto implicito ma determinabile *per relationem*, cfr. Ulp. 8 *ad Sab.* D. 29.2.25.4: *Iussum eius qui in potestate habet non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio, sed praecedere debet, ut Gaius Cassius libro secundo iuris civilis scribit et rell.*; cfr. anche Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.3.2. Gai. 6 *ad ed. provinc.* D. 9.4.29 presenta sia la variante con oggetto implicito, sia quella con oggetto esplicito; o, per meglio dire, l’oggetto è analettico rispetto alla prima occorrenza del costrutto: *Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium et rell.*

¹¹ Cfr., oltre al passo in commento, Ulp. 7 *ad ed.* D. 2.10.1 pr., Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.4.7 pr., 38 *ad ed.* D. 47.4.1.1, 49 *ad ed.* D. 38.9.1 pr., 52 *ad ed.* D. 39.1.5.12, 55 *ad ed.* D. 39.4.1.2, 68 *ad ed.* D. 43.14.1.1, 70 *ad ed.* D. 43.20.1.37, 71 *ad ed.* D. 43.30.1.2, 73 *ad ed.* D. 42.8.10.24, 79 *ad ed.* D. 36.3.1 pr. Vd. anche Ulp. 1 *inst.* Coll. 16.7.2. Per “*non putavit*” cfr. Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.4.8 pr.

di “*satisdare*”, senza prendere in considerazione la designazione paterna (*supra*, fr. 5). La presentazione della garanzia era del resto un parametro obiettivamente valutabile, sulla base del quale giudicare se gli interessi del pupillo sarebbero stati adeguatamente tutelati: ciò che può aver indotto il pretore a prediligere il criterio della *provocatio ad satisfactionem* a quello della *destinatio testamento*¹². Delle ragioni che avrebbero potuto determinare una tensione tra l’*utilitas pupilli* e la *voluntas patris* Ulpiano tratterà poco più avanti, ai §§ 3-4.

3. La designazione testamentaria del gerente veniva seguita, afferma il giurista nella seconda parte del §, anche nel caso in cui il pretore avesse dovuto procedere alla conferma dei contutori indicati dall’ascendente. Da notare, però, è che i due periodi di cui si compone il testo esprimono il rispettivo contenuto normativo secondo un registro stilistico diverso.

Nel primo periodo il precetto è introdotto dallo stilema “*praetor putavit*”, che sicuramente rapportava la regola al contenuto dell’albo. Nel secondo periodo, la stessa regola – declinata questa volta nell’ambito della *confirmatio* magistratuale dei tutori – è invece condensata nel sintagma “*tantundem praetor facit*”. Risalta immediatamente il cambio di tempo verbale, dal perfetto al presente, mentre resta invariato il modo indicativo. Si può inoltre osservare che se il verbo “*puto*” rimanda al compimento di una valutazione, per contro “*facere*”, in quanto *verbum agendi*, sembra quasi suggerire l’idea dello svolgimento d’un atto materiale. Questi rilievi inducono a supporre che nel secondo periodo del passo Ulpiano dia conto d’una prassi interpretativa della disposizione edittale, e non d’una norma presente a sua volta nell’albo.

A questo proposito si tenga anche conto che nell’esordio del § il giurista aveva enunciato una delle condizioni di validità della *datio tutoris* testamentaria: l’ascendente dava *recte* il tutore all’impubere quando esercitava la *patria potestas* su di lui¹³. Non sappiamo se la seconda clausola di *EP* § 121 facesse o meno riferimento a una *datio tutoris* valida. La soluzione dell’interrogativo permetterebbe di capire se la prassi pretoria esposta dall’autore severiano nel secondo periodo di *D. 26.7.3.1* mettesse capo a un’interpretazione estensiva o analogica del testo edittale. In assenza di dati esterni al passo che consentano di ipotizzare quali fossero i *verba edicti*, rispondere al quesito non è possibile. Vale tuttavia la pena di

¹² A titolo del tutto speculativo, giacché l’argomento non è sostenuto da nessuna testimonianza, si potrebbe immaginare che, quando il padre avesse indicato il tutore amministratore nel testamento, difficilmente un contutore avrebbe preteso di ottenere la gestione ricorrendo alla *provocatio*: una simile condotta, irrispettosa della disposizione del defunto, avrebbe potuto essere ritenuta contraria all’*honestas* che si pretendeva dal tutore. Se così fosse effettivamente stato, un caso di potenziale conflitto tra il criterio della *provocatio* e quello della *voluntas testatoris* sarebbe stato poco probabile.

¹³ Sappiamo già che non era l’unica: cfr. le *partitiones* in *Mod. 4 excus. D. 27.1.13.12* e *6 excus. D. 26.3.1.1*, su cui *supra*, fr. 4.

segnalare che l'iterazione del sintagma "*si parens destinaverit testamento*" sia nel primo sia nel secondo periodo del brano, oltre che nel successivo D. 26.7.3.6, suggerirebbe che quantomeno quelle parole potessero comparire nell'albo; e tali parole – questo il punto essenziale - non rimandano esplicitamente a una *datio tutoris* valida.

Ad ogni modo, anche qualora si fosse trattato di un'interpretazione analogica, qualora cioè l'editto avesse riferito il criterio "*si parens destinaverit testamento*" al solo caso dei tutori nominati *iure*, la *laudatio edicti* («*meritoque parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit*») fornirebbe la *ratio* dell'analogia: pure di fronte a una nomina irregolare, l'ascendente del pupillo sarebbe rimasto il più indicato a designare la persona del gerente. La sua volontà meritava d'essere seguita: essa, del resto, era generalmente assecondata nella *confirmatio* magistratuale dei tutori da lui irregolarmente dati.

L'aspetto complessivo della disciplina, quale risultava dall'applicazione della clausola edittale nella prassi giurisdicente del pretore, è infine riassunto nella chiusa del passo: «*si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret*». Il magistrato reputava che la volontà del *parens* riguardo alla persona cui affidare la gestione doveva essere tenuta in considerazione, prescindendo da eventuali vizi che avessero invalidato la *datio tutoris*: ciò, diremo più avanti esaminando D. 26.7.3.3-4 (*infra*, fr. 11), non sarebbe però avvenuto senza eccezioni.

Con le ultime parole del § Ulpiano ritorna sul motivo dell'amministrazione individuale della tutela già introdotto in sede di commento alla prima clausola di *EP* § 121 (cfr. «*ut solus administret*» in D. 26.2.17 pr.). Nel luogo citato da ultimo, il giurista muoveva da una fattispecie nella quale la gestione individuale era affidata al tutore che avesse offerto la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*', «*ut edicto cavetur*»: subito Ulpiano trattava però anche l'ipotesi di una *satisdatio* prestata da più contutori, da cui derivava una situazione di amministrazione collegiale (*supra*, fr. 6). In D. 26.7.3.1, invece, l'autore presenta soltanto il caso dell'elezione di un amministratore unico, forse a testimonianza del fatto che la pratica conoscesse soprattutto la designazione di gerenti individuali, o quantomeno che questo caso meritasse d'essere trattato in un commento edittale, vale a dire in un'opera non monografica sulla tutela¹⁴. Avremo d'altro canto occasione di notare, analizzando l'altra *laudatio* all'editto *De administratione tutorum* contenuta in D. 26.7.3.6 (*infra*, fr. 12), che l'affidamento della *gestio* a una sola persona era lo scopo prioritario perseguito dall'intera disciplina di quest'editto: Ulpiano riteneva opzione preferibile la gestione individuale, dal momento che il singolo tutore avrebbe potuto agire e resistere in giudizio in modo più agevole rispetto a un collegio di amministratori.

¹⁴ Per un caso di gestione collegiale per volontà del testatore cfr. Pap. 4 *resp.* D. 26.2.26.1.

4. Al § 2 il giurista passa a considerare la posizione dei tutori testamentari non destinati all'amministrazione, comunemente («*vulgo*») chiamati "*honorarii*". Non doveva ritenersi – avverte l'autore, come a voler cogliere una contraddizione con il carattere onorifico della nomina – che costoro fossero estranei al rischio d'incorrere in responsabilità per i danni cagionati al pupillo dalla gestione della tutela («*nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare*»).

Il testatore era perciò messo in guardia dal distribuire con leggerezza questo tipo di *honores*: se era certamente vero che i tutori onorari per definizione non gerivano, non di meno la loro designazione nel testamento produceva importanti effetti giuridici. Essi dovevano esercitare una funzione di vigilanza sull'attività dell'amministratore («*dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes*»); era loro obbligo promuovere l'*accusatio suspecti* contro il gerente che avesse tenuto un comportamento non consono ai doveri del suo ufficio («*imputabitur eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt*»): a tal fine essi dovevano preoccuparsi di esigere la rendicontazione degli atti di gestione («*adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet*»), e di verificare che, sussistendone le condizioni, l'amministratore depositasse debitamente il danaro liquido del pupillo onde procedere all'acquisto di immobili («*et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem*»)¹⁵. L'omissione di tale vigilanza era fonte d'una responsabilità sussidiaria a quella del gerente: i tutori onorari sarebbero infatti stati escussi solo in caso d'insolvenza dell'amministratore («*constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere*»). Quest'ultimo, in quanto tutore testamentario, non era oltretutto obbligato a prestare la *satisfactio* '*rem pupilli salvam fore*' (D. 26.2.17 pr.): in assenza di garanti, gli *honorarii* sarebbero quindi stati escussi immediatamente dopo il gerente.

Dal lungo passo in commento si ricava anzitutto un'informazione di carattere terminologico: i tutori estranei alla gestione per volontà del testatore erano comunemente identificati con l'attributo "*honorarii*"¹⁶. Soffermandosi brevemente sull'intensione di

¹⁵ Sull'obbligo della *depositio pecuniarum* e della *comparatio praediorum* avremo modo di soffermarci *infra*, fr. 17.

¹⁶ La critica interpolazionista ha dubitato della classicità del vocabolo, ritenendolo una sintesi postclassica della perifrasi "*tutor honoris causa datus*" attestata in Paul. *l. s. ad or. Ant. et Comm.* D. 23.2.60.2 e in Pap. 4 *resp.* D. 26.2.26.1: vd. S. SOLAZZI, *Fantasie e riflessioni sulla storia della tutela*, 1. *L'abdicatione tutelae* (1921) ora in *Scritti* cit., 2.361. A fronte di questo argomento è anzitutto da notare che nel citato passo di Paolo si trovano sia la dizione estesa "*tutor honoris causa datus*" sia quella sintetica "*tutor honorarius*". Se l'aggettivo "*honorarius*" fosse stato d'origine tarda, esso sarebbe stato intruso nel testo per effetto d'un intervento compilatorio; ma un intervento simile ragionevolmente avrebbe sostituito tutte le occorrenze della circonlocuzione "*tutor honoris causa datus*". Sarebbe cioè accaduto il contrario di ciò che risulta dal brano paolino, dove invece la forma che si

quest'aggettivo, ci si può chiedere se esso individuasse soltanto il tutore testamentario non gerente, oppure denotasse ogni tutore cui non era affidata l'amministrazione, indipendentemente dalla fonte della sua nomina all'ufficio. Gli altri passi in cui occorre il nostro termine, o la perifrasi omologa "*tutor honoris causa datus*", sono i seguenti: Paul. *l. s. ad or. Ant. et Comm.* D. 23.2.60.2, Pap. 4 *resp.* D. 26.2.26.1, Ulp. 30 *ad Sab.* D. 46.3.14.1, ai quali è da aggiungere Mod. 6 *excus.* D. 27.1.15.9, in cui è attestato "κατὰ τιμὴν", traduce greco di *honoris causa*¹⁷.

Consideriamo rapidamente il contenuto di questi testi.

In D. 23.2.60.2 Paolo si chiede se il senatoconsulto che vietava le nozze tra la pupilla e il suo tutore o il figlio di lui¹⁸, si applicasse anche al *tutor honoris causa datus*. Nel dare risposta affermativa al quesito, il giurista presuppone la qualifica di tutore onorario, e non dà informazioni circa il modo della sua attribuzione, se per testamento o anche per altra fonte¹⁹. Né può inferirsi qualche dato ulteriore dal contesto, poiché il resto del frammento tratta di fattispecie irrelate al nostro problema.

In D. 26.2.26.1 Papiniano considera il caso di più contutori dati per testamento, uno dei quali veniva demandato dal padre a ricevere il rendiconto dell'amministrazione gerita dagli

vorrebbe genuina sopravvive accanto a quella reputata tardoantica. In D. 26.7.3.2, inoltre, Ulpiano scrive che quello di "*honorarius*" era l'appellativo con cui comunemente veniva denominato il tutore non designato alla gestione dal testatore. Una certa "presa di distanza" dall'aggettivo in parola si legge anche in un altro passo dello stesso giurista (30 *ad Sab.* D. 46.3.14.1): *Sunt quidam tutores, qui honorarii appellantur*. Come a segnalare che questo modo d'individuare tale categoria di tutori non era del tutto esaustivo: rispetto alla forma estesa "*tutor honoris causa datus*", esso infatti oblitera il riferimento alla *datio*, che tecnicamente connotava la nomina del tutore testamentario. Offuscata, di conseguenza, sarebbe stata l'allusione al testatore, cioè al soggetto che attribuiva l'*honor*. È insomma possibile che le due forme, quella estesa e quella sintetica, fossero entrambe in uso al tempo di Ulpiano (e di Paolo), e che i giuristi talvolta abbiano adoperato per comodità d'esposizione l'aggettivo "*honorarius*", pur consapevoli che la perifrasi "*tutor honoris causa datus*" fosse tecnicamente preferibile.

¹⁷ Le stesse fonti sono richiamate in proposito anche da ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 451 nt. 104 e da VOGLI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 113 nt. 136 (ove altra bibl.).

¹⁸ Cfr. Paul. *l. s. de adsign. libert.* D. 23.2.59, da cui risulta che il divieto s'estendeva anche al nipote del tutore: *Senatus consulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur*.

¹⁹ Paul. *l. s. ad or. Ant. et Comm.* D. 23.2.60.2: *Quid ergo si honoris causa tutor datus sit? quatenus nec huiusmodi tutela in numerum computatur, numquid idem sit? sed ratio in contrarium ducit, quod dictum est et honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam*.

altri contutori. Costui, dice il giurista, non doveva considerarsi un tutore *honoris causa datus*²⁰.

Nella parte finale di D. 27.1.15.9 Modestino scrive che non era conteggiata come una tutela, s'intende ai fini dell'*excusatio trium tutelarum*, la semplice prestazione di garanzia per una tutela altrui o per chi era stato iscritto come tutore onorario²¹: l'uso del verbo "γράφειν" per indicarne la designazione rimanda anche in questo caso alla *datio* testamentaria²².

In D. 46.3.14.1 Ulpiano afferma che si poteva validamente pagare a ciascun contutore, pure se non gerente, a patto però che l'amministrazione non gli fosse stata specificamente interdotta dal pretore. Il passo tratto dai commentari *ad Sabinum* enumera diverse categorie di tutori, tra cui gli *honorarii*, e ciascuna *species* è individuata in base al suo rapporto con l'amministrazione della tutela. Nel dire dei tutori amministratori, il § riepiloga i criteri di affidamento della *gestio* contenuti nella seconda clausola di *EP* § 121, a cominciare dalla destinazione paterna²³. Anche questo brano parrebbe perciò doversi ascrivere al contesto della tutela testamentaria.

A eccezione del passo di Paolo, che allo scopo offre un dato neutro, gli altri testi in cui si fa riferimento ai tutori onorari si richiamano tutti, più o meno esplicitamente, alla *datio tutoris* testamentaria. Si può pertanto concludere che verosimilmente l'attributo "*honorarius*" designava, nell'insieme dei tutori non gravati dell'incarico gestorio, solo quelli nominati per testamento²⁴.

²⁰ Pap. 4 *resp.* D. 26.2.26.1: *Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit.*

²¹ Mod. 6 *excus.* D. 27.1.15.9: Ἐὰν ὁ τῆς πόλεως ἄρχων, τοῦτ' ἔστιν ὁ στρατηγὸς διαπιπτούσης αὐτῷ τῆς χειροτονίας ὑπεύθυνος γένηται κινδύνῳ ἐπιτροπῆς, ταύτην οὐ συναριθμήσει ἄλλαις ἐπιτροπαῖς, ὥσπερ οὐδὲ ὁ ἐγγυησάμενος ἐπιτροπήν, ἀλλ' οὐδὲ οἱ κατὰ τιμὴν ἐπίτροποι γραφέντες.

²² Per il lat. "*scribere*" in relazione alla *datio tutoris* testamentaria cfr. tra i molti Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.2.3.1 (su cui *supra*, fr. 3), Ulp. 36 *ad Sab.* D. 26.2.10.2, Iul. 21 *dig.* D. 26.3.3.

²³ Ulp. 30 *ad Sab.* D. 46.3.14.1: *Sunt quidam tutores, qui honorarii appellantur: sunt qui rei notitiae gratia dantur: sunt qui ad hoc dantur, ut gerant, et hoc vel pater adicit, ut unus puta gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit. dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum etsi honorariis (nam et ad hos periculum pertinet), recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio et rell.* Il tratto '*sunt qui rei notitiae gratia dantur*' è espunto dal MOMMSEN, *Ed. mai. ad h. l.* La categoria dei tutori "*rei notitiae gratia dati*" in effetti compare nell'enumerazione iniziale, ma non è ripresa, a differenza di quella degli "*honorarii*", al momento dell'illustrazione della regola e della sua applicazione.

²⁴ Del medesimo avviso ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 451, che riferisce ai soli testamentari la qualifica di "*honorarius*": «La designazione testamentaria a tutore fu considerata, per il designato, una manifestazione di stima; e s'affermò l'uso di designare taluno quale tutore solo a titolo onorifico (*tutor honoris causa datus*, o *tutor honorarius*); e cioè senza incarico di effettiva gestione dell'ufficio tutorio: non mancò, comunque, una certa responsabilità (*periculum*) anche del tutore *honoris causa*, per mancata sorveglianza sull'operato dei tutori effettivi».

Si può però provare a precisare ulteriormente l'intensione del nostro termine, per come essa emerge dal contesto del commentario ulpiano. Leggendo in sequenza i §§ 1-2 di D. 26.7.3 si desume infatti *a contrario* che erano propriamente onorari i tutori che il testatore non aveva destinato alla gestione. Oltretutto, commentando l'altro criterio contenuto nella seconda clausola di EP § 121 (D. 26.7.3 §§ 7 ss.), in ragione del quale l'affidamento dell'*administratio* a uno dei contutori dati per testamento non dipendeva dalla volontà del testatore, ma dalla decisione dei contutori o del pretore, il giurista non definisce "*honorarii*" i non gerenti. Sulla base di questo duplice rilievo si potrebbe dunque argomentare che, almeno nell'accezione in cui l'adopera Ulpiano nei passi traditi attraverso il Digesto, quest'aggettivo designasse i tutori testamentari esentati dalla gestione per volontà dello stesso testatore. E in effetti avrebbe avuto senso parlare di una nomina onorifica solo se l'intenzione di non onerare il tutore della gestione fosse dipesa dalla *voluntas testatoris*. Non designando il gerente, il *parens* mostrava indifferenza verso la scelta dell'amministratore, ovvero eguale fiducia in ciascuno dei nominati: tutti avrebbero potuto astrattamente gestire.

5. Venendo ora al contenuto normativo di D. 26.7.3.2, è da dire anzitutto che la sua ricezione da parte degli interpreti moderni è stata largamente influenzata dal giudizio della critica interpolazionista, l'eco del quale s'avverte ancora nell'opinione del Voci, che nel suo importante articolo dedicato alla responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini aveva modo di esprimersi in questi termini: «La responsabilità del *tutor honorarius* risulta aggravata in diritto giustiniano; ma il testo di Ulpiano, ch'è fondamentale in materia, può ritenersi classico fino al punto in cui impone l'obbligo di *suspectum facere* il collega»²⁵. Ad avviso dello studioso, dunque, l'originale non avrebbe fatto cenno al controllo sulla rendicontazione, né alla vigilanza sull'adempimento dell'obbligo di depositare il danaro pupillare *ad praediorum comparationem*.

Quanto al primo dei due temi, può essere utile confrontare nuovamente il nostro testo con il già citato passo di Papiniano che si legge in D. 26.2.26.1²⁶. Abbiamo visto poc'anzi che questo brano tratta il caso di un tutore nominato per testamento dal padre del pupillo, con il compito di ricevere il rendiconto ("*rationes accipere*") dagli altri contutori, ai quali lo stesso testatore aveva affidato la gestione tutelare. Papiniano sosteneva che il tutore nominato con quel fine specifico non si considerava *honoris causa datus*. Si direbbe che l'espressione

²⁵ VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 113 (con la bibl. di nt. 137).

²⁶ Riportato per intero *supra*, alla nt. 20. Sostengono l'esistenza d'una *dissensio* tra Ulpiano e Papiniano P. BENIGNI, *Il tutore onorario*, in *Arch. Giur.* 73 (1904) 499-506; LECOMTE, *La pluralité des tuteurs en droit romain* cit., 138-140.

“*rationes accipere*” di D. 26.2.26.1 descriva la conseguenza del “*rationem exigere*” di D. 26.7.3.2; i due sintagmi parrebbero cioè alludere alla stessa azione da punti di vista speculari.

La versione del responso conservata dal Digesto non reca traccia della motivazione; non sappiamo quindi se Papiniano argomentasse o meno il proprio pensiero. Può darsi che il giurista reputasse onorifica solamente una nomina con cui il testatore non gravava il tutore di alcun onere, e dunque che bastasse un mandato esplicito da parte del testatore, seppure non avente per oggetto il compimento di atti di gestione, bensì il controllo della loro rendicontazione, per far venir meno i benefici che spettavano al tutore onorario, *in primis* quello d’essere escusso dopo i gestori. Non parrebbe pertanto che nella giurisprudenza classica esistesse un dibattito attorno al regime giuridico e alle funzioni del tutore onorario. Il parallelo con il passo di Papiniano mostra ad ogni modo che il tratto «*adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet*» in D. 26.7.3.2 non deve considerarsi necessariamente insitico.

Un altro confronto testuale può poi aiutare a delineare i termini della questione sulla genuinità dell’inciso successivo, inerente la sorveglianza sulla “*depositio pecuniarum*”: «*et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem*». Affrontando *ex professo* la materia dell’*accusatio suspecti*, Ulpiano scrive, sempre nel XXXV libro *ad edictum*, che tale procedimento poteva essere tra l’altro promosso contro il tutore che si fosse ostinato a non depositare il danaro del pupillo necessario agli acquisti immobiliari²⁷. È evidente la complementarità di quest’annotazione con l’inciso di D. 26.7.3.2 che stiamo considerando: i tutori onorari dovevano vigilare sulla *depositio pecuniarum*, perché l’inadempimento di quell’obbligo sarebbe valso all’amministratore la *remotio ut suspectus*, che era loro dovere proporre. Il giurista sta insomma dettagliando *per exempla* l’estensione dell’obbligo di *suspectum facere* il collega gerente: obbligo che sorgeva ogni qual volta la gestione dell’amministratore, indipendentemente dal suo dolo, si stesse rivelando dannosa o pericolosa per il pupillo, come risulta da un altro luogo di Ulp. 35 *ad ed.* (D. 26.10.3.5)²⁸. Il dovere di vigilanza sulla gestione e quello di promuovere l’*accusatio suspecti*, entrambi ricordati in D. 26.7.3.2, erano le due facce della medaglia: constatata l’eventuale *mala gestio* dell’amministratore, i tutori onorari dovevano avviare il procedimento di *accusatio*, onde

²⁷ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.16: *Qui pecuniam ad praediorum emptionem conferre neque pecuniam deponere pervicaciter perstant, quoad emptionis occasio inveniatur, vinculis publicis iubentur contineri, et insuper pro suspectis habentur. sed sciendum est non omnes hac severitate debere tractari, sed utique humiliores: ceterum eos, qui sunt in aliqua dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere.*

²⁸ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.5: *Nunc videamus, ex quibus causis suspecti removeantur. et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus iam tutor et rell.*

sottrarsi al rischio d'incorrere a loro volta in responsabilità, seppur sussidiaria all'insolvenza del gerente.

Si comprende così che tutto il discorso svolto nel passo è coerente e logicamente concatenato. Dall'esame delle scritture contabili sarebbero potute emergere le irregolarità gestionali che i tutori onorari dovevano denunciare nel procedimento di *accusatio*: Ulpiano perciò prescriveva loro di esigerne l'esibizione. I medesimi registri avrebbero inoltre mostrato se il pupillo disponeva di liquidità sufficienti all'acquisto di immobili, liquidità il cui mancato deposito del pari legittimava il promovimento dell'*accusatio*. Si potrebbe sostenere che i Compilatori abbiano al limite riassunto la trattazione ulpiana, oppure che ne abbiano espunto alcuni passaggi: nell'opera originale, il giurista potrebbe ad es. aver elencato qualche altro caso, oltre all'omessa *depositio pecuniarum*, in cui i tutori onorari dovevano "*suspectum facere*" il gerente. Parrebbe invece potersi affermare che i riferimenti al "*rationem exigere*" e al "*curare ut pecunia deponatur*" corrispondano al pensiero dell'autore, e non siano interpolazioni posteriori. Né del resto gli studiosi moderni mettono in dubbio che la responsabilità dei tutori non gerenti fosse sanzionata al tempo dei Severi²⁹.

Una brevissima considerazione, infine, sulla chiusa del §: «*blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri: tenentur enim secundum ea quae supra ostendimus*». Il periodo finale ribadisce, conferendo struttura circolare al passo, il principio affermato in esordio, subito dopo la *definitio* dei tutori onorari: «*nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare*». Vedremo nel seguito della nostra analisi che le proposizioni con funzione riassertiva o di riepilogo (che per effetto della paragrafazione risultano sovente in chiusura di §) sono un tratto ricorrente, se non nello stile individuale del giurista, per lo meno nella porzione di commento qui esaminata (*infra*, fr. 14 e 15).

²⁹ BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., 1.621, fa risalire al tempo di Marco Aurelio l'introduzione della relativa *actio utilis*: lo segue VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 112. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 483 nt. 277 non fissa esplicitamente un *terminus a quo*, ma cita, tra le fonti che presuppongono questo rimedio, una costituzione di Caracalla del 213 (C. 5.54.2).

Fr. 11 = L. 999 (parte II) = D. 26.7.3.3-5

Quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegavit, attamen nonnumquam ab hoc recedet, ut puta si pater minus penso consilio hoc fecit, forte minor viginti quinque annis, vel eo tempore fecit, quo iste tutor bonae vitae vel frugi videbatur, deinde postea idem coepit male conversari ignorante testatore, vel si contemplatione facultatum eius res ei commissa est, quibus postea exutus est. [4] Nam et si unum pater dederit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores: nam imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum italicarum, alium rerum africanarum, curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt voluntatem. [5] Quod in tutoribus scriptum est, et in curatoribus erit observandum, quos pater testamento destinavit a praetore confirmandos.

Nonostante il pretore dica che affiderà la tutela preferibilmente a colui al quale il testatore l'ha delegata, talvolta egli si discosterà da questa regola: ad esempio nel caso in cui il padre - magari minore di venticinque anni - l'abbia fatto con una decisione non ponderata, oppure in un momento nel quale il tutore designato gli sembrava un uomo avveduto e di onesta condotta, e poi questi ha preso ad agire male all'insaputa del testatore, oppure ancora nel caso in cui la gestione della tutela sia stata affidata a taluno in ragione del suo patrimonio, del quale è stato poi spogliato. [4] E anche se il padre abbia nominato un solo tutore, talvolta a questo sono affiancati dei curatori: in proposito il nostro imperatore, insieme a suo padre, ha infatti emesso un rescritto secondo cui, dal momento che un tale aveva dato come tutori due suoi liberti, uno per i beni siti in Italia, l'altro per quelli in Africa, dovevano essere loro affiancati dei curatori. Gli imperatori non hanno quindi seguito la volontà del padre. [5] Ciò che s'è scritto per i tutori, si osserverà anche con riguardo ai curatori che il padre ha designato nel testamento e che andranno confermati dal pretore.

COMMENTO

1. L'accertamento del pretore sulla designazione paterna del gerente. 2. (segue) Un confronto con Tryph. 14 disp. D. 26.3.8 e 10. 3. I *curatores impuberi* aggiunti d'ufficio al tutore testamentario. 4. Le cause della designazione dei curatori aggiunti. 5. La *confirmatio curatoris* nella storia degli studi. 6. Critiche testuali a D. 26.7.3.5. 7. La categoria di curatori cui si riferisce D. 26.7.3.5.

1. Terminato l'*excursus* sui tutori onorari e sul regime giuridico che s'applicava loro, Ulpiano torna a trattare il tema dell'individuazione del tutore gerente. La congiunzione

“*autem*”, in apertura del § 3, non istituisce un collegamento logico-sintattico con la digressione appena conclusa, ma è da leggersi in rapporto al § 1, rispetto al cui contenuto essa assume funzione avversativa. Quest’ultimo passo affermava che il pretore s’era impegnato nell’Editto ad affidare l’amministrazione della tutela alla persona designata nel testamento del padre del pupillo, e la regola viene ora ribadita. Tale norma, commenta però il giurista, doveva contemplare uno spazio di eccezione allorché ne fosse in concreto difettata la *ratio*, cioè che «*merito parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit*» (D. 26.7.3.1). In particolare, ogniqualvolta la designazione paterna si fosse rivelata poco avveduta, prospettandosi potenzialmente lesiva per gli interessi del pupillo, il magistrato avrebbe potuto e dovuto discostarsi dal principio edittale, affidando la gestione a persona diversa da quella indicata dal padre (§ 3), oppure dando dei curatori che si sarebbero affiancati al designato nell’amministrazione (§ 4).

Esaminiamo ora ciascun testo singolarmente.

Al § 3 sono esemplificativamente rappresentate tre fattispecie in cui l’inadeguatezza della scelta paterna si traduceva nella designazione di un gerente non idoneo. Che si tratti di un’esemplificazione risulta dalle parole dello stesso Ulpiano, il quale introduce con l’espressione “*ut puta*” l’elenco di possibili fattori che avrebbero potuto influire negativamente sulla designazione testamentaria del gerente.

La decisione del testatore poteva innanzitutto essere compromessa da una valutazione non ponderata, magari perché compiuta da un minore di venticinque anni («*si pater minus penso consilio hoc fecit, forte minor viginti quinque annis*»). Seppure enunciato mediante l’uso di “*forte*”, cioè di un avverbio che esprime l’eventualità (quindi come un sotto-esempio dell’esempio principale), è significativo che in questa sede il giurista faccia il solo caso della minore età quale indice della scarsa avvedutezza di giudizio del *pater*. È da chiedersi se nella pratica fosse questo l’unico criterio di valutazione impiegato dal magistrato; ne sarebbe evidentemente risultata una tendenziale conservazione della volontà paterna. Un padre poco accorto, si potrebbe dire innescando una sorta di circolarità con i due esempi che Ulpiano fa subito di seguito nel testo, avrebbe potuto giudicare erroneamente la solidità finanziaria del tutore o la sua levatura morale.

Il pretore – continua infatti il brano - era tenuto a discostarsi dalla *voluntas testatoris* anche quando il tutore, designato alla *gestio* in ragione della sua onesta condotta di vita, avesse poi preso a comportarsi male all’insaputa dello stesso testatore. In questa seconda ipotesi l’autore assume che la scelta del *pater* fosse stata avveduta («*iste tutor bonae vitae vel frugi videbatur*»): la sua volontà non era quindi disattesa perché inficiata da un giudizio poco ponderato, ma perché doveva presumersi che egli l’avrebbe mutata se avesse conosciuto il diverso e peggiore contegno del designato.

Quali comportamenti formassero oggetto dell'accertamento magistratuale non è specificato: le espressioni "*tutor bonae vitae vel frugi*" e appena più avanti, per contrasto, "*male conversari*" lasciano anzi pensare che l'indagine dovesse avere un raggio assai ampio. Ciò che del resto s'accorda con le caratteristiche della *cognitio* per come Ulpiano le aveva delineate in D. 26.2.17.2, ove del tutore candidato alla gestione per avere egli offerto la *satisdatio 'rem pupilli salvam fore'*, è detto che il pretore doveva indagare «*quis et qualis est*» (*supra*, fr. 6). Analogo, rigoroso scrutinio dell'idoneità morale, oltretutto patrimoniale, sarà valso perciò anche per chi era candidato alla gestione non in esito al meccanismo della *provocatio*, ma per volontà del testatore.

L'ultimo esempio presentato nel passo riguarda il dissesto finanziario del tutore, che avrebbe frustrato la scelta del testatore di affidargli la gestione tutelare in ragione della solidità del suo patrimonio («*si contemplatione facultatum eius res ei commissa est, quibus postea exutus est*»). Anche in questo caso, come già nel precedente, non era la scarsa avvedutezza del padre a giustificare l'eccezione alla regola per cui avrebbe gerito il tutore designato dal testatore, ma una posteriore modificazione della realtà, che aveva reso la scelta del padre non più confacente agli interessi del pupillo.

Nella formulazione di quest'ultima ipotesi Ulpiano non ripete l'ablativo assoluto "*ignorante testatore*" che compariva in quella del secondo esempio. Ci si può perciò chiedere se il magistrato fosse autorizzato a disattendere la volontà del padre solo se questi non avesse conosciuto il dissesto economico del designato, oppure se al contrario rilevasse il solo fatto obiettivo della mutata situazione patrimoniale. Nel silenzio del testo, può essere utile rileggere quanto il giurista aveva scritto in D. 26.2.17.1, in sede di commento alla prima clausola di *EP* § 121: l'amministrazione della tutela - argomentava l'autore - poteva essere affidata anche al contutore che non avesse offerto di prestare la *satisdatio 'rem pupilli salvam fore'*, qualora egli si fosse rivelato idoneo e onesto, e il collega che aveva offerto la garanzia fosse stato al contrario privo di tali requisiti (vd. ancora *supra*, fr. 6). L'idoneità del tutore era soprattutto commisurata alla sua solidità finanziaria, ovviamente in rapporto all'ammontare del patrimonio pupillare da gestire. Se ne potrebbe dunque dedurre che l'affidabilità economica era secondo Ulpiano una delle condizioni necessarie perché un tutore potesse ottenere l'*administratio*: il dissesto patrimoniale del tutore destinato alla gestione nel testamento avrebbe perciò giustificato l'affidamento dell'ufficio ad altro contutore, anche quando il testatore ne fosse stato a conoscenza, lasciando ciò nonostante immutata la propria designazione.

2. Una casistica quasi del tutto coincidente con quella appena vista in D. 26.7.3.3 si ritrova anche in un passo tratto dal *liber XIV disputationum* di Trifonino, con il quale è quindi

opportuno un raffronto. Il testo si legge ai fr. 8 e 10 di D. 26.3, intercalato al fr. 9 da un brevissimo lacerto di Paolo¹, e tratta la conferma dei tutori dati irregolarmente dal padre nel testamento. Il brano si trova perciò *in sede materiae*, ossia nel titolo D. 26.3 *De confirmando tutore vel curatore*.

Trifonino afferma che nella procedura di conferma era compito del magistrato indagare (“*inquirere*”) se la volontà del padre di dare ai figli il tutore che egli aveva indicato nel testamento perdurasse al tempo della sua morte; se dunque, in quel momento, *scriptum* e *voluntas* coincidessero ancora: diversamente, non si sarebbe fatto luogo alla conferma. L’accertamento – continua il giurista – sarebbe stato agevole se la confezione del testamento, e soprattutto la redazione della clausola contenente la *datio tutoris* fossero state di poco anteriori alla morte del *pater*. Se invece esse fossero state di molto risalenti, avrebbero nel tempo potuto verificarsi fatti tali da incrinare la fiducia del *pater* nel tutore da lui designato²:

¹ Cfr. LENEL, *Pal.* 2.369 s., ove i due frammenti di Trifonino appaiono concatenati.

Tryph. 14 disp. D. 26.3.8: *In confirmando tutore hoc praetor inquirere debet, an duraverit patris voluntas: quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. nam si ante annos, ut spatium medio potuerit facultatum dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emerit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt,*

Tryph. 14 disp. D. 26.3.10: *Utilitatem pupillorum praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum. nam patris voluntatem praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa praetor de tutore comperta habet. quid denique si postea de eo, quem pater testamento codicillisve non iure dedit, scripsit tutorem esse nolle? nempe non sequitur primam voluntatem praetor, a qua pater discessit.*

² Lo stesso ordine d’idee si trova espresso anche in un altro passo di Trifonino, che conviene riportare sin d’ora per intero, poiché avremo di nuovo occasione di citarlo a breve (cfr. la nt. seguente):

Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.4: *Quod autem dicitur desisse solvendo esse vel non esse contutores praestare debere, videamus, qualem intellectum habet, id est utrum sufficit nihil deminutum esse de facultatibus contutoris, ex quo tempore datus est, sed eandem faciem patrimonii permansisse, an, etsi nihil post accidit, quod palam faciat deminutionem patrimonii, debet tamen contutor inquirere fortunas contutoris. sed hoc et ex personae qualitate et ex temporis intercapedine, quo testamentum factum est, usque ad mortem patris aliam aestimationem accipere debet: nam aperte prodigo vel cuius bona venierunt (licet obreptum fuerit praetori, qui decreto eum dedit) permittere contutori administrationem non debet, et potuit aliquid pater eorum post testamentum factum accidens ignorasse aut, cum destinatum haberet mutare testamentum, id non fecisse.*

All’atto di confermare un tutore dato *non iure* dal padre, ai contutori era richiesto di fornire informazioni circa la situazione patrimoniale del collega. Il giurista si domanda perciò quale fosse il grado di diligenza che si esigeva da loro in tale circostanza: se cioè, onde evitare d’incorrere in responsabilità, bastava che essi si limitassero a registrare l’assenza di eventi tali da rendere evidente una diminuzione patrimoniale subita dal collega, o se al contrario dovessero svolgere un’indagine più approfondita. La risposta – dice Trifonino - dipende da due fattori: la levatura personale del designato e il lasso di tempo più o meno lungo intercorso tra la designazione testamentaria e la morte del padre del pupillo («*sed hoc et ex personae qualitate et ex temporis intercapedine, quo testamentum factum est, usque ad mortem patris aliam aestimationem accipere debet*»). Si noti che LENEL,

questi avrebbe potuto impoverirsi, oppure rivelare l'indegnità della sua condotta ("*morum improbitas*") prima tenuta nascosta o ignorata dal testatore, o ancora avrebbero potuto emergere inimicizie tra i due (D. 26.3.8). In tutti questi casi il pretore avrebbe dovuto agire nell'interesse del pupillo e non dare seguito alla *voluntas patris* risultante dal testamento (D. 26.3.10): il magistrato l'avrebbe invece assecondata – così argomenta Trifonino - solo nel caso in cui il padre avesse designato il tutore disponendo sul suo conto delle medesime informazioni che egli poteva evincere dalla propria indagine³.

In D. 26.3.10 si trova quindi espressa quella tensione tra *voluntas patris* e *utilitas pupilli* che, sebbene non meno percettibile, in D. 26.7.3.3 resta implicita. Il pretore doveva tendenzialmente dar seguito alla volontà del padre, perché meglio di chiunque altro egli era ritenuto in grado di disporre rettamente per gli interessi del figlio, come Ulpiano aveva detto nella *laudatio edicti* in D. 26.7.3.1. Quando l'attuazione della volontà del padre avesse per contro rischiato di nuocere al pupillo, era l'interesse di questo a dover prevalere sulle disposizioni di quello.

Nell'accostare la testimonianza di Trifonino al brano in D. 26.7.3.3, va anzitutto ribadito che i due luoghi non trattano lo stesso argomento. Il primo brano concerne la *confirmatio* magistratuale del tutore dato irregolarmente dal padre nel testamento; il secondo riguarda invece l'affidamento della gestione tutelare al contutore testamentario cui il *pater* l'aveva nominativamente affidata. Precisata questa differenza, non di meno risalta la parziale sovrapposibilità della casistica illustrata nei due passi: Ulpiano menziona il giudizio paterno poco avveduto ("*minus penso consilio*") circa la scelta dell'amministratore, il cattivo comportamento ("*male conversari*") e il dissesto economico del tutore; Trifonino parimenti cita l'impoverimento ("*facultatium deminutio*") e i cattivi costumi ("*morum improbitas*") del tutore, oltre all'inimicizia tra tutore e padre del pupillo⁴. Ulpiano insomma configura, in sede

loc. ult. cit., riporta il frammento da cui è tratto questo passo, ossia D. 26.7.55, subito dopo D. 26.3.10. Per l'esegesi vd. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 186 s. (con la bibl. di nt. 69).

³ La presunzione che il padre avrebbe modificato la designazione testamentaria se fosse stato a conoscenza della mutata situazione economica del tutore è esplicitata in D. 26.7.55.4 (testo alla nt. prec.): *potuit aliquid pater eorum post testamentum factum accidens ignorasse aut, cum destinatum haberet mutare testamentum, id non fecisse*. Secondo S. SOLAZZI, *L'età del tutore* (1920) ora in *Scritti* cit., 2.318 nt. 12, «il magistrato aveva sempre di mira la convenienza per il pupillo [...] e non importa che la giurisprudenza cerchi di fondare il rifiuto della conferma sulla presunzione che il testatore avrebbe mutato la sua volontà, se avesse conosciuto circa il tutore le circostanze assodate dal magistrato». Concorde DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 186 e nt. 68.

⁴ Si è dubitato che gli ultimi due casi presentati in D. 26.3.8, in corrispondenza delle parole "*vel morum*" e di lì fino alla fine del frammento, corrispondano al pensiero originale di Trifonino: vd. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 184 nt. 65 (con letteratura). La stessa A., *loc. ult. cit.*, così riassume le anomalie formali del brano: « Siccome il primo esempio, relativo al tutore impoverito, è introdotto da *ut*, che regge il congiuntivo *potuerit*, ci attenderemmo la medesima costruzione, con i verbi al congiuntivo, anche in prosieguito. Viceversa,

di affidamento della gestione tutelare, un accertamento magistratuale molto simile a quello che Trifonino prescriveva nell'ambito della *confirmatio* del tutore dato *non iure* dal padre. Ma il tutore destinato all'amministrazione nel testamento, sappiamo da D. 26.7.3.1, poteva a sua volta essere stato confermato.

Quest'ultimo rilievo induce a chiedersi come debbano essere coordinate le informazioni che si ricavano dai due luoghi messi a confronto. Il caso più semplice è quello in cui il pretore affidava l'*administratio* al contutore appositamente designato dal testatore fra quelli che egli aveva dato *iure*: la *datio tutoris* era valida ed efficace, la procedura di conferma non avrebbe perciò avuto luogo. Il solo accertamento che il magistrato doveva compiere riguardava la persona del designato alla gestione, e l'eventuale erronea valutazione del *pater* nel designarlo.

Il problema si pone piuttosto per il caso in cui i contutori dati dal padre fossero stati confermati. Ci si potrebbe infatti chiedere se, secondo Ulpiano, il pretore dovesse compiere accertamenti soltanto sul candidato alla gestione, oppure anche sugli altri contutori da confermare, secondo l'indicazione che sembrerebbe evincersi dal passo di Trifonino in D. 26.3.8. Questo testo – come s'è detto – delinea infatti per la *confirmatio* un tipo d'*inquisitio*

gli altri due esempi, concernenti il tutore rivelatosi dissoluto o nemico del *pater*, presentano verbi all'indicativo (*emersit*; *exarserunt*). Sorge allora il sospetto che Trifonino menzionasse la sola ipotesi del tutore caduto in povertà; e che gli ulteriori casi siano stati aggiunti nel testo posteriormente, forse anche sulla scorta del passo di Modestino in D. 26.2.4 [...], dove si fa parola delle inimicizie sopraggiunte tra il designato e il *pater*. L'asimmetria nella *consecutio modorum* esiste e la studiosa scrupolosamente la evidenzia. È però difficile dire, sulla base del solo rilievo sintattico, se qualcosa, e cosa, sia stato aggiunto al testo originale. Tanto la costruzione di *ut* con il modo congiuntivo quanto quella con il modo indicativo sono infatti accettabili: la prima, dato il contesto, si può rendere con una proposizione consecutiva, la seconda con una causale. In astratto, si potrebbe quindi svolgere un ragionamento speculare a quello proposto dall'Autrice, e attribuire ai Compilatori l'inserzione del primo dei tre esempi. E il passo di Modestino in D. 26.2.4 potrebbe ugualmente essere invocato a suffragio di una simile ipotesi d'interpolazione, giacché esso menziona, accanto al caso del tutore divenuto nemico del padre, quello del tutore impoverito, che in D. 26.3.8 è l'unico ad essere presentato con il modo congiuntivo. In D. 26.2.4 manca invece l'esempio dei cattivi costumi del tutore, ovvero uno dei due che nel brano di Trifonino sono enunciati all'indicativo. Mod. 7 *diff.* D. 26.2.4 [...] *cum [tutor] a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit.* Certo, al di là del dato grammaticale, resta la stranezza di un caso proposto in termini d'eventualità («*potuerit facultatum tutoris fieri deminutio*»), mentre i due casi seguenti sembrerebbero riportati alla stregua di avvenimenti effettivamente accaduti («*morum emersit improbitas*»; «*inimicitiae cum patre exarserunt*»). Nell'impossibilità di decidere con sicurezza la questione, è insomma opportuno accontentarsi di rilevare l'anomalia sintattica (dunque meramente formale, come Desanti giustamente mette in rilievo), senza avanzare argomentazioni reversibili su quale parte del testo sia stata eventualmente interpolata. La nostra indagine è comunque confortata dal fatto che gli esempi in D. 26.3.8 ricorressero con regolarità nei testi dei giuristi classici: lo dimostrano il passo di Modestino appena riportato e quello di Ulpiano del quale ci stiamo occupando, per quanto quest'ultimo – è opportuno ribadirlo - non riguardi direttamente la *confirmatio*.

molto simile all'accertamento che Ulpiano prescriveva di condurre con riguardo al gerente designato, sicché le due indagini avrebbero finito con l'avere sostanzialmente lo stesso oggetto.

Il quesito è oltretutto alimentato da un'opinione sostenuta molto autorevolmente da una parte della dottrina, secondo la quale vi sarebbe stata un'evoluzione, in seno alla giurisprudenza classica, circa il rapporto tra *inquisitio* e *confirmatio*. In un primo momento i giuristi avrebbero sostenuto che il magistrato dovesse “*inquirere*” anche nell'atto di confermare il tutore dato irregolarmente dal padre: Trifonino avrebbe appunto rappresentato questa fase storica. In un secondo momento sarebbe invece prevalso l'orientamento, che emerge dagli scritti di Modestino, in base al quale l'*inquisitio* doveva essere normalmente omessa quando il tutore era nominato dal padre del pupillo, e normalmente espletata quando a designarlo era persona diversa dal *pater*. Questo secondo orientamento sarebbe infine stato accolto nel sistema della Compilazione⁵. Dai testi di Modestino inclusi nel Digesto (segnatamente 7 *diff.* D. 26.2.4⁶ e 6 *excus.* D. 26.3.1.2⁷) emerge infatti chiaramente il principio per cui, nel confermare il tutore dato dal padre, il più delle volte il magistrato non era tenuto all'*inquisitio*, mentre in esordio di D. 26.3.8 Trifonino affermava che «*in confirmando tutore hoc praetor inquirere debet, an duraverit patris voluntas*», esprimendo quella che in effetti ha tutta la parvenza d'una regola.

A questo punto è però opportuna una considerazione. In D. 26.2.4 Modestino scrive che la conferma del tutore dato dal padre avrebbe richiesto l'*inquisitio* nel caso in cui fosse mutata la “*causa*” della *datio tutoris*, e fa due esempi: se il tutore da amico fosse divenuto “*inimicus*” del padre, o da ricco fosse divenuto povero («*veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit*»). Sono evidentemente gli stessi due casi, insieme alla *morum improbitas*, che ricordava già Trifonino in D. 26.3.8. Certamente è plausibile, e non priva di appigli testuali, l'ipotesi di un'evoluzione nel pensiero giurisprudenziale dal tempo di Trifonino a quello, in vero non molto posteriore, di Modestino. Della testimonianza in D. 26.3.8 e 10, però, si può forse ipotizzare una diversa lettura. Può darsi che la regola enunciata all'inizio del brano sottintendesse in realtà uno sfondo di pensiero nel quale essa andava contestualizzata: Trifonino potrebbe cioè aver voluto dire che non in ogni caso il pretore doveva *inquirere* nel modo illustrato nel testo, ma solo qualora l'*inquisitio* fosse stata

⁵ Ha argomentato in questo senso GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 41 ss., 123 ss. La tesi, nei termini ora riassunti, è stata poi ripresa e sviluppata da DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., spec. 182 ss. (con nt. 63).

⁶ Il testo, per la parte che qui interessa, è riportato *supra*, alla nt. 4.

⁷ Mod. 6 *excus.* D. 26.3.1.2: Καὶ ἐὰν μὲν πατήρ ἢ ὁ δεδωκός, περαιτέρω οὐδὲν ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον πολυπραγμονεῖ ὁ ἡγοούμενος, ἀλλὰ ἀπλῶς αὐτὸν βεβαιοῖ· ἐὰν δὲ ἄλλος τις, τότε πολυπραγμονεῖ, τὸ πρόσωπον εἰ ἔστιν ἐπιτήδειον.

tecnicamente necessaria. Inteso a questo modo, il passo non sarebbe in tensione con il pensiero di Modestino.

Svolte queste considerazioni, torniamo a D. 26.7.3.3, per concludere. Quale fosse il pensiero di Ulpiano in merito all'indagine che il magistrato doveva compiere all'atto di confermare i tutori di nomina paterna non parrebbe risultare espressamente, allo stato delle fonti. Egli prescrive però al pretore, nell'atto di affidare l'*administratio* al tutore all'uopo designato nel testamento, gli accertamenti concernenti l'avvedutezza del giudizio del *pater*, la situazione economica e la condotta di vita del tutore medesimo: e il tutore destinato alla gestione, lo si è detto, poteva essere stato confermato dallo stesso pretore. È perciò da supporre che anche Ulpiano ritenesse che il tutore dato irregolarmente dal padre dovesse essere confermato, quantomeno di regola, senza indagini particolarmente approfondite⁸. Se tali indagini si fossero dovute sistematicamente espletare, e se il loro oggetto fosse stato quello descritto da Trifonino in D. 26.3.8, non ci sarebbe stata infatti ragione di condurre un ulteriore accertamento sul singolo tutore destinato alla gestione, perché questo si sarebbe risolto in sostanza in un doppione dell'indagine svolta su tutti i contutori in sede di conferma⁹.

3. Il § 4 affronta un altro caso in cui, come esplicitamente è scritto in chiusura del passo, la volontà del padre di affidare a taluno la gestione della tutela del figlio non veniva assecondata («*nec patris secuti sunt voluntatem*»): oppure, si potrebbe dire, veniva assecondata e al contempo integrata con una *datio curatorum* magistratuale. Non sono l'inidoneità del designato né la scarsa avvedutezza del padre a giustificare qui l'intervento correttivo del pretore: lo è la volontà del testatore d'affidare l'amministrazione a un solo tutore, in situazioni in cui sarebbe stata al contrario necessaria una gestione collegiale.

Il § si apre con un'affermazione molto generale: all'unico tutore testamentario potevano talvolta essere affiancati dei curatori. Non si trattava perciò, a differenza del § precedente, di estromettere dall'*administratio* il tutore cui il padre l'aveva delegata. La *datio* paterna in questo caso era produttiva di effetti. Una valutazione d'opportunità doveva tuttavia indurre l'autorità competente a designare officiosamente altri soggetti che insieme al tutore testamentario si sarebbero fatti carico della gestione.

⁸ Anche nella conferma *sine inquisitione*, logicamente, avrà avuto luogo almeno una cognizione sommaria, se non altro per escludere che nel caso concreto si dovesse procedere alla vera e propria *inquisitio*: in questo senso esattamente DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 190, che alla nt. 80 rimanda ad ACCURSIO, *Glossa in Digestum Infortiatum*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VIII, Torino 1968, 31, ad D. 26.2.4, nt. m., ove l'affermazione di Modestino «*cum [tutor] a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur*» è glossata «*sine diligentiori inquisitione*».

⁹ Si noti in proposito che in D. 26.7.3.3 l'autore severiano non impiega le voci «*inquirere / inquisitio*» per denominare l'accertamento nell'ambito dell'assegnazione della *gestio*.

Il caso prospettato è quello della nomina testamentaria di un unico tutore; non, dunque, quello della destinazione alla *gestio* di uno fra più contutori¹⁰. Ci si potrebbe quindi chiedere se, esigendolo le circostanze, il magistrato o il funzionario imperiale competenti avrebbero potuto affiancare i curatori all'unico tutore gerente pure in presenza dei tutori onorari. Stando almeno ai passi traditi attraverso il Digesto, Ulpiano non pare aver affrontato esplicitamente il problema. Anche la fattispecie considerata nel rescritto di Settimio Severo e Caracalla che il giurista cita nella seconda parte del § si può infatti ricondurre al caso di una gestione monocratica. Il padre del pupillo aveva dato come tutori due suoi liberti, assegnando a uno l'amministrazione dei beni siti in Italia e all'altro quella dei beni africani. Il testatore aveva cioè voluto che costoro amministrassero secondo il regime della tutela divisa, in base al quale ciascun tutore era responsabile per la gestione limitatamente al settore di propria competenza, salvo l'obbligo di promuovere l'*accusatio suspecti* nei confronti del collega, quando avesse potuto constatarne la cattiva amministrazione¹¹.

I due tutori a cui nel rescritto si ordina di affiancare i curatori erano perciò amministratori unici, ognuno per la parte del patrimonio pupillare assegnatagli: nessuno di loro aveva un ruolo di mera sorveglianza sulla gestione altrui, paragonabile a quello dei tutori onorari per come Ulpiano lo descrive in D. 26.7.3.2.

4. Occorre a questo punto interrogarsi sulla *ratio decidendi* del rescritto.

Da un lato è infatti possibile pensare che il motivo dell'aggiunta dei curatori risiedesse nello *status* di liberti dei tutori testamentari, in ragione del quale essi non potevano ottenere l'*excusatio* dalla tutela dei figli e dei nipoti dei loro patroni¹². In questo senso milita un passo

¹⁰ Ulpiano distingue con molta precisione, anche dal punto di vista lessicale, da un lato la nomina testamentaria del tutore, e dall'altro la designazione nel testamento del contutore gerente: la prima è identificata dai vocaboli "*dare / datio*" (ad es. D. 26.2.3, D. 26.2.17.1, *a contrario* D. 26.4.5 pr.); la seconda dalle espressioni "*destinare testamento quis tutelam gerat*" o sinteticamente "*destinare testamento*" (D. 26.7.3.1), "*delegare tutelam*" (D. 26.7.3.3), ancora "*destinare quis gerere debeat*" (D. 26.7.3.6), ed "*eligere tutorem*" (D. 26.7.3.7). Mai, dunque, con i lessemi "*dare*" e "*datio*".

¹¹ Si veda in proposito VOICI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 73 ss.

¹² Cfr. ad es. Alex. C. 5.62.5, *Vat. Fr.* 152; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 472 e nt. 212. Ulp. *l. de off. pr. tutel. Vat. Fr.* 220 menziona un'*oratio Divi Marci* in forza della quale il liberto del patrono e della patrona poteva essere designato alla tutela dei discendenti di costoro, anche qualora avesse potuto far valere un qualche privilegio: [...] *Oratio enim divi Marci ita scripta est, ut patroni patronaevae liberis libertus tutor deligi possit, tametsi aliquo privilegio subnixus sit*. Sul passo si veda DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 258 nt. 34.

delle *Pauli Sententiae* (2.29), dal quale risulta che poteva essere affiancato un curatore al liberto a cui, al pari d'ogni altra causa di scusa, era preclusa anche la *potioris nominatio*¹³.

Dall'altro lato va considerato che in un rescritto di Alessandro Severo, del 231, sembrerebbe essere generalizzato il potere del governatore di aggiungere i curatori al tutore, nel caso il patrimonio da amministrare fosse suddiviso tra diversi luoghi o il *praeses* ritenesse comunque insufficiente un unico amministratore: sembrerebbe cioè che il magistrato potesse procedere all'aggiunta senza che rilevasse lo *status* di liberto o di ingenuo del tutore¹⁴. Il rescritto citato da ultimo ripropone dunque l'ipotesi del tutore che da solo non poteva far fronte al complesso dei doveri gestori, la stessa da cui prende le mosse la trattazione in D. 26.7.3.4¹⁵.

Né il brano del commentario ulpiano né il provvedimento imperiale citato da ultimo specificano per quali cause dovesse ritenersi che un unico tutore non bastava, e occorresse perciò dare i curatori aggiunti, lasciando la valutazione magistratuale almeno apparentemente

¹³ P. S. 2.29: *Libertus, quem pater tutorem dedit, si minus idoneus dicatur, excusari quidem non potest, sed adiungi illi curator potest*. Il passo compare per primo sotto la rubrica "*Qui potiores nominare non possunt*". Della *potioris nominatio*, ossia la facoltà del designato alla tutela di instaurare un procedimento al fine di richiedere la revoca della nomina e la designazione di una persona che vi fosse maggiormente tenuta, si è detto *supra*, fr. 1, nt. 19).

¹⁴ Alex. C. 5.36.3: *Propter late diffusum (id est in diversis locis constitutum) patrimonium, vel quod solus administrationi non sufficias, an tibi tutelam administranti adiungi aliquos curatores oporteat, praeses provinciae, si te non sufficientem deprehenderit, aestimabit*.

¹⁵ Nelle medesime circostanze, il tutore avrebbe anche potuto di propria iniziativa farsi affiancare da un ausiliario ("*adiutor*") di sua scelta: del tutore sarebbe stato in tal caso pure il *periculum*, dunque il rischio d'incorrere in responsabilità per le azioni e le omissioni dannose dell'ausiliario da lui designato. Pomp. 2 *enchirid.* D. 26.7.13.1: *Est etiam adiutor tutelae, quem solet praetor permittere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen ut suo periculo eum constituent*. Secondo ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 457 nt. 139, l'ausiliario del tutore è talora identificato nelle fonti anche con il termine "*actor*": «Si può trattare d'un *curator* nominato dal magistrato, o d'un collaboratore designato dallo stesso tutore, a proprio rischio». I testi citati dall'A. sono i seguenti: Paul. 9 *ad ed.* D. 26.7.24 pr., Mod. 6 *resp.* D. 26.7.32.7, Pap. 2 *def.* D. 26.9.6, Ulp. 9 *ad ed.* D. 46.8.9, Ant. C. 2.12.11 pr., Diocl. – Maxim. C. 5.34.10 e C. 5.61.2, I. 1.23.6. Leggendo in sequenza i §§ 5 e 6 di I. 1.23 si può avere in effetti l'impressione che l'*actor*, costituito per decreto dal pretore o dal governatore provinciale e a rischio del tutore, svolgesse una funzione analoga a quella del *curator adiunctus*. È però possibile che, conformemente al suo significato tecnico consueto, il lessema in parola designasse più propriamente un rappresentante processuale del tutore. Dei passi che menzionano questa figura, D. 26.7.24 (= L. 179) è posto a commento di EP § 29 *Quibus alieno nomine agere liceat*, e D. 46.8.9 (= L. 338), inserito dai Compilatori nel tit. D. 46.8 *Rem ratam haberi et de ratihabitione*, è escerpito dal commento a EP § 32 *De defendendo*. Sembrerebbero riferirsi al compimento di attività processuali anche D. 26.7.39.7, D. 26.9.6 e C. 5.61.2. C. 2.12.11pr. afferma infine che tutori e curatori non potevano essere *procuratores in re pupilli vel adulescentis*, ma dovevano costituire all'uopo un *actor*. La questione merita certamente un approfondimento maggiore: in questa sede ci si può limitare soltanto a farne cenno.

aperta all'apprezzamento delle circostanze del caso concreto. Entrambi i testi menzionano un criterio afferente la dislocazione spaziale del patrimonio pupillare. In C. 5.36.3, il caso del patrimonio suddiviso in più luoghi è però presentato come alternativo a quello del tutore che da solo non riesca a far fronte alla gestione («*propter late diffusum, id est in diversis locis constitutum, patrimonium, vel quod solus administrationi non sufficiat*»). La prima alternativa avrebbe certo potuto identificarsi talvolta con la seconda, nel senso che a un unico tutore poteva risultare difficile gestire un patrimonio geograficamente molto esteso, ma il passo lascia intendere che non era questa la sola causa che avrebbe giustificato l'aggiunta dei curatori.

Di un dato ulteriore va però tenuto conto: il testo del rescritto, che in C. 5.36.3 figura come un provvedimento a sé stante, è in realtà geminato dal più ampio rescritto che si legge in C. 5.62.11, il quale non riporta il tratto «*vel quod solus administrationi non sufficiat*»¹⁶. Anche ammettendo che l'inciso effettivamente non comparisse nel testo originale della costituzione, resta però fermo il fatto che essa, nel contemplare l'ipotesi dell'aggiunta dei curatori al tutore già in carica, prescinde dalla condizione di liberto di quest'ultimo.

Quanto a D. 26.7.3.4, sono opportune a questo punto due considerazioni. In primo luogo va precisato che il criterio geografico è menzionato soltanto nel rescritto che Ulpiano cita come fonte autoritativa a supporto della propria affermazione «*si unum pater dederit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores*». Per quanto è dato leggerne attraverso il Digesto, non sappiamo se la *ratio* del provvedimento imperiale risiedesse nell'estensione del patrimonio da gestire, cui i tutori da soli non avrebbero potuto far fronte, oppure – come s'è detto pocanzi - nello *status* di liberti dei tutori nominati dal padre. In secondo luogo è da notare come proprio l'affermazione in esordio del passo parrebbe generalizzare il principio espresso nel rescritto. L'aggiunta dei curatori non sarebbe quindi stata limitata alla sola eventualità che il testatore avesse nominato tutori i suoi liberti e il patrimonio fosse stato diviso tra più luoghi distanti tra loro.

Le Istituzioni di Giustiniano (1.23.5) elencano *exempli gratia* alcuni casi in cui i pupilli avrebbero potuto ricevere un curatore, oltre al tutore che già avevano. Le fattispecie

¹⁶ Alex. C. 5.62.11: *Testamento tutor datus, ut a bonis his excuseris, quae pupilli tui in alia provincia quam unde es ubique moraris possident, intra quinquagesimum diem postulare debuisti. [1] Quod si facere cessasti, excusatio quidem temporis praescriptione submovetur, sed propter late diffusum patrimonium an tibi adiungi aliquos curatores oporteat, praeses provinciae, si te insufficientem deprehenderit, aestimabit.* Rispetto alla redazione di C. 5.36.3, la seconda parte del § 1 di C. 5.62.11 presenta le seguenti differenze: non compare la parentetica “*id est in diversis locis constitutum*” interposta tra l'aggettivo “*diffusum*”, di cui essa è esplicativa, e il sostantivo “*patrimonium*”, cui l'aggettivo si riferisce; non compare, dopo il tratto “*propter ... patrimonium*”, il caso alternativo “*vel quod solus administrationi non sufficiat*”, come appena rilevato nel testo; non compare, dopo il pronome “*tibi*”, la precisazione “*tutelam administranti*”.

menzionate sono le seguenti: tutore legittimo inidoneo, cui non poteva aggiungersi un altro tutore, in forza del principio «*tutorem habenti tutor dari non potest*»; tutore testamentario o dativo che risultasse del pari non idoneo all'amministrazione, o si fosse giovato di un'*excusatio temporanea* (ad es., perché assente *rei publicae causa*)¹⁷. Le Istituzioni imperiali ricorrono dunque a una categoria aperta quale quella del *tutor non idoneus*: ciò parrebbe rafforzare l'impressione che nel dare il curatore aggiunto, lo spettro delle circostanze valutate dall'autorità competente fosse ampio.

Del *curator impuberis* è da dire ancora che il suo ufficio, come quello del tutore, durava di regola fino alla soglia della pubertà del pupillo¹⁸. In alcuni passi è ricordato che egli poteva partecipare direttamente alla gestione tutelare¹⁹: ciò che - è da immaginare - sarà avvenuto nella situazione illustrata da Ulpiano in D. 26.7.3.4, in cui il curatore veniva dato proprio

¹⁷ I. 1.23.5: *Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. item si testamento datus tutor vel a praetore vel a praeside idoneus non sit ad administrationem nec tamen fraudulenter negotia administrat, solet ei curator adiungi. item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.* Un censimento delle fonti che trattano del *curator impuberis* si trova in ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 457 nt. 139. Quanto alle funzioni svolte, i testi riportano un'ampia casistica, che l'A. raggruppa nelle seguenti categorie: assistenza al pupillo nelle liti contro il tutore; generica assistenza al tutore nella gestione (eventualmente necessitata da un incremento del patrimonio pupillare); assistenza al tutore ostacolato per circostanze economiche o per malattia; sostituzione temporanea del tutore assente o del tutore legittimo che non avesse ancora compiuto il venticinquesimo anno d'età; gestione provvisoria in pendenza dell'opposizione del tutore alla sentenza che avesse rigettato la sua richiesta d'*excusatio*; assistenza al tutore inidoneo al fine di evitare che contro di lui si esperisse l'*accusatio suspecti*.

¹⁸ Il principio è espresso tra gli altri in Paul. 10 *resp.* D. 26.5.25: *Curatorem impuberi datum quacumque ex causa perseverare in diem pubertatis in eadem cura respondi et rell.* Cfr. anche Ant. C. 5.60.1.

¹⁹ Così in Call. 4 *de cogn.* D. 26.7.33, da cui risulta che tutori e curatori degli impuberi erano equiparati quanto alla diligenza richiesta nell'*administratio*: *A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.* In favore della genuinità del tratto "*et curatoribus*" si esprimeva già SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 82, seppure con una perplessità che si direbbe in larga misura imputabile alla prospettiva di ricerca entro cui si muoveva l'Autore: «Se sostanzialmente nulla si può eccepire contro la genuinità di "*et curatoribus*", non si può nemmeno escludere che sia insiticio». Il caso di un curatore che amministra gli affari dell'impubere è fatto anche nella prima parte di Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.5.1.7: *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.* PELLECCI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 358 s. nt. 68, osserva che la fattispecie ivi proposta è però quella d'un «soggetto nominato per errore dal magistrato come *curator* (anziché come *tutor*) di una persona non ancora pubere». Non si trattava cioè d'un curatore che il magistrato aveva consapevolmente dato all'impubere in aggiunta al tutore, com'è invece in D. 26.7.3.4; tanto che la questione affrontata da Ulpiano in D. 27.5.1.7 è se quel curatore sarebbe stato tenuto come protutore, cioè come qualcuno che «*tutor non fuerit, pro tutore tamen munere functus [est]*» (D. 27.5.1 pr.).

perché si riteneva che un solo tutore non bastasse ad amministrare l'intera tutela. Si può pensare, ma la soluzione al quesito non sembra emergere con chiarezza dalle fonti, che il *curator impuberis* rispondesse della sua gestione con l'*actio negotiorum gestorum*, non diversamente dal *curator minoris*²⁰.

Per concludere su D. 26.7.3.4, si noti che l'inciso finale "*nec patris secuti sunt voluntatem*" produce un anacoluto rispetto alla proposizione principale "*imperator noster cum patre rescripsit*". Nella principale, Ulpiano nomina infatti gli autori del rescritto con il soggetto al singolare "*imperator noster*" e il complemento di compagnia "*cum patre*"; nella coordinata i due imperatori diventano invece soggetto sottinteso del verbo "*sequor*" coniugato alla terza persona plurale. Quella che almeno agli occhi del lettore moderno appare come un'ineleganza stilistica non è però un indizio dal quale inferire la provenienza ulpiana o compilatoria della chiusa del §: qualunque ne sia la paternità, in nulla la frase finale altera il contenuto del passo per come lo si è sin qui delineato.

Vale inoltre forse la pena di osservare - e lo si è in parte già fatto - che l'elemento della *voluntas patris* assume qui una sfumatura diversa rispetto al § precedente, ove si trattava di disattendere la designazione testamentaria del gerente. Al § 4, l'indicazione nominativa dei gerenti è rispettata. Prescrivendo di affiancare i curatori ai tutori dati dal padre, ciò che gli imperatori hanno disatteso non è la sua volontà di affidare la gestione ai tutori da lui individuati, ma di affidarla a quelli soltanto.

5. Veniamo ora a esaminare il § 5.

A prima vista, la formulazione del testo non parrebbe presentare difficoltà. In esso si dice infatti che la stessa disciplina illustrata con riguardo ai tutori testamentari si applicava anche ai curatori che il *pater* aveva designato per testamento e che dovevano essere

²⁰ In questo senso, con giusta prudenza, ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 457 nt. 139, che ragiona *a contrario* da Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.5.1.7 (testo alla nt. prec.): come si è detto, questo passo si limita ad affermare che non poteva darsi il *iudicium protutela* contro il curatore nominato dal magistrato all'impubere nell'erronea convinzione che si trattasse d'un *adulescens*. Esclusa ovviamente la possibilità d'esperire contro di lui l'*actio tutelae* per la carenza di legittimazione passiva, non essendo egli tutore, rimarrebbe in campo la sola ipotesi dell'*actio negotiorum gestorum*, per lo meno nel caso particolare affrontato da Ulpiano nel passo. Data la penuria di testimonianze, ha poco senso ipotizzare se l'*actio negotiorum gestorum* in questione fosse civile o pretoria. Si ricordi però che il *curator minorum* rispondeva nel *iudicium civile* (*infra*, fr. 20). Per l'*actio contraria* del curatore contro il pupillo lo studioso palermitano cita Mod. 2 *resp.* D. 4.4.29.1 e Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.4.1.2-3. L'A. sostiene infine che «in età giustiniana si parlò di *actio tutelae*», ma non adduce fonti: probabilmente la convinzione nasce dal fatto che D. 27.4.1.2, ove è menzionato il *iudicium contrarium* del curatore contro il pupillo, senza precisazioni su quale fosse l'azione da esperire, è inserito nel titolo *De contraria tutelae et utili actione*.

confermati dal pretore. La brevità del testo suscita però una serie di interrogativi circa il senso e la portata di un'affermazione tanto laconica.

Un primo problema concerne in generale la figura del curatore testamentario confermato. Gli studiosi delle interpolazioni hanno sospettato che la *confirmatio* sia stata estesa ai curatori solo in epoca giustiniana; prima di allora, essi avrebbero potuto essere solamente dativi, salva la *cura legitima* del *furiosus*. Ulpiano non avrebbe potuto scrivere quanto si legge nel nostro passo, che sarebbe stato quindi intruso *ex nihilo* dai Compilatori in questa porzione di Ulp. 35 *ad ed.*

Per inquadrare il problema nella sua giusta cornice storiografica va detto che con riguardo alla *cura minorum*, oltre ai rilievi di critica testuale sui singoli brani, i sospetti d'interpolazione nei testi pertinenti del Digesto fanno leva su un unico argomento sostanziale, ossia che in epoca classica il curatore era dato al solo minore che l'avesse chiesto. Confermare il curatore designato dal padre avrebbe invece significato imporre al minore tale assistente, e ciò avrebbe contraddetto la regola fondamentale dell'istituto. Negli studi più recenti si è però osservato che quest'obiezione è mal posta: il principio "*inviti adulescentes curatores non accipiunt*" valeva infatti anche all'epoca di Giustiniano, tanto da essere accolto nelle Istituzioni (I. 1.23.2). E all'epoca di Giustiniano sicuramente poteva confermarsi il curatore designato nel testamento, come attesta I. 1.23.1. Lo stesso avrebbe quindi potuto accadere anche in età classica.

Per rendersi conto che la *confirmatio* non confligge con la natura volontaria della *cura minorum*, si tratta soltanto di definirne precisamente l'ambito d'applicazione: si è così ipotizzato che alla conferma si facesse luogo solo se il minore, uscito di tutela e adeguatamente avvertito dai tutori della sua facoltà, avesse chiesto di essere sottoposto alla curatela²¹.

²¹ Così argomenta DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 247 ss. All'approfondita trattazione della studiosa si rimanda altresì per un resoconto più dettagliato del dibattito sulle origini storiche della *confirmatio curatoris*, che qui si è tratteggiato solo sommariamente: per una rassegna bibliografica si vedano in particolare p. 248 nt. 3 e p. 249 nt. 6. Fu probabilmente Marco Aurelio ad attribuire al curatore il potere di amministrare il patrimonio del minore, estendendo allo stesso tempo alla *cura minorum* il regime delle *excusationes* che già valeva per la tutela. «Se è vero» - continua l'A., *op. cit.*, 248 nt. 3, sempre in riferimento alla *cura minorum* - «che esisteva un diretto rapporto tra il potere di amministrazione, riconosciuto al *curator*, e la conferma, si dovrebbe concludere che ogni curatore, in quanto titolare della *potestas administrandi*, potesse essere confermato». Qualche testimonianza giurisprudenziale è giunta anche in merito alla conferma del soggetto designato nel testamento alla *cura* del *furiosus*, a quella del *prodigus*, e forse – ma il punto è quantomai incerto – alla *cura ventris*. Per il *curator furiosi* e per il *curator prodigi*, Tryph. 13 *disp.* D. 27.10.16; per il *curator ventris*, ma con molti dubbi sul significato del brevissimo frammento, Paul. 45 *ad ed.* D. 29.3.9. Su entrambi i luoghi DESANTI, *op. cit.*, 296 ss.

6. Passando dal dibattito sulla storia dell'istituto alle critiche specificamente avanzate a D. 26.7.3.5, secondo l'opinione radicale che s'è anticipata il passo sarebbe integralmente di fattura compilatoria: «Come può Ulpiano aver detto “*quod in tutoribus scriptum est*”? Non è forse lui che scrive? E poi continua il § 6 : “*apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela rell.*”»²².

Il giudizio tranchant del Solazzi fa leva su due rilievi: la forma impersonale del verbo nella prima proposizione del § 5, e il fatto che il brano, concernente la cura, sia inserito in un frammento che tratta esclusivamente la tutela²³. Quanto all'appunto stilistico, l'argomento non è decisivo: se i Compilatori avessero avuto un intento mimetico della prosa ulpiana, avrebbero potuto formulare senza sforzi il § alla prima persona singolare («*quod in tutoribus scripsi*»), o ancor meglio alla prima plurale («*quod in tutoribus scripsimus*»), sulla scorta di quanto si legge al precedente § 2 («*secundum ea quae supra ostendimus*»). Ma è proprio la quantità di occorrenze della dizione “*scriptum est*” quale marcatore di un riferimento intertestuale, sia come richiamo interno alla sua opera, sia come rimando esterno ad altre fonti autoritative (scritti dei giuristi, testo edittale), a suggerire invece che potrebbe trattarsi di uno stilema attribuibile allo stesso Ulpiano²⁴.

Sorge però un altro quesito, e cioè come vada inteso il nostro lessema nel caso specifico di D. 26.7.3.5: se come riferimento a ciò che è scritto nell'editto (vale a dire nella prima parte della seconda clausola di *EP* § 121), o piuttosto a ciò che è scritto nel commento all'editto. L'impressione è che Ulpiano espliciti sempre la fonte del richiamo, quando questa è esterna alla sua opera. Si vedano a titolo di esempio i passi seguenti: Ulp. 9 *ad ed.* D. 3.3.39.5 (*ita edicto scriptum est*), Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.3.16 pr. (*ut apud Pomponium scriptum est*), Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.22 (*est [...] apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum*), Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.4 (*quod [...] in interdictum scriptum est*). Per converso ci sono brani in cui, come in D. 26.7.3.5, la destinazione del rimando non è specificata, ma emerge dal contesto che il giurista intende riferirsi a quanto egli stesso ha appena scritto. E' il caso per es. di Ulp.

²² Così SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 24.

²³ Lo scetticismo dovuto alla collocazione del passo è condiviso da Desanti, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 253-254: «Forse non si può escludere che l'estensione della disciplina ai *curatores*, ivi compresi i *curatores minorum*, sia dovuta allo stesso Ulpiano. Ma, poiché nell'intero contesto si tratta della sola tutela, è possibile che il paragrafo in discorso sia di fattura posteriore. Va tenuto presente che un altro passo di Ulpiano [6 *ad ed.* D. 3.1.3pr.], ove è riprodotta la clausola edittale in esame, fa riferimento alla cura. [...] Anche in questo caso, però, il termine ‘*curatiove*’ è probabilmente insitico. [...] Inoltre, lo stesso Ulpiano, riportando la medesima clausola in D. 46, 7, 3, 5 (Ulp. 77 *ad ed.*), fa parola della sola tutela».

²⁴ Ulp. 9 *ad ed.* D. 3.3.39.5, 15 *ad ed.* D. 5.3.16 pr., 30 *ad ed.* D. 16.3.1.22, 66 *ad ed.* D. 42.8.6.6, 69 *ad ed.* D. 43.16.1.15, 70 *ad ed.* D. 43.20.1.4, 81 *ad ed.* D. 39.2.30.2, 1 *ad ed. aed. Cur.* D. 21.1.4.5, 41 *ad Sab.* D. 47.2.33, 49 *ad Sab.* D. 18.4.2.12.

81 *ad ed.* D. 39.2.30.2 e di Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.33²⁵. Nel primo passo l'autore afferma che quanto detto a proposito della *stipulatio 'damni infecti aquae ducendae causa'* è stato scritto a titolo d'esempio: il rimando è a ciò che lo stesso Ulpiano ha esposto ai §§ *pr.*-1 dello stesso frammento²⁶. Il secondo testo concerne il tutore che commette furto dei beni pupillari. Costui – dice Ulpiano – non può usucapire le *res* sottratte, e risponde nell'*actio furti*, sebbene possa agirsi contro di lui anche con l'*actio tutelae*; quindi aggiunge: ciò che s'è scritto per i tutori vale pure per i curatori, di qualunque *species* sia la cura²⁷.

Nel caso di D. 26.7.3.5 il contesto forse non è ugualmente nitido: dalla breve ricognizione dell'*usus scribendi* del giurista si potrebbe però dedurre che, se egli avesse voluto riportarsi soltanto alla regola edittale, l'avrebbe probabilmente fatto *expressis verbis*. Parrebbe invece, per quanto la conclusione non possa essere sicura, che la dizione “*quod in tutoribus scriptum est*” voglia qui richiamare non soltanto la norma di EP § 121 commentata in questa porzione di Ulp. 35 *ad ed.*, ma anche il commento medesimo.

Se la lettura è corretta, se ne deve dunque concludere quanto segue: [a] che avrebbe gerito il concuratore espressamente designato dal testatore; [b] che ai curatori esclusi dalla gestione si sarebbe applicata la disciplina dei tutori onorari illustrata al § 2; [c] che la designazione testamentaria del gerente avrebbe potuto essere disattesa per motivi riconducibili all'*utilitas* del soggetto sottoposto alla cura (§ 3); e infine [d] che al gerente, il quale da solo non fosse riuscito a far fronte ai doveri dell'amministrazione, avrebbero potuto essere aggiunti ulteriori curatori dativi (§ 4).

Quanto alla collocazione del § in un frammento, L. 999, che per la restante parte si occupa della tutela, va notato come simili *excursus* sul regime dei curatori punteggino tutto il XXXV libro del commento edittale ulpiano: abbiamo già incontrato D. 26.7.3 *pr.* = L. 993, che discute la questione dell'affidamento dell'*administratio* a uno fra più concuratori, e che nella sua collocazione palinogenetica si trova inserito nel contesto di una trattazione dedicata alla *gestio* tutoria (*supra*, *frr.* 1-3). Più avanti ci soffermeremo su D. 26.7.5.6 (*infra*, *fr.* 20),

²⁵ In un altro caso l'espressione “*quod scriptum est*” è assoluta, ma il rimando alla fonte è indiretto. Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.15: *Quod igitur additur 'aut familia tua deiecit', merito scriptum est.* Ulpiano si riferisce ai *verba edicti* trascritti al § *pr.* del medesimo frammento: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo.*

²⁶ Ulp. 81 *ad ed.* D. 39.2.30.2: *Quod dictum est 'aquae ducendae causa', exempli gratia scriptum est: ceterum ad omnia opera stipulatio accommodabitur.*

²⁷ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.33: *Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.*

che prende in esame l'obbligo dei curatori di concludere le liti iniziate per conto del minore, e che non diversamente da D. 26.7.3.5 fa parte di un frammento, L. 1002, per il resto tutto incentrato sulla tutela²⁸.

7. Esaminate le questioni concernenti la *constitutio textus*, resta da porsi un'ultima domanda in ordine all'ambito soggettivo al quale va riferito il contenuto del §. A quale categoria di curatori sono indirizzate le parole di Ulpiano?

In assenza di specificazioni, si potrebbe pensare che l'analogia predicata dal giurista riguardasse i curatori nel loro complesso, senza distinzioni. Una interpretazione del genere è certamente sostenibile in astratto²⁹. Di un dato di contesto va però tenuto conto. Le digressioni sulla curatela che si leggono nei passi escerpiti da Ulp. 35 *ad ed.* riguardano in genere i *curatores minorum*: tant'è che, quando il discorso coinvolge anche altre categorie di curatori, Ulpiano lo esplicita³⁰. Da ciò si dovrebbe dedurre che anche il § 5 di D. 26.7.3 riguardi i curatori dei minori.

Una possibile *ambiguitas* sorge però dalla lettura consecutiva dei §§ 4 e 5. Il § 4 trattava dei curatori dell'impubere. Letto in successione al § che lo precede, il nostro testo potrebbe dare l'impressione di riguardare anch'esso i curatori designati all'impubere³¹: con la differenza che al § 4 la nomina proveniva dall'autorità competente, mentre al § 5 dal padre del pupillo. Ci si dovrebbe allora spiegare il perché della designazione testamentaria d'un curatore al pupillo, quando sarebbe stato possibile dargli un tutore. Si potrebbe pensare a un caso d'*imperitia iuris* quale quello prospettato in un passo di Papiniano (5 *resp.* D. 26.3.6), in cui il giurista afferma che doveva essere confermato senza indagine il soggetto erroneamente nominato dal padre come curatore dell'impubere o come tutore del minore³². Volendo

²⁸ Sospetti d'interpolazione sono stati avanzati anche con riguardo a D. 26.7.5.6: delle ragioni che inducono a ritenere il testo autentico si dirà *infra*, nel commento specifico.

²⁹ È orientata in questo senso DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 253: la citazione pertinente è riportata *supra*, alla nt. 23. La plausibilità in astratto di quest'interpretazione si deve ovviamente alle testimonianze concernenti la conferma del *curator furiosi*, del *curator prodigi*, e forse del *curator ventris*: *supra*, nt. 21.

³⁰ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.2-3: *Non tantum autem adolescentis curator, sed etiam furiosi vel prodigi ut suspectus removeri potest. [3] Sed et si quis curam ventris bonorumve administrat, non carebit huius criminis metu.* Si riferiscono ai *curatores minorum* i passi seguenti: D. 26.7.1.3-4 (*supra*, fr. 2), D. 26.7.3 pr. (per le ragioni viste *supra*, fr. 3), D. 26.7.5.6 (*infra*, fr. 20), D. 26.7.7.13, D. 26.10.3 §§ 6 e 8, D. 27.3.13.

³¹ Non è del tutto chiara in proposito l'opinione di ALBANESE, *Le persone* cit., 523 nt. 487, giacché lo studioso inserisce il nostro passo tra quelli che «si riferiscono al *curator impuberis*, o sono alterati per volontà generalizzante dei Compilatori».

³² Pap. 5 *resp.* D. 26.3.6: *Si filio puberi pater tutorem aut impuberi curatorem dederit, citra inquisitionem praetor eos confirmare debet.* Cfr. Pap. 6 *resp.* D. 26.7.40.

immaginare una situazione non patologica, un'ipotetica altra spiegazione potrebbe per esempio essere questa: dando al contempo uno o più tutori e uno o più curatori, il testatore avrebbe potuto differenziare le competenze nell'ambito dell'*administratio*, demandando ai tutori il vaglio esclusivo degli atti che presupponevano l'*auctoritatis interpositio*, la quale ai curatori era preclusa.

Fr. 12 = L. 999 (parte III) = D. 26.7.3.6-7

Apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela per plures administraretur, quippe etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administraretur: sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit. [7] Ne per multos tutela spargatur, si non erit a testatore electus tutor aut gerere nolet, tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit: praetor igitur iubebit eos convocari aut, si non coibunt aut coacti non decernent, causa cognita ipse statuet, quis tutelam geret.

È chiaro insomma come il pretore abbia avuto cura che la tutela non venisse amministrata da più persone: infatti, anche se il padre non abbia designato nel testamento chi deve gestire, il magistrato fa tuttavia in modo che la tutela sia amministrata da uno solo. Senza dubbio un unico tutore agisce e resiste più facilmente in giudizio. [7] Onde evitare che l'amministrazione della tutela sia dispersa tra molti, se il tutore gerente non sarà stato scelto dal testatore o non vorrà gestire, allora gerirà quello a cui la maggioranza dei tutori avrà decretato l'affidamento dell'amministrazione: il pretore ordinerà perciò che i contutori si riuniscano, e se non si saranno riuniti, oppure se si saranno riuniti ma non avranno deciso, lo stesso magistrato, conosciute le circostanze del caso concreto, deciderà chi gerirà la tutela.

COMMENTO

1. L'opzione di politica del diritto alla base di *EP* § 121. 2. La *laudatio edicti* in D. 26.7.3.6. 3. L'*administratio* secondo le regole civilistiche e l'intervento correttivo del pretore. 4. *Excursus* lessicale: la locuzione "*maior pars tutorum*" nell'Albo. 5. (segue) Le accezioni del lessema "*tutela*". 6. I profili procedurali inerenti il criterio "*de maiore parte*". 7. Un confronto tra D. 26.7.3.7 e I. 1.24.1.

1. L'intera disciplina dell'editto *De administratione tutorum* era finalizzata a fare in modo che nei casi di contutela testamentaria l'amministrazione venisse affidata di preferenza a un solo tutore. Tale *ratio* si ritrova esplicitata a più riprese nel commentario ulpiano: in particolare, essa viene ribadita sistematicamente ogniqualvolta l'autore si appresta a enunciare (o subito dopo aver enunciato) le singole disposizioni di *EP* § 121.

Già in D. 26.2.17 pr., illustrando la clausola relativa alla *provocatio ad satisfactionem*, il giurista aveva scritto che doveva essere ascoltato il contutore testamentario il quale, per amministrare da solo, si fosse offerto di prestare la *satisfactio* '*rem pupilli salvam fore*'. In D. 26.7.3.1 Ulpiano era quindi passato ad esaminare il primo criterio contenuto nella seconda clausola del medesimo editto, e lo aveva esposto in questi termini: il pretore avrebbe affidato

la gestione a quello fra i contutori testamentari che il padre avesse all'uopo indicato, anche nel caso in cui la *datio* fosse stata irregolare e i tutori fossero stati confermati dal magistrato; sicché, se il padre avesse dichiarato nel testamento a quale di loro intendeva demandare la *gestio*, questi avrebbe comunque gerito da solo, anche qualora il *pater* non lo avesse designato *iure*.

Appare quindi consequenziale la considerazione che si legge in apertura di D. 26.7.3.6: il pretore aveva cura di evitare che la tutela fosse contemporaneamente amministrata da più contutori («*apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela per plures administraretur*»). Il giurista di Tiro si riferisce in prima battuta al criterio di cui al § 1, a cui esplicitamente rinviano le parole «*etsi pater non destinaverit quis gerere debeat*», che compaiono subito dopo nel passo. La congiunzione conclusiva “*igitur*” non rimanda perciò meccanicamente al § 5, rispetto al cui contenuto il § 6 è irrelato: i §§ 2-5 si presentano come una digressione che Ulpiano affronta sulla scorta del contenuto della regola esposta al § 1. Non si può oltretutto sapere se il testo corrispondente ai §§ 5-6 fosse consecutivo anche nell'opera originale, oppure se i due brani appaiano contigui in esito alla selezione operata dai Compilatori.

In assenza di una designazione testamentaria del gerente - prosegue poi il giurista, richiamando quasi circolarmente l'esordio del § - il magistrato faceva comunque in modo che amministrasse uno solo («*quippe etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administraretur*»). L'inciso appena riportato prelude alla disamina (§§ 7 ss.) dell'altro criterio contenuto nella seconda clausola del nostro editto, in base alla quale, in mancanza della designazione testamentaria del gerente, l'*administratio* sarebbe stata affidata al contutore eletto a maggioranza dai colleghi oppure, in caso di dissenso tra i contutori, a quello individuato dal pretore.

D. 26.7.3.6 costituisce dunque il raccordo tra le porzioni di commento dedicate alle due disposizioni della seconda clausola di *EP* § 121: tali disposizioni erano accomunate dall'identica finalità di favorire l'amministrazione monocratica della tutela. Ma come s'è ricordato pocanzi, a una finalità non dissimile era ispirato anche il meccanismo della *provocatio ad satisfactionem*: la considerazione in apertura del § 6 finisce insomma con il valere per l'editto *De administratione tutorum* nel suo complesso.

2. Prima di prendere in esame la motivazione della *laudatio edicti* che conclude il passo («*sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit*»), va fatta ancora una breve riflessione sulle parole “*praetori curae fuisse*”. La costruzione con il doppio dativo “*alicui curae esse*”, seguita da infinitiva o dichiarativa, compare nel Digesto in quest'unica

occorrenza¹, mentre sembra essere uno stilema tipicamente giustiniano, attestato nella *Constitutio Tanta* e più volte nelle Novelle². Se anche si volesse riconoscere da quest'indizio un segno d'intervento compilatorio sul testo di D. 26.7.3.6, esso sarebbe però di natura soltanto formale: nessun dubbio parrebbe esservi sul fatto che la sostanza del discorso sia ulpiana.

In proposito vale la pena ripetere anzitutto che la *ratio* dell'intervento normativo del pretore si trova espressa in altri luoghi del commentario esattamente negli stessi termini di D. 26.7.3.6. In secondo luogo è da aggiungere, riannodando il filo dell'analisi all'esame della motivazione in chiusura del §, che nella *laudatio edicti* l'assunzione dell'*administratio tutelae* è messa in relazione all'esigenza di salvaguardare nel processo gli interessi del pupillo.

Avendo seguito passo passo il dipanarsi della trattazione in Ulp. 35 *ad ed.*, questo collegamento non deve stupirci; lo si ritrovava già esplicitato proprio in quello che ci è giunto come il frammento di apertura del *liber XXXV*: in D. 26.7.1, Ulpiano esordiva ai §§ *pr.*-1 affermando che i tutori erano costretti a gerire per il tramite di un rimedio *extra ordinem*, e che avrebbero potuto sottrarsi all'obbligo della *gestio* soltanto facendo valere una causa d'*excusatio*. Il giurista proseguiva quindi, ai §§ 2-4, declinando immediatamente gli obblighi gestori di tutori e curatori nel loro risvolto processuale, allorché pupilli e minori fossero stati parti sostanziali di una controversia.

Del resto non era soltanto giustiniana l'idea per cui la finalità protettiva della tutela trovasse la sua ragion d'essere anzitutto nella necessità di provvedere a quei soggetti che, a

¹ Con riferimento alla "*cura*" del pretore, nel Digesto la costruzione più ricorrente è quella data dall'utilizzo del verbo "*curare*" seguito da una proposizione dichiarativa: cfr. Gai. *ad ed. praet. Urb. de damno inf.* D. 39.2.19.1, Ner. 6 *membr.* D. 37.10.9, Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.5.13, Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.9 *pr.*, Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.23.1.2). Un'unica occorrenza si registra per la dizione "*curam habere*" più genitivo: Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1 *pr.* Il sintagma "*praetor curat*" (o "*curabat*"), sempre accompagnato da dichiarativa, si ritrova anche nelle istituzioni di Gaio (1.199 - su cui è modellato I. 1.24*pr.* - e 3.49). Con riferimento all'attività dei funzionari imperiali, alcune costituzioni datate al III secolo, in base a quanto è dato leggerne attraverso il *Codex Iustinianus*, testimoniano la forma "*curae habere*" più dichiarativa o infinitiva: cfr. Ant. C. 3.8.2, Alex. C. 3.22.1, Diocl. - Maxim. C. 4.6.5 e, degli stessi imperatori, C. 6.24.7 e C. 8.50.8, ma cfr. anche *Const. Omnem* 10. La sola attestazione della stessa forma nel Digesto è in un passo di Cervidio Scevola (1 *resp.* D. 16.3.28), ma riguarda l'attività di un privato, e non di un funzionario pubblico: il giurista riporta in *oratio recta* lo stralcio di una lettera che un *argentarius* aveva indirizzato a un suo cliente, nella quale il banchiere si riferiva con tale espressione al proprio operato. Questo testo sembra ad ogni modo dimostrare che la variante "*curae habere*" fosse in uso anche al tempo di Scevola, vissuto nel II sec. d.C. Sul passo vd. P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*³, Torino 2010, 160 s. e nt. 93 (ove altra bibl.).

² *Const. Tanta* 24 = C. 1.17.2.24 (*curae [...] erit tribus excelsis praefectis praetoriis [...] eas manifestare*); nov. Iust. 25, cap. 5.1 (*cui curae erit et latrocinia abscidere et rell.*); nov. Iust. 37.5 (*curae erit tuae sublimitati quatenus [...] aliqua detur communitio*); Nov. Iust. 60, cap. 2.1 (*erit enim curae [...] comitis sacrorum nostrorum privatorum huius rei habere providentiam et rell.*).

causa dell'età, erano incapaci di “*se defendere*”: si esprimeva così Paolo (38 *ad ed.* D. 26.1.1 pr.), servendosi d'un lessema che rimanda al campo semantico del processo; e Marcello (21 *dig.* D. 26.7.30) aggiungeva che era obbligo precipuo del tutore non lasciare il pupillo “*indefensus*”. È noto che la *definitio* paolina sia stata poi ripresa *verbatim*, almeno per la parte qui ricordata, nelle Istituzioni imperiali (1.13.1). Nell'attività processuale, più ancora che in quella negoziale, si faceva urgente il bisogno di tutelare la posizione del pupillo: tanto il non azionare suoi diritti che non potevano farsi valere altrimenti, quanto – e forse soprattutto – il non provvedere alla sua *defensio*, avrebbero esposto l'impubere al rischio di vedere compromessa l'integrità del proprio patrimonio. Come si era notato commentando D. 26.7.1.2 (*supra*, fr. 2), nel caso dell'*indefensio* la lesione degli interessi patrimoniali della persona incapace sarebbe stata la più radicale, potendo l'attore chiedere la *missio in possessionem rei servandae causa*, e quindi in sostanza il sequestro di tutti i beni.

Un simile ragionamento può forse spiegare perché Ulpiano scelga d'incentrare la *laudatio edicti* sul momento processuale, privilegiandolo rispetto ad altri ambiti dell'*administratio*. Il riferimento alla maggior facilità con cui l'unico tutore gerente avrebbe agito e resistito in giudizio è probabilmente da intendere a questo modo: l'amministrazione collegiale avrebbe potuto garantire maggior ponderazione nell'espletamento dei doveri di assistenza processuale (e in generale nel compimento dell'attività gestoria), ma avrebbe presentato altresì degli inconvenienti. I contutori avrebbero dovuto riunirsi e spendere del tempo per ricercare un accordo sulle decisioni da prendere, con il rischio che il collegio non riuscisse a formarsi o che il consenso non si trovasse, determinandosi così una paralisi potenzialmente dannosa per il pupillo. E' quanto Ulpiano in effetti paventa al successivo § 7, con riguardo alla decisione sull'affidamento della *gestio*, quando questa era demandata alla maggioranza dei contutori. A fronte di ciò, il giurista reputa preferibile la celerità che una gestione monocratica in linea di principio avrebbe consentito.

Analizzando D. 26.7.3.8 (*infra*, fr. 13) vedremo che i contutori esonerati dalla *gestio* per decisione dei colleghi o del pretore, al pari dei tutori onorari (esclusi dalla gestione per volontà del testatore), erano obbligati a promuovere l'*accusatio suspecti* avverso il gerente di cui avessero constatato la cattiva amministrazione. Ciò non sarebbe certo equivalso al vaglio preventivo che il metodo collegiale realizzava, ma avrebbe comunque assicurato un controllo della gestione nel corso del suo svolgersi: controllo che sarebbe altrimenti stato possibile soltanto a tutela finita, nel giudizio di rendiconto.

3. In apertura del § 7 Ulpiano ripropone il motivo già sviluppato al § 6, ossia l'esigenza di evitare che la tutela fosse consegnata alla gestione frammentaria di molti. È ciò che sarebbe accaduto, sempreché nessun contutore si fosse offerto di prestare la *satisdatio 'rem pupilli*

salvam fore’, quando il padre del pupillo non avesse designato il gerente nel testamento, oppure quando lo avesse fatto, ma il designato non avesse voluto gerire («*si non erit a testatore electus tutor aut gerere nolet*»). L’editto poneva rimedio a tale situazione demandando l’affidamento dell’*administratio* alla decisione della maggioranza degli stessi contutori («*tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit*»). Il giurista illustra quindi la procedura che il pretore avrebbe dovuto seguire nel dare attuazione alla norma edittale: il magistrato avrebbe ingiunto ai contutori di riunirsi per deliberare («*praetor igitur iubebit eos convocari*»), e avrebbe avocato a sé la decisione, previa *causae cognitio*, nel caso di uno stallo patologico del collegio («*si non coibunt aut coacti non decernent, causa cognita ipse statuet, quis tutelam geret*»).

Dalla proposizione finale “*ne tutela per multos spargatur*”, in esordio del passo, traspare quale fosse la regola di *ius civile* che si sarebbe applicata alla contutela: tutti i contutori potevano gerire. Su di essa s’innestava l’intervento correttivo del pretore, per il tramite in generale dell’editto *De administratione tutorum*, e in particolare - per quanto qui interessa a Ulpiano - del criterio, che chiameremo sinteticamente “*de maiore parte*”³, in base al quale avrebbe gerito il contutore individuato dalla maggioranza dei colleghi⁴. Il criterio in

³ Mutuando l’espressione da Ulp. 77 *ad ed.* D. 46.7.3.5 (testo alla nt. 11).

⁴ Il pretore interveniva altresì per assicurare in capo alla medesima persona la corrispondenza tra il potere di amministrare e quello di prestare validamente l’*auctoritas*. Il tema è trattato in un passo di Pomponio (17 *ad Sab.* D. 26.8.4): *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet et rell.* Nei casi in cui era sufficiente l’*auctoritatis interpositio* anche di un solo contutore, il pretore avrebbe negato efficacia all’atto del pupillo, qualora a prestare l’*auctoritas* fosse stato un contutore non gerente: ciò significa che *iure civili* quell’atto era valido. Per comprendere l’allusione apparentemente indeterminata della frase “*etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat*” va tenuto presente che nel 531 Giustiniano aveva generalizzato la regola per cui nella contutela sarebbe stata sufficiente l’*auctoritatis interpositio* di uno solo: era eccettuata la sola tutela divisa, nella quale ciascun tutore avrebbe prestato l’*auctoritas* soltanto entro i limiti della sua sfera di competenza. La riforma fu introdotta con la costituzione riportata in C. 5.59.5, al cui § *pr.* si legge tra l’altro che scopo dell’intervento dell’imperatore era porre fine a una “*vetus dubitatio*”, per la quale, in regime di tutela indivisa, detta regola sarebbe valsa unicamente per i contutori testamentari e per quelli *ex inquisitione dati*, mentre i tutori legittimi e quelli *sine inquisitione dati* avrebbero dovuto tutti *auctoritatem interponere*. Prima del 531 era insomma discriminante la fonte della chiamata alla contutela. La ricostruzione storica di Giustiniano concorda in parte con *Tit. Ulp.* 11.26, da cui risulta che l’*auctoritas unius contutoris* sarebbe stata sufficiente solo nella contutela testamentaria: *Si plures sunt tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, praeter eos, qui testamento dati sunt; nam ex his vel unius auctoritas sufficit.* Nel comparare le due testimonianze va anzitutto considerata la distanza temporale che le separa; va anche dato conto del loro differente statuto: la costituzione in C. 5.59.5 è a tutti gli effetti un testo normativo, mentre i *Tituli ex corpore Ulpiani* sono, almeno in prima approssimazione, una raccolta di regole e un’opera sostanzialmente aproblematica. Non paiono ad ogni modo esservi dubbi che il principio generalizzato da Giustiniano valesse anteriormente per la contutela testamentaria, così come alla contutela testamentaria era limitato il tenore letterale di *EP* § 121.

questione – afferma l'autore - operava in due ipotesi: quando fosse mancata a monte la designazione del gerente («*si non erit a testatore electus tutor*»), oppure quando il contutore candidato dal testatore alla gestione non avesse voluto assumerla («*aut gerere nolle*»).

Quest'ultima locuzione, in particolare, designa il tutore che non intendeva farsi carico della gestione, pur senza attivare il procedimento di *excusatio*, e dunque rimanendo a tutti gli effetti tutore⁵. Del caso del tutore recalcitrante all'assunzione della *gestio* il giurista fa parola per la prima volta al § 7, mentre già al § 6 si leggeva: «*etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen [praetor] id agit, ut per unum administretur*». Insomma, non solo l'omissione dell'indicazione del gerente da parte del testatore, ma anche il rifiuto di gerire opposto dal designato, quindi un fatto estraneo alla volontà del testatore, avrebbe impedito l'applicazione del criterio “*si parens destinaverit*”, rispetto al quale il criterio “*de maiore parte*” era sussidiario.

4. A proposito del modo in cui Ulpiano espone l'ultima disposizione di *EP* § 121 si può anzitutto fare una considerazione di ordine terminologico⁶. In tutti i passi di *Ulp. 35 ad ed.* che vi si riferiscono, il giurista ricorre senza eccezioni al verbo “*decernere*” per denominare l'atto con cui i contutori deliberavano l'affidamento della *gestio* al collega individuato a maggioranza

⁵ Quando gli fosse stata effettivamente affidata l'*administratio*, il tutore che non avesse voluto gerire sarebbe stato convenuto con un'*actio tutelae utilis*, ma avrebbe comunque potuto giovare del *beneficium ordinis*, per cui la sua responsabilità sarebbe stata sussidiaria all'insolvenza del gerente. È quanto pare potersi ricavare dalla lettura dei soli altri due passi in cui è attestata l'espressione “*gerere / administrare nolle*”, ossia *Pap. 5 resp. D. 26.7.39.11* e *Paul. 23 quaest. D. 27.1.35*. Nel brano di Paolo si fa appunto il caso di un tutore che non si era scusato, ma intendeva del pari astenersi dall'amministrazione: *Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit contentus, quod ceteri idonei essent? hic poterit conveniri, si ab illis res servari non potuisset et rell.* Nel responso di Papiniano si trova invece la menzione dell'*actio utilis*: *In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit et rell.* Sottesa alla *quaestio* di Paolo era una *datio tutoris* testamentaria, dal momento che nella porzione di testo qui non riportata il giurista allude al “*iudicium patris*”. In particolare, i Compilatori hanno inserito il brano nel contesto della trattazione, inaugurata da *Paul. 7 quaest. D. 27.1.32*, vertente sull'interrogativo se il tutore, quando non avesse voluto adempiere al suo ufficio, perdesse o meno il diritto al legato di cui era beneficiario. Nel passo di Papiniano al contrario non è specificato in base a quale fonte il contutore non gerente fosse stato chiamato alla tutela, sicché il riferimento resta indeterminato e potenzialmente valido per tutte le categorie di tutori.

⁶ Che la norma per cui “*is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit*” corrispondesse a una disposizione edittale risulta da *D. 26.2.19.1 (supra, fr. 9): et illi [scil. i tutori ex inquisitione dati] clausulae sunt subiecti, ut, si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat, quamvis verba edicti ad testamentarios pertineant*. Lo stesso si dice anche in *I. 1.24.1: [...] quodsi non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto praetoris cavetur*.

I testi rilevanti sono D. 26.2.19.1⁷, D. 26.7.3.7, di cui ci stiamo occupando, e D. 26.4.5.2⁸. Dato quest'uso sistematico, verrebbe da pensare che “*decernere*” potesse essere un *verbum edicti*⁹. Un ragionamento simile vale per il sintagma “*maior pars tutorum*”. Esso compare in D. 26.2.19.1 e in D. 26.7.3.7; non viene ripetuto per contro in D. 26.4.5.2, ma è in compenso utilizzato di nuovo in altri due luoghi in cui Ulpiano, seppure non *in sede materiae*, accenna al contenuto della seconda clausola di *EP* § 121, ossia 6 *ad ed.* D. 3.1.3 pr.¹⁰ e 77 *ad ed.* D. 46.7.3.5¹¹.

5. Sempre a proposito di terminologia, è il caso ora di soffermarsi rapidamente sul significato con cui Ulpiano impiega il lessema “*tutela*” in D. 26.7.3.7, ove si direbbe che coesistano due diverse denotazioni del vocabolo, simili tra loro ma non esattamente coincidenti: concentriche, per così dire. Ciò almeno parrebbe evincersi mettendo a confronto le espressioni “*tutelam spargere*” e “*tutelam gerere*” da un lato, e “*tutelam decernere*” dall'altro.

Nei primi due sintagmi (per “*tutelam gerere*” è quasi tautologico rilevarlo)¹², “*tutela*” designa il complesso degli affari pupillari demandati alla *tuitio* del gerente il quale, come si è visto, doveva anzitutto curarne la salvaguardia nel processo (§ 6). Nella dizione “*tutelam decernere*”, invece, il sostantivo passa a indicare, per metonimia, precisamente l'attività di amministrazione di quegli affari. D. 26.7.3.7 presenta entrambe le sfumature di significato, e consente di cogliere il passaggio dall'una all'altra entro la medesima tournure.

⁷ Cfr. nt. prec.

⁸ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.4.5.2: *In legitimis et in his, qui a magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit. et ait labeo et uni recte tutelam decerni [...] quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio.* Per il commento vd. *infra*, fr. 15.

⁹ Si osservi per contro che il verbo “*decernere*” non compare in I. 1.24.1 (trascritto *supra*, alla nt. 6), ove pure è riportato il contenuto della medesima disposizione. Può darsi naturalmente che il sintagma “*tutelam decernere*” non appartenesse al testo edittale, ma fosse un'espressione propria dello stile individuale di Ulpiano. Dato però che essa occorre in un commento all'editto, e data anche la sistematicità con cui il giurista la impiega, è almeno altrettanto probabile che egli possa averla desunta direttamente dall'albo.

¹⁰ Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.1.3 pr.: *cui eorum a parente, aut de maioris partis tutorum sententia, aut ab eo cuius de ea re iurisdictio fuit ea tutela curatiove data erit.*

¹¹ Ulp. 77 *ad ed.* D. 46.7.3.5: [...] *nam edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur, cui a parente maioreve parte tutorum eorumve, cuius ea iurisdictio fuit, tutela permissa erit.*

¹² Si noti oltretutto che Ulpiano si riferisce all'attività gestoria del tutore utilizzando fungibilmente i verbi “*gerere*” e “*administrare*” in forma sia transitiva, con il complemento oggetto “*tutelam*”, sia intransitiva. Per la forma transitiva cfr. D. 26.7.1 pr., D. 26.7.5 §§ 4, 5 e 8. Per quella intransitiva D. 26.2.17 §§ pr.-1, D. 26.2.19.1, D. 26.7.3 §§ 2 e 8, D. 26.7.5 §§ 1-2. In altri passi le due forme convivono: D. 26.7.3 §§ 1 e 7, D. 26.7.5.3.

L'oscillazione tra le due sfumature è peraltro costante in tutto Ulp. 35 *ad ed.* La denotazione che identifica la tutela con il patrimonio da gestire si coglie nitidamente nelle espressioni in cui essa rileva per il suo ammontare: “*modus tutelae*” (D. 26.4.5.1)¹³, “*exigua tutela*” e “*tutela quantitas*” (D. 26.7.5 pr.). Quanto all'accezione di “*tutela*” come “amministrazione degli affari pupillari”, basti dire che il medesimo sintagma “*tutelam decernere*”, di cui in D. 26.7.3.7, è ripetuto identico in D. 26.4.5.2, ove infatti è discussa l'applicazione analogica della seconda clausola di *EP* § 121 ai tutori legittimi e a quelli dati dai magistrati municipali.

6. Concluso l'*excursus* sulla terminologia, dobbiamo ora prendere in esame la seconda parte di D. 26.7.3.7, in cui Ulpiano prescrive la procedura da seguirsi nel dare operatività pratica al criterio “*de maiore parte*”.

Il pretore dava impulso all'*iter* ordinando ai contutori di riunirsi per individuare il collega cui affidare l'*administratio*. Si direbbe che l'ordine non fosse però corredato da mezzi coercitivi, dal momento che il giurista, dopo averne dato conto, subito contempla l'ipotesi che i contutori non si riunissero («*si non coibunt*»)¹⁴. Almeno nella sua porzione trådita, il commentario non fornisce ulteriori dettagli sulle formalità dell'atto deliberativo. Non sappiamo, ad esempio, se la riunione dovesse svolgersi davanti al magistrato, il che ne avrebbe agevolato la *causae cognitio*, una volta preso atto che nessuno dei candidati alla gestione avrebbe ottenuto la maggioranza dei consensi. È poi verosimile che per avere efficacia, la deliberazione del collegio dovesse essere omologata dal pretore. Così infatti accadeva nel caso in cui i contutori avessero voluto gerire in regime di tutela divisa: il mero accordo era inefficace verso i terzi¹⁵.

¹³ Alcuni interpreti ritengono compilatorio il tratto finale di D. 26.4.5.1 in cui compare tale espressione: “*ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfactionem*”. Vedremo nel commento specifico le obiezioni che vanno mosse a questa lettura: *infra*, fr. 14.

¹⁴ A qualche esitazione potrebbe dar luogo il verbo “*cogere*”, che compare subito dopo nel testo («*si non coibunt aut coacti non decernent*»): secondo un suo possibile significato, “*cogere*” si può infatti tradurre con “costringere”. Quest'accezione è senz'altro preponderante in Ulpiano: per limitarci ai soli passi già esaminati o di cui ci occuperemo più avanti, cfr. D. 26.7.1 pr., D. 26.2.17 pr., D. 26.4.5.1, D. 26.7.5.1. Cfr. anche D. 26.7.7 §§ 3, 14. Dato il contesto, però, sembra più corretto rendere il participio perfetto “*coacti*” nel significato primo e più generico del verbo, ossia “riunirsi”. “*Cogere*” è qui impiegato come sinonimo di “*convocare*” e “*coire*”, e non come termine che indica un'attività di coercizione. Se il pretore avesse potuto costringere i contutori a riunirsi, non avrebbe avuto senso ipotizzare il rimedio dell'avocazione della decisione, oltreché per il caso dello stallo nella deliberazione («*si [...] non decernent*»), anche per quello della mancata riunione («*si non coibunt*»), perché almeno questa avrebbe comunque dovuto avere luogo.

¹⁵ Cfr. più avanti, in relazione a D. 26.7.3.9 (fr. 13). Si veda VOICI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini cit.*, 73 (con le fonti di nt. 9) e 113.

Era compito del magistrato – annota infine Ulpiano – risolvere l’eventuale stallo del collegio che non fosse riuscito a formarsi o a individuare a maggioranza un candidato alla gestione. Questi doveva avocare a sé la decisione¹⁶, assumendo le proprie determinazioni previa *causae cognitio*.

Tale risoluzione è perfettamente coerente con il ruolo che Ulpiano aveva delineato per il pretore nell’attuazione anche degli altri due criteri di *EP* § 121. Quando un contutore si fosse offerto di prestare la *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’, prima di affidargli l’*administratio*, il magistrato doveva accertarsi delle sue qualità personali e della sua idoneità finanziaria, verificando al contempo se tra i contutori non offerenti ve ne fosse qualcuno che possedeva i requisiti morali e patrimoniali di cui l’offerente fosse stato sprovvisto (D. 26.2.17.1). In questo caso la *causae cognitio* sarebbe perciò stata “*duplex*” (D. 26.2.17.2: *supra*, fr. 6). Nel dare seguito alla designazione testamentaria del gerente, il magistrato si sarebbe del pari accertato che la scelta del *pater* non si rivelasse dannosa per gli interessi del pupillo, nel qual caso avrebbe dovuto discostarsene (D. 26.7.3.3)¹⁷. È perciò logico attendersi che il magistrato fosse chiamato a un’indagine analoga anche nel momento in cui avesse dovuto dare attuazione al criterio “*de maiore parte*”. Non diversi saranno stati pure i fatti oggetto della *cognitio*, vale a dire le qualità personali e la situazione finanziaria dei contutori.

Eppure dalle parole di Ulpiano pare evincersi una differenza rispetto ai due criteri precedenti. Stando all’inciso finale di D. 26.7.3.7, infatti, la *causae cognitio* aveva luogo soltanto nel caso in cui il magistrato dovesse provvedere personalmente a designare l’amministratore. Se ne deduce che, qualora i contutori avessero eletto il gerente a maggioranza, il pretore fosse vincolato alla loro decisione e non potesse rifiutarsi di assegnare la gestione alla persona così individuata, diversamente da quanto poteva fare rispetto a chi si fosse offerto di *satisdare* e a chi fosse stato destinato alla gestione dal padre del pupillo. Bisogna allora chiedersi il perché di una differenza tanto rilevante.

Fornisce una possibile risposta il successivo § 8, ove è detto che il pretore avrebbe dovuto assecondare la richiesta dei contutori che avessero voluto amministrare congiuntamente, perché non intendevano accettare il rischio di incorrere in responsabilità sussidiaria in caso d’insolvenza del gerente da lui designato. Valeva dunque per loro un regime identico a quello che s’applicava ai tutori onorari. E la disciplina sarà stata uguale

¹⁶ Ci si può chiedere cosa sarebbe accaduto qualora il contutore eletto a maggioranza non avesse voluto amministrare; qualora cioè si fosse versato in una situazione analoga a quella descritta all’inizio del § con riguardo al gerente individuato dal testatore. Il collegio avrebbe potuto ripetere la votazione, cercando di aggregare la maggioranza attorno a un diverso candidato, oppure la decisione sarebbe spettata al pretore?

¹⁷ Va detto che in D. 26.7.3.3 l’attività d’indagine svolta dal pretore non è definita né “*causae cognitio*” né in alcun altro modo, per quanto presenti caratteristiche simili a quella descritta in D. 26.2.17, ove invece è impiegata la locuzione in parola.

anche quando a gerire fosse stata la persona scelta non dal pretore, ma dalla maggioranza degli stessi contutori. Il rischio di essere “*subsidiari alieni periculi*” (D. 26.7.3.8) doveva indurre i contutori a prestare particolare accortezza nell’eleggere il gerente, ad esempio accertandosi della sua solidità finanziaria. Come per i tutori onorari, il rischio sarebbe oltretutto stato particolarmente concreto dal momento che, trattandosi di affidare l’amministrazione secondo il criterio “*de maiore parte*”, si sarebbe versato in una situazione nella quale nessuno aveva offerto la *satisfatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’. In ragione di ciò si potrebbe allora spiegare perché in D. 26.7.3.7 Ulpiano riferisca la *causae cognitio* al solo caso in cui il pretore doveva provvedere personalmente a decretare l’affidamento della *gestio*: quando avesse recepito la scelta dei contutori, il magistrato avrebbe potuto, almeno di regola, dare per scontato che questa fosse stata adeguatamente ponderata.

7. Un confronto infine va fatto tra il nostro testo e il più volte citato luogo parallelo delle Istituzioni di Giustiniano (1.24.1), nel quale è riassunto il contenuto dell’editto *De administratione tutorum*. Leggiamo la parte del passo che qui ci interessa: «[...] *quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet: quodsi non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto praetoris cavetur. sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet*».

L’anafora della congiunzione “*quodsi*” introduce l’esposizione delle due norme che originavano dalla seconda clausola di *EP* § 121: il tratto in cui il testo dà conto del criterio “*de maiore parte*” si conclude con l’inciso «*ut edicto praetoris cavetur*». Nell’appunto seguente è detto che il collegio dei contutori avrebbe potuto affidare la gestione non soltanto a uno, ma anche a più colleghi («*eum vel eos qui gerere debent*»), e che il pretore avrebbe dovuto intervenire in caso di dissenso tra i contutori circa l’elezione del gerente o dei gerenti.

La prima differenza tra i due testi sta dunque in questo: che la parte trådita del commentario ulpiano non registra, almeno esplicitamente, la facoltà dei contutori di eleggere più d’un gerente. «*Is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit*», è scritto in D. 26.7.3.7. Ai tutori era consentito, nel caso in cui non fossero riusciti a designare a maggioranza un amministratore, chiedere al pretore di poter gerire tutti: ne diremo a breve, trattando di D. 26.7.3.8.

Eguale al singolare s’esprimono gli altri passi, già citati a più riprese, in cui si fa parola del criterio *de maiore parte*: «*cui eorum [...] de maioris partis tutorum sententia [...] tutela curatiove data erit*» (D. 3.1.3 pr.); «*si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat*» (D. 26.2.19.1); «*cui a [...] maiore parte tutorum [...] tutela permissa erit*» (D. 46.7.3.5). Le Istituzioni, del pari, declinano al singolare il contenuto dell’editto: «*quem*

maior pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto praetoris cavetur». È plausibile pertanto che la disposizione edittale fosse effettivamente formulata al singolare: ciò sarebbe conforme alla *ratio* di privilegiare la gestione monocratica della tutela.

Ma se è così, perché il commentario ulpiano, per quanto è dato leggerne, non menziona la facoltà di eleggere più d'un gerente? Le risposte possono essere varie. Potrebbe darsi che si trattasse di un'interpretazione estensiva del testo edittale invalsa dopo il tempo di Ulpiano, e che per questo egli non ne abbia parlato nella sua opera. Quest'ipotesi si direbbe però smentita da un passo di Paolo (9 *ad ed.* D. 26.7.24.1) nel quale è ammessa la possibilità che i contutori designassero due gerenti¹⁸. Ancora, potrebbe darsi che il giurista desse quest'interpretazione in qualche modo per implicita, nel senso che l'uso del singolare da parte sua riflettesse sì la formulazione edittale, ma meritasse di non essere preso rigorosamente alla lettera. L'ipotesi forse più credibile è però che il giurista non considerasse l'estensione prospettabile, atteso quanto aveva affermato in D. 26.7.3.6, cioè che era cura del pretore evitare l'amministrazione collegiale. Sembra infine da escludere che l'autore al contrario la approvasse, ma che i commissari di Giustiniano abbiano scelto di non includere il passo rilevante del commentario: ciò che sarebbe difficile da sostenere, dato che nelle Istituzioni se ne parla espressamente.

Quanto al modo in cui I. 1.24.1 delinea il ruolo del magistrato nel risolvere il conflitto interno al collegio dei contutori, è da notare in primo luogo che l'espressione impiegata, "*praetor partes suas interponere debet*"¹⁹, non descrive in cosa esattamente consistesse l'intervento del magistrato, sebbene non ci sia motivo di dubitare che fosse lo stesso tipo di attività di cui fa parola Ulpiano in D. 26.7.3.7, articolata in *causae cognitio* e statuizione sull'affidamento della *gestio*. È da aggiungere in secondo luogo che, seguendo l'ordine espositivo del passo delle Istituzioni, il dovere d'intervento del pretore è menzionato nella porzione di testo successiva a quella che si conclude con l'inciso "*ut edicto cavetur*". Se ne potrebbe ricavare l'impressione che quest'intervento non fosse previsto da una norma di

¹⁸ Paul. 9 *ad ed.* D. 26.7.24.1: *Si duobus simul tutela gerenda permissa est vel a parente vel a contutoribus vel a magistratibus, benigne accipiendum est etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt*. Si noti l'assonanza dell'argomento affermato in fine di § con quello della *laudatio edicti* ulpiana in D. 26.7.3.6 («*facilius unus tutor et actiones exercet et excipit*»), rispetto al quale la formulazione paolina è più radicale.

¹⁹ Sul significato della locuzione "*praetoris partes*" vd. il contributo a essa intitolato di D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a c. di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile, Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto*, Napoli 2003, 33-151 (spec. 45 nt. 15): «l'espressione «è impiegata dai giuristi per indicare il ruolo del pretore specialmente in casi nei quali tale ruolo è caratterizzato da discrezionalità».

chiusura presente nell'editto, ma dipendesse dalla prassi applicativa del criterio "*de maiore parte*", la quale è logico pensare che fosse indirizzata dall'*interpretatio* dei giuristi.

Tale impressione è alimentata del resto da quanto lo stesso Ulpiano aveva scritto in D. 26.2.19.1, discutendo l'applicazione analogica di tale criterio ai tutori *ex inquisitione dati*: «*ideoque et illi clausulae sunt subiecti, ut, si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat, quamvis verba edicti ad testamentarios pertineant*». L'autore severiano sembrerebbe riferire al testo edittale soltanto la disposizione secondo cui avrebbe gerito il tutore scelto dalla maggioranza dei colleghi. L'inferenza si direbbe però contraddetta da Ulp. 77 *ad ed.* D. 46.7.3.5, in cui per converso il giurista menziona e riconduce all'editto anche il ruolo suppletivo dell'autorità competente in materia tutelare²⁰.

²⁰ Conviene riportare nuovamente il testo di Ulp. 77 *ad ed.* D. 46.7.3.5, per sottolinearne una particolarità. Nella parte rilevante ai nostri fini, il passo recita: *edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur, cui a parente maioreve parte tutorum eorumve, cuius ea iurisdictio fuit, tutela permissa erit*. Dal punto di vista sintattico, i cola "*tutorum*" e "*eorumve, cuius ea iurisdictio fuit*" devono essere entrambi fatti dipendere dal complemento d'agente "*a maiore parte*". Ne seguirebbe che tanto i contutori quanto l'organo titolare della *iurisdictio* in materia tutelare avrebbero dovuto decidere a maggioranza. In realtà l'espressione in parola sembra rifarsi ellitticamente a quella omologa di Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.1.3 pr., "*ab eo cuius de ea re iurisdictio fuit*" (per l'intero testo *supra*, nt. 10), che non pone questo problema interpretativo. Per l'allusione generalizzata all'autorità competente, D. 46.7.3.5 si differenzia a sua volta da D. 26.7.3.7, ove Ulpiano menziona specificamente il pretore: differenza che può del pari spiegarsi ipotizzando che la formulazione di D. 46.7.3.5 derivi da quella di D. 3.1.3 pr. (posto a commento di EP § 16).

Fr. 13 = L. 999 (parte IV) = D. 26.7.3.8-9, D. 27.1.19

Plane si non consentiant tutores praetori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo nec patiuntur succedanei esse alieni periculi, dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere. [9] Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio. [D. 27.1.19] Illud usitatissimum est, ut his, qui in Italia domicilium habeant, administratio rerum provincialium remittatur.

Chiaramente, se i tutori non concordino con il pretore e vogliano gerire tutti, perché non hanno fiducia nella persona designata e non accettano di essere responsabili in via sussidiaria per il rischio altrui, va detto che il pretore deve permettere a tutti loro di gerire. [9] Ugualmente, essi devono essere ascoltati se vogliano dividersi tra di loro la tutela, così da frazionare l'amministrazione. [D. 27.1.19] È frequentissimo che l'amministrazione dei beni provinciali sia sottratta a chi ha il domicilio in Italia.

COMMENTO

1. Le eccezioni alle regole di EP § 121 nella struttura espositiva di Ulp. 35 *ad ed.* 2. Il tutore “*electus*” in D. 26.7.3.8 e la reiezione del gerente designato nel testamento. 3. La motivazione di D. 26.7.3.8: la responsabilità dei tutori esonerati dalla gestione per effetto della volontà dei colleghi o della decisione magistratuale. 4. EP § 121 e la responsabilità dei contutori: una visione d'insieme. 5. Il domicilio del tutore: un criterio di riparto dell'amministrazione e un'*excusatio* parziale.

1. Nella sequenza dei §§ 7-9 di D. 26.7.3, in cui Ulpiano prende in considerazione il criterio “*de maiore parte*” e le sue modalità applicative, è riconoscibile la stessa struttura espositiva che era già dato riscontrare nel commento alle altre due disposizioni di EP § 121. All'enunciazione della regola edittale e della sua *ratio* - favorire la gestione monocratica della tutela - segue la disamina delle relative eccezioni. Identica struttura caratterizzava già D. 26.2.17, dove l'autore, dopo aver illustrato il meccanismo della *provocatio ad satisfactionem* (§ *pr.*), aveva poi affermato (§ 1) che l'*administratio* avrebbe potuto essere affidata ai tutori che non avevano offerto la garanzia, qualora costoro ne fossero stati più meritevoli di chi l'aveva fatto (*supra*, fr. 5-6). Ugualmente in D. 26.7.3.1-4, dove, una volta esposto il criterio “*si parens destinaverit*” (§ 1), si era dato conto del potere del pretore di discostarsi dalla designazione paterna del gerente in ragione dell'*utilitas pupilli*, affidando la gestione ad altro tutore o affiancando dei curatori al designato (*supra*, fr. 11).

L'eccezione presentata ai §§ 8-9 di D. 26.7.3 operava rispetto all'intervento del pretore che, supplendo alla deliberazione del collegio dei contutori, doveva provvedere personalmente a individuare il candidato alla *gestio*. I contutori avevano il diritto di opporsi, manifestando l'intenzione di partecipare tutti alla gestione, e il magistrato avrebbe dovuto allora accogliere la richiesta (§ 8). Lo stesso avrebbe dovuto fare anche qualora i contutori avessero prospettato la diversa volontà di partecipare collettivamente all'amministrazione, suddividendola però sulla base di un criterio di ripartizione delle sfere di competenza individuali (§ 9): l'espressione "*omnes gerere*" del § 8 allude perciò, *a contrario*, al regime della gestione indivisa.

2. Rispetto al dettato ulpiano, la prima cosa da chiedersi è se analoga facoltà di riconsunzione i contutori avessero anche rispetto al gerente individuato dal padre del pupillo nel testamento. Sembrerebbe infatti che l'esordio di D. 26.7.3.8 (*«plane si non consentiant tutores praetori»*) riprenda la chiusura del § precedente (*«ipse statuet, quis tutelam geret»*) di modo che il successivo inciso *«quia fidem non habeant electo»* debba essere riferito alla designazione magistratuale suppletiva. È vero però che lo stesso verbo "*eligere*" impiegato al participio passato sostantivato al § 8 compariva già al § 7, e in quella sede era riferito all'omessa individuazione del gerente da parte del testatore (*«si non erit a testatore electus tutor»*). Del § 8 si potrebbe allora ipotizzare un'interpretazione estensiva, sostenendo che "*electus*" sia il soggetto designato, vuoi dal testatore, vuoi dal magistrato, e che l'esordio del passo alluda in generale al ruolo del pretore nella procedura di affidamento della gestione. Una simile lettura, che rispetto all'altra non ha il pregio della linearità, sarebbe però più sottile che persuasiva; è probabile che la coincidenza terminologica sia dovuta semplicemente a ciò: che le fattispecie considerate da Ulpiano nei due §§ presuppongono entrambe una scelta (*electio*), la quale era stata omessa nel caso di cui al § 7. E il verbo "*eligere*" esprime, quasi *par excellence*, l'azione della scelta.

Seppure argomentando *e silentio* - e dunque con la cautela consueta che in queste situazioni è d'obbligo - parrebbe insomma che i contutori non avessero il diritto di riconsunzione il gerente scelto dal padre del pupillo. A meno di non voler ipotizzare un taglio compilatorio proprio nel luogo del commentario in cui il giurista ne trattava. La ragione d'una simile espunzione sarebbe in vero piuttosto difficile da scorgere. Più facile da intuire è invece il perché, se le cose fossero state effettivamente al modo che si è detto, quel diritto non ci fosse. Nella *laudatio* della clausola "*si parens destinaverit*" in D. 26.7.3.1, Ulpiano aveva scritto che il pretore si sarebbe rimesso alla designazione testamentaria del gerente, perché il *parens* era la persona meglio in grado di provvedere rettamente per l'impubere (*«merito parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit»*). In quest'idea della tendenziale avvedutezza della

scelta paterna va forse rintracciata la *ratio differentiae* rispetto alla disciplina illustrata in D. 26.7.3.8-9.

Si può però immaginare che i contutori avessero comunque a disposizione una via per portare all'attenzione del magistrato le ragioni della loro sfiducia nel designato. Sappiamo da D. 26.7.3.3 che il pretore, per comprovati motivi, poteva determinarsi ad affidare l'*administratio* a persona diversa da quella indicata nel testamento paterno. È ipotizzabile che i contutori potessero sollecitarlo a condurre gli accertamenti descritti nel passo ricordato da ultimo, dando nei fatti avvio alla procedura che avrebbe potuto concludersi con la reiezione del gerente individuato nel testamento. Pur se i tutori destinati al ruolo di onorari non avevano un diritto quale quello che sembra emergere dalle parole di Ulpiano in D. 26.7.3.8-9, tuttavia è verosimile che essi non fossero costretti a una totale inerzia rispetto alla designazione testamentaria, ma potessero almeno farsi latori delle proprie ragioni nella procedura condotta dal magistrato.

3. Tornando al testo di D. 26.7.3.8, bisogna ora soffermarsi sulla causa del dissenso dei contutori rispetto alla scelta del pretore. Essa è espressa in questi termini: «*quia fidem non habeant electo nec patiuntur succedanei esse alieni periculi*». La motivazione dà rilievo a due elementi: uno di ordine anzitutto etico, ossia la *fides*, l'altro squisitamente tecnico-giuridico, ovvero la sussidiarietà al *periculum* altrui.

Quanto al primo profilo, si può dire che l'intero istituto della tutela si erigesse sull'istanza alla *fides*. Si è visto ad esempio che i tutori testamentari non erano obbligati a prestare la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*' in ragione della stessa designazione all'ufficio da parte del padre del pupillo che comprovava la loro affidabilità ("*fides*") e la loro capacità ("*diligentia*")¹. Alla *fides* che il tutore doveva dimostrare al pupillo era parametrata la sua responsabilità per gli atti di gestione, da valutarsi secondo buona fede². E' perciò logico attendersi, già al livello dei principi, che la *fides* dovesse sussistere pure nel rapporto tra tutore amministratore e contutori dispensati dalla gestione.

A questa giustificazione generale si aggiunge poi il secondo profilo, più specifico, che discende dalla natura giuridica di tale rapporto. In caso d'insolvenza del gerente, i tutori amministratori avrebbero potuto essere chiamati a rispondere di una gestione dannosa alla quale non avevano concorso: una disciplina siffatta doveva fondarsi sull'affidamento nel gerente.

¹ Cfr. Gai. 1.200 = I. 1.24 pr.: *Tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est.*

² Cfr. D. 26.7.5.7, su cui *infra*, fr. 21.

La motivazione riportata in D. 26.7.3.8 ha quindi una sua coerenza interna. Non di meno essa pone alcuni interrogativi. Il primo è di carattere grammaticale: se n'è infatti sospettata l'interpolazione, sulla base del rilievo che le due proposizioni causali coordinate sono espresse con il verbo rispettivamente al congiuntivo («*quia fidem non habeant electo*»), e indicativo («*nec patiuntur succedanei esse alieni periculi*»)³. La critica non è però fondata: al congiuntivo è enunciato il motivo soggettivo, ossia che i contutori non riponevano fiducia nelle capacità del designato, mentre all'indicativo è esposto il motivo oggettivo, ossia che essi non accettavano di sottostare al regime di responsabilità sussidiaria che si sarebbe loro applicato in conseguenza dell'estromissione dalla *gestio*. Dal punto di vista grammaticale la formulazione è pertanto ineccepibile.

Affrontata la questione formale, occorre ora domandarsi quale fosse la disciplina della sussidiarietà cui rimanda la locuzione “*sucedaneus alieni periculi*”. Nel § 2 di D. 26.7.3 Ulpiano aveva descritto nel dettaglio il regime cui erano soggetti i tutori onorari. Riassumiamolo brevemente. La categoria degli onorari era definita in negativo: si trattava di quei tutori che il padre del pupillo dava per testamento, senza tuttavia destinarli alla gestione. Il loro potere-dovere di sorveglianza sull'amministrazione si sostanziava nell'obbligo di promuovere l'*accusatio suspecti tutoris* avverso il collega che gerisse in modo anche solo potenzialmente dannoso per il pupillo. La violazione dell'obbligo, e dunque l'omissione dell'*accusatio* quando se ne fossero configurati i presupposti, era sanzionata con la responsabilità sussidiaria in caso d'insolvenza del gerente. A fronte della dizione “*sucedanei esse alieni periculi*”, all'apparenza generica, bisogna stabilire se i tutori dispensati dalla *gestio* in forza della statuizione del pretore avessero, al pari degli onorari, l'obbligo di *suspectum facere* il gerente che amministrasse male, e se dunque la loro responsabilità sussidiaria trovasse fondamento in quel titolo oppure nel fatto stesso dell'omessa gestione.

Nel risolvere la questione, occorre tenere conto di un dato che accomunava al fondo la posizione dei tutori dispensati dal decreto magistratuale e quella dei tutori onorari. Gli uni non gerivano in ottemperanza alla decisione del pretore, gli altri in ossequio alla *voluntas testatoris*, cui lo stesso magistrato aveva però dato efficacia. Per entrambe le categorie di tutori l'astensione dalla *gestio* dipendeva insomma dalla medesima fonte normativa, ossia la seconda clausola di *EP* § 121.

L'espressione “*sucedaneus alieni periculi*”, per quanto ellittica, pare perciò rimandare con ogni evidenza al regime espressamente predicato per gli onorari in D. 26.7.3.2⁴. La

³ Per la critica del testo vd. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren* cit., 2.132.

⁴ Era già di questo avviso VOGLI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 113, che però giungeva alla stessa conclusione per una via parzialmente diversa: «Del tutore, *cui praetor administrationem non permittit* non è detto esplicitamente che debba *suspectum facere* il collega; ma poiché di

responsabilità sussidiaria di chi, *iure honorario*, era autorizzato a non gerire discendeva dalla violazione dei doveri di sorveglianza sull'amministrazione; l'astensione legittima dalla gestione non poteva costituire un titolo di addebito dell'altrui responsabilità. Sebbene la porzione trādita di Ulp. 35 *ad ed.* non ne faccia parola, lo stesso si dovrà dire con riguardo ai tutori esclusi dalla *gestio* in applicazione del criterio "*de maiore parte*", parimenti autorizzati a non gerire in forza d'una disposizione di *EP* § 121⁵.

lui una volta si dice che è *succedaneus alieni periculi*, e poiché è sottoposto a un regime parallelo a quello che vige per la tutela divisa, l'essere *succedaneus alieni periculi* non può essere inteso se non nel senso di essere sottoposto all'obbligo di *suspectum facere*».

⁵ La storiografia s'interroga sulla questione se il fatto generatore della responsabilità sussidiaria fosse lo stesso per il tutore che si era legittimamente astenuto dalla gestione e per quello che lo aveva fatto senza una giustificazione ammessa dall'ordinamento. In proposito VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori* cittadini cit., 112 s. distingue tra le due categorie: il tutore non gerente è colui che, «nominato regolarmente, non assume, senza alcuna valida ragione, l'onere impostogli». Non rientra in tale nozione il tutore «esentato dalla gestione per disposizione del testatore o del magistrato. Esentato dal magistrato è il tutore cui siano state applicate le disposizioni dell'editto *De administratione tutorum*». Rispetto a questa seconda definizione è solo il caso di puntualizzare che a rigore, anche il tutore dispensato dal testatore si poteva astenere dalla gestione per effetto di una disposizione di *EP* § 121. Ritene poi l'A. che il tutore non gerente fosse responsabile per l'omessa gestione, mentre il tutore esentato dalla gestione lo fosse per l'omessa sorveglianza. I due titoli di responsabilità sarebbero perciò diversi e autonomi. Scrive lo studioso, a p. 117 del suo contributo: «Chi non ha gerito, [...], non può essere convenuto per avere omesso di *facere suspectum* il gerente. [...] Chi omette di *facere suspectum* il collega è tenuto solo se questi risulti insolvente; il non gerente risponde per l'insolvenza del gerente in ogni caso; quindi è inutile ricorrere a un titolo specifico di responsabilità». Di diverso avviso, seppure dubitativamente, ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 487 nt. 279, secondo il quale «pare che il tutore non gerente non rispondesse neppure sussidiariamente, se avesse intentato l'*accusatio suspecti tutoris* contro il gerente»: i passi citati sono Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.3.2, Alex. C. 5.55.1, e "forse" Alex. C. 5.56.2. Mettendo da parte la costituzione su cui lo stesso A. è scettico, si può intanto dire che D. 26.7.3.2 fa stato solo per i tutori onorari, e non per tutti coloro che non avevano gerito. I due casi, quello dell'astensione autorizzata dalla *gestio* e quello del rifiuto di gerire, si direbbero in effetti meritevoli di un diverso trattamento. Con la ricostruzione del Voci fatica però ad accordarsi, come egli stesso puntualmente rileva, il rescritto di Alessandro Severo in C. 5.55.1, dal quale emerge l'idea che anche il tutore non gerente, ma obbligato a gerire, sarebbe stato esente da responsabilità se avesse promosso l'*accusatio suspecti* contro l'amministratore: *Certum est non solum eos qui gesserunt, sed etiam qui gerere debuerunt tutelam teneri etiam in ea, quae a contutoribus servari non potuerunt, si modo, cum suspectos facere deberent, id officium omiserunt.* [1] *Tu autem, etsi contra patronum tuum famosam actionem instituere non potuisti, providere tamen, ne quid tutelae deesset, necessariis postulationibus apud eum, cuius de ea re iurisdictio fuit, potuisti.* L'interpretazione proposta dallo studioso, *op. cit.*, 118, è elegante: dato che il rescritto si rivolge a un liberto, che non poteva scusarsi dalla tutela del figlio del patrono, l'espressione "*qui gerere debuerunt*" potrebbe designare quei liberti a cui, per l'esiguità del loro patrimonio, non si permetteva però di gerire. Si verserebbe quindi in una situazione analoga a quella dei tutori esentati dalla gestione, per cui taluno non amministra, ed è perciò tenuto a un obbligo di sorveglianza sul gerente. L'A. ammette che a questa lettura potrebbe ostare la collocazione sistematica del testo, inserito nel titolo *Si tutor non gesserit* del libro V del Codice: «titolo che andrebbe riferito all'omessa gestione, pura e semplice».

Una parte della critica interpolazionista ha sostenuto che solo con Giustiniano i tutori cui era consentito di non gerire sarebbero stati obbligati a promuovere l'*accusatio suspecti* avverso il gerente inaffidabile, nell'ottica d'una riforma tesa ad aggravare la loro posizione⁶. A questa tesi si è persuasivamente obiettato che non può escludersi dal regime classico un obbligo siffatto, che sembrerebbe ispirato alla *fides*: «non sarebbe conforme alla *fides* che un tutore, sia pure senza obblighi di gestione, rimanesse inerte di fronte a un pericolo evidente, cui vedesse esposto il pupillo»⁷. Un argomento, questo, che depone ulteriormente a favore della coerenza interna della motivazione in D. 26.7.3.8.

4. Se le deduzioni appena svolte sono corrette, l'incidenza delle regole di EP § 121 sulla responsabilità dei tutori verso il pupillo si può ricostruire nel modo che segue.

[1] Stando a quanto è affermato in Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.2, il tutore che si fosse limitato a ricevere la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*' prestata dal collega e non avesse partecipato all'*administratio* era comunque considerato gerente, e non poteva perciò giovarsi del *beneficium ordinis*⁸. Se ne dovrebbe dedurre che, qualora si fosse fatto ricorso alla *provocatio ad satisdationem*, tutti i contutori sarebbero stati parimenti responsabili della gestione: quelli di loro che non avessero gerito avrebbero però potuto contare sulla garanzia personale prestata dagli amministratori effettivi.

[2] Si sarebbe invece data gradazione della responsabilità qualora avesse trovato applicazione uno dei criteri contenuti nella seconda clausola dell'editto. I contutori dispensati dalla gestione per disposizione del padre del pupillo, della maggioranza dei colleghi o del pretore avrebbero risposto del fatto del gerente solo nell'eventualità dell'insolvenza di quest'ultimo, sempreché essi fossero venuti meno ai loro obblighi di sorveglianza sull'amministrazione. Questo regime è predicato *expressis verbis* per i tutori onorari, ma si è creduto di doverlo riferire per analogia ai tutori autorizzati a non gerire in forza delle altre norme della clausola "*si parens destinaverit*".

È da aggiungere che parrebbe controintuitivo identificare con l'espressione "*qui gerere debuerunt*" quei tutori che, pur non potendo scusarsi, non gerivano in ottemperanza a un divieto loro imposto in tal senso.

⁶ L'opinione è del LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren* cit., 2.99 e 105 ss. Ne segue la ritenuta interpolazione del tratto «*nec patiuntur succedanei esse alieni periculi*» in D. 26.7.3.8, per cui cfr. p. 132. Si veda VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 120 nt. 159 (ove altra bibl.).

⁷ Così VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 120. Secondo la *definitio* giuliana riportata in I. 1.26.5, è *suspectus* chi «*non ex fide tutelam gerit*»: vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 499 nt. 357.

⁸ Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.2: *Non solum ergo gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram eique permisit administrationem totius tutelae, nec potest se defendere constitutionibus, quae iubent ante conveniri eum qui gessit.* Vd. più in dettaglio *supra*, fr. 5.

[3] Quando il gerente fosse stato individuato dal pretore, i contutori avrebbero potuto evitare di essere “*succedanei alieni periculi*” soltanto addossandosi personalmente l’onere dell’*administratio*. E a tal fine essi avrebbero potuto optare per un’amministrazione congiunta della tutela (D. 26.7.3.8) oppure per una gestione divisa (D. 26.7.3.9)⁹.

[3a] Dell’amministrazione indivisa essi sarebbero stati solidalmente responsabili: più precisamente, la loro responsabilità sarebbe stata regolata dal principio del “*mutuum periculum*”, in virtù del quale il debito del contutore insolubile si ripartiva *pro quota* tra i colleghi in grado di pagare. Ipotizzando ad esempio una tutela gerita da tre contutori, e una condanna a pagare una somma di 60, ciascuno sarebbe stato tenuto per 20: se uno fosse stato insolubile, gli altri due sarebbero stati tenuti per 30; se i tutori incapienti fossero stati due, l’unico solvibile sarebbe stato tenuto per l’intero. Era questa la regola che la terminologia degli interpreti identifica con il nome di “*beneficium divisionis*”. Il contutore che avesse pagato più del dovuto, ivi compresa la quota del debito dell’insolubile di sua spettanza, poteva chiedere ai colleghi in via di regresso di essere rifuso dell’esborso che aveva sopportato in luogo di costoro, in base al meccanismo che sempre la terminologia degli interpreti denomina “*beneficium cedendarum actionum*”. Se infine taluno non avesse effettivamente gerito, a dispetto dell’assunzione collegiale dell’*administratio*, costui poteva essere tenuto responsabile in ragione dell’omessa gestione, con un’*actio tutelae utilis*, solo a seguito dell’infruttuosa escussione dei gerenti: le etichette moderne della regola sono “*beneficium excussionis*” o “*beneficium ordinis*”.

[3b] Qualora al contrario i contutori avessero voluto gerire in regime di divisione, ciascuno sarebbe stato responsabile per la propria sfera di competenza¹⁰, e non avrebbe risposto della gestione del collega, salvo che non avesse promosso l’*accusatio suspecti tutoris*

⁹ La seguente breve sintesi dei due regimi è ricalcata su quella del VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 71 ss.

¹⁰ La divisione avrebbe potuto seguire diversi criteri. D. 26.7.4, escerpito da Ulp. 9 *ad ed.* (EP § 29), ma posto dai compilatori in continuità – anche sintattica – con D. 26.7.3.9, ricorda la *divisio in partes* e quella *in regiones*: [*Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio*] *vel in partes vel in regiones, et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat*. Con le parole (e gli esempi) del VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 73 nt. 11 (ove altre fonti), la *divisio in partes* era in senso proprio la spartizione tra più contutori dell’amministrazione di un patrimonio pecuniario, mentre in senso traslato designava la suddivisione di parti diverse d’un patrimonio composito (ad es., il patrimonio mobiliare era affidato a un tutore, e quello immobiliare a un altro, oppure a uno era destinata la gestione delle imprese agricole e all’altro l’amministrazione di quelle commerciali, o ancora un tutore era dato al fine di amministrare i beni che il pupillo aveva ereditato dalla madre, come nella fattispecie discussa in Ulp. 36 *ad ed.* D. 26.7.9.8, mentre un’ altro rimaneva ad amministrare i beni dell’eredità paterna); la *divisio in regiones* alludeva invece al criterio geografico (*res italicae* a un contutore, *res provinciales* all’altro).

contro di lui, quando avesse potuto e dovuto venire a conoscenza della sua cattiva gestione, o salvo che avesse omesso di esigere, nei casi prescritti, che egli prestasse la *satisfatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’¹¹. La responsabilità limitata corrispondeva cioè alla limitazione dei doveri gestori, la quale operava *iure honorario*, giacché per il *ius civile* essi s’estendevano sul complesso degli affari pupillari¹². È verosimile che la restrizione del *petitum* dell’*actio tutelae* a quanto il tutore avrebbe dovuto fare nell’ambito delle sue attribuzioni fosse possibile in virtù dei poteri che derivavano al giudice dall’*oportere ex fide bona* su cui s’imperviava l’*intentio* della formula¹³. Nel regime della tutela divisa il *beneficium divisionis* è da escludersi, dato che quest’ultimo presuppone una responsabilità solidale: non paiono invece esserci ostacoli, almeno dal punto di vista dei principi, all’ammissibilità del *beneficium cedendarum actionum*.

5. Per concludere l’analisi di L. 999, è necessario ora soffermarsi sul brevissimo testo che si legge in D. 27.1.19, in cui Ulpiano dà conto della prassi («*illud usitatissimum est*») di dispensare i tutori domiciliati in Italia dall’amministrazione dei beni pupillari siti in altra provincia. Proprio per l’estrema *brevitas* del passaggio, è necessario allargare preliminarmente lo sguardo a una serie di altri luoghi che testimoniano la facoltà di tutori e curatori di ottenere l’*excusatio* parziale dall’amministrazione, in ragione della collocazione di una parte del patrimonio pupillare in una provincia diversa da quella in cui essi risiedevano¹⁴.

¹¹ Si vedano in proposito i testi ricordati dal Voci, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 119 nt. 154: per l’individuazione dei casi in cui il tutore doveva esigere che il collega prestasse la *satisfatio*, cfr. *ivi*, p. 120 (con nt. 156).

¹² In Pap. 3 *quaest.* D. 26.7.36 è detto che «*divisio tutelae [...] non iuris, sed iurisdictionis est*». Ulp. 9 *ad ed.* D. 26.7.4 (testo *supra*, nt. 10) chiarisce che il regime della divisione si sarebbe tradotto, dal punto di vista della tecnica formulare, in una *exceptio* accordata in favore di chi fosse stato convenuto in giudizio dal tutore che agiva al di fuori della sua competenza: cfr. anche Ven. 6 *stipul.* D. 26.7.51.

¹³ VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 79-80, osserva in proposito che Pap. 12 *quaest.* D. 46.6.12 rintraccia nella “*aequitas arbitrii*” e nello “*arbitrium boni viri*” il fondamento della responsabilità limitata del tutore che amministrava in regime di divisione, e ne deduce che la formula dell’*actio tutelae* non doveva presentare nessuna clausola speciale che restringesse il *petitum*: «se una clausola speciale fosse esistita, sarebbe stata quella a determinare l’estensione del *petitum*, non l’*aequitas arbitrii* ecc.».

¹⁴ Oltre ai passi citati nel testo, attinenti più strettamente al tema di D. 27.1.19, si leggano Marcian. 2 *inst.* D. 27.1.21.2, Mod. 4 *excus.* D. 27.1.13.3; Paul. *l. s. de cogn.* D. 27.1.46.2; Ulp. *de off. praetor. tutel. Vat. Fr.* 203, 205, 241. In argomento da ultima VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 102 ss.: «Nella seconda metà del II secolo prende forma una regolamentazione intorno al problema del domicilio del tutore e della ubicazione dei beni del pupillo. Il domicilio di chi è chiamato alla tutela per designazione testamentaria o nomina magistratuale, se diverso rispetto a quello del pupillo o all’ubicazione dei beni da amministrare, può comportare una esenzione totale o parziale dall’amministrazione di una tutela».

Tale facoltà è affermata innanzitutto in un rescritto di Alessandro Severo (C. 5.62.11), il cui § 1 abbiamo già preso in esame commentando D. 26.7.3.4 (*supra*, fr. 11). Il provvedimento prende le mosse dal caso d'un tutore testamentario chiamato ad amministrare l'intero patrimonio pupillare. L'interessato avrebbe potuto chiedere, entro l'usuale termine perentorio di cinquanta giorni, di essere dispensato dall'amministrazione dei beni siti nella diversa provincia (§ *pr.*). Qualora egli non avesse chiesto l'*excusatio*, e il governatore provinciale avesse stimato che il patrimonio da gestire fosse troppo esteso, questi avrebbe potuto affiancargli dei curatori di sua nomina (§ 1).

Riguarda invece la *cura minorum* il rescritto di Settimio Severo e Caracalla datato al 204 e riportato in C. 5.62.2¹⁵. Nel caso erano stati dati due curatori (i destinatari del rescritto) sul presupposto che amministrassero i beni del minore siti in Italia. Il decreto di nomina non aveva tuttavia precisato quale fosse la *regio* di loro pertinenza, sicché essi sarebbero stati tenuti ad amministrare l'intero patrimonio. I curatori avrebbero quindi dovuto adire l'autorità competente (la versione trådita del rescritto parla di "*competens iudex*"), per ottenere di essere dispensati dalla gestione dei beni provinciali. Una volta concessa l'esenzione, sarebbe spettato ai minori di chiedere la nomina di nuovi curatori che amministrassero quei beni, conformemente alla regola generale, della quale abbiamo avuto occasione di trattare in relazione a D. 26.7.3.5 (ancora *supra*, fr. 11), per cui non potevano essere dati i curatori ai minori che non li volessero.

Nel testo non compaiono le parole "*excusare / excusatio*". Vi si legge invece che il "*iudex*" doveva essere adito «*ut [...] a provinciali administratione liberet*». Che si trattasse di un'*excusatio* è però sottinteso alla fattispecie descritta: i curatori dovevano adire l'autorità competente e allegare un motivo di dispensa dall'amministrazione (o meglio, da una parte di essa), alla quale sarebbero stati altrimenti obbligati in forza del decreto che li aveva nominati. La costituzione è perciò collocata *in sede materiae*, vale a dire nel tit. C. 5.62 *De excusationibus et temporibus earum*.

Il verbo "*liberare*" è impiegato anche nel brano in *Vat. Fr.* 173, escerpito dalla monografia "*de officio praetoris tutelaris*" di Ulpiano, ma pervenutoci lacunoso¹⁶. Nella porzione superstite il giurista allude, come in D. 27.1.19, al tutore avente il domicilio in Italia, e afferma che è opportuno liberarlo dall'amministrazione in provincia. Come già suggeriva la costituzione di Severo e Caracalla poc'anzi ricordata, in questo contesto il verbo "*liberare*"

¹⁵ Sev. Ant. C. 5.62.2.: *Si curatores dati estis generaliter nec decreto significatum est Italicarum tantum rerum vobis munus adiunctum, adire debetis competentem iudicem, ut vos a provinciali administratione liberet. quod si factum fuerit, petent sibi in provincia curatores adulescentes.*

¹⁶ Ulp. *de off. praetor. tutel. Vat. Fr.* 173: *Habentem in Italia domicilium consentaneum est a provinciali administratione liberari; iis itaque muneribus subicietur tantummodo, quae pertinent ad res Italicas pupilli... recuperabit.*

sembra normalmente indicare l'esenzione dal *munus* già assunto, in esito al procedimento di *excusatio*¹⁷: è perciò probabile che anche il brano in *Vat. Fr.* 173 trattasse il tema delle scuse, e quindi che la collocazione nel titolo *De excusatione* della raccolta ne rifletta l'effettivo contenuto¹⁸.

Passati rapidamente in rassegna i luoghi paralleli, bisogna adesso tornare a D. 27.1.19. Si tratta dell'unico frammento di Ulp. 35 *ad ed.* che i Compilatori hanno inserito nel titolo *De excusationibus* del Digesto. La collocazione palinogenetica in chiusura di L. 999 lo riconduce però al commento a *EP* § 121, e non a una trattazione organica del tema delle *excusationes*.

La scelta del Lenel di porre in sequenza D. 26.7.3.9 e D. 27.1.19 pare condivisibile per una ragione di ordine contenutistico. D. 27.1.19 declina nella pratica l'affermazione fatta in D. 26.7.3.9, esemplificando un criterio distributivo delle competenze adottato con particolare frequenza. Accanto alla consequenzialità discorsiva, ad accomunare i due testi è anche una certa omogeneità stilistica, soprattutto nell'iterazione della forma impersonale nelle proposizioni che esprimono il comando normativo: «*ut distribuatur inter eos administratio*» (D. 26.7.3.9); «*ut [...] administratio rerum provincialium remittatur*» (D. 27.1.19).

All'impersonale “*remittatur*” si potrebbe oltretutto attribuire un significato preciso. Non era infatti soltanto il magistrato, nell'accogliere la richiesta dei contutori di gerire in regime di divisione, a ripartire l'*administratio* secondo il parametro del domicilio. Si può pensare che egli potesse provvedere in questo senso sia officiosamente, sia assecondando una domanda dei medesimi contutori. È da immaginare che lo stesso si solesse fare anche nel testamento, quando era il testatore, a monte, a ripartire le sfere di competenza dei tutori che contestualmente nominava. È quanto parrebbe implicito, ad esempio, alla scelta del testatore di cui parlava il rescritto di Severo e Caracalla che Ulpiano aveva ricordato in D. 26.7.3.4: «*imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, curatores eis adiungendos*».

In definitiva, non sembra dunque da escludere che Ulpiano prendesse in considerazione il domicilio del tutore in due momenti distinti della vicenda tutelare: quello dell'assunzione dell'*administratio*, alla stregua d'un criterio di riparto delle competenze fra più contutori (D. 27.1.19), e quello della dispensa dalla *gestione*, quale causa d'*excusatio* parziale (*Vat. Fr.* 173).

¹⁷ Cfr. ad es. l'altra costituzione di Severo e Caracalla riportata in Mod. 3 *excus.* D. 27.1.10.4; Tryph. 13 *disp.* D. 27.1.39; Ulp. 3 *opin.* D. 50.5.2.3; Philipp. C. 5.63.3; I. 1.25.20.

¹⁸ Sul titolo *De excusatione* dei *Vaticana Fragmenta* si veda lo studio a esso intitolato di M. DE FILIPPI, *Il titolo De excusatione dei Vaticana Fragmenta*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli 1984, 1159-1179.

Fr. 14 = L. 1000 (parte I) = D. 26.4.5 pr.-1

Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores. [1] Sed etiam hos cogi satisfacere certum est, in tantum ut etiam patronum et patroni filium ceterosque liberos eius cogi rem salvam fore satisfacere plerisque videatur. sed hoc causa cognita praetorem statuere debere melius est, utrum debeat satisfacere patronus liberique eius an non, ut, si persona honesta sit, remittatur ei satisfactio et maxime, si substantia modica sit: si autem patroni persona vulgaris vel minus honesta sit, ibi dicendum est satisfactionem locum habere: ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfactionem.

Nessuno nomina i tutori legitimi: è la Legge delle dodici tavole ad averli istituiti tali. [1] Ed è certo che anche a loro è imposto di presentare i garanti per l'integrità del patrimonio pupillare, tanto che i più ritengono che pure il patrono, il figlio del patrono e gli altri suoi discendenti siano obbligati a farlo. L'opinione migliore, però, è che il pretore debba stabilire previa cognizione di causa se il patrono e i suoi discendenti devono o meno garantire: così, se il patrono è persona onesta, la presentazione di garanti gli è dispensata, e soprattutto se le sostanze del pupillo sono di modica entità. Se invece egli è persona di basso rango o di non provata onestà, bisogna dire che la garanzia va fornita: in conclusione, l'entità della tutela, la persona del tutore o le circostanze del caso concreto determinano la presentazione della garanzia.

COMMENTO

1. La *satisfactio* 'rem pupilli salvam fore' per i tutori legitimi, il dibattito giurisprudenziale sulla posizione del patrono e l'orientamento di Ulpiano. 2. (segue) Le cause della dispensa del patrono dalla garanzia. 3. La *ratio differentiae* tra la posizione dell'agnato e quella del patrono.

1. Ulpiano aveva iniziato il commento all'editto *De administratione* tutorum con una definizione della categoria dei tutori testamentari, cui *EP* § 121 s'applicava direttamente. Allo stesso modo, accingendosi in questo passaggio della sua trattazione a discutere l'applicazione analogica dell'editto ai tutori legitimi, il giurista anzitutto ne richiama la nozione¹. All'autore

¹ Una definizione più analitica, pure ulpiana, è posta dai Compilatori in apertura del titolo del Digesto dedicato alla tutela legitima: Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1. È noto che in base alla legge decemvirale, alla tutela dell'impubere *sui iuris* erano chiamati l'agnato di grado più vicino (non l'agnata), il patrono dell'ex schiavo ed il *parens manumissor* del *filius* emancipato. Cfr. I. 1.15, 17 e 18. Casi in cui il figlio del patrono e gli altri suoi discendenti erano chiamati alla tutela del liberto vengono prospettati, ad es., in Ulp. 14 *ad Sab.* D. 26.4.1.1; Ulp.

importa qui rimarcare questa differenza: che la tutela testamentaria, al pari di quella magistratuale, presupponeva una *datio*, cioè l'atto di assegnazione del tutore vuoi d'un privato vuoi d'un organo pubblico, mentre la tutela legittima ne prescindeva². Procedendo sempre *per differentiam* rispetto ai tutori testamentari e a quelli *ex inquisitione dati*³, Ulpiano prosegue esponendo la regola secondo cui i tutori legittimi erano obbligati a prestare la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*'⁴. Se il principio era indiscusso per i tutori legittimi agnati⁵, un dibattito

38 *ad Sab.* D. 26.4.3 §§ 3, 6-7. È noto anche che la tutela legittima fosse recessiva rispetto a quella testamentaria: cfr. Gai. 1.155.

² A quella parte della critica interpolazionista che ha ravvisato un indice d'alterazione del § *pr.* nel cambio del tempo verbale, è stato giustamente obiettato che lo slittamento dall'indicativo presente "*dat*" all'indicativo perfetto "*fecit*" è impeccabile: "*fecit*" rimanda, puntuativamente, al momento dell'istituzione della tutela legittima, ovvero all'entrata in vigore della *lex Duodecim Tabularum*. Si veda CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 37-38.

³ La regola enunciata in D. 26.2.17 *pr.* era che «*testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est*»: essa si trova estesa ai tutori *ex inquisitione dati* implicitamente in D. 26.2.19.1 (*supra*, fr. 9) ed esplicitamente in I. 1.24 *pr.* La simmetria tra D. 26.2.17 *pr.* e D. 26.4.5.1 si coglie nel sintagma con cui Ulpiano esprime la certezza delle due regole: al grado neutro nel secondo passo ("*certum est*"), al grado comparativo nel primo ("*certo certius est*"). La lettura di CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 43-44, accentua questa simmetria: l'A. ritiene che la congiunzione "*etiam*", nel primo periodo di D. 26.4.5.1, vada messa in relazione alla proposizione principale e non al pronome "*hos*" soggetto dell'infinitiva. La traduzione suggerita sarebbe quindi: «ma è anche certo che costoro [i tutori legittimi] sono costretti a prestare la *satisdatio*». Questa interpretazione ha in effetti il pregio di aggirare un problema sollevato da alcuni studiosi delle interpolazioni, secondo i quali la locuzione "*sed etiam hos*" (intesa "ma anche costoro") lascerebbe supporre che ci fosse un'altra categoria di tutori, oltre a quella dei legittimi agnati, costretta in linea di principio a prestare la garanzia in discorso: ciò che nessuna delle fonti tradite afferma esplicitamente. Per la letteratura in argomento si rimanda a CARBONE, *op. cit.*, spec. p. 38 nt. 45. La soluzione opposta è invece accolta in SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae* cit., *ad h. l.*: «Ma è certo che pure questi sono costretti a dare garanti, tanto che alla maggioranza <dei giuristi> sembra che anche il patrono e il figlio del patrono e tutti gli altri suoi discendenti siano costretti a dare garanti affinché l'integrità del patrimonio sia salvaguardata». Stando all'*ordo verborum*, è quest'ultima la soluzione da preferire: vd. nello stesso senso PELLECCHI, *Rec. a M.* CARBONE cit. Si ripresenta perciò il problema d'individuare l'altra o le altre categorie di tutori che al pari dei *legitimi agnati* erano costrette a prestare la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*': appurato che D. 26.4.5.1 non dice nulla al riguardo, conviene intanto sospendere l'esame di questa complicata questione. Sul punto torneremo più avanti, commentando il successivo § 2 (*infra*, fr. 15), ove si introduce il parallelo tra i tutori legittimi e quelli dati dai magistrati municipali da cui trarremo dati utili alla soluzione del nostro problema.

⁴ Non pare vi siano, oltre al nostro frammento, altre fonti che si occupano *ex professo* del regime della *satisdatio* in relazione ai tutori legittimi, nonché dell'applicabilità a quest'ultimi dell'editto *De administratione tutorum*. I legittimi non compaiono tra gli esonerati dall'obbligo di *satisdare* né in Gai. 1.200 né nel parallelo, ma non identico, I. 1.24 *pr.*: cfr. CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 16 e nt. 61 (ove bibl.), 163 ss.

⁵ Sulla fonte di tale obbligo si veda la rassegna di opinioni riferita *supra*, fr. 5, a proposito dell'interpretazione dei due sintagmi "*certum est*" e "*certo certius est*": basti qui ribadire che l'orientamento dominante, sulla scia di LENEL, *EP*³ 316, è incline a ritenere che le due espressioni siano il segno d'una elaborazione giurisprudenziale in

giurisprudenziale concerneva invece la posizione del patrono e dei suoi discendenti. Due gli orientamenti prospettati: secondo i *plerique*, la regola dell'obbligatorietà della *satisdatio* valeva anche per i tutori patroni; secondo la diversa opinione fatta propria da Ulpiano, la prestazione della garanzia sarebbe invece dipesa dall'esito d'una *causae cognitio* pretoria, incardinata sui parametri dell'onestà del patrono e dell'entità del patrimonio pupillare⁶.

2. Se si fosse dimostrato persona *honestus*, il chiamato alla tutela sarebbe stato dispensato dall'obbligo di prestare la garanzia. Il criterio non è inedito; l'autore severiano ripete per il patrono quanto aveva già scritto a proposito dei tutori testamentari in D. 26.2.17.1-2: un tutore *honestus*, se anche non si fosse offerto di *satisdare*, non avrebbe dovuto essere escluso dall'*administratio*.

Del pari, anzi soprattutto ("*maxime*") il patrono era esonerato dalla *satisdatio* quando il patrimonio del pupillo fosse stato poco consistente. Un dubbio interpretativo sul soggetto a cui riferire il criterio della "*modica substantia*" potrebbe sorgere dal fatto che la proposizione «*si substantia modica sit*» è coordinata con l'altra protasi «*si persona honesta sit*», la quale però si riferisce al patrono. La perplessità è fugata dalla lettura complessiva del passo: nella chiusa, i due criteri in esame sono compendiatamente nell'espressione «*aut modus tutelae aut persona [...] admittat satisfactionem*»⁷. S'aggiunga che in D. 26.2.17.1-2 (*supra*, fr. 6) l'*idoneitas*, intesa principalmente come criterio di tipo patrimoniale, era l'altra qualità, accanto all'*honestas*, in virtù della quale il tutore poteva amministrare senza *satisdare*. Un'interpretazione che riferisse la *modica substantia* al patrono invece che al pupillo sfocerebbe dunque in una innecessaria antinomia tra i due luoghi⁸.

materia, la quale avrebbe preso le mosse dalla clausola edittale sulla *provocatio ad satisfactionem*: cfr. CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 45 nt. 71.

⁶ Che quello riferito da Ulpiano in D. 26.4.5.1 sia un dibattito tra giuristi è unanimemente assunto dagli interpreti. Per la bibliografia si veda CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 17-19. A riprova dell'esistenza della discussione giurisprudenziale da taluni è addotto Pap. 11 *quaest.* D. 26.5.13 pr.-1: cfr. GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 152 ss.; WEYMULLER, *Contribution a l'histoire de l'actio tutelae* cit., 47. Secondo CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 167, «stranamente la maggioranza degli autori che si sono occupati di D.26.4.5.1 hanno ipotizzato [...] che l'opinione minoritaria sostenesse l'esonero dall'obbligo di *satisdare* per i tutori patroni. Ma questa idea, seppur teoricamente prospettabile, non risulta esser confortata da alcun appiglio testuale».

⁷ Dello stesso avviso CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 164 nt. 6, che intende "*modus tutelae*" come "misura del patrimonio soggetto a tutela".

⁸ Evidenzia la specularità tra *idoneitas* del tutore e *modica substantia* del pupillo CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 191: «tanto meno cospicuo sarà il patrimonio del pupillo tanto più capiente e quindi solvibile sarà quello del tutore».

Il terzo degli elementi alternativi presentati dal periodo finale del §, ovvero la “*causa*”, assume significato se messa in rapporto alla “*causae cognitio*” di cui Ulpiano discorre poco prima nel passo: la *causa* sarebbe insomma l’insieme delle circostanze che vengono a rilievo nel caso concreto, e che possono indurre il pretore a dispensare il patrono dal prestare la *satisfatio*⁹.

3. Volendo ricercare la *ratio* che sostiene l’opinione di Ulpiano in contrapposizione a quella dei *plerique*, si è giustamente insistito sulla «qualità di patroni di questi tutori (quella qualità per cui se il liberto voleva agire contro di loro doveva chiedere l’autorizzazione al pretore) che può benissimo aver reso consigliabile l’esonero di essi dalla *satisfatio*, quando circostanze particolari lo rendessero opportuno»¹⁰. Un’altra spiegazione, complementare alla prima e di quella non meno persuasiva, anzi più attenta alle cause prime di tale diversa

⁹ Il TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 7 nt. 37, ritiene compilatoria la chiusa del passo, perché la *causa* è un elemento assente nell’esposizione che precede, ove sono menzionati soltanto l’onestà del patrono e l’ammontare del patrimonio pupillare. In contrario è da notare che sarebbe difficile attribuire significato al termine “*causa*” in assenza d’un riferimento alla *causae cognitio*: è questo un primo collegamento tra la coda e il resto del §. Un’ulteriore asimmetria è rilevata da CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 185-186: l’A. evidenzia che i criteri presentati alternativamente nel periodo finale, con l’uso dell’“*aut*” disgiuntivo, sono discussi congiuntamente appena prima (“*si persona honesta sit, remittatur ei satisfatio et maxime, si substantia modica sit*”), sicché «sembrerebbe che chi ha fatto questa aggiunta nell’intento di chiarire ulteriormente ha utilizzato [...] il discorso precedente in modo maldestro, pervenendo ad un risultato opposto rispetto a quello che intendeva perseguire, in quanto ha apposto al passo una conclusione contraddittoria». Va però osservato che il *tricolon* introdotto da “*aut*” può assumere anche valore restrittivo, oltre che disgiuntivo. La contrapposizione *et/aut* non deve insomma essere caricata d’una valenza probante maggiore di quanta non ne abbia: l’elencazione conclusiva potrebbe avere semplicemente la funzione di limitare il novero dei parametri da prendersi in considerazione ai tre già menzionati, seppure tra di essi ci sia un criterio aperto come la *causa*, ossia l’insieme delle circostanze che emergono nel caso concreto. Come rileva PELLECCHI, *Rec. a Carbone* cit., a dimostrare la coerenza della ricapitolazione finale con l’esposizione che la precede è soprattutto questo: che « il mutamento della correlazione è imposto dal mutamento dell’azione riferita al magistrato, al quale si chiede ora di *admittere* la *satisfatio* (anche solo) se il patrimonio pupillare non sia modico oppure (anche solo) se la persona del patrono non risulti irreprensibile».

¹⁰ Così R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, 140, in polemica con S. SOLAZZI, *Tutele e curatele* (1913) ora in id., *Scritti* cit., 2.12, che ritiene interpolato il passo in esame, nel riferimento alla *causae cognitio* e ai criteri su cui questa doveva vertere. Ad avviso dello studioso napoletano, i tutori patroni erano sempre, e non in esito alla *causae cognitio*, esonerati dalla *satisfatio*; ciò in virtù della «maggiore resistenza che nella tutela del patrono ha offerto l’idea pura della tutela potestativa»: cfr. ID., *L’età del tutore* (1920) ora in *Scritti* cit., 2.337, seguito - quanto all’individuazione della *ratio* - dal GUZMAN, *Cacion tutelar en derecho romano* cit., 150 ss., che ritiene tuttavia genuino il riferimento alla *causae cognitio* e ai suoi criteri.

posizione del patrono, mette in luce il vincolo di reciproca *fides* che legava quest'ultimo al liberto¹¹, *fides* che il primo dimostrava al secondo con l'atto della manumissione¹².

Un nesso tra la manomissione e il regime della *cautio* in effetti emerge in Pap. 11 *quaest.* D. 26.5.13.1¹³: Papiniano prende in esame un provvedimento del senato¹⁴ che riguardava il caso di un impubere a cui, per fedecommesso, fosse stata lasciata l'eredità e data

¹¹ E l'idoneità del tutore, che doveva essere accertata attraverso l'*inquisitio* (cfr. I. 1.24 pr.), trovava nella *fides* del tutore stesso un tratto saliente, come testimonia Ulp. *de excus. Vat. Fr.* 157. Si tratta della medesima *fides* che assieme alla *diligentia*, secondo Gai. 1.200, giustificava l'esonero dei tutori testamentari dall'obbligo di prestare la *satisdatio*, atteso che entrambe le qualità apparivano dimostrate dalla scelta operata dal testatore. Si vedano in proposito DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 171 ss.; CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 193-194 e la letteratura ivi citata alla nt. 94.

¹² È orientata a quest'ordine d'idee CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 192-199. Le argomentazioni della studiosa, *op. cit.*, 194, prendono le mosse dall'inciso "*fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis*" che si legge in Pap. 11 *quaest.* D. 26.5.13.2: ad avviso dell'A., il principio così espresso da Papiniano va inteso nel senso che la *fides* del tutore, accertata tramite l'*inquisitio*, equivale alla prestazione della *cautio*, la quale si rende pertanto innecessaria. Per l'esegesi dell'intero frammento papiniano proposta da questa studiosa si veda ivi, pp. 70 ss. La lettura più piana della proposizione sembra però essere che l'affidabilità dell'*inquisitio* tiene il luogo della *cautio*. È comunque vero che oggetto dell'*inquisitio* era anche la *fides* del candidato alla gestione tutelare: vd. alla nt. precedente. L'A. prosegue, pp. 195-196, richiamando Gell. 5.13.2 e 20.1.40, Paul. 11 *resp.* D. 38.2.47.2, Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.5.11 (per "*libertos aliquos fideles*"): passi che illustrano – per così dire – l'altro capo del vincolo fiduciario rispetto a quello che qui interessa, cioè la *fides* che il liberto aveva dimostrato o doveva dimostrare al patrono. Vengono conclusivamente adottati (pp. 197-98) Mod. *l.s. de heur.* D. 26.10.9 e Ulp. 1 *opin.* D. 26.1.8 a riprova «che la *fides* persista anche quando il *patronus* sia diventato tutore del liberto». Il primo passo accosta, sotto la comune attribuzione della "*notata fides*" e della "*existimatio*", il "*tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus*" e il "*patronus [qui] pupilli liberti tutelam gerit*": pur menzionando la *fides*, questo testo non può essere invocato a giustificazione d'un *ius singulare* del solo patrono. Il secondo passo invece tratta della *fides* che il patrono dovrà dimostrare al liberto durante l'amministrazione della tutela: si pone quindi a valle del problema che stiamo affrontando, perché presuppone che l'affidamento della gestione sia già avvenuto, anche se senz'altro conferma che il vincolo fiduciario tra patrono e liberto dovesse persistere *durante gestione*: ma lo stesso si potrebbe dire per qualunque tutore verso qualunque pupillo.

¹³ Nel quale il giurista prosegue il commento alla fattispecie descritta nel § *pr.*; conviene quindi riportare entrambi i §§. Pap. 11 *quaest.* D. 26.5.13 pr.-1: *Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo pupillae tutor ab eo, cui ius dandi erit, detur, qui tutelam retineat, quoad restituatur hereditas et rem salvam fore ab herede caveatur. postea divus Hadrianus, ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit. [1] Quamvis autem a patrono rem salvam pupillo fore non facile cautio exigatur, tamen senatus pro extraneo haberi voluit eum, qui, quod in ipso fuit, etiam libertate privavit impuberem: et ius quidem liberti, quod habet, quia ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum, tutela vero sine vinculo cautionis non committitur. quid ergo si non caveat? non dubie tutela non erit apud patronum.*

¹⁴ Riferimenti bibliografici riguardo l'identificazione di tale provvedimento (probabilmente un senatoconsulto o una sentenza d'appello avverso una pronuncia del pretore fedecommissario) in CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 76 nt. 86.

la libertà. Il senato aveva stabilito che, qualora l'erede non avesse adito, si sarebbe potuto chiedere, a nome dell'impubere, di costringerlo all'*aditio*, con l'accortezza tuttavia di assegnare all'impubere un tutore temporaneo, fino a quando egli non gli avesse devoluto l'eredità, prestando anche la *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*'. Ora, il punto è che manomettendo l'impubere, l'erede ne sarebbe diventato il patrono e dunque il tutore legittimo. Ma il senato, commenta Papiniano, volle che il patrono, per il fatto di non essersi adoperato da subito e spontaneamente per manomettere l'impubere, fosse considerato *pro extraneo*: dunque, s'intende¹⁵, non alla stregua d'un tutore patrono, per quanto l'omessa spontanea *manumissio* non facesse venire meno il diritto alla tutela del liberto. Questa gli sarebbe però stata affidata solo a patto che prestasse la *satisdatio*.

L'annotazione papiniana, seppure in margine ad una fattispecie peculiare, lascia intravedere quale potesse essere il fondamento dell'opinione di Ulpiano sul regime della *satisdatio* da applicarsi ai tutori patroni: se prestarla era secondo il giurista una *contumelia* (come sappiamo da D. 26.2.17.2: *supra*, fr. 6), la concessione della libertà poteva meritare al manomissore e ai suoi discendenti un riguardo particolare, tale da esonerarli da quell'obbligo, se la *causae cognitio* avesse sortito i risultati sperati.

¹⁵ Cfr. CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 77.

Fr. 15 = L. 1000 (parte II) = D. 26.4.5.2

In legitimis et in his, qui a magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit. et ait Labeo et uni recte tutelam decerni: posse enim aliquos¹ vel absentes vel furiosos esse: quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio.

In riferimento ai tutori legittimi e a quelli nominati dai magistrati municipali, ci si è chiesto se può essere decretato l'affidamento della gestione tutelare anche a un solo tutore. Labeone dice che lo si fa a ragione, perché alcuni contutori potrebbero essere assenti o infermi di mente. E per utilità quest'opinione va accolta: sicché si può decretare l'affidamento della gestione anche a uno solo.

COMMENTO

1. I soggetti dell'analogia in D. 26.4.5.2-4: tutori legittimi e designati dai magistrati municipali. 2. La *ratio* dell'accostamento delle due categorie soggettive: l'identica posizione rispetto all'obbligo di *satisdare*. 3. Il presupposto oggettivo dell'analogia. 4. (segue) Tre ipotesi interpretative. 5. L'accoglimento "*utilitatis causa*" della *sententia* di Labeone.

1. Illustrato il regime della *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*' per i tutori legittimi (e distinta al riguardo la posizione dell'agnato prossimo da quella del patrono), Ulpiano passa a discutere l'applicazione analogica di *EP* § 121 a questi tutori, cui egli accosta quelli nominati dai magistrati municipali. La trattazione prende avvio dalla seconda clausola dell'editto, la stessa che forma oggetto specifico d'esame in questa porzione del commentario.

I tutori legittimi e municipali potevano dunque decidere d'affidare la tutela a un unico gerente? Nel dare risposta affermativa al quesito, Ulpiano richiama un'opinione di Labeone, che pure propendeva per la stessa soluzione, perché - notava il giurista d'età augustea - poteva accadere che alcuni tra i contutori fossero infermi di mente o assenti. E quest'opinione, conclude Ulpiano, merita d'essere accolta "*utilitatis causa*".

Dando per scontato che la menzione dei tutori legittimi vada qui intesa come comprensiva di agnati e patroni², due aspetti vanno anzitutto chiariti: a quale categoria di

¹ MOMMSEN, *ed. mai. ad h.l.*, corregge *ad sensum* "*aliquos*" con "*reliquos*"; sulla questione vd. più avanti, nr. 3.

² Quando Ulpiano vuole distinguere l'una specie di tutori *legitimi* dall'altra, lo fa esplicitamente: abbiamo appena visto la partizione in D. 26.4.5.1 in ordine alla *satisdatio* obbligatoria; vedremo quella operata in D. 26.4.5.3-4 in merito all'applicabilità della clausola edittole sulla *provocatio ad satisfactionem*. Nel passo che ci occupa la categoria dei legittimi è invece considerata unitariamente.

tutori debba essere riferita l'espressione "*in his qui a magistratibus dantur*", e per quale motivo tale categoria sia associata in questo contesto a quella dei legittimi.

La locuzione in discorso potrebbe astrattamente individuare i tutori nominati tanto dai magistrati romani quanto dai magistrati municipali. Ma il contesto entro il quale è collocato il passo in esame e l'*usus scribendi* di Ulpiano indicano che il riferimento è a questi ultimi.

In D. 26.4.5 la locuzione estesa "*magistratus municipales*" compare al § 3 («*magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*»): la constatazione non è di per sé decisiva, perché la concatenazione tra il § 2 e il § 3 potrebbe anche leggersi nel senso che Ulpiano stia procedendo da genere a specie, trattando al § 2 dei tutori dativi nel complesso («*hi qui a magistratibus dantur*»), e al § 3 dei tutori dati dai magistrati municipali. Abbiamo però visto che il giurista s'era già occupato dell'applicazione analogica di EP § 121 ai tutori nominati dai magistrati superiori, individuati con la locuzione "*ex inquisitione dati*" (*supra*, fr. 9): con riguardo a questa categoria non c'era dunque bisogno di porre nuovamente la questione. Nel commento al titolo edittale "*De tutelis*" (Ulp. 35-36 *ad ed.*) - è inoltre da notare - il sostantivo "*magistratus*" designa sempre i magistrati locali, anche quando l'aggettivo "*municipales*" è omissivo: in altri luoghi in cui è implicito che il discorso converge sui soli tutori nominati dai magistrati municipali, l'autore severiano non ha difficoltà a omettere l'attributo³.

Precisato questo punto, serve adesso individuare la *ratio* dell'accostamento tra tutori legittimi e tutori municipali.

2. La questione sorge in effetti spontanea, tanto più in considerazione del fatto che alcuni momenti della legislazione romana mostrano una parificazione normativa delle due figure. In particolare, i *capita* sulla *datio tutoris* degli statuti municipali iberici d'età flavia equiparavano il *iustus tutor* assegnato in base alla legge municipale al tutore *agnatus proximus* di un *civis romanus*, dunque ad un tutore legittimo⁴.

³ Lo dimostra Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1 pr., che illustra il regime della legittimazione passiva all'*actio subsidiaria* la quale - come vedremo più in dettaglio a momenti - si dava contro i magistrati municipali, e non contro quelli superiori: *In ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus, nec in fideiussores eorum: hi enim rem publicam salvam fore promittunt, non pupilli. proinde nec nominatores magistratuum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus. [...] sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per ordinem electus.* La preterizione dell'aggettivo nel sintagma "*magistratus municipalis*" non è un tratto della lingua del solo Ulpiano, ma anche di quella d'altri giuristi: ad es., Paul. 9 *resp.* D. 26.7.46.6.

⁴ *Irn.* 29: [...] *Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei cui datus erit, quo ne a iusto / tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto quam si is civis Romanus / et adgnatus proximus civi Romano tutor esset.* *Salp.* 29: [...] *Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto, quam si is c(ivis) R(omanus) et [ei] adgnatus proximus c(ivis) R(omanus) tutor esset.* Per le indicazioni bibliografiche in argomento, vd. di recente VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori* cit., 38-39.

Rispetto all'affidamento dell'*administratio*, il dato che caratterizzava la posizione del tutore legittimo era l'obbligo di *satisdare*: Ulpiano l'aveva ricordato in D. 26.4.5.1 ("*certum est*"). Per i tutori nominati dai magistrati municipali valeva la stessa regola? La quasi unanime risposta affermativa della dottrina moderna, a cominciare dal Rudorff⁵, invoca in proposito le fonti concernenti l'*actio subsidiaria* che si dava contro questi magistrati⁶. Tale rimedio era stato introdotto nell'editto del pretore (*EP* § 127) su impulso di un senatoconsulto approvato "*auctore divo Traiano*"⁷, ed era concesso, *causa cognita*, contro i magistrati municipali⁸ che, pur richiesti, si fossero colposamente astenuti dal nominare un tutore, oppure avessero dato (o istruito il *praeses provinciae* affinché desse) un tutore non idoneo, o ancora – ciò che qui interessa - non avessero richiesto al tutore di *satisdare*⁹. Una responsabilità così configurata dimostrerebbe perciò l'esistenza d'un dovere di garantire in capo ai tutori nominati da questi magistrati.

Di recente, l'impostazione tradizionale del problema è stata tuttavia rovesciata da Mariateresa Carbone¹⁰, la cui critica trova il suo argomento principale nell'esegesi di Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1.11-12, ossia il luogo che enuncia «il principio generale regolante la responsabilità sussidiaria dei magistrati municipali»¹¹. Non bastava - afferma Ulpiano nel passo - che costoro dessero un tutore idoneo; se all'atto della nomina essi non avessero preteso la prestazione della *satisdatio*, avrebbero risposto dell'omissione in sede di *actio subsidiaria*, salvo che il patrimonio del tutore fosse stato capiente al momento in cui al pupillo sarebbe stato possibile agire contro di lui con l'*actio tutelae*. In modo del tutto coerente con il tipo di responsabilità in questione, il pupillo avrebbe infatti potuto agire contro un tutore solvibile e non avrebbe avuto bisogno di rivalersi sui magistrati. Questi ultimi non sarebbero

⁵ La bibliografia è elencata in CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 19 ss. (ntt. 71-81).

⁶ A quest'*actio* sono dedicati i titoli *De magistratibus conveniendis* della compilazione giustiniana: CI. 5.75 e D. 27.8.

⁷ Come si legge in Diocl. – Maxim. C. 5.75.5. Il senatoconsulto era inteso a fornire al pupillo uno strumento di protezione ulteriore, accanto ai rimedi esperibili contro il tutore. Solo l'ex pupillo, *finita tutela*, era legittimato attivo all'azione: cfr. Ulp. 3 *disp.* D. 27.8.2. Per la relativa formula LENEL, *EP*³ 321-22, ipotizza un'*intentio in factum*. GRELLE, *La datio tutoris dei magistrati municipali* cit., 430 nt. 64 ricorda le opinioni di altri autori, che propendono invece per un adattamento in via utile alternativamente della formula dell'*actio ex stipulatu* data contro i fideiussori o dell'*actio tutelae*.

⁸ E in via utile anche contro l'*ordo decurionum* che avesse assunto su di sé il *periculum*: cfr. Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1 pr. (testo *supra*, nt. 3).

⁹ Sulle ragioni di politica legislativa che condussero all'introduzione dell'*actio subsidiaria* e sulla sua evoluzione nell'interpretazione giurisprudenziale si veda il quadro tracciato da GRELLE, *La datio tutoris dei magistrati municipali* cit., 430-433.

¹⁰ CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 123 ss.

¹¹ Ivi, p. 124.

invece stati responsabili - afferma sempre Ulpiano - quando i tutori o i garanti, idonei rispettivamente al tempo della *datio* e della prestazione della *satisdatio*, fossero in seguito divenuti insolubili¹². Discendeva da queste regole che l'*actio subsidiaria* non sarebbe stata concessa se, avendo i magistrati locali nominato due tutori, senza tuttavia pretendere da loro la *cautio*, il pupillo avesse potuto escutere il patrimonio di un contutore¹³. Né potevano essere tenuti responsabili gli eredi dei magistrati, se i garanti presentati dai tutori fossero stati idonei al momento della prestazione della *satisdatio*, e fossero divenuti insolubili solo in un secondo tempo¹⁴.

Nonostante l'introduzione dell'*actio subsidiaria*, sostiene perciò Carbone, i magistrati municipali rimanevano formalmente liberi di richiedere o meno la prestazione della *satisdatio* dai tutori di loro nomina, nel senso che nessuna norma di *ius publicum* imponeva loro l'obbligo di esigerla. Tuttavia, il non facile giudizio prognostico sull'idoneità del tutore nel momento in cui il pupillo si sarebbe trovato a esperire l'*actio tutelae*, li avrà in pratica costretti, nei casi statisticamente più frequenti, a cautelarsi anzitutto con la richiesta della garanzia. Da uno stato di cose siffatto l'autrice inferisce simmetricamente che i tutori *a magistratibus dati* non fossero obbligati a *satisdare*¹⁵.

¹² Ulp. 36 ad ed. D. 27.8.1.11-12: *Si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit et satis non exegit, non sufficit: quod si satis exegit et idoneum exegit, quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fideiussores, nihil est, quod ei qui dedit imputetur: non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare.* [12] *Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo tutelae agi potest, sufficit.* Anche qualora avessero richiesto e ottenuto la garanzia, i magistrati locali avrebbero comunque potuto essere ritenuti responsabili per altri profili connessi alla nomina del tutore: ad esempio, per aver scelto un tutore non idoneo. Per un caso cfr. Paul. 9 resp. D. 26.7.46.6.

¹³ Né il contutore escusso avrebbe avuto regresso contro i magistrati. Ulp. 3 disp. D. 27.8.2: *Proponebatur duos tutores a magistratibus municipalibus datos cautione non exacta, quorum alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum satis pupillo fecisse, et quaerebatur, an tutor iste adversus magistratum municipalem habere possit aliquam actionem, cum sciret a contutore suo satis non esse exactum. dicebam, cum a tutore satis pupillo factum sit, neque pupillum ad magistratus redire posse neque tutorem, cum numquam tutor adversus magistratus habeat actionem et rell.* L'*actio subsidiaria* era pure esclusa quando il contutore, sciente che i magistrati non avevano esatto la garanzia dal collega, e una volta venuto a mancare quest'ultimo, non si fosse occupato dell'intera gestione. Cfr. Iul. 21 dig. D. 27.8.5: *Duo tutores partiti sunt inter se administrationem tutelae: alter sine herede decessit: quaesitum est, in magistratum, qui non curasset ut caveretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet. respondi aequius esse in alterum tutorem dari quam in magistratum: debuisse enim eum, cum sciret pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset: nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet.*

¹⁴ Ulp. 1 ad ed. D. 27.8.6: [...] *magistratus si tanta fuit neglegentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavet et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius et rell.*

¹⁵ CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., *passim* e 161.

Questa tesi incontra però alcune obiezioni di fondo. La prima è che nell'unico caso in cui è certo che una categoria di tutori – ossia i *legitimi adgnati* – era costretta a garantire (D. 26.4.5.1), l'obbligo non era fatto dipendere dall'*actio subsidiaria*. Non consta infatti che «questo rimedio sia mai stato accordato contro il magistrato cui spettava di imporre ai tutori legittimi la *satisfatio 'rem pupilli salvam fore'* (in età severiana verosimilmente il pretore, come si desume dal seguito di D. 26.4.5.1 [*«hoc causa cognita praetorem statuere debere melius est»*]).»¹⁶ Il fatto che i magistrati locali non fossero talvolta tenuti verso il pupillo per avere omesso di esigere la *cautio* non prova perciò che i tutori municipali fossero esentati dal dovere di prestarla¹⁷.

Si è visto inoltre che le leggi municipali flavie equiparavano il tutore dato nel municipio al *civis romanus* che avesse assunto la tutela legittima del pupillo in qualità di suo *adgnatus proximus*. L'equiparazione legale potrebbe perciò essere stata interpretata dai giuristi nel senso che anche i tutori municipali fossero obbligati a prestare la *satisfatio 'rem pupilli salvam fore'*, come certamente lo erano i *legitimi adgnati*.

Qualche informazione ulteriore si può poi trarre dalle due costituzioni di Diocleziano riportate in C. 5.42.3-4, sotto il titolo *De tutore vel curatore qui satis non dedit*¹⁸. In esse si legge infatti che in linea di principio i tutori erano obbligati a *satisfare*, e che la prestazione della garanzia era condizione necessaria per l'esercizio legittimo della gestione tutelare (C. 5.42.3pr.)¹⁹. Come eccezioni ammesse, la cancelleria imperiale fa il caso dei tutori

¹⁶ Così PELLECCHI, *Rec. a Carbone* cit. Per l'opinione di Lenel, nel senso dell'origine giurisprudenziale dell'obbligo, vd. *supra*, fr. 5.

¹⁷ PELLECCHI, *Rec. a Carbone* cit., rimarca in proposito che i giuristi qualificavano l'omessa esazione della *satisfatio* come *dolus* o *neglegentia* dei magistrati (*dolus* in Cels. 11 *dig.* D. 27.8.7, *neglegentia* in Ulp. 1 *ad ed.* D. 27.8.6), sicché «non parrebbe che “l'inerzia di colui che avrebbe dovuto pretendere la garanzia fosse considerata legittima di per sé”». Nei casi visti più in alto (ntt. 13-14), nei quali la condotta omissiva non era loro imputata, «a escludere l'*actio subsidiaria* era soltanto una *res extraria* (come l'avrebbero definita i retori: cfr. *Rhet. ad Herenn.* 1.24)».

¹⁸ Diocl. – Maxim. C. 5.42.3: *In dubium non venit tutores, qui non testamento dati sunt, administrandi potestatem nisi satisfatione emissa salvam tutelam fore non habere.* [1] *Si igitur tutor, qui pro tutelari officio non caverat, iudicio expertus est, adversus eum lata sententia iuri tuo officere non potuit, nec ea quae ab eo gesta sunt ullam firmitatem obtinent.* [2] *frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea quae ab eo gesta sunt ipso iure irrita sunt.*

C. 5.42.4: *Non omnium tutorum par similisque causa est. quapropter exemplo testamentarii confirmatum a praeside vel datum ex inquisitione non onerari satisfatione rem salvam fore pupillorum manifestum est, pluribus autem datis ex inquisitione tutoribus illum, qui satis secundum formam edicti rem pupilli salvam fore dedit, in administratione praeferrari iam dudum obtinuit.*

¹⁹ Non rileva in questa sede, ma è della massima importanza per lo studio della *satisfatio 'rem pupilli salvam fore'*, la precisazione che gli atti d'amministrazione compiuti in mancanza della garanzia sarebbero stati invalidi *ipso iure* (C. 5.42.3.2: nt. prec.).

testamentari e dei tutori confermati dal governatore provinciale oppure dati *ex inquisitione* (C. 5.42.3pr. e 5.42.4). I tutori dati dai magistrati municipali non sono dunque nominati tra le categorie eccettuate.

Il parallelo con gli statuti municipali flavii e con i provvedimenti della cancelleria diocleziana suggerisce dunque che i tutori dati dai magistrati municipali condividessero con i tutori legittimi il dovere di *satisdare*; il che spiegherebbe perché le due categorie si trovino accostate in D. 26.4.5.2.

Non ci si può però nascondere che una questione resta comunque aperta; l'abbiamo già prospettata esaminando D. 26.4.5.1. In quel passo Ulpiano aveva scritto: «*sed etiam eos [scil. legitimi tutores] cogi satisdare certum est*». Ci eravamo dunque chiesti a quale altra categoria di tutori andasse riferita tale certezza. Poteva trattarsi dei municipali, diremmo a questo punto. Ma la perplessità rimane. Le parole di Ulpiano - la congiunzione “*etiam*”, in particolare - lascerebbero infatti intendere che egli avesse affermato altrove l'obbligo di *satisdare* per quest'altra categoria di tutori. Ma d'una simile affermazione nel Digesto non c'è traccia, né circa i tutori municipali né circa alcun'altra categoria, quando invece sarebbe stato logico che i Compilatori la conservassero²⁰.

Ferma restando questa difficoltà, prima di proseguire nella nostra analisi, converrà riassumere il regime complessivo dei soggetti tenuti o interessati a prestare la *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’. [a] I tutori testamentari erano sicuramente esonerati dalla prestazione della *satisdatio* necessaria. Per costoro, l'offerta della garanzia era un onere per essere preferiti ai colleghi nell'affidamento della gestione tutelare, secondo il meccanismo della *provocatio* descritto in D. 26.2.17 (*supra*, fr. 5). Lo stesso [b] valeva per i tutori *ex inquisitione dati*, cioè i tutori nominati dai *magistrati populi Romani* (D. 26.2.19.1: *supra*, fr. 9). All'opposto, [c] erano obbligati a garantire i tutori legittimi agnati e quelli dati dai magistrati municipali, mentre era controversa [d] la posizione dei tutori patroni: la maggioranza dei giuristi riteneva che anche costoro fossero costretti a *satisdare*; Ulpiano opinava invece che sul punto si dovesse decidere volta per volta, in esito a una *causae cognitio* tesa prioritariamente ad accertare l'*honestas* del patrono e la situazione patrimoniale del pupillo.

3. Terminato l'*excursus* che ci ha condotto ad indagare la ragione dell'accostamento in D. 26.4.5.2 delle due categorie dei tutori legittimi e dei tutori assegnati dai magistrati locali,

²⁰ Nello stesso senso PELLECCHI, *Rec. a Carbone* cit.: «non è facile spiegare per quale ragione chi attendeva all'allestimento dei titoli del Digesto dedicati alle varie specie di tutori e alla loro amministrazione (D. 26.2-7) avrebbe dovuto rinunciare all'affermazione che sui tutori municipali gravava l'obbligo di *satisdare*».

possiamo ora cominciare ad affrontare il nucleo centrale del nostro frammento, ovvero il problema dell'applicazione a tali categorie dell'editto *De administratione tutorum*.

Nel primo periodo del § in esame, il giurista si chiede se la gestione tutelare potesse essere affidata ad un solo contutore. Compare il verbo “*decernere*”, il medesimo impiegato già in D. 26.7.3.7 e in D. 26.2.19.1. E noi sappiamo (*supra*, fr. 12) che nel primo dei due passi citati è esposta la norma di chiusura di EP § 121: quando il padre nominava i tutori nel testamento, ma non designava la persona del gerente, o il designato non intendeva gerire, i contutori avrebbero dovuto eleggere a maggioranza il collega amministratore. In quel testo il lessema “*decernere*” esprime dunque quest'atto collegiale di designazione («*tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit*»). Lo stesso in D. 26.2.19.1, dove è discussa l'applicazione analogica della medesima norma ai tutori *ex inquisitione dati* («*si cui maior pars tutorum decernat, is gerat quem maior pars eligat*»)²¹. Nell'ipotesi d'uno stallo del collegio, sappiamo inoltre dai §§ 7 ss. di D. 26.7.3, avrebbe dovuto intervenire il pretore, scegliendo personalmente a chi fra i contutori affidare l'amministrazione, e i tutori avrebbero potuto opporsi alla designazione del magistrato, manifestando l'intenzione di volere tutti amministrare secondo il regime della tutela indivisa o divisa.

In D. 26.4.5.2 Ulpiano non richiama espressamente questo ventaglio di ipotesi: il testo anzi è sin troppo ellittico nel menzionare, indicandolo con il verbo “*decernere*”, un atto d'affidamento della *gestio* al singolo contutore²². Si pone quindi il problema di capire se in questo frangente trovasse applicazione (in tutto o in parte) la procedura d'affidamento della gestione che si è adesso sommariamente ricapitolata, la quale passava per una decisione assembleare dei contutori, oppure per un decreto emanato su impulso del pretore, qualora l'assemblea non fosse stata in grado di deliberare. Vedremo subito che la risposta all'interrogativo dipende dall'interpretazione del passo cui si ritenga di aderire.

Dalla collocazione palinogenetica potrebbe in prima battuta ricavarsi l'impressione che il giurista volesse richiamare col verbo “*decernere*”²³ la disciplina esposta e commentata appena più in alto, nella parte finale di L. 999. Ma il dubbio che la procedura da applicare nei confronti dei tutori legittimi e municipali fosse diversa non è fugato del tutto, anche se d'un eventuale divergenza ci si aspetterebbe una qualche testimonianza, se non nel commento ulpiano, almeno in altri luoghi della grande Compilazione: ciò di cui non parrebbe invece esserci traccia. È vero però che esisteva a monte un'asimmetria tra tutori testamentari e tutori dati *ex inquisitione* da un lato, e tutori legittimi e municipali dall'altro lato: i primi non erano

²¹ A un atto del pretore si riferisce invece “*decernere*” in D. 26.7.3 pr., che tratta il tema parallelo dell'affidamento della *curatio* ad uno fra più curatori.

²² Mentre D. 26.2.19.1 è inequivoco nel riferirsi almeno alla deliberazione del collegio.

²³ Verbo che probabilmente era contenuto nella clausola editale: *supra*, fr. 12.

tenuti a prestare la *satisfatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ (a meno d’una loro iniziativa spontanea), i secondi lo erano. E i legittimi, diversamente da tutti gli altri, nemmeno erano tecnicamente dati. L’interrogativo se ciò si riverberasse in differenze procedurali nell’affidamento dell’*administratio* a uno fra più colleghi, al di là degli *argumenta e silentio*, allo stato resta insoluto, perché – lo si è detto – questo frammento è l’unica fonte a noi pervenuta che tratta il nostro tema.

4. La ricostruzione della disciplina – già di per sé non semplice – è ulteriormente complicata dal richiamo all’opinione di Labeone che occupa la parte centrale del §. Questo giurista - il cui orientamento Ulpiano accoglie - riteneva che anche in caso di contutela legittima o determinata da una plurima nomina dei magistrati locali la gestione dovesse essere affidata a un solo tutore, in base alla motivazione che potevano esservi contutori assenti o folli²⁴.

Si pone a questo punto il problema di capire se l’autore severiano ricordasse la motivazione di Labeone solamente perché essa costituiva uno tra i possibili argomenti a sostegno dell’applicazione analogica della clausola edittale, oppure perché l’assenza o la pazzia dei contutori erano elementi essenziali della fattispecie, in assenza dei quali l’analogia non si sarebbe data. Di nuovo, lo stringato discorso di Ulpiano non offre appigli testuali per giungere a una conclusione sicura. Sembrerebbero prospettabili tre ipotesi:

[a] In concreto non importava che vi fossero tutori assenti o folli, e la motivazione labeoniana testimonia unicamente la ragione che in origine dovette persuadere i giuristi ad applicare la clausola edittale al di là del suo tenore letterale.

[b] La clausola s’applicava ai tutori legittimi e a quelli nominati dai magistrati municipali solo quando tra loro vi fossero assenti o *furiosi*.

[c] Un’interpretazione intermedia potrebbe essere quella per cui non era necessario che nel caso concreto vi fossero contutori assenti o folli; doveva però verificarsi pur sempre una situazione (come quella individuata da Labeone) tale da rendere consigliabile affidare eccezionalmente la gestione della tutela ad uno solo.

A sostegno della prima ipotesi, potremmo dire “dell’analogia integrale”, stanno due argomenti letterali interni al passo: nel riferire la motivazione labeoniana Ulpiano impiega il

²⁴ Così come lo si legge nel passo, il pensiero di Labeone era riferito a entrambe le categorie di tutori di cui Ulpiano si sta occupando. Il SOLAZZI, *tutele e curatele* cit., 14, ne ha tratto argomento per reputare interpolato il §, che nella sua stesura classica doveva riferirsi ai soli tutori legittimi, perché i magistrati «è sperabile non scelgano a tutori i furiosi». Ha criticato questo rilievo CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 156: «l’essere *furiosus* è considerato valida causa di *excusatio* e [...] le ipotesi di *excusationes* sorsero in primo luogo nell’ambito della tutela d’ufficio. Se non era dunque prevista la possibilità di nominare tutore un *furiosus*, non si vede la ragione dell’aver previsto questa ipotesi di legittima astensione».

verbo “*posse*” («*posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse*»)²⁵. Si potrebbe allora ritenere, esasperando forse il valore del dato testuale, che l’uso di “*posse*” debba leggersi nel senso che non era necessario vi fossero contutori assenti o folli, potendosi sempre far luogo all’affidamento della *gestio* a uno solo²⁶. Il secondo spunto letterale muove dalla lettura complessiva del §, che ha una struttura al contempo concatenata e simmetrica. Nel primo periodo si pone il quesito se la tutela possa essere affidata a un solo contutore, nel secondo è riferita l’opinione favorevole di Labeone, nel terzo la medesima opinione è accolta *utilitatis causa*. Nel primo e nel terzo periodo, rispettivamente, il quesito è formulato e l’opinione favorevole accolta in termini generali. Ulpiano cioè si chiede “*an uni decerni tutela possit*”, e recepisce la «*sententia [...] ut uni decernatur administratio*». In altre parole, né il quesito né la risposta che chiude il passo a mo’ di sunto sono ristretti al caso particolare prospettato in motivazione²⁷.

A sostegno dell’interpretazione più estensiva è ancora da evidenziare un parallelo tra il § in commento e D. 26.7.3 pr. (*supra*, fr. 3). Il tema affrontato nei due passi è simile: in D. 26.4.5.2 si discute dell’affidamento della gestione tutelare a un solo contutore, in D. 26.7.3 pr. il tema è quello della validità degli atti compiuti da uno tra più curatori. In questa contiguità

²⁵ Il periodo in cui Ulpiano riporta l’opinione di Labeone s’articola in una proposizione principale («*et ait Labeo*») che regge due infinitive coordinate tra loro per polisindeto («*et uni recte tutelam decerni: posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse*»).

²⁶ Se l’affidamento della *gestio* a un solo tutore avesse potuto darsi in ogni caso, senza il verificarsi d’un evento obiettivo che ne determinasse la necessità (come l’assenza o la pazzia di alcuni - o tutti gli altri - tutori), bisognerebbe fare i conti con quella che può apparire come una deduzione controintuitiva. Sappiamo che tra *satisfatio* e *administratio* esisteva un nesso di dipendenza, recepito dalla disciplina editale: normalmente, chi prestava la *satisfatio* aveva diritto di gestire la tutela (cfr. D. 26.2.17 pr.: *supra*, fr. 5). Sappiamo anche che i tutori legittimi e quelli nominati dalle autorità locali erano obbligati a prestare la garanzia ((D. 26.4.5.1-2). In assenza di fatti esterni quali quelli che si leggono nella motivazione labeoniana, si dovrebbe quindi immaginare una comune volontà dei tutori di rinunciare alla gestione e di affidarla a un collega, pur avendo tutti garantito: o se non una volontà comune, almeno una decisione della maggioranza, con un eventuale intervento del pretore che ponesse rimedio alle situazioni di stallo. Bisognerebbe insomma supporre, appunto nell’ottica di un’applicazione analogica integrale della seconda clausola di *EP* § 121, che tutta la disciplina esposta in D. 26.7.3.7-9 venisse recuperata per queste categorie di tutori.

²⁷ Questo rilievo si chiarisce meglio con un raffronto testuale. Il periodo finale di D. 26.4.5.2 sembra avere la stessa funzione del suo omologo in D. 26.4.5.1: entrambi riassumono il contenuto dei §§ che rispettivamente concludono. La coda del § 1 recita: «*ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfationem*». I parametri (*modus tutelae, substantia, causa*) dai quali dipendeva la richiesta della *satisfatio* al tutore patrono, e che Ulpiano aveva discusso nel resto del § sono tutti e tre compendati nella frase conclusiva. La coda del § 2 invece dice: «*quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio*». L’affermazione è assoluta: non vi ricompare l’elemento dell’assenza o della pazzia dei tutori, pure in precedenza introdotto nel discorso.

tematica, l'elemento ricorsivo è l'*utilitas*, che nei due casi rispettivamente inclina ad accogliere la *sententia* di Labeone «*ut uni decernatur administratio*» e induce il pretore, nell'ambito della *cura furiosi*, ad affidare la *curatio* a una sola persona, a detta di Pomponio. Ebbene, in D. 26.7.3 pr., l'iniziativa del pretore è descritta in termini generali, non subordinata al verificarsi di particolari circostanze, esattamente come nel primo e nel terzo periodo di D. 26.4.5.2 sono proposti il quesito sull'affidamento della gestione tutelare ad uno solo e la sua soluzione.

Se è l'*utilitas* il segno che distingue la risposta di Ulpiano, sulla scorta di Pomponio in un caso e di Labeone nell'altro, non parrebbe esservi una diversità di *ratio* tale da consentire, nella contutela dei tutori legittimi e dei tutori nominati dai magistrati municipali, un'applicazione della disciplina ristretta alla sola evenienza che vi fossero tutori assenti o pazzi²⁸. Questa lettura del passo ridurrebbe in sostanza la motivazione labeoniana al mero pretesto che giustificò, due secoli prima di Ulpiano, e – a quanto ne sappiamo – per la prima volta, l'applicazione della clausola edittale in esame a queste due categorie di tutori.

In favore dell'ipotesi opposta – chiamiamola “eccezionalista” – per cui l'affidamento dell'*administratio* a uno solo dovesse aver luogo unicamente nei casi menzionati in motivazione (assenza o pazzia dei contutori), potrebbe essere invocato proprio il fatto che in questo passo Ulpiano si premura di richiamare tale motivazione. In D. 26.2.19.1, ove pure è discussa un'estensione della medesima clausola, ciò non accade. Una ragione – per così dire – di “economia del testo” indurrebbe a concludere che il giurista non avrebbe fatto menzione degli assenti e dei folli se non ce ne fosse stato bisogno ai fini dell'esposizione della disciplina²⁹.

²⁸ Si pone in quest'ordine d'idee FREZZA, *L'istituzione della collegialità in diritto romano* cit., 518, sostenendo che “*utilitatis causa*” abbia in questo passo lo stesso significato della proposizione “*ne utilitates impediatur*” in D. 26.7.3 pr: Se n'è fatto cenno *supra*, fr. 3, nt. 7. Non dovevano cioè essere ostacolate le occasioni vantaggiose che si fossero presentate nella gestione degli affari dell'impubere in un caso e del *furiosus* nell'altro. L'A. reputa però che la motivazione labeoniana riferita in D. 26.4.5.2 fosse in origine più articolata e non si limitasse a menzionare le sole ipotesi dell'assenza o della follia di alcuni tutori. Lo studioso giunge alla conclusione che nel caso dei tutori legittimi e di quelli dati dai magistrati municipali, l'affidamento della *gestio* a uno solo avrebbe potuto avere luogo unicamente in tali circostanze, che non conosciamo, E non in ogni caso. Ma anche ammettendo la congettura che la motivazione labeoniana sia stata suntata, se si ritiene – come fa anche l'autore – che l'utilità d'affidare l'amministrazione ad uno solo consistesse nel non ostacolare le occasioni vantaggiose per pupillo e *furiosus*, quest'esigenza sarà stata sempre avvertita, non solamente in una serie di ipotesi particolari: In D. 26.7.3 pr., infatti, l'assegnazione della *curatio* ad un unico curatore non è ristretta a circostanze eccezionali che avessero riguardato gli altri concinatori. E così anche il criterio edittale cd. “*de maiore parte*” (D. 26.7.3.7: *supra*, fr. 12).

²⁹ Ma la ragione per cui Ulpiano si premura di citare questa motivazione potrebbe anche essere un'altra. L'applicazione di EP § 121 ai tutori *ex inquisitione dati*, ci informa il giurista in D. 26.2.19.1, poggiava su un

Una simile lettura darebbe molto peso alla casistica delineata da Labeone, facendole in pratica assumere valore cogente, ma trascurerebbe che essa è pur sempre formulata nei termini d'un eventualità («*posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse*»). Questa lettura avrebbe cioè il difetto speculare a quello dell'interpretazione "esasperata" dell'uso di "*posse*" vista in precedenza.

Se poi la motivazione avesse effettivamente valore restrittivo, bisognerebbe chiedersi anche quale fosse la portata pratica di una siffatta disciplina. Accogliendo l'emendazione del Mommsen, che corregge "*aliquos*" con "*reliquos*", il passo verrebbe a significare che l'affidamento della gestione a un amministratore unico si sarebbe potuto decretare solamente quando tutti gli altri contutori fossero stati contemporaneamente assenti o folli. Ma la correzione farebbe capire il perché Ulpiano in questa sede non specifichi quale fosse la procedura da seguire nell'affidamento, a differenza di quanto fa in D. 26.2.19.1 e D. 26.7.3.7-9: una decisione del collegio dei contutori era impossibile, sicché all'autorità competente, magari su iniziativa dell'interessato, non sarebbe rimasto che emanare il *decretum* d'affidamento della tutela all'unico in grado di gestirla.

A conforto dell'ipotesi intermedia, sempre eccezionalista, ma temperata, si potrebbe addurre di nuovo l'argomento dell'economia testuale: non ci sarebbe stato bisogno di riportare una motivazione così specifica se essa non avesse avuto significato per l'esposizione. Alla citazione si potrebbe però attribuire una valenza esemplificativa, e all'impiego del verbo "*posse*" un senso meno radicale di quello prospettato discutendo la prima ipotesi: l'assenza o la pazzia dei tutori sarebbero cioè solo alcuni dei possibili casi eccezionali che consigliavano l'applicazione d'una disciplina editale dettata per i tutori testamentari, la quale normalmente non riguardava i tutori legittimi e quelli dati dai magistrati locali.

5. Resta infine da chiedersi in cosa consistesse l'*utilitas* in base alla quale Ulpiano reputava che dovesse accogliersi l'orientamento di Labeone. Di nuovo il contesto, nell'immagine che ce ne offre la *Palingenesia*, indica una possibile via da percorrere. Ulpiano aveva poco sopra, in D. 26.7.3.7, esposto il criterio della clausola "*si parens destinaverit*" di

duplice fondamento: l'*auctoritas prudentium*, segnatamente l'opinione di Marcello (di cui è ricordata l'esistenza, ma non l'eventuale motivazione), e un'*oratio in senatu habita* di Marco Aurelio e Lucio Vero. Il fatto che vi fosse un'*oratio principum* a dettare l'estensione della disciplina rendeva probabilmente superfluo richiamare la *ratio* che nell'elaborazione giurisprudenziale l'aveva giustificata. Con riguardo ai tutori legittimi e a quelli dati dai magistrati locali non vi era, a quanto è dato sapere, una fonte di *ius novum* che estendesse analogamente l'editto. L'assenza d'un provvedimento imperiale potrebbe aver suggerito a Ulpiano di riportare il pensiero di Labeone, per mostrare che l'applicazione analogica della disciplina non era arbitraria, ma si fondava su un'argomentazione razionale.

cui adesso discute l'estensione, e nel § precedente ne aveva fatto la *laudatio*: «*sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit*». L'*utilitas* potrebbe essere allora, anche per le categorie di tutori non direttamente considerate dall'editto, quella d'agevolare l'attività di gestione, concentrandola in capo a una sola persona. Ciò nell'interesse del pupillo, ma anche dei terzi: e non va dimenticato che l'utilità sarebbe stata anche dei tutori esonerati dalla gestione: essi infatti godevano del *beneficium ordinis*, in ragione del quale rispondevano della gestione solo in caso d'insolvibilità del gerente, che doveva essere convenuto in giudizio ed escusso per primo³⁰.

Una spiegazione alternativa potrebbe invece prendere le mosse dai passi in cui è detto che in luogo del tutore assente o folle l'organo competente nominava un sostituto, normalmente *ad tempus*, sino al ritorno dell'*absens* o al recupero della salute mentale da parte del *furiosus*³¹. L'utilità sarebbe stata in tal caso quella d'affidare la gestione a uno tra i designati, cioè a uno di coloro che già erano tutori, invece di far luogo alla *datio* d'un tutore temporaneo.

³⁰ Dei *beneficia* nel regime della tutela indivisa si è detto *supra*, fr. 13 (nr. 4). Sul tema resta fondamentale VOICI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* cit., 71. Volendo rendere ancora più intricata la trama delle problematiche sottese al passo in esame, si potrebbe fare questione se la situazione di partenza, risolta con l'affidamento della *gestio* a uno solo, e quindi ovviamente con l'applicazione del regime della tutela indivisa, fosse quella d'una tutela del pari indivisa, o potesse darsi anche il caso d'una tutela divisa. La questione ha senso qualora si ritenga di aderire a un'interpretazione del testo tale per cui, ai fini dell'applicazione della disciplina, dovesse constare l'assenza o la pazzia dei contutori, o comunque una circostanza eccezionale; qualora si supponga cioè che i contutori legittimi o dati dai magistrati locali dovessero amministrare insieme (congiuntamente o disgiuntamente), fino a quando non si fosse verificato l'accidente che avrebbe fatto scattare l'affidamento della gestione a uno solo. Premesso che *iure civili* l'*administratio* era sempre indivisa, essendo la gestione divisa un istituto pretorio (Pap. 3 *quaest.* D. 26.7.36), occorre distinguere: per i tutori legittimi il regime a valle era quello della tutela indivisa, dal momento che era la Legge delle Dodici Tavole, dunque una fonte di *ius civile*, a chiamarli alla tutela. A meno di non ipotizzare che costoro fossero già in precedenza venuti in contatto con il pretore, che li aveva autorizzati, magari al momento della prestazione della *satisdatio*, ad amministrare secondo il regime della divisione. Nel caso dei tutori nominati dall'autorità locale, si può invece immaginare una divisione operata già al momento della *datio*: sempreché, s'intende, i magistrati municipali avessero il potere di farlo; e ciò è tutt'altro che esplicitamente attestato dalle fonti, a quanto sembra. Ora, ammettendo questa lunga concatenazione di congetture, l'esigenza di risolvere la situazione d'incertezza venutasi a creare con l'assenza o la follia del contutore si sarebbe avvertita particolarmente quando la tutela fosse stata divisa, e si fosse posto il problema di stabilire quale dei contutori dovesse sopperire alla mancanza: sul punto si rimanda ancora al citato contributo del VOICI, p. 77. Il dubbio sarebbe stato risolto affidando l'intera gestione a uno solo.

³¹ Si vedano i testi richiamati in ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 457 nt. 139, 468 nt. 186 (per il caso specifico dell'*absentia rei publicae causa*) e 470 nt. 200.

Fr. 16 = L. 1000 (parte III) = D. 26.4.5.3-4

An ergo et provocare se invicem secundum superiorem clausulam possint? et magis est, ut, si omnes satis non dederint vel si finita est satisdatio (nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere), posse dici etiam in his, quo casu cautum non est, admittendam provocationem. [4] An ergo et in patronis idem sit dicendum, maxime ubi cessat satisdatio? et puto in patronis non oportere admitti provocationem nisi ex magna causa, ne quis spem successionis deminuat: nam si patrono tutela non fuerit commissa, poterit per compatronum damno adfici, qui solus rem pupilli male administrat.

(I tutori legittimi e quelli dati dai magistrati municipali) possono dunque offrirsi di presentare garanti e invitare i contutori a fare altrettanto, in base a quanto prevede la clausola precedente? In proposito è preferibile dire che, se tutti non abbiano prestato la garanzia, oppure se questa è venuta meno (talvolta, infatti, essa non viene loro richiesta, oppure si esaurisce, oppure i magistrati municipali non hanno voluto o potuto esigerla dai tutori che avevano nominato.), questo procedimento va ammesso anche nei loro confronti, nel caso in cui non vi sia una garanzia. [4] Ma bisogna forse dire lo stesso anche per i patroni, in particolare quando non sono tenuti a presentare i garanti? Io reputo che per i patroni l'offerta reciproca della garanzia non debba essere ammessa se non per un motivo rilevante, onde evitare che uno diminuisca l'aspettativa successoria (degli altri). Infatti se la tutela non venisse affidata a un patrono, il danno potrebbe essere provocato dal compatrono che da solo amministra male il patrimonio del pupillo.

COMMENTO

1. La struttura espositiva in D. 26.4.5.2-4. 2. D. 26.4.5.3: le critiche testuali. 3. (segue) Il cambio del modo verbale nel tratto «*si omnes satis non dederint vel si finita est satisdatio*». 4. (segue) Il cambio del modo e del tempo verbale nelle proposizioni parentetiche. 5. (segue) L'anomalo costruito «*et magis est ut ... posse dici*». 6. Il presupposto oggettivo per l'applicazione analogica della *provocatio ad satisdationem*. 7. La differenza tra *satis petere* e *satis exigere*. 8. (segue) Il rapporto tra le proposizioni «*si finita est satisdatio*» e «*satis desinit esse cautum*». 9. Sintesi delle questioni interpretative poste da D. 26.4.5.3. 10. (segue) Ipotesi palinogenetiche alternative. 11. (segue) I presupposti dell'analogia in D. 26.4.5.2 e in D. 26.4.5.3 : l'aspetto complessivo della disciplina. 12. D. 26.4.5.4: la *provocatio ad satisdationem* per i tutori patroni. 13. La collocazione di D. 26.4.5.5 nella *Palinogenesia*.

1. In D. 26.2.19.1 = L. 998 Ulpiano aveva discusso l'applicazione analogica ai tutori *ex inquisitione dati* della clausola sulla *provocatio ad satisfactionem*, la prima di EP § 121, a commento della quale il passo era posto. Nel medesimo testo, il giurista aveva subito di seguito affrontato lo stesso problema, sempre in relazione agli amministratori *ex inquisitione dati*, ma rispetto alla seconda clausola dell'editto *De administratione tutorum*. L. 1000 è posto a commento di quest'ultima clausola. Al confronto di L. 998, l'esposizione è qui più estesa, svolgendosi nell'arco di tre paragrafi (D. 26.4.5.2-4), ma è identica la struttura del discorso: Ulpiano si chiede anzitutto se questa seconda clausola, oggetto specifico del commento, potesse applicarsi analogicamente al caso della contutela fra tutori legittimi o tutori nominati dai magistrati municipali (D. 26.4.5.2), per poi porre la stessa domanda a proposito della prima clausola¹, con riguardo sempre alle medesime categorie di tutori (D. 26.4.5.3-4).

L'operazione ermeneutica discussa ai §§ 3-4 è di particolare complessità, e all'apparenza contraddittoria. Si è visto infatti che tanto i tutori legittimi quanto quelli nominati dai magistrati municipali erano in linea di principio tenuti a prestare la *satisfatio* '*rem pupilli salvam fore*', ciò che costituiva, stando al combinato disposto delle due costituzioni di Diocleziano riportate in C. 5.42.3-4, una condizione per l'esercizio legittimo della *potestas administrandi*. La *provocatio* regolata dalla "*superior clausula*" di EP § 121 era invece un meccanismo basato sull'offerta volontaria della *satisfatio*, configurata come un onere in capo al contutore testamentario che volesse ottenere l'affidamento della *gestio*. Se a tal proposito l'applicazione analogica di questa disciplina ai tutori *ex inquisitione dati* non incontrava ostacoli, dal momento che costoro erano dispensati dalla prestazione necessaria della *satisfatio* al pari dei testamentari, lo stesso non si può dire per le categorie di soggetti delle quali si occupa Ulpiano in L. 1000, entrambe obbligate a garantire.

Tra i tutori legittimi, facevano parzialmente eccezione i patroni, i quali - almeno secondo l'opinione sostenuta da questo giurista, contro l'orientamento dei *plerique* (§ 1) - erano tenuti a *satisfare* solo in situazioni determinate, e comunque in esito a una *causae cognitio* pretoria. Malgrado lo sfondo di tendenziale obbligatorietà della *satisfatio*, residuava secondo Ulpiano uno spazio di operatività del sistema della *provocatio*, nei casi di cui è dato conto al § 3. La trattazione del § 4, specificamente dedicata ai tutori patroni, conferma infine la posizione eccentrica in cui il giurista li situava rispetto a quest'obbligo, in disparte sia dagli agnati sia dai tutori dati dai magistrati municipali.

¹ SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* cit., ad h.l. traduce il sintagma "*secundum superiorem clausulam*" con "secondo il paragrafo precedente": è però più corretto mantenere il sostantivo "clausola" anche nella traduzione italiana, perché il termine "paragrafo" è di per sé ambiguo: il riferimento non è infatti al precedente § né del Digesto né dell'editto, ma all'altra disposizione contenuta in EP § 121.

2. Prima di esaminare nel dettaglio il contenuto dei due passi, è necessario affrontare alcune delicate questioni concernenti la *constitutio textus* del § 3. Dal punto di vista grammaticale, il brano è stato oggetto di tre ordini di critiche, su cui alcuni esponenti dell'interpolazionismo hanno fatto leva per inferire un intervento compilatorio sul dettato originale del commentario. I tre rilievi in questione, che di seguito affronteremo partitamente, riguardano il cambio del modo verbale nelle due apodosi coordinate «*si omnes satis non dederint vel si finita est satisdatio*»; il cambio di modo e di tempo nelle proposizioni incidentali «*nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*»; il costrutto anomalo “*et magis est ut [...] posse dici*”.

3. Per quanto riguarda il passaggio dal congiuntivo “*dederint*” all'indicativo “*finita est*”² è da dire innanzitutto che esso rappresenta uno stilema tutt'altro che isolato nell'opera ulpiana. In D. 26.7.3.8 abbiamo già incontrato un analogo slittamento del modo verbale in proposizioni coordinate:

Plane si non consentiant tutores praetori [...] quia fidem non habeant electo nec patiuntur succedanei esse alieni periculi et rell.

Esaminando il passo avevamo notato che il cambio di modo è grammaticalmente impeccabile: al congiuntivo è espressa la causa soggettiva e all'indicativo quella oggettiva. Il medesimo slittamento ricorre in Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.5.1 pr.:

[...] in utrumque casum actionem [praetor] scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione [protutela] tamen teneretur.

Com'è stato persuasivamente osservato, in questo testo «il *decalage* dall'indicativo al congiuntivo» potrebbe servire «a rimarcare [...] come ipotesi in astratto comunque più probabile del contrario che la persona presentatasi ‘in qualità di tutore’ a gerire la tutela coincidesse con il tutore vero»³. Il cambio nel modo verbale marcherebbe perciò due diverse gradazioni della probabilità, l'una più prossima al vero dell'altra.

² Notato dal PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 229, seguito dal TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 15 s.

³ Così PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 340 nt. 29, ove un parallelo con Front. *epist.* 3.3.2: *sive sit iste Herodes vir frugi et pudicus, protelarei conviciis talem a me virum non est verum; sive nequam et inprobis est, non aequa mihi cum eo certatio neque idem detrimenti capitur.*

Tornando ora al nostro passo, posto che sia il congiuntivo sia l'indicativo perfetto sono ammessi dalle regole di *consecutio modorum* e *consecutio temporum* del periodo ipotetico, e dunque che nessuna delle due apodosi è grammaticalmente errata, un ragionamento simile a quello appena riassunto potrebbe spiegare la discordanza dei modi verbali anche in tali proposizioni. L'eventualità che non venisse affatto prestata la *satisfatio* '*rem pupilli salvam fore*' («*si omnes satis non dederint*») avrebbe infatti contraddetto la premessa che i tutori *legitimi adgnati* e quelli dati dai magistrati municipali erano di regola tenuti a *satisfare*. Premessa con la quale non avrebbe invece contrastato il caso di una *satisfatio* esauritasi durante la tutela («*si finita est satisfatio*»), dal momento che una garanzia, seppure rivelatasi poi inidonea, era stata comunque prestata secondo i principi. Si può allora pensare che Ulpiano guardasse all'omissione della *satisfatio* come a un'ipotesi residuale, e la considerasse comparativamente meno probabile di quella d'una *satisfatio* debitamente prestata ma venuta meno in progresso di tempo. Il giurista avrebbe perciò espresso in modo elegante questa sfumatura di significato passando dal congiuntivo all'indicativo⁴.

4. La seconda imperfezione linguistica addebitata a D. 26.4.5.3 riguarda i cambi del tempo e del modo verbale entro le proposizioni parentetiche: «*nonnumquam enim satisfatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*»⁵.

In questa porzione del testo sono presentate tre diverse situazioni, che dettagliano le due fattispecie appena prima menzionate (l'omissione della *satisfatio* e il suo esaurirsi in pendenza di tutela). Si dice dunque che poteva accadere talvolta (“*nonnumquam*”) che ai tutori (s'intende: alle specifiche categorie di tutori di cui il passo si occupa: legittimi e nominati dai magistrati municipali) non fosse richiesta la *satisfatio* («*satisfatio ab eis non petitur*»), oppure che la garanzia prestata si esaurisse («*aut satis desinit esse cautum*»), oppure ancora che, nell'atto di nominare i tutori, i magistrati municipali non avessero potuto o voluto esigere la prestazione della *cautio* («*aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*»).

Si è voluto vedere l'intervento dei Compilatori nella transizione, reputata asimmetrica, dall'indicativo presente (“*petitur*”, “*desinit*”) al perfetto (“*non potuerunt*”, “*noluerunt*”), e nella formulazione della proposizione relativa “*quos dederint*” con il verbo al congiuntivo

⁴ Diversa l'opinione di CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 151 nt. 105, la quale non reputa interpolato il testo, ma riconosce che «con riferimento al tempo (*sic*) della frase «*vel si finita est satisfatio*» [...] probabilmente, sarebbe stato stilisticamente più corretto l'uso del congiuntivo».

⁵ Per questa critica si veda TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 15 s.

perfetto. A tale orientamento è stato già obiettato che le “*aut-Sätze*”⁶ «avrebbero dovuto necessariamente, per indicare quanto affermano, essere concepite proprio nel modo in cui si presentano», e che «la relativa “*quos dederint*” in esse inserita è perfettamente in sintonia con il “*qui a magistratibus dantur*” di D. 26.4.5.2»⁷.

Volendo ulteriormente svolgere le argomentazioni sottese a questa giusta replica, si può osservare che il passaggio al tempo perfetto nel tratto «*aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*» è giustificato da ciò: che, rispetto al momento in cui è valutata l’ammissibilità del procedimento provocatorio, la *datio tutoris* magistratuale e l’omessa richiesta di cauzione si collocano entrambe nel passato. E il perfetto è esattamente il tempo che esprime l’azione puntuativa nel passato. Quanto poi all’uso del congiuntivo “*dederint*”, quando ci si poteva forse attendere l’indicativo perfetto “*dederunt*” o il più che perfetto “*dederant*”, va tenuto presente che tanto L. 1000 in generale, quanto D. 26.4.5.3 in particolare trattano sia dei tutori legittimi sia di una *species* di quelli dativi: in un contesto siffatto la *datio* magistratuale era quindi soltanto eventuale. E l’eventualità è coerentemente espressa ricorrendo al modo congiuntivo.

5. Resta da esaminare il costrutto anomalo “*et magis est ut [...] posse dici*”, dove l’anomalia risiede evidentemente nel fatto che la congiunzione *ut* regge un improbabile infinito “*posse*”, in luogo del congiuntivo “*possit*” che ci si dovrebbe aspettare. Una parte della critica interpolazionista ha attribuito l’errore grammaticale alla mano dei Compilatori⁸; altri interpreti hanno invece rinunciato a una spiegazione del problema testuale, probabilmente sul presupposto che esso non intacca il contenuto precettivo del passo⁹.

Venendo al merito della critica, giova anticipare che in questo caso la difficoltà sembra effettivamente insuperabile. Il *database* del software “*Amanuensis*” registra 225 attestazioni della stringa “*magis est*”. Per poter fare un confronto con D. 26.4.5.3, bisogna in primo luogo scartare le occorrenze in cui le due parole sono semplicemente consecutive¹⁰, e considerare solo quelle in cui esse formano un sintagma. Tale sintagma è impiegato nei testi giuridici per significare quale, tra più asserzioni concorrenti (ad es. diversi orientamenti sostenuti dalla giurisprudenza), il locutore reputa preferibile. Se il concetto avallato è già stato formulato nel testo, la locuzione può presentarsi in forma assoluta, eventualmente preceduta da “*quod*” in

⁶ Secondo la terminologia di TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 16.

⁷ CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 151 nt. 105.

⁸ Per tutti, PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 229.

⁹ CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 144-145, dà conto della critica del Peters, ma nel difendere la genuinità del testo non si sofferma su questo punto.

¹⁰ Ad es. Ulp. 1 *ad ed.* D. 2.1.4: *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*. Analoga sintassi in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.6.3.

funzione di nesso relativo¹¹; in caso contrario essa regge una proposizione infinitiva¹² o dichiarativa esplicita (introdotta da “*ut*”), che esprime l’affermazione da preferirsi¹³.

Ai fini della comparazione con il nostro passo interessa la costruzione con l’*ut* dichiarativo, attestata 175 volte¹⁴. La stringa esattamente identica al dettato di D. 26.4.5.3, ossia “*et magis est ut*”, restituisce 84 risultati¹⁵. Ebbene, in tutte le occorrenze, il modo della proposizione dichiarativa è il congiuntivo, conformemente alle regole. Fanno eccezione due casi. Uno è appunto D. 26.4.5.3, l’altro Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8.2:

Illud tamen videamus quale sit, si a me precario rogaveris et ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium translata. et magis est, ut, si ille non revocet, posse interdicere quasi ab illo precario habeas, non quasi a me: et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicit, quasi a se precario habeas.

I due *loci singulares* provengono dunque entrambi dal commentario edittale ulpiano. Dal punto di vista contenutistico essi sono tuttavia assolutamente irrelati: D. 43.26.8.2 (L. 1607) è posto a commento di EP § 258 “*De precario*”¹⁶. Oltretutto, si tratta di due luoghi tra

¹¹ ad es. Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1.2: *Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est et rell.* Cfr. anche Marcian. *l. s. ad form. hypoth.* D. 20.6.8 §§ 12, 17.

¹² Vd., tra i molti, Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.4.12.1: *Heredem eius, qui ommissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, in solidum legatorum actione teneri constat: magis est enim rei persecutionem quam poenam continere et ideo et perpetuam esse.*

¹³ Sul sintagma “*magis est*” e su ciascuno di questi costrutti, vd. M. LEUMANN – A. HOFMANN – G.B. SZANTYR, *Lateinische Grammatik, II, Syntax und Stilistik*, Muenchen 1965, 644, che rimanda a *Thll*, VIII, p. 64 (linn. 52 ss).

¹⁴ In particolare, 155 occorrenze provengono dal Digesto, una dalle Istituzioni di Giustiniano, 2 dai *Vaticana Fragmenta*, 6 dalle *Pauli Sententiae* e una dalla *Collatio*. Ultima consultazione 16/02/2018.

¹⁵ Il sintagma “*magis est*”, con il significato chiarito nel testo, è quindi tipico della lingua giuridica, o più precisamente della lingua dei giuristi (su questa distinzione vd. D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca tra sociolinguistica e pragmatica*, in G. GARZONE – F. SANTULLI [a c. di], *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano 2008, 30 ss.). L’espressione infatti non compare mai nelle costituzioni imperiali, o almeno in nessuna di quelle inserite negli archivi consultati. Chiaramente non rileva Honor. – Theodos. CTh. 16.8.22: *Quoniam Gamalielus existimavit se posse impune delinquere, quo magis est erectus fastigio dignitatum et rell.*

¹⁶ Ulpiano si chiede se il precarista potesse continuare a tenere il bene presso di sé in base a quel titolo, una volta che il *precario dans* l’avesse alienato a un terzo. Nel rispondere affermativamente, il giurista commenta che l’acquirente sarebbe stato attivamente legittimato all’*interdictum quod precario*, come se egli stesso fosse stato il *precario dans*: il rimedio giudiziario sarebbe stato esperito con successo trascorso un congruo periodo di tempo entro il quale il precarista avesse potuto mantenere il possesso del bene. Sul passo P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano 2006, 342.

loro distantissimi, sia nel Digesto che nell'opera originale. Ad accomunarli è solo l'identica anomalia testuale, che concerne in entrambi i casi il verbo “*posse*” e si produce in contesti quasi identici per sintassi. In tutti e due i brani, infatti, tra la congiunzione “*ut*” e il verbo “*posse*” cui essa si collega, s'inserisce la protasi di un periodo ipotetico. In D. 26.4.5.3 la sintassi è resa ancora più articolata dal fatto che la protasi è formata da due proposizioni tra loro coordinate, ma con un cambio del modo verbale cui si aggiunge un'ulteriore proposizione incidentale.

Tenuto conto anche del confronto con D. 43.26.8.2, si tratta ora di ipotizzare una o più possibili spiegazioni del problema linguistico in D. 26.4.5.3¹⁷. Quella immaginata dal Peters¹⁸, ovvero l'interpolazione ad opera dei commissari di Giustiniano, sembra in vero la causa meno probabile. Secondo questo autore, D. 26.4.5.3 si sarebbe in origine riferito ai tutori dati dai magistrati del popolo romano, e avrebbe ammesso il ricorso alla *provocatio ad satisfactionem* solo nel caso in cui costoro non avessero prestato la garanzia. L'affermazione originale di Ulpiano sarebbe stata: “*et magis est, si non satisdederint*”. Per seguire quest'opinione, bisognerebbe perciò presupporre che un intervento volontario dei Compilatori teso ad alterare il contenuto normativo del testo di origine abbia dato luogo a un errore grammaticale. Ma un simile argomento rivela il pregiudizio di cui è il frutto, poiché inferisce l'alterazione giuridica sostanziale da una scarsa padronanza della lingua latina, imputando quest'ultima ai giustiniani.

Si potrebbe però pensare che l'errore si sia prodotto involontariamente, nell'ambito di un intervento compilatorio di vasta scala sui testi. Ciò però non parrebbe conciliarsi facilmente con il fatto che, come s'è detto, l'anomalia si è verificata in luoghi tra loro simili per forma, ma estremamente distanti quanto a collocazione e contenuto.

Escluso l'argomento interpolazionista, in ragione delle confutazioni che incontra, si potrebbe allora supporre che l'anomalia grammaticale sia dovuta a un errore ricorrente nella tradizione manoscritta. Una prima possibilità è che il difetto abbia interessato la circolazione del commentario ulpiano in oriente. Si potrebbe per esempio ipotizzare che i commissari di Giustiniano abbiano letto da un'edizione unitaria dell'*Ad edictum* viziata da difetti di tradizione fra loro coerenti, perché dovuti alla persona di un unico scriba che commette errori ricorrenti. L'alternativa è che l'errore si sia prodotto nella circolazione del Digesto: se si accertasse che nelle Pandette fiorentine le due porzioni corrispondenti a D. 26.4.5.3 e D. 43.26.8.2 sono scritte dal medesimo copista, il tipo di errore ricorrente potrebbe essere attribuito a lui. Ragionando nell'ottica del solecismo, nell'una e nell'altra ipotesi potrebbe

¹⁷ Ringrazio il dott. Marco Fressura (Univ. Roma III, *Redhis* Pavia) per il prezioso confronto sulle questioni inerenti la circolazione del testo, del cui esito è qui dato conto.

¹⁸ PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 228-229.

essersi verificato un caso di questo tipo: un copista ellenofono ha inteso che “*ut*” introducesse una consecutiva e, nell’articolato contesto che si è trovato a copiare, ha pensato in termini di consecutiva greca (ὥστε più infinito).

Una spiegazione dell’anomalia grammaticale che si collochi al livello della tradizione del testo si direbbe comunque più probabile di quella secondo cui un’alterazione del contenuto sostanziale del passo si è risolta in un errore linguistico. Ma potrebbe anche darsi che l’errore debba addebitarsi allo stesso Ulpiano. Parrebbe da escludere che la costruzione “*ut*” più infinito corrisponda a una sua scelta stilistica consapevole. Sarebbe infatti difficile individuare una ragione plausibile che avrebbe guidato Ulpiano nel proporre una struttura sintattica tanto peculiare. Il difetto potrebbe però spiegarsi in ragione della complessità fraseologica, cioè della presenza di proposizioni incidentali intruse tra “*ut* e il verbo della dichiarativa. Negli altri passi ulpiane che presentano una sintassi analoga normalmente non si presentano infatti anomalie del tipo di quella che ci occupa. I testi pertinenti sono: Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.8.2¹⁹; 50 *ad ed.* D. 29.5.3.4²⁰; 53 *ad ed.* D. 39.2.15.25²¹. Vale la pena notare che in nessuno dei tre passi la proposizione dichiarativa presenta il verbo “*posse*”, che invece compare sia in D. 26.4.5.3 sia in D. 43.26.8.2. Si potrebbe perciò pensare che l’errore sia stato causato da una sorta di attrazione del verbo servile al modo di quello che immediatamente lo segue (rispettivamente “*dici*” in D. 26.4.5.3 e “*interdicere*” in D. 43.26.8.2). Si osservi però che “*posse*” è regolarmente coniugato al congiuntivo in Paul. 3 *sent.* D. 29.2.93.1 = PS. 3.4b.13:

Mutus pater vel dominus filio vel servo heredibus institutis magis est ut, si intellectu non careat, nutu iubere possit adire hereditatem, ut ei iure eius commodum quaeri possit: quod facile explicari possit scientia litterarum.

Per contro, in Gai 3.160, ove la sintassi è analoga a quella di D. 26.4.5.3, di D. 43.26.8.2 e del luogo paolino appena riportato (protasi del periodo ipotetico intrusa nella proposizione dichiarativa), ricorre un errore identico a quello dei passi ulpiane:

¹⁹ Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.8.2: [...] *et magis est, ut, si denuntiante eo, qui praeteritus accepit contra tabulas bonorum possessionem, hic adiit hereditatem pollicente eo portionem virilem, sit quod ei imputetur et de dolo actione teneatur.*

²⁰ Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.5.3.4: [...] *et magis est, ut, si quidem omnibus ferre potuit, quamvis quibusdam tulit, supplicio adficiendum.* È vero che il verbo “*esse*” della perifrastica passiva nella proposizione dichiarativa è sottinteso: nulla però induce a credere che, qualora fosse stato esplicito, non sarebbe stato correttamente coniugato al modo congiuntivo.

²¹ Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.15.25: [...] *et magis est, ut, si neque debitor repromisit neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur.*

*sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo, qui mihi mandaverit, ignorans eum decessisse exsecutus fuero mandatum, posse me agere mandati actione*²².

In definitiva, il parallelo con D. 29.2.93.1 parrebbe confermare che in D. 26.4.5.3 la dizione anomala “*magis est ut ... posse*” non dipende da una scelta stilistica consapevole, ma da un’esitazione dell’autore tra i due costrutti ammissibili (infinitiva / dichiarativa), probabilmente favorita dai contesti di particolare complessità sintattica, come mostra il confronto con Gai. 3.160.

6. Veniamo ora ad analizzare i profili giuridici di D. 26.4.5.3. S’è detto che il brano enuncia i casi in cui, secondo l’opinione che Ulpiano reputa preferibile, i tutori *legitimi adgnati* e quelli dati dai magistrati municipali erano ammessi alla *provocatio ad satisfactionem*. Com’è evidente dalla disamina della *constitutio textus* appena terminata, la lettura del passo è stata per lungo tempo influenzata dal metodo interpolazionista, che ha condotto gli interpreti a espungerne parti più o meno ampie. Le questioni più spinose si addensano attorno all’interpretazione del tratto finale «*posse dici etiam in his, quo casu cautum non est, admittendam provocationem*», e all’interpretazione delle proposizioni parentetiche già richiamate a più riprese «*nonnumquam enim satisfatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*». Da questi punti controversi deve dunque prendere avvio la nostra analisi²³.

La condizione necessaria perché avesse luogo la *provocatio*, osserva Ulpiano, era che nel caso concreto mancasse una garanzia a copertura degli atti di gestione («*quo casu cautum non est, admittendam provocationem*»). Il Taubenschlag ha sostenuto che il tratto appena trascritto sia stato aggiunto dai Compilatori, poiché la relativa “*quo casu cautum non est*” mal si coordinerebbe con il resto del brano: in particolare, essa alluderebbe soltanto alla situazione in cui nessuno dei contutori avesse prestato la *satisfatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ (cioè alla proposizione “*si omnes satis non dederint*”), e non anche a quella in cui la *cautio* si fosse “esaurita” (cioè alla proposizione “*si finita est satisfatio*”)²⁴. Interpretando l’inciso in parola nel senso che una garanzia non fosse mai stata prestata, lo studioso ne fraintende però il

²² H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai institutiones*, Brill - Leiden 1981, 401, considera l’errore attribuibile a Gaio e non al copista, data la lunghezza dell’inciso.

²³ Si deve a CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 141 ss., una prima approfondita revisione della tesi tradizionale, a distanza di un secolo dalla pubblicazione dei contributi in cui essa è stata formulata.

²⁴ Vd. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 16.

significato, perché la dizione “*cautum non est*” rappresenta un fatto che si colloca su un piano di contemporaneità, non di anteriorità, rispetto all’azione che ne è la conseguenza (nel nostro caso, il ricorso alla *provocatio*): lo dimostra l’altra occorrenza della voce “*cautum esse*” nello stesso passo («*satis desinit esse cautum*»²⁵).

Il senso della frase è dunque che, nel momento in cui si attiva il meccanismo della *provocatio*, manca la garanzia: e ciò si sarebbe verificato sia che la *satisdatio* non fosse mai stata prestata, sia che essa si fosse esaurita²⁶. Il primo caso si sarebbe risolto in una violazione del dovere di *satisdare* che gravava sui tutori *legitimi adgnati* e su quelli nominati dai magistrati municipali, mentre nel secondo sarebbe stata vanificata la funzione stessa della *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’, ossia assicurare, per mezzo dei garanti personali, l’integrità del patrimonio pupillare contro l’eventuale gestione dannosa del tutore.

Trattandosi in entrambi i casi di fattispecie patologiche, Ulpiano avverte la necessità, subito dopo averle presentate, di illustrarne le possibili cause: «*nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*». Tre, dunque, le situazioni elencate dall’autore: l’omissione della richiesta di prestare la garanzia, l’esaurimento di quella prestata, il rifiuto o l’impossibilità di esigerla da parte dei magistrati municipali che avevano nominato i tutori. Dal punto di vista sintattico, il nesso “*nonnumquam enim*”, in esordio della parentetica, evidenzia la natura esplicativa dell’inciso rispetto alla protasi del periodo ipotetico che lo precede («*si omnes satis non dederint vel si finita est satisdatio*»).

7. Il tratto in esame pone problemi interpretativi di non facile soluzione.

La prima difficoltà sta nell’individuare il soggetto attivo della prima condotta omissiva descritta, ossia la mancata richiesta della *satisdatio*²⁷. La proposizione che la enuncia,

²⁵ Cfr. Paul. 75 *ad ed.* D. 46.5.4, giustamente richiamato da CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 143 nt. 67: *Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit*.

²⁶ Argomenta sinteticamente nello stesso senso CARBONE, *Satisdatio tutoris* cit., 151 nt. 105: «Se “*satis desinit esse cautum*” e cioè se viene meno la garanzia “*quo casu cautum non est*” e quindi non è (più) garantito».

²⁷ In proposito CARBONE, *satisdatio tutoris* cit., 143 si limita a parafrasare l’inciso in esame: «Non sempre infatti [...] la *satisdatio* sarà stata richiesta a queste categorie di tutori». I critici del testo che si sono occupati del passo hanno invece ritenuto, praticamente all’unanimità, che le proposizioni parentetiche fossero di fattura giustiniana, e non ne hanno perciò approfondito l’esegesi: cfr. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 228 ss.; TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 16 ss.; S. SOLAZZI, *Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l’impero romano* (1917) ora in ID., *Scritti* cit., 2.217 ss.; GUZMAN, *Caucion tutelar* cit., 232 ss.

“*satisfatio ab eis non petitur*”, è infatti priva del complemento d’agente²⁸. In astratto, le possibilità sono due: la prima è che il soggetto da cui dipende l’omissione della *petitio* coincida con l’autorità tutelare; la seconda è che coincida con uno di quei soggetti privati che avrebbero potuto rivolgersi all’autorità tutelare per sollecitare l’esazione della *cautio* dai tutori gerenti.

La prima ipotesi è senz’altro plausibile da un punto di vista logico: il giurista starebbe facendo il caso di un magistrato o di un funzionario imperiale che non avesse richiesto la *satisfatio necessaria* a un tutore tenuto a prestarla. Questa lettura fa però sorgere un interrogativo. Perché Ulpiano distingue il caso in cui «*magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*» da quello in cui «*satisfatio ab eis non petitur*»? Il pronome dimostrativo “*eis*”, come già il pronome personale “*se*” in esordio del passo, individua le categorie di tutori menzionate al § precedente, ovvero “*legitimi*” e “*qui a magistratibus dantur*”. Attribuendo all’autorità competente in materia tutelare la condotta di *non petere*, il caso particolare dei magistrati municipali che non esigono la garanzia dai tutori di loro nomina sarebbe una *species* assorbita dalla dizione generale “*satisfatio ab eis non petitur*”. Bisogna dunque domandarsi per quale ragione Ulpiano tiene invece separate le due formulazioni. Si potrebbe pensare ad esempio che la differenza attenga – per così dire – all’elemento psicologico: la proposizione “*satisfatio non petitur*” potrebbe riferirsi a un’omissione involontaria dei magistrati o dei funzionari che colposamente non avessero richiesto la *cautio*, mentre la frase “*magistratus municipales non potuerunt aut noluerunt satis exigere*”, dato il tipo di condotta descritta, sottintenderebbe che i magistrati si erano comunque rappresentati il dovere di farlo²⁹.

²⁸ Il sintagma “*ab eis*”, che potrebbe in astratto essere un complemento d’agente, con ogni evidenza qui è un moto da luogo figurato. Lo stesso dicasi per il successivo “*ab his*” nel tratto “*magistratus municipales ab his quos dederint et rell.*”.

²⁹ CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 160 (con nt. 137) immagina due casi pratici nei quali i magistrati municipali non avrebbero potuto esigere la *satisfatio*: l’assenza del tutore che doveva prestarla, e il divieto di richiederla imposto ai magistrati dal governatore provinciale. La prima delle due proposte è senz’altro da accogliere: la *satisfatio* era una *stipulatio*, cioè un contratto verbale, rafforzata dalla presentazione di garanti personali; per lo meno nel regime classico, la promessa della garanzia non avrebbe perciò potuto farsi che in forma orale, con interrogazione e congrua risposta, dunque *in praesentia*. Nonostante la riforma di Leone del 472 (cfr. C. 8.37.10), le cose non stavano troppo diversamente al tempo di Giustiniano, essendo ammessa la prova che promittente e stipulante non erano nella stessa città al momento della redazione del documento attestante l’avvenuta conclusione del contratto (cfr. Iust. C. 8.37.14.2). Il secondo caso è invece prospettato *a contrario* dalla fattispecie tratteggiata in Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.8.1.2: *Si praeses provinciae denunciare magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret, videamus, an et quatenus teneantur. [...] Plane si praeses provinciae satis eos exigere iussit, non dubitabimus teneri eos, etiamsi praeses dederit.* Va detto che il passo riguarda la *datio tutoris* del *praeses* e non, come sostiene l’A., quella dei magistrati municipali (probabilmente si

A favore della seconda ipotesi prima prospettata, ossia l'omessa *petitio* della *satisfatio* da parte del privato interessato, milita invece innanzitutto una considerazione di ordine lessicale. Con riguardo a *cautiones* e *satisfationes*, il verbo “*exigere*” si trova riferito nelle fonti sia ai magistrati che ai privati³⁰. Non sembra per contro che ci siano luoghi in cui l'atto di *cautionem / satisfationem petere* abbia esplicitamente per soggetto l'autorità pubblica. Viceversa, almeno in un altro passo ulpiano (52 *ad ed. D.* 36.4.3.1) è riscontrabile l'uso della locuzione “*satis petere*” specificata dal complemento “*apud quem*”:

[...] *divus enim Pius rescripsit eum, apud quem satis petitur, debere explorare, num per calumniam satis petatur: de qua re summatim debet cognoscere.*

Il pronome “*quem*” si riferisce evidentemente all'autorità adita, lo fa capire l'allusione alla cognizione sommaria. Se ne deduce che la voce “*petere*”, se non altro in questa occorrenza, designa la richiesta che il privato rivolgeva al soggetto pubblico, affinché questi imponesse la prestazione della *cautio* all'avversario. Non risulta che sia attestato un analogo costruito con il verbo “*exigere*” in luogo di “*petere*”. Inoltre, nel descrivere il funzionamento della *provocatio ad satisfationem*, dunque un meccanismo basato sulla *satisfatio voluntaria* e non *necessaria*, I. 1.24.1 riferisce l'atto di *satis petere* al privato, segnatamente al contutore o al concutore, che non poteva richiedere al collega di *satisfare* senza prima essersi offerto a sua volta di farlo:

per se non potest petere satis a contutore vel concutore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere an satis dare.

Terminologia analoga in Mod. 6 *reg. D.* 46.6.7:

tratta però di una svista, perché l'esegesi del passo proposta alle pp. 108 ss. della medesima monografia è invece corretta). Per un'ipotesi in cui i magistrati municipali non volessero esigere la *satisfatio*, si può forse pensare al caso in cui essi confidassero nella solvibilità dei tutori *finita tutela*: cfr. Ulp. 36 *ad ed. D.* 27.8.1.11-12 (testo *supra*, fr. 15 nt. 12).

³⁰ Si riferisce a un privato, ad es., Ulp. 36 *ad ed. D.* 26.7.9.8, ove è il contutore a omettere di *satis exigere* dal collega: *Constat eum, qui ad augmentum datur, ut puta ad bona materna quae postea accesserunt vel ad quid aliud augmentum, administrare bona pristina non solere. si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit vel satis ab eo exigere, plectetur.* È opportuna una precisazione sul significato della dizione “*satisfationem / cautionem exigere*”, quando essa ha per soggetto “*magistratus*”: In tal caso l'espressione designa l'imposizione della *cautio*, e non il fatto che il magistrato prenda parte alla *satisfatio* in qualità di stipulante. Tanto risulta da Ulp. 36 *ad ed. D.* 27.8.1.15: *Exigere autem cautionem magistratus sic oportet, ut pupilli servus aut ipse pupillus, si dari potest et in praesentiarum est, stipuletur a tutoribus, item fideiussoribus eorum rem salvam fore: aut, si nemo est qui stipuletur, servus publicus stipulari debet rem salvam fore pupillo, aut certe ipse magistratus.*

Dativus vel testamentarius tutor sive curator non petet satis a collega suo, sed offerre ei poterit, utrum satis accipere velit an dare.

Allo stato delle fonti, non siamo informati sul modo in cui nella pratica aveva luogo l'esazione della *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*' necessaria. Tolto il cenno eventualmente contenuto nell'inciso "*nonnumquam enim satisdatio ab eis non petitur*", non disponiamo cioè di testimonianze che menzionino *expressis verbis* la facoltà del privato interessato (ad es. la madre del pupillo), di rivolgersi all'autorità competente e chiedere che si esigesse dal tutore la prestazione della garanzia. Facoltà la cui esistenza, almeno in astratto, non sembra però implausibile. Nel qual caso, per dare concretezza all'accento in D. 26.4.5.3, si potrebbe immaginare uno scenario di questo tipo: nella contutela legittima - come ovvio - il pretore e gli altri soggetti competenti non davano il tutore, il che escludeva un loro intervento necessario nella fase della delazione all'ufficio. Sarebbe allora potuto accadere che, nonostante l'inerzia dei chiamati, nessuno dei controinteressati s'attivasse presso il magistrato o il funzionario imperiale per ottenere l'adempimento all'obbligo di *satisdare*. Allo stesso modo si potrebbe ipotizzare che al privato fosse consentito chiedere ai magistrati municipali, quando essi non avessero potuto o soprattutto voluto farlo, di provvedere a esigere la garanzia dai tutori di loro nomina.

Può darsi perciò che in D. 26.4.5.3 Ulpiano abbia distinto il caso in cui «*satisdatio* [...] *non petitur*» da quello in cui «*magistratus municipales* [...] *aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*», perché il soggetto attivo della prima condotta non è l'organo pubblico, ma il privato. Si comprenderebbe perciò la ragione per la quale il giurista ha avvertito l'esigenza di prospettare entrambi i casi, non essendo il secondo assorbito dal primo. Oltretutto, l'ipotesi di un privato che non si fosse attivato per richiedere l'esazione della *satisdatio*, per quanto questa fosse obbligatoria, sarebbe meno radicalmente patologica di quella in cui l'autorità competente non avesse ordinato la prestazione della garanzia.

Va però ribadito che il problema interpretativo non è affatto risolto, e la lettura qui proposta necessiterebbe, per essere accolta senza lo scetticismo con cui la si è avanzata, di essere corroborata da informazioni ulteriori sul procedimento d'esazione della *satisdatio* '*rem pupilli salvam fore*' obbligatoria.

8. Altra questione da affrontare concerne il rapporto tra le proposizioni "*si finita est satisdatio*" e "*satis desinit esse cautum*". Secondo l'ipotesi di lettura che stiamo esplorando, la seconda proposizione dovrebbe spiegare la prima, così come "*satisdatio ab eis non petitur*" e "*magistratus municipales* [...] *aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*" spiegano "*si*

omnes satis non dederint". È stato notato che i verbi “*finire*” e “*desinere*” sono sinonimi³¹: all'apparenza quindi le due frasi sembrano dire la stessa cosa; potrebbe perciò sorgere il dubbio che la spiegazione “*satis desinit esse cautum*” sia una superfetazione inutile³².

Guardando però all'*usus scribendi* di Ulpiano, si ha l'impressione che il susseguirsi entro il medesimo contesto delle voci “*finire*” e “*desinere*” delinei una relazione di causa-effetto tra gli eventi contrassegnati da questi verbi: così in Ulp. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 4.6.38.1 i due termini scandiscono il principio per cui con la scadenza dell'*officium* si sarebbe concluso il periodo di *absentia rei publicae causa*³³. In Ulp. 17 *ad ed.* D. 7.6.5.4, il giurista adopera gli stessi verbi per dire che, se l'usufrutto si fosse estinto dopo la *litis contestatio* della relativa *vindicatio*, da quel momento in avanti all'usufruttuario non sarebbero stati più dovuti i frutti³⁴. La sequenza “*desinere – finire*” occorre anche in Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 24.2.11.1, ove è detto che i presupposti della norma della *lex Iulia et Papia* riferita al § *pr.*, la quale faceva divieto alla liberta di divorziare unilateralmente dal proprio patrono, erano il perdurare dello *status* di patrono e dell' *affectio maritalis* in capo al marito: al cessare di uno o di entrambi tali presupposti, sarebbe di conseguenza venuta meno anche l'applicazione della norma alla fattispecie concreta³⁵.

³¹ In questo senso CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 143 nt. 67. L'A. rimanda a *ThLL.*, 6.1 fasc. 4, 871 s. s.v. “*finio*”, che cita Quint. 8.6.50: *Nam id quoque in primis est custodiendum, ut, quo ex genere coeperis tralationis, hoc desinas. Multi autem, cum initium tempestatem sumpserunt, incendio aut ruina finiunt, quae est inconsequentia rerum foedissima.* Quintiliano descrive il momento iniziale e quello conclusivo di un discorso procedendo per coppie di opposti (*coepisse – desinere / sumere – finire*), e ciascun verbo di una coppia ha il suo sinonimo nell'altra. Per un caso di perfetta sinonimia di “*finire*” e “*desinere*” in un testo giuridico cfr. I. 2.5 pr.: *Isdem istis modis, quibus usus fructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet isdemque illis modis finitur, quibus et usus fructus desinit.* La precisazione è ovvia, ma va comunque fatta: questi passi provano che “*finire*” e “*desinere*” possono essere sinonimi, ma non che lo siano in D. 26.4.5.3.

³² In SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* cit., *ad h.l.*, il tratto “*satis desinit esse cautum*” è reso “[la dazione di garanti] ha cessato di essere sufficiente”, mentre l'inciso “*si finita est satisfatio*” è tradotto “se questa [*scil.* La garanzia] è venuta meno”: per quanto raro, il lemma “*satis cavere*” sembrerebbe alludere all'esistenza stessa di una garanzia personale, più che alla sua sufficienza (cfr. Paul. 5 *sent.* D. 7.1.60.1). L'avverbio “*satis*” allude cioè al tipo di garanzia in questione, come nelle locuzioni parallele “*satis exigere*” (D. 26.4.5.3), “*satis accipere*” (D. 26.2.17 pr.), “*satis offerre*” e “*satis petere*” (I. 1.24.1) etc. Per questo motivo, nella traduzione qui proposta si è preferito restituire il tratto “*satis desinit esse cautum*” con l'espressione “la garanzia si è esaurita”.

³³ Ulp. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 4.6.38.1: *Tamdiu rei publicae causa abesse quis videbitur, quamdiu officio aliquo praeest: quod si finitum fuerit officium, iam desinit abesse rei publicae causa et rell.*

³⁴ Ulp. 17 *ad ed.* D. 7.6.5.4: *Si post litem de usu fructu contestatam fuerit finitus usus fructus, an ulterius fructus desinant deberi? et puto desinere et rell.*

³⁵ Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 24.2.11.1: *Ait lex: 'quamdiu patronus eam uxorem esse volet'. et velle debet uxorem esse et patronus durare: si igitur aut patronus esse aut velle desierit, finita est legis auctoritas.* Cfr. la medesima sequenza “*desinere – finire*” anche al successivo § 2 dello stesso fr.: *Illud rectissime placuit,*

Ora, in D. 26.4.5.3 l'andamento è simile a quello dei testi appena riportati. Le due proposizioni “*satis desinit esse cautum*” e “*si finita est satisdatio*” inquadrano la fattispecie da due angolazioni differenti: la prima ne descrive il fatto materiale, ossia la circostanza che la garanzia non sarebbe più stata effettiva (ad es. perché i garanti erano nel frattempo divenuti insolubili), la seconda ne enuncia gli effetti giuridici, ossia l'estinzione sopravvenuta della *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’, la quale, proprio perché svuotata del suo contenuto concreto, sarebbe rimasta priva di causa. Si ripropone dunque quella relazione di consequenzialità che il susseguirsi dei verbi “*desinere*” e “*finire*” delinea negli altri luoghi ulpiane in cui essa occorre. La coerenza delle proposizioni in esame con lo stile individuale del giurista è perciò un ulteriore argomento da contrapporre alla tesi interpolazionista che vuole l'intero tratto parentetico di fattura giustiniana.

9. Prima di concludere su D. 26.4.5.3, è opportuno ricapitolare brevemente le risposte che si è tentato di dare ai molti e complessi interrogativi sollevati dagli interpreti che si sono occupati di questo passo.

Quanto all'aspetto linguistico, sono superabili i sospetti d'interpolazione avanzati con riguardo ai tratti «*si omnes satis non dederint vel si finita est satisdatio*» e «*magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*». Nel primo inciso, il cambio di modo verbale può spiegarsi con l'intento dell'autore di rappresentare la maggiore o minore probabilità delle due ipotesi prospettate. Nel secondo, il congiuntivo della proposizione relativa è giustificato dal fatto che, in un contesto che tratta congiuntamente di tutori legittimi e dativi, la *datio tutoris* era soltanto eventuale, mentre il passaggio al tempo perfetto nelle due proposizioni coordinate si deve alla circostanza che l'omessa esazione della *satisdatio* si sarebbe collocata nel passato rispetto al momento della *provocatio ad satisfactionem*. L'indubbio problema testuale costituito dal costrutto anomalo “*et magis est ut [...] posse*” si riconduce invece, con maggior probabilità, a un'esitazione dello stesso Ulpiano dovuta alla complessità sintattica della frase (o al limite a un errore nella tradizione manoscritta spiegabile allo stesso modo), più che a un intervento volontario dei Compilatori teso ad alterare il contenuto giuridico del brano.

Quanto all'aspetto normativo, abbiamo visto che l'espressione “*quo casu cautum non est*” enuncia la condizione necessaria per il ricorso alla *provocatio ad satisfactionem*, cioè che al momento in cui s'apriva tale procedura difettesse la *satisdatio* ‘*rem pupilli salvam fore*’: condizione compatibile, al contrario di quanto sostiene una parte della critica

qualiquali voluntate intellegi possit patronus animum habere desisse quasi in uxorem, finiri legis huius beneficium et rell. La disposizione di legge in commento, come riferita al § *pr.* recitava: *divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto.*

interpolazionista, sia con l'ipotesi d'una mancanza *ab initio* della garanzia («*si omnes satis non dederint*»), sia con quella d'una sua successiva estinzione («*si finita est satisfactio*»).

S'è poi notata la relazione di causa - effetto tra tali ipotesi e i casi presentati nella parentetica «*nonnumquam enim satisfactio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum, aut magistratus municipales ab his quos dederint aut non potuerunt aut noluerunt satis exigere*». In particolare si è proposto, seppure con la cautela dovuta alla penuria d'informazioni in merito, di differenziare soggettivamente le condotte di “*satis non petere*” e “*satis non exigere*”, riferendo la prima ai privati (ad es. la madre del pupillo) interessati alla prestazione della *satisfactio* ‘*rem pupilli salvam fore*’: indubbio, comunque, il rapporto di causalità di entrambe le condotte con l'ipotesi dell'omessa prestazione della garanzia.

Da ultimo si è precisato che le proposizioni “*si finita est satisfactio*” e “*satis desinit esse cautum*”, le quali significano apparentemente la stessa cosa, esprimono in vero rispettivamente gli effetti giuridici e il fatto materiale dell'esaurimento della garanzia, ponendosi anch'esse in relazione di causa – effetto.

10. Una volta evidenziati gli snodi concettuali e i nessi testuali che rimarkano la coerenza interna di D. 26.4.5.3 e la sua omogeneità con la trattazione di L. 1000, perdono momento le proposte sia d'emendazione del passo, sia d'una palingenesi alternativa a quella messa a punto da Lenel. Va a questo proposito richiamata l'opinione del Peters (a cui s'è già fatto cenno più in alto, nr. 5), secondo la quale l'originale ulpiano dei §§ 2-3 di D. 26.4.5 riguardava i tutori dati dai magistrati romani, dunque non i tutori legittimi né quelli nominati dai magistrati municipali, e la genuina risposta all'interrogativo posto dal § 3, se questi tutori potessero o meno ricorrere alla *provocatio ad satisfactioem*, era semplicemente: «*et magis est, si non dederint*»³⁶.

Contro questa interpretazione milita la fondamentale constatazione che dell'applicazione analogica di *EP* § 121 ai tutori dati dai magistrati romani - cioè i tutori *ex inquisitione dati* – il commentario ulpiano s'occupa già all'altezza di D. 26.2.19.1, passo della cui autenticità sostanziale non deve dubitarsi, per le ragioni viste a suo tempo nel commento specifico (*supra*, fr. 9). Peters ritiene invece che nel lessico ulpiano il sintagma “*ex inquisitione*” denomini soltanto un procedimento di designazione (opposto alla *datio sine inquisitione*), e che esso dunque non individui *tout court* la categoria dei tutori dativi incaricati dai magistrati superiori³⁷. L'equivoco inevitabilmente pregiudica l'ipotesi di restituzione del § 3 immaginata dallo studioso. Per i contutori dati dai magistrati dell'urbe, al pari dei testamentari, la prestazione della *satisfactio* ‘*rem pupilli salvam fore*’ era volontaria e

³⁶ PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 229.

³⁷ Ivi, p. 211 s.

non obbligatoria: di conseguenza, il caso che uno o più fra loro garantisse non poteva darsi se non in esito alla *provocatio ad satisfactionem*. Risulterebbe perciò tautologica l'affermazione per cui il ricorso alla *provocatio* era ammissibile solo se costoro non avessero prestato la *satisfactio*.

Speculare a quella del Peters è l'opinione del Taubenschlag, secondo cui nell'*Ad edictum* i §§ 3-4 di D. 26.4.5 sarebbero venuti subito dopo D. 26.2.19.1, mentre l'originaria stesura del § 3 avrebbe trattato soltanto dei tutori legittimi, negando per costoro l'ammissibilità della *provocatio*³⁸. La delimitazione soggettiva proposta dallo studioso polacco si fonda però su un argomento reversibile, ossia che il § 4 si occupa dei tutori patroni, vale a dire una *species* nel solo *genus* dei *legitimi*. In realtà, l'impressione di un'asimmetria è solamente esteriore, e non basta a superare l'obiezione che l'accostamento ai §§ 2-3 di tutori *legitimi* e *a magistratibus dati* si spiega con l'identica loro posizione rispetto all'obbligo di *satisfactio*³⁹. La palingenesi immaginata da questo autore ha poi il difetto di spezzare l'unità espositiva di D. 26.4.5 pr.-4, ove il tema dell'applicazione analogica di *EP* § 121 alle categorie di tutori in discorso è esposto nella sua compiutezza: ciò che ne rende più probabile l'originaria consequenzialità, atteso oltretutto che la trattazione della stessa questione in D. 26.2.19.1 con riguardo ai tutori *ex inquisitione dati* è del pari unitaria (vd. al nr. 1).

È inoltre da svolgere un altro rilievo: la convinzione che il giurista severiano avrebbe in realtà negato ai *legitimi* la facoltà di *provocare*, in ragione del fatto che l'obbligo di *satisfactio* impediva loro di accedere a un meccanismo basato sull'offerta volontaria della garanzia, confonde i piani dell'essere e del dover essere. Taubenschlag ha ragione in astratto, cioè se ci si pone dal punto di vista della norma. Diversa è però la prospettiva del nostro passo, in cui il giurista presenta una fattispecie che contrasta con il comando normativo, e risolve la patologia facendo applicazione analogica dei criteri edittali. Lo statuto del testo è quello della letteratura problematica. Contro l'idea d'una simile interpolazione, ad ogni modo, basta l'osservazione decisiva che «l'obbligo dei legittimi di *satisfactio* [era] rimasto inalterato anche in epoca

³⁸ TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 16 s. Sostiene l'A. che il fondo ulpiano dell'intero tratto introdotto da "*et magis est*" sia costituito unicamente dalle parole "*ammittendam provocationem*", in origine precedute da un "*non*". Con argomentazione in parte diversa, sostiene la necessità di riferire D. 26.4.5.3 ai soli *legitimi* e d'invertire il segno dell'opinione ulpiana anche SOLAZZI, *Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l'impero romano* cit., 217. Irrisolta la posizione del GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 232 ss. per il quale la stesura autentica del passo potrebbe aver riguardato o i soli *legitimi* o i soli *dativi*: nel secondo caso il testo avrebbe però trattato l'applicazione analogica della clausola "*si parens destinaverit*".

³⁹ CARBONE, *Satisfactio tutoris* cit., 159 s. confuta l'argomento del Taubenschlag, muovendo però dal presupposto che i tutori *a magistratibus dati* non fossero obbligati a *satisfactio*: coerentemente con la sua impostazione, l'A. ritiene che questa categoria di tutori potesse ricorrere alla *provocatio* proprio in ragione dell'assenza di detto obbligo.

giustiniana» [...]: di conseguenza, se l'estensibilità dell'editto *De provocatione* nei termini previsti da D. 26.4.5.3 si fosse posta in contrasto con tale obbligo, anche i Compilatori l'avrebbero dovuta coerentemente escludere»⁴⁰.

11. Prima di volgerci all'esame di D. 26.4.5.4, merita di essere almeno accennato ancora un problema interpretativo che concerne tanto D. 26.4.5.2 quanto D. 26.4.5.3. Sappiamo che i criteri d'affidamento dell'*administratio* previsti da *EP* § 121 si ponevano in rapporto di sussidiarietà: se nessuno dei contutori testamentari avesse avviato il procedimento della *provocatio* offrendosi di garantire, si sarebbe dato seguito all'eventuale designazione fatta dal padre del pupillo, e se anche questa fosse mancata si sarebbe fatto luogo all'elezione del gerente a maggioranza dei colleghi. Ora, leggendo D. 26.4.5.2-3 si ha l'impressione che le cose stessero in modo diverso allorché si fosse trattato di applicare analogicamente detti criteri ai tutori legittimi e a coloro che fossero stati dati dai magistrati municipali.

È banale osservare che il primo criterio regolato dalla seconda clausola dell'editto – ossia quello della destinazione per testamento – era qui escluso in partenza. Ciò posto, Sembrerebbe che gli altri due criteri (ricorso alla *provocatio*, affidamento a maggioranza) fossero considerati ognuno in quanto tale, e non nel loro rapporto di prevalenza o sussidiarietà rispetto all'altro. Dal punto di vista dell'ordine del discorso, l'analogia del criterio dell'affidamento a maggioranza è infatti discussa prima (§ 2) di quella del meccanismo della *provocatio* (§ 3), e per lo meno nella versione trādita dei due passi non è detto che il primo dovesse cedere al secondo. Bisogna però precisare che la priorità nella trattazione non implica la priorità d'applicazione, ma si deve a una diversa ragione, cioè che oggetto d'esame in questa parte di Ulp. 35 *ad ed.* è la seconda clausola di *EP* § 121. Ulpiano prende perciò le mosse dal parametro in essa contenuto per poi allargare lo sguardo all'editto *De administratione tutorum* nel suo complesso.

D'altra parte, si direbbe che l'analogia si realizzi al verificarsi d'un presupposto diverso per ciascuno dei due criteri. È certamente così per la *provocatio ad satisfactionem*, la cui applicazione il giurista fa dipendere dalla mancanza d'una garanzia, dovuta alle cause descritte al § 3. Per l'elezione del gerente a maggioranza dei colleghi abbiamo visto che la questione è molto più complessa. Come sappiamo, l'unico passo che ne testimonia l'applicazione analogica ai tutori legittimi e a quelli municipali è D. 26.4.5.2. Il brano

⁴⁰ CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 151-152. È un pregiudizio quello del GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 232, secondo cui «si, efectivamente, la caución había dejado de ser suficiente, lo precedente era exigir una nueva caución, pero no abrir el procedimiento provocatorio»: l'affermazione, per quanto suffragata dal richiamo a TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 16 s., non ha riscontri testuali e poggia, nell'argomentazione di entrambi gli autori, solo sull'*a priori* dell'interpolazione di D. 26.4.5.3. Sul punto si vedano anche i rilievi di CARBONE, *op. cit.*, 155 s.

richiama l'opinione di Labeone, favorevole ad ammettere l'analogia per il motivo che «*posse aliquos vel absentes vel furiosos esse*». In assenza di luoghi paralleli che aiutino a chiarire il punto, a questa motivazione si può attribuire tanto il valore d'un argomento razionale addotto a sostegno dell'orientamento cui Ulpiano aderisce, quanto quello d'un vero e proprio presupposto oggettivo dell'analogia. Qualora si propendesse per questa seconda interpretazione, si tratterebbe poi di capire se l'elenco delle cause che ammettevano il ricorso all'analogia (cioè, per quanto ci è dato leggere solo l'assenza e la pazzia dei contutori) sia da intendere in senso esemplificativo o tassativo. La lettura in parallelo dei §§ 2 e 3 potrebbe far propendere per l'ipotesi che anche l'applicazione analogica del criterio cd. “*de maiore parte*” fosse eccezionale, ma l'interrogativo in ultima istanza non può che rimanere aperto⁴¹.

12. Dopo la lunga disamina di D. 26.4.5.3, l'esegesi del passo “gemello” al § 4 può procedere più speditamente. Richiamando quanto affermato al § precedente, Ulpiano si chiede se il meccanismo edittale della *provocatio ad satisdationem* potesse applicarsi per analogia anche ai tutori patroni («*an ergo et in patronis idem sit dicendum*»), in particolare quando costoro non fossero tenuti a prestare la *satisdatio necessaria* («*maxime ubi cessat satisdatio*»). Il giurista propende per la soluzione negativa («*et puto in patronis non oportere admitti provocationem*»), salvo gravi motivi («*nisi ex magna causa*»), onde precludere una potenziale compromissione delle aspettative successorie di ciascun compatrono in ordine al patrimonio del pupillo liberto («*ne quis spem successionis deminuat*»). L'eventuale cattiva gestione del patrono, che avesse amministrato da solo in virtù della *provocatio*, avrebbe infatti potuto danneggiare la posizione degli altri («*si patrono tutela non fuerit commissa, poterit per compatronum damno adfici, qui solus rem pupilli male administrat*»).

La chiarezza del passo mette l'interprete nella condizione privilegiata di potersi limitare a poche osservazioni di dettaglio. Per prima cosa va precisato il senso della proposizione «*maxime ubi cessat satisdatio*»: data l'estensione del verbo “cessare”, che ha valore di “interrompersi”, “venire meno”, potrebbe sorgere il dubbio che l'espressione “*satisdatio cessat*” sia sinonima di “*finita est satisdatio*”, e dunque che la fattispecie esaminata al § 4 sia identica a quella corrispondente del § 3, soltanto traslata soggettivamente ai tutori patroni. A fugare la perplessità è però il confronto con gli altri luoghi in cui l'espressione occorre, ove essa designa senza eccezioni l'esclusione del dovere di garantire in corrispondenza del fatto di

⁴¹ A riprova di quanto fosse fitta la trama delle questioni sottese a questi testi, ci si potrebbe ulteriormente chiedere se, affidata la tutela a un solo contutore ai sensi del § 2 e venuta meno la garanzia da questi prestata, fosse possibile ricorrere alla *provocatio*: non parrebbero emergere dati in senso negativo, sebbene una parte degli interpreti sia d'opinione contraria: cfr. la nt. precedente.

volta in volta considerato⁴². L'ambiguità è perciò nei traduttori italiani di "cessare", non nel significato in sé univoco della dizione "satisfatio cessat".

In D. 26.4.5.4 Ulpiano sta dunque facendo il caso dei tutori patroni esentati dalla prestazione della *satisfatio necessaria*: si tratta della dispensa che ad avviso dell'autore severiano - contrario all'orientamento dei "plerique" - il pretore poteva concedere *causa cognita* nelle situazioni prospettate in D. 26.4.5.1 (*honestas* del patrono, esiguità del patrimonio pupillare, altre circostanze concrete che avrebbero reso superflua la garanzia).

Alla luce di questa spiegazione si giustifica la presenza nel testo dell'avverbio "maxime", su cui s'appuntava invece il sospetto degli interpolazionisti⁴³. La dispensa dalla *satisfatio* in esito alla *causae cognitio* era a parere di Ulpiano un *ius proprium* dei patroni; essi però partecipavano della categoria dei *legitimi*: la questione della *provocatio* si poneva dunque, oltreché in questo caso, anche in quelli delineati al § 3, in cui la mancanza – originaria o sopravvenuta – della garanzia sarebbe comunque stata patologica. Scrivendo "maxime", il giurista segnala quindi che la sua opinione («*et puto in patronis non oportere admitti provocationem*») valeva tanto nelle ipotesi discusse al § 3 quanto in quella presentata al § 4.

Il fatto che Ulpiano s'esprima con il verbo "puto" potrebbe sottintendere l'esistenza d'un dibattito giurisprudenziale anche sulla facoltà per i patroni di *provocare*, simmetrico a quello che sicuramente esisteva a monte sull'estensione del loro obbligo di *satisfare*: non è improbabile insomma che l'intera questione fosse controversa. Di quest'eventuale dibattito però il Digesto comprensibilmente non reca le tracce, avendo scelto i Compilatori di accogliere il pensiero di Ulpiano. La stessa riflessione valga rispetto all'espressione "*et magis est*" del § 3.

⁴² Per un elenco di passi in cui occorre l'espressione "satisfatio / cautio cessat" e per una loro convincente esegesi vd. CARBONE, *satisfatio tutoris* cit., 168 ss. I luoghi citati dall'A. sono: Ulp. 6 *de off. procons.* D. 27.10.8 (*satisfatio* del *curator ventris*), Ulp. 52 *ad ed.* D. 36.4.3 pr. e Ulp. 79 *ad ed.* D. 36.3.1.18 (*satisfatio* 'legatorum / fideicommissorum servandorum causa', Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 5.3.17 (*cautio* 'evicta hereditate legata reddi'), Ulp. 9 *ad ed.* D. 3.3.39.4 (*cautio* 'de rato'), Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.6.1.21 (*cautio* 'de quarta [divi Pii] conferenda'), Iust. C. 6.40.3.1 (*cautio Muciana*). A questi testi va almeno aggiunto Pap. 15 *resp. Vat. Fr.* 333: *Absentis procuratorem satisfare debere de rato habendo recte responsum est. Multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest vel morte vel revocato mandato. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum praesens est dominus, satisfationis necessitas cessat.* Cfr. anche Zeno C. 6.46.9.1a e Iust. C. 1.4.27.1 = C. 5.70.7.5. Dei passi che attestano la nostra espressione, D. 26.4.5.4 è quindi l'unico che concerne la *satisfatio* 'rem pupilli salvam fore': la rassegna dei testi mostra però che il significato del verbo "cessare" non muta al variare della *species* di *cautio* che ne costituisce il soggetto.

⁴³ PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 229; TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 17 (con nt. 61); SOLAZZI, *L'età del tutore* cit., 336; GUZMAN, *Caucion tutelar en derecho romano* cit., 252.

Ad ogni modo, l'esclusione dei contutori patroni dallo spazio d'applicazione analogica della *provocatio* aveva per conseguenza che costoro dovessero amministrare tutti insieme. Per questa *species* di tutori non meritava dunque d'essere assecondata la preferenza per la gestione monocratica della tutela, ciò che costituiva l'opzione tecnica perseguita dalla disciplina editale.

La *ratio differentiae* emerge dal motivo «*ne quis spem successionis deminuat*». Diversamente da tutti gli altri possibili tutori, che avrebbero ereditato dal pupillo solo eventualmente, i patroni e, quando questi fossero premorti all'ereditando, i loro discendenti maschi sarebbero sicuramente succeduti almeno nella metà del patrimonio del liberto, attesa la *bonorum possessio dimidiaie partis* che il pretore aveva accordato loro⁴⁴. Secondo Ulpiano, alle aspettative successorie di ognuno doveva quindi corrispondere il diritto di partecipare all'amministrazione della tutela, la quale aveva ad oggetto quello stesso patrimonio su cui tali aspettative ricadevano⁴⁵. È ciò che la motivazione di D. 26.4.5.4 afferma da un punto di vista speculare: si doveva evitare che le cattive scelte gestorie di uno danneggiassero tutti gli altri («*si patrono tutela non fuerit commissa, poterit per compatronum damno adfici, qui solus rem pupilli male administrat*»).

Ancora una precisazione: la proposizione “*ne quis spem successionis deminuat*” esprime la ragione in forza della quale doveva negarsi ai patroni la facoltà di *provocare*, non il grave motivo per cui essa andava eccezionalmente ammessa. Il senso del ragionamento di Ulpiano è questo: il patrono che avesse da solo amministrato male la tutela avrebbe diminuito le aspettative successorie dei compatroni; la frase in esame è infatti da mettere in relazione a “*qui solus rem pupilli male administrat*”, e le va pertanto attribuito valore finale, non dichiarativo⁴⁶.

⁴⁴ Vd. per tutti MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., 624-625 (con le fonti di ntt. 173-176, anche per le eccezioni alla regola introdotte da Giustiniano). È noto che la posizione successorie del patrono era identica a quella del *parens manumissor*.

⁴⁵ Si potrebbe porre la questione se, ferma restando la partecipazione di tutti i tutori all'*administratio*, questa potesse svolgersi secondo il regime della tutela divisa: nel silenzio del testo e nell'assenza d'altre fonti pertinenti, l'interrogativo rimarrebbe però senza risposta.

⁴⁶ Equivoca SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti digesta seu Pandectae* cit., *ad h.l.*, che traduce: «E reputo che, rispetto ai patroni, l'invito non debba essere ammesso, se non per una grave ragione, <cioè> per evitare che qualcuno veda diminuire l'aspettativa della successione». Incorre nello stesso fraintendimento CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 175 nt. 35, affermando che “*ne quis spem successionis deminuat*” esemplifica “*nisi ex magna causa*”. SOLAZZI, *L'età del tutore* cit., 336 nt. 27 legge invece correttamente e critica TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien* cit., 16, ad avviso del quale «*als magna causa ein Grund hingestellt wird, welcher überhaupt das einzige und ausschliessliche Motiv für eine Stellung der Kautio an den Patron sein kann*»: rileva in contrario l'A. che «il testo indica, e in maniera sovrabbondante, la causa del rifiuto della

13. In chiusura dell'analisi di L. 1000 va dato conto di un'ultima questione di ordine palinogenetico. Lenel ha infatti separato dai §§ *pr.* - 4 del fr. D. 26.4.5 il conclusivo § 5⁴⁷, e lo ha posto come primo frammento sotto la rubrica *Quando tutores administrationis reddant*, comprendente i fr. contrassegnati con i numeri palinogenetici 1012-1016. In particolare, D. 26.4.5.5 compone da solo il fr. n. 1012, mentre ai fr. nn. 1013-1016 corrispondono rispettivamente D. 27.3.7 = L. 1013, D. 27.3.9 = L. 1014, D. 27.3.11 = L. 1015 e D. 27.3.13 = L. 1016.

L'insigne romanista riconduce quindi il nostro passo a una parte del commentario ulpiano di molto posteriore a quella riservata al commento di *EP* § 121, cui si frappa anche l'ampia disamina dedicata all'*oratio Severi*. La scelta dello studioso appare in effetti razionale: in D. 26.4.5.5 Ulpiano afferma che la *capitis deminutio* del tutore legittimo comportava la decadenza dall'ufficio e la conseguente esperibilità dell'*actio tutelae* in ordine alla sua gestione. Il contenuto del passo è perciò irrelato alla trattazione che si legge in L. 1000, concernente l'obbligo di prestare la *satisfactio* '*rem pupilli salvam fore*' e l'applicazione analogica di *EP* § 121, ed è invece consono alla rubrica sotto alla quale il Lenel lo riporta.

provocatio satisfactionis ai patroni, ma non spiega affatto la *magna causa* che potrebbe consigliare ad ammetterla».

⁴⁷ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.4.5.5: *Si legitimus tutor capite minutus sit, dicendum est desinere eum esse tutorem et locum esse iudicio tutelae finita tutela.*

Fr. 17 = L. 1001 = D. 26.7.5 pr.

Ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corradi, id est colligi possit, ut comparari ager possit: si enim tam exiguam esse tutelam facile probatur, ut ex nummo refecto praedium puero comparari non possit, depositio cessat. quae ergo tutelae quantitas depositionem inducat, videamus. et cum causa depositionis exprimatur, ut praedia pupillis comparentur, manifestum est, ut ad minimas summas non videatur pertinere: quibus modus praefiniri generaliter non potest, cum facilius causa cognita per singulos possit examinari. nec tamen auferenda facultas est etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti tutores esse videantur.

Il deposito del danaro ha luogo, quindi, se si possa raccogliere una somma che consente di comprare del terreno: se tuttavia si prova agevolmente che la tutela è tanto esigua che con il danaro liquido reperito non è possibile acquistare un fondo al fanciullo, l'obbligo del deposito cessa. Vediamo allora qual è la consistenza del patrimonio tutelare che comporta il deposito. Poiché ne è espressa la causa, ossia che si acquistino fondi ai pupilli, è evidente che non lo si ritiene riguardare le somme minime: il loro ammontare non può essere però predefinito in astratto, dal momento che è più facile individuarlo volta per volta, in esito alla cognizione della causa. Non dev'essere comunque esclusa la facoltà di chiedere che somme più esigue vengano intanto depositate, se alcuni tutori siano ritenuti sospetti.

COMMENTO

1. Il dibattito storiografico sull'origine editale o legislativa della *depositio pecuniarum*. 2. La fonte normativa commentata in D. 26.7.5 pr. 3. Critica del testo. 4. Il contenuto dispositivo del passo.

1. Il frammento che Lenel identifica con il numero palinogenetico 1000 = D. 26.4.5 pr.-4 concludeva la parte dell'*Ad edictum* dedicata al commento specifico di *EP* § 121. Accingendoci a esaminare la nuova porzione di un'opera che appartiene al genere dei commenti lemmatici, si pone dunque per primo il problema d'individuare la fonte a cui potesse agganciarsi questo nuovo capitolo della trattazione ulpiana. A indicarci la via è un confronto tra opinioni.

Il Rudorf aveva sostenuto che l'Editto, dopo le clausole sull'*administratio tutorum*, presentasse una rubrica *De depositione*, vertente sull'obbligo dei tutori di depositare il danaro liquido del pupillo, al fine di procedere, con il capitale immobilizzato, all'acquisto di fondi. L'esistenza di un editto siffatto e la sua collocazione nell'albo erano desunte dagli indizi

offerti da due testi tratti da Ulp. 35 *ad ed.*, ovvero D. 26.7.5 pr. (e cioè proprio il testo al centro del presente commento) e D. 26.7.7.3, e dal riferimento al ruolo del pretore nella *depositio pecuniarum* che da essi traspare. La conclusione cui giungeva l'autore era dunque che, terminato il commento alla rubrica *De administratione tutorum*, Ulpiano proseguisse la disamina dell'editto occupandosi di una clausola sulla *depositio pecuniarum*¹.

La tesi, approvata dal Karlowa², venne invece avversata da Lenel, il quale muoveva dall'assunto che fosse l'editto *De administratione tutorum*, malgrado il suo contenuto molto limitato, a fornire a Ulpiano l'occasione per studiare, nel XXXV libro *ad edictum*, le questioni più diverse concernenti l'amministrazione della tutela³. Nella *Palingenesia*, il grande romanista riconduceva il commento specifico a EP § 121 – lo abbiamo appena ricordato - ai fr. nn. 994-1000, e apponeva a monte dei fr. nn. 1005-1011 e 1012-1016 rispettivamente le rubriche *Ad orationem Severi* e *Quando tutores administrationis rationem reddant*.

Per i fr. nn. 1001-1004. Lenel ipotizzò in un primo tempo che l'obbligo di *depositio pecuniarum* e di *comparatio praediorum* dipendesse da una fonte legislativa, alla quale Ulpiano si sarebbe riportato per il suo commento in D. 26.7.5 pr. = L. 1001⁴. Con la terza edizione della *Wiederherstellung*, lo studioso abbandonò però quest'ipotesi e accolse la critica che giudicava interpolate le espressioni da cui egli e Rudorff ricavavano che D. 26.7.5 pr. commentasse una fonte normativa⁵. Di queste critiche ci occuperemo nell'esegesi del passo, e vedremo a quali obiezioni esse s'espongono. Nessuna indicazione fornisce invece l'autore quanto alla fonte a cui si potesse rifare il commento nei fr. nn. 1002-1004.

Impostata la questione palinogenetica, sulla quale chiaramente sarà necessario tornare, possiamo adesso volgerci all'esame di D. 26.7.5 pr.

2. Dalla lettura del brano sorge in primo luogo una constatazione di ordine sintattico. Con ogni probabilità l'escerto proseguiva, nell'originale ulpiano, un'esposizione già avviata in una porzione dell'opera non conservata dai Compilatori. La doppia congiunzione “*ita autem*”, in esordio del passo, non costituisce infatti un raccordo con il precedente D. 26.7.4 - sempre di Ulpiano, ma tratto dal IX libro *ad edictum*. Il quale D. 26.7.4, nell'ordine di lettura dell'antologia giustiniana, si collega a sua volta concettualmente a (e dipende sintatticamente da) D. 26.7.3.9: la giustapposizione tra i due luoghi serve ai Compilatori per precisare un

¹ RUDORFF, *De iuris dictione Edictum* cit., 130 s.

² KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* cit., 2.1190.

³ EP³ 315, ove è fatto rinvio alla *Palingenesia* (fr. nn. 992-1016) per l'indicazione della fonte normativa a cui verosimilmente si rapportavano i relativi testi.

⁴ EP² 305.

⁵ EP³ 315 ntt. 5-6. Per la tesi interpolazionista vd. soprattutto F. MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni*, in *Il Filangeri*, 26 (1901) 269-270; adesivamente SOLAZZI, *tutele e curatele* cit., 23.

aspetto concernente il regime della tutela divisa⁶. Argomento del tutto diverso, dunque, dalla *depositio pecuniarum* di cui tratta D. 26.7.5 pr.

Va inoltre tenuto conto del fatto che nei §§ successivi di D. 26.7.5 Ulpiano abbandona il tema della *depositio*. Esso sarà peraltro ripreso in una porzione più avanzata del commentario – segnatamente ai §§ 3, 4, 7 e 10 di D. 26.7.7 - sotto il profilo degli interessi dovuti dal tutore che avesse ommesso di depositare il danaro o d’investirlo in acquisti fondiari. Tra il § *pr.* e i restanti §§ di D. 26.7.5 corre dunque una distanza tematica, nella quale è da ricercare verosimilmente la ragione che ha indotto Lenel ad assegnare al § *pr.* una collocazione palinogenetica autonoma. Lo studioso separa infatti D. 26.7.5 pr., che da solo compone L. 1001, dalla restante parte di D. 26.7.5 (§§ 1-10), riversata in blocco in L. 1002.

Vale a stento la pena di osservare che se la segnalata discontinuità tematica lascia intuire la probabile selezione operata dai Compilatori sull’opera originale, non se ne può invece di per sé inferire l’interpolazione del § *pr.*, come sostenuto a suo tempo dal Mancaloni⁷.

Riprendendo la questione accennata al nr. 1, ci si potrebbe piuttosto chiedere se nella porzione di Ulp. 35 *ad ed.* non conservata dai Compilatori, dalla quale D. 26.7.5 pr. sembra emergere come il brandello d’un discorso più ampio, l’obbligo dei tutori di procedere alla *depositio pecuniarum* e poi alla *comparatio praediorum* fosse ricondotto alla sua fonte normativa. Al Lenel è sembrato di individuare in D. 26.7.5 pr. due indici lessicali rivelatori della presenza d’una disposizione sottesa al commento, ovvero l’uso dei verbi “*corradere*” ed “*exprimere*”.

Il primo verbo occorre nella protasi del periodo ipotetico con cui, in esordio del passo, il giurista enuncia la condizione di esistenza dell’obbligo in parola: «*ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corradi, id est colligi possit, ut comparari ager possit*». Il fatto che il giurista avverta la necessità di precisare con un sinonimo il significato di “*corradi*” (“*id est colligi*”)⁸ viene interpretato dal romanista tedesco nel senso che il verbo spiegato (“*corradere*”) comparisse già in una fonte normativa, a cui Ulpiano aggancia il proprio commento. Altra critica ha invece reputato “*id est colligi*” un glossema e un indizio

⁶ Vd. *supra*, fr. 13, in relazione a D. 26.7.3.9.

⁷ MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* cit., 270.

⁸ Stante la difficoltà di reperire un traduttore di “*corradi*” che potesse giustificare anche in italiano l’esigenza di chiarirne il significato con un sinonimo, nella traduzione qui proposta si è rinunciato a rendere il tratto “*id est colligi*”. L’obiettivo difficoltà di individuare un termine adatto a restituire questa sfumatura del testo latino s’avverte nella traduzione di SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* cit., *ad h.l.*, che rende: «Poi, si procede a deposito di denari nel caso in cui possa venire accumulata, cioè raccolta, una somma tale da poter comprare un campo».

d'interpolazione “per la sua superfluità”⁹. A questa posizione si può però opporre un rilievo: nelle fonti d'argomento giuridico sembra esserci solo un'altra occorrenza di “*corradere*” oltre a quella del nostro testo. Si tratta di Cels. 3 *dig.* D. 6.1.38¹⁰. Il brano celsino verte su tutt'altro argomento e non ci è utile a chiarire un'eventuale provenienza “legislativa” del verbo “*corradere*”. Resta però il fatto che l'apparente rarissimo uso del lessema, almeno nel sottocodice giuridico, potrebbe aver indotto lo stesso Ulpiano, e non un glossatore più tardo, a indicarne un sinonimo d'uso comune¹¹.

Alla stessa fonte in cui era presente il verbo “*corradere*” – prosegue l'argomentazione di Lenel - alluderebbe anche la proposizione causale “*et cum causa depositionis exprimatur*”: sarebbe cioè stato lo stesso provvedimento a esprimere la ragione (“*causa*”) della *depositio*, vale a dire l'acquisto al pupillo di beni immobili, con il danaro liquido del suo patrimonio. Vedremo nel seguito che altri luoghi del commento ulpiano sembrano rivelare le tracce d'un ordito normativo extra edittale: ciò che confermerebbe la fine intuizione iniziale dell'illustre studioso, poi lasciata cadere in favore della tesi interpolazionista. Tenteremo quindi di comprendere se quest'ordito - che sottende lo squarcio dell'opera racchiuso nei frammenti palinogenetici nn. 1001-1004 - possa comporsi di una serie di interventi imperiali dei quali non è conservata l'esplicita menzione.

Rimandando per la discussione di tali indizi all'analisi dei passi pertinenti, possiamo intanto approfittare dello sguardo al testo offerto dalla considerazione di Lenel per dare conto, prima di commentarne il contenuto dispositivo, dei rilievi di ordine logico e linguistico avanzati dagli studiosi che hanno dubitato della sua rispondenza al dettato autentico dell'*Ad edictum*.

3. La critica principale indirizzata alla forma con cui il testo di Ulpiano è presentato attraverso il Digesto è che esso esporrebbe un ragionamento incoerente, atteso che l'esistenza dell'obbligo della *depositio* viene prima fatto dipendere dall'importanza della tutela («*tutelae quantitas*») e poi dall'ammontare della somma raccolta ([«*depositio*] *ad minimas summas non videatur pertinere*»)¹². Quest'argomentazione non parrebbe in vero presentare l'incongruenza

⁹ MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* cit., 270.

¹⁰ Cels. 3 *dig.* D. 6.1.38: [...] *constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias.*

¹¹ Quanto alla differenza (e alla finalità che tale differenza mira a perseguire) tra “le parole della legge” - potremmo dire “la lingua normativo-prescrittiva” - e “la lingua comune”, valga la suggestione di Cic. *leg.* 2.18: *Sunt certa legum verba, Quinte, neque ita prisca, ut in veteribus XII sacratisque legibus, et tamen, quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora, quam hic sermo est.* Sul passo MANTOVANI, *Lingua e diritto* cit., 20.

¹² Così MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* cit., 270.

che le si è voluto attribuire: le esigue somme, a fronte delle quali i tutori non avrebbero dovuto procedere al deposito, erano quelle reperite nel patrimonio del pupillo. Era dunque la *quantitas tutelae* a determinare o meno l'esistenza dell'obbligo nel caso concreto. I termini del ragionamento sono quindi perfettamente consequenziali.

È inoltre infondata l'obiezione secondo la quale, nel dare conto della facoltà di depositare comunque il danaro in presenza di tutori reputati *suspecti*, il passo prescinde dal criterio della *quantitas tutelae*. È invece vero il contrario. Ulpiano dice: «*nec tamen auferenda facultas est etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti tutores esse videantur*». In tanto i contutori avrebbero dunque dovuto chiedere di poter *deponere*, in quanto non vi fossero stati tenuti. Le *summae* sono *minores* rispetto all'ammontare che avrebbe determinato il sorgere dell'obbligo della *depositio*. Il criterio discretivo restava insomma quello della *quantitas tutelae*. L'idea poi che esso fosse un'invenzione giustiniana è presupposta dall'interpolazione di altri passi¹³, il che esenta i suoi sostenitori dal dimostrarla nel nostro.

Quanto ai rilievi linguistici, è stata messa in dubbio la genuinità del sintagma “*depositio pecuniarum*”, poiché in altri luoghi ulpianeî occorre la variante “*depositio pecuniae*”, ritenuta conforme all'*usus scribendi* classico¹⁴. All'obiezione è da replicare che sia l'uso della voce “*pecunia*” a indicare per sineddoche il danaro, sia l'alternanza tra il singolare “*pecunia*” e il plurale “*pecuniae*” attraversano l'intera storia del lessico giuridico romano¹⁵: l'uso fungibile delle denominazioni “*depositio pecuniae*” e “*depositio pecuniarum*” potrebbe perciò già appartenere al vocabolario di Ulpiano, senza bisogno di ipotizzare l'interpolazione per doverlo spiegare.

Da quanto precede risulta perciò impeccabile l'impiego di “*nummo*” (“*ex nummo refecto*”) in luogo di “*pecunia*”¹⁶: nel contesto, i vocaboli “*pecunia*”, “*nummus*” e “*summa*” sono sinonimi. Quanto poi al sospetto glossema “*id est colligi*” abbiamo già preso posizione. Sono altresì sospettati i sintagmi “*exigua tutela*” e “*generaliter praefiniri*”, ma senza che ne sia spiegato il motivo¹⁷. Altro difetto formale è scorto nel complemento “*per singulos*”, in cui l'aggettivo non qualifica nessun sostantivo¹⁸. Valga in proposito quanto già abbiamo avuto

¹³ MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* cit., 270 nt. 1 richiama Ulp. 1 *de omn. trib.* D. 27.2.3.3 e rimanda a Gradenwitz, *Interpolationen in der Pandekten* cit., 77.

¹⁴ Cfr. Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.7.3-4: MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* cit., 269.

¹⁵ Si vedano le numerose testimonianze addotte in D. MANTOVANI, *Il iudicium pecuniae communis. Per l'interpretazione dei capitoli 67-71 della Lex Iritana*, in GABBA – CAPOGROSSI COLOGNESI, *Gli statuti municipali* cit., 263 ss. (con la bibl. di ntt. 20-21).

¹⁶ *Contra* MANCALEONI, *Contributo allo studio delle interpolazioni* cit., 270.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

modo di osservare commentando D. 26.4.5.3 (*supra*, fr. 16), a proposito del problema testuale posto dal tratto “*et magis est ut [...] posse et rell.*”: è controintuitivo pensare che un intervento compilatorio inteso ad alterare il contenuto giuridico del passo si sia risolto in un vizio formale, più razionalmente riconducibile a un errore prodottosi nella circolazione del brano.

In ultimo, l’avverbio “*facile*” («*si enim tam exiguam esse tutelam facile probatur*») – vocabolo che il Mancaloni non si spiega¹⁹ - è probabile che alluda – come vedremo ancora più avanti - al carattere sommario della *causae cognitio* volta ad accertare l’ammontare del patrimonio soggetto a tutela.

4. Le parole di Ulpiano parrebbero presentare un’alternativa netta: se il pupillo disponeva di danaro liquido sufficiente all’acquisto di terreni²⁰, i tutori avevano l’obbligo di depositarlo; in caso contrario l’obbligo veniva meno²¹. La rigidità della scelta, così come il giurista la presenta, sarebbe stata temperata solo quando si fosse ritenuto che alcuni dei contutori erano *suspecti*. Si sarebbe allora potuto chiedere all’autorità competente in materia tutelare che venisse cautelativamente consentita la *depositio*, anche se la somma non fosse stata sufficiente all’acquisto, con l’evidente finalità di porre intanto il danaro pupillare al

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Una costituzione di Arcadio e Onorio del 396, conservata in CTh. 3.30.6, descrive con dovizia di particolari gli adempimenti a cui erano tenuti i tutori, quando avessero dovuto collocare “*in tutissima custodia*” la ricchezza mobiliare reperita nel patrimonio del pupillo e non soggetta a rapido deperimento. Si cita qui il passo per completezza, visto anche il collegamento con la *comparatio praediorum* che emerge dal § 1 di questo testo: la costituzione tardoantica ovviamente fa stato per il suo tempo. Oltretutto il *Codex Iustinianus* (5.37.24) ne tramanda una versione largamente riassunta, che elide proprio i profili di dettaglio relativi alla *depositio*. Non sembra però che da questa testimonianza si possano trarre argomenti per meglio comprendere le modalità della *depositio pecuniarum* di cui tratta Ulpiano: a tacer d’altro, quest’ultima riguarda solo il danaro, mentre la costituzione di fine IV secolo si riferisce complessivamente alla ricchezza mobiliare del pupillo.

²¹ L’obbligo di procedere alla *comparatio praediorum* era assistito da una coercizione pretoria; tanto risulta da D. 26.7.7.3: *a praetore cogi eos [scil. tutores] oportet ad comparandum*. L’omissione dolosa tanto della *depositio pecuniarum* quanto della *comparatio praediorum* era altresì sanzionata con pene criminali, della cui irrogazione era competente il *praefectus urbi*, e con la *remotio ut suspectus* del tutore ostinato: cfr. Ant. C. 5.37.4, Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.3.16. Ulpiano era dell’opinione che le sanzioni criminali andassero graduate a seconda che il tutore da punire fosse *humilior* o di più elevato rango: *ceterum eos, qui sunt in aliqua dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere*. Anche il rescritto di Caracalla si riferisce del resto alla punizione da infliggere a un liberto, confermando probabilmente l’ordine d’idee in cui si poneva Ulpiano. Si può forse argomentare *a contrario*, dall’esordio di D. 26.10.3.16, che la *depositio* fosse superflua, cessandone il relativo obbligo, quando si potesse procedere immediatamente alla *comparatio*: *Qui pecuniam ad praediorum emptionem conferre neque pecuniam deponere pervicaciter perstant, quoad emptionis occasio inveniatur, vinculis publicis iubentur contineri, et insuper pro suspectis habentur*.

riparo da possibili malversazioni di contutori inaffidabili, in attesa che costoro fossero rimossi dall'*administratio* in esito all'*accusatio suspecti*.

A volere indagare il sostrato ideologico che orientava la disciplina esposta nel passo, verrebbe da pensare al convergere di due tendenze del pensiero economico romano, sovente e autorevolmente messe in luce. Da un lato la preferenza per gli investimenti immobiliari, ritenuti più onesti e degni; dall'altro lato il suo rovescio speculare, vale a dire la sfiducia verso i *faeneratores*, - più o meno marcata a seconda delle epoche - che conduceva a guardare con sfavore alla mobilitazione dei capitali mediante la collocazione del danaro a prestito fruttifero²². È facile immaginare che i tutori, trovandosi ad amministrare il patrimonio di una persona per definizione bisognosa di protezione, venissero costretti, appena le condizioni economiche del pupillo l'avessero reso possibile, a volgersi verso la forma di conservazione della ricchezza reputata più sicura.

Al rilievo sulla connotazione ideologica/socioeconomica della *comparatio praediorum* si può ancora aggiungere che alla necessità di prospettare l'alternativa secca tra l'esistenza dell'obbligo di *depositio pecuniarum* e il suo venir meno, sol che la somma raccolta non fosse sufficiente, non era forse estranea un'esigenza di certezza del diritto. Lo scenario opposto a quello delineato dal nostro testo implicherebbe infatti che le somme pupillari si sarebbero potute depositare anche qualora non fossero bastate all'acquisto di un fondo, nella prospettiva e con la speranza di incrementarle successivamente con altro danaro di cui il pupillo avesse avuto la disponibilità. Immaginando un simile regime, si dovrebbe però ammettere che il momento in cui le somme immobilizzate avessero finalmente consentito di comprare un fondo avrebbe anche potuto non giungere mai: in tal caso sarebbe stata vanificata la finalità del deposito.

Oltretutto, nulla costringe a pensare che la questione dell'esistenza o meno dell'obbligo di *depositio pecuniarum* dovesse essere decisa una volta per tutte. In altre parole, se in esito a una prima *causae cognitio* si fosse decretato che il patrimonio liquido del pupillo non permettesse l'acquisto di fondi, e dunque non ci fosse alcun obbligo, ma in un momento successivo un nuovo afflusso di danaro avesse modificato le condizioni patrimoniali dell'impubere, non sembra che si frappenessero ostacoli alla riapertura della *cognitio* e a una nuova statuizione sul punto.

²² Sull'ideologia espressa dagli intellettuali organici alla classe senatoria, orientata a una netta predilezione per gli investimenti immobiliari, si vedano per l'età repubblicana le fonti letterarie citate in E. GABBA – D. FORABOSCHI – D. MANTOVANI - E. LOCASCIO – L. TROIANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano 1999, § 9.15. Sulla percezione sociale della speculazione finanziaria, e sul suo mutare attraverso i periodi della storia romana, un inquadramento in CERAMI – PETRUCCI, *Diritto Commerciale romano* cit., 30 ss. (con la principale letteratura in argomento). *Adde*, specificamente su D. 26.7.5pr., KEHOE, *Investment, Profit and Tenancy* cit., 39 s.; ID., *Agency, Tutorship, and the Protection of Pupils in Roman Law* cit., 125 s.

La situazione di fatto che portava all'esclusione dell'obbligo è enunciata da Ulpiano in questi termini: «*si enim tam exiguum esse tutelam facile probatur, ut ex nummo reffecto praedium puero comparari non possit, depositio cessat*». Un dato testuale merita di essere enfatizzato, ossia l'avverbio modale che qualifica la *probatio*: “*si facile probatur*”. Ciò lascerebbe supporre che la *causae cognitio* evocata più avanti nel passo, e finalizzata proprio a determinare l'entità della tutela, fosse sotto questo aspetto improntata alla sommarietà. Perché l'obbligo di *depositio* venisse meno, il pupillo doveva cioè disporre di liquidità manifestamente insufficienti all'acquisto di immobili, ciò che non sarebbe accaduto nei casi dubbi.

Proprio la *causae cognitio* si rivela dunque come lo strumento capace di concretizzare la prospettazione astratta della cessazione dell'obbligo. L'esiguità della tutela che giustificava il venir meno della *depositio* - dice Ulpiano - non si determinava in base a criteri predefiniti e validi in generale, ma appunto *causa cognita*. Oltre alla consistenza del patrimonio liquido pupillare, la cognizione avrà naturalmente tenuto conto delle condizioni del mercato immobiliare del luogo in cui doveva procedersi alla *comparatio praediorum*, magari di un'eventuale stagnazione dell'offerta e così via.

Nel silenzio del passo, restano insolute due questioni che l'interprete potrebbe porsi. La prima concerne il profilo dell'instaurazione della *cognitio*, e specificamente l'interrogativo se, alla stregua d'un giudizio incidentale, spettasse introdurla al tutore che intendeva sapere se l'obbligo di *depositio* si configurava in concreto nei suoi confronti (o magari a chi aveva interesse a cautelare il patrimonio del pupillo, ad esempio la madre) oppure se corrispondeva a un dovere officioso di sorveglianza sull'attività dei tutori del quale era investita l'autorità competente.

La seconda questione riporta al tema della fonte normativa da cui dipendeva l'obbligo di *depositio*. Ci si potrebbe infatti chiedere se fosse la stessa fonte a prevedere anche la *causae cognitio*, o se invece questa si fosse imposta nella prassi dei magistrati e dei funzionari imperiali.

Fr. 18 = L. 1002 (parte I) = D. 26.7.5.1-3

Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit etiamsi modicum, cessantque partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare. [2] Quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit, etiam suspecti postulatio succedit. [3] Quod si quis tutelam mandaverit gerendam gestaue fuerit ab eo cui mandatum est, locus erit tutelae actioni: videtur enim gessisse qui per alium gessit. quod si non accessit is cui mandatum est, utili actioni convenitur.

Il tutore che abbia disposto di un bene del pupillo, pure se di modica entità, si ritiene abbia gerito: cessano allora le funzioni di coloro che solitamente ordinano ai tutori non gerenti di assumere l'amministrazione. [2] E se uno, dopo avere assunto la gestione, se ne sia in seguito astenuto, ne segue pure l'accusa come tutore sospetto. [3] Se invece uno avesse dato mandato di gerire la tutela, e il mandatario l'avesse gerita, vi sarebbero i presupposti per l'azione di tutela. Si ritiene infatti che abbia gerito chi l'ha fatto per il tramite altrui. Ma se chi ha ricevuto il mandato non l'ha eseguito, si conviene (il mandante) con l'azione di tutela adattata in via utile.

COMMENTO

1. La discontinuità logica e sintattica tra i §§ *pr.* e 1 di D. 26.7.5. 2. Il confine tra *gestio* e *cessatio*: la complementarità tra D. 26.7.1 *pr.*-1 e D. 26.7.5.1. 3. D. 26.7.5.2-3: i rimedi giudiziali contro il tutore che abbandonava la gestione o dava mandato ad altri di gerire. 4. Un'ipotesi sulla fonte normativa commentata in D. 26.7.5.1.3.

1. Vale anche per il § 1 di D. 26.7.5 una considerazione di natura testuale simile a quella svolta in riferimento al § *pr.* (*supra*, fr. 17): la congiunzione “*autem*” con cui è introdotta l'esposizione non si coordina concettualmente con la trattazione sull'obbligo di *depositio pecuniarum ad praediorum comparationem* che si legge nel § *pr.* Ai §§ 1-3, con una consequenzialità logico-testuale marcata dall'anafora del nesso “*quod si*”, è infatti presentata una serie di fattispecie che potremmo dire accomunate dal fatto di porsi sul *discrimen* tra gestione e astensione. Il § 1 enuncia il principio generale per cui una *gestio*, per quanto minimale, escludeva il configurarsi della *cessatio*, ossia l'astensione ingiustificata dall'amministrazione tutelare. Il § 2 aggiunge che l'astensione del tutore dall'amministrazione già assunta lo esponeva anche all'*accusatio suspecti*, oltre che ovviamente all'*actio tutelae*. Il

§ 3 precisa infine che si doveva considerare gerente anche il tutore che avesse dato mandato ad altri di gerire.

Già questa estrema sintesi dei testi in esame potrebbe fornire un argomento a favore della restituzione palinogenetica di Lenel. Ricordiamo che l'illustre studioso separa il § *pr.* = L. 1001 e il § 1 di D. 26.7.5: nonostante l'apparente nesso istituito da “*autem*” in apertura del § 1, non sembra esserci un legame sintattico o contenutistico con il § *pr.* che possa far pensare a una continuità tra i due luoghi. Continuità che invece appare evidente tra i §§ 1-3, e che più avanti proveremo a saggiare in relazione ai successivi §§ 4-10, gli uni e gli altri riportati da Lenel al fr. n. 1002 della *Palinogenesia*. Quanto ai primi, se n'è appena sommariamente delineata la coerenza tematica: veniamo ora ad approfondirne i contenuti.

2. Con un verbo - “*attingere*” - da cui emerge l'idea che il tutore veniva materialmente a contatto con il patrimonio del pupillo, Ulpiano traccia al § 1 la linea di demarcazione che separava la *gestio* dalla *cessatio*. Un minimo atto di gestione era sufficiente a qualificare come gerente il tutore che l'aveva compiuto. Il secondo “emistichio” del breve § aggiunge che, compiutosi l'atto di gestione, all'autorità competente sarebbe venuto meno in concreto il potere di costringere il tutore ad assumere l'amministrazione.

Nonostante i sospetti d'un intervento compilatorio sul passo¹, tale ultima precisazione è tecnicamente ineccepibile, e s'accorda con quanto già sappiamo in argomento dall'esordio di Ulp. 35 *ad ed.* In D. 26.7.1 *pr.*, Ulpiano aveva infatti già accennato all'esistenza d'una *coercitio extra ordinem*, tesa a costringere il tutore ad assumere l'amministrazione: Al § 1 dello stesso fr. il giurista aveva poi chiarito che doveva considerarsi *suo periculo cessans* il tutore che, designato all'amministrazione, non avesse fatto valere nei termini una giusta causa d'*excusatio*, e si fosse poi ostinato a non gerire. In D. 26.7.5.1 l'autore riprende il tema da un punto di vista speculare: se in D. 26.7.1.1 aveva definito la figura del *tutor cessans*, nel nostro passo egli descrive il comportamento che implicava

¹ Non è ben chiaro perché SOLAZZI, *Istituti tutelari* cit., 38-39, ritenga – contro la lettera del testo – che «l'ufficio del magistrato effettivamente durasse, dopo l'inizio della gestione, per il caso che questa fosse abbandonata dal tutore». «Non v'è alcuna ragione» - prosegue lo studioso - «di escludere che il magistrato potesse dare ordini al tutore che ha smesso di gerire e ottenerne l'adempimento coi soliti mezzi coercitivi». Da D. 26.7.5.2 risulta quali fossero i rimedi esperibili contro il tutore che avesse assunto e poi abbandonato la gestione: egli poteva essere rimosso con l'*accusatio suspecti* ed essere convenuto, in quanto già gerente, con l'*actio tutelae*. Inequivoco è pure D. 26.7.5.1 nel riferire che i soli tutori cessanti potevano essere costretti ad amministrare. La preoccupazione dell'A. è probabilmente una conseguenza della sua opinione sull'*accusatio suspecti*, che egli reputava esperibile in età classica unicamente contro i tutori testamentari, giudicando interpolato l'inciso “*sive testamentarii sint, sive non sint*” in Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.10.1.5: cfr. SOLAZZI, *op. ult. cit.*, 38 nt. 1. Di qui, forse, l'esigenza d'immaginare un rimedio da invocare contro l'abbandono della gestione da parte dei tutori non testamentari, e quindi la persistenza d'una *coercitio extra ordinem* anche una volta assunta l'amministrazione.

l'assunzione della *gestio*, e quindi il venir meno della *cessatio*. Non sorprende a questo punto che in D. 26.7.5.1, a chiusura del sillogismo le cui premesse sono in D. 26.7.1, il giurista abbia scritto che la coercizione ad assumere la *gestio* s'esercitava contro i tutori cessanti. Se il tutore «*qui quid pupillare attigit*» era considerato gerente, non ci sarebbe stato alcun bisogno di costringerlo a gerire: e in quanto gerente, lo si sarebbe potuto convenire nell'*actio tutelae*, la cui formula – come sappiamo – presupponeva nella *demonstratio* l'avvenuta gestione.

3. Appunto sul piano dei rimedi giudiziali si svolge la trattazione dei §§ 2-3. Contro il tutore che avesse in un primo momento assunto l'amministrazione e poi l'avesse ingiustificatamente abbandonata, dice Ulpiano al § 2, si sarebbe potuta attivare anche l'*accusatio suspecti*. La lettera del passo è all'apparenza ellittica, sottintendendo l'esperibilità d'un mezzo ulteriore alla *postulatio suspecti* («*etiam suspecti postulatio succedit*»). Al lettore dell'opera sarebbe però stato agevole colmare il non detto: l'altro rimedio cui allude la congiunzione “*etiam*” è chiaramente l'*actio tutelae*. Alla luce della *regula* del § 1, il tutore che avesse iniziato e poi disertato la gestione era da considerarsi pur sempre gerente, e quindi legittimato passivo nel *iudicium tutelae*. Con l'*accusatio suspecti* se ne sarebbe intanto ottenuta la rimozione dall'*administratio*, in modo da poterne poi far valere, nel giudizio di responsabilità, il dolo o la colpa omissivi (e ovviamente pure commissivi, se oltre ad abbandonare la gestione egli avesse anche mal gerito).

Del resto, il nesso tra l'avvenuta gestione e l'esperibilità dell'*actio tutelae*, implicito ai §§ 1-2, è espresso al § 3, ove Ulpiano opera una *divisio*. Il tutore che avesse dato mandato ad altri di gerire non sarebbe andato esente da responsabilità². Se il terzo mandatario avesse gerito, e dunque una gestione vi fosse stata – sebbene per interposta persona - contro il tutore mandante si sarebbe potuta esperire l'*actio tutelae* pura; se invece il mandatario si fosse astenuto, il rimedio attivabile era l'*actio tutelae utilis*³: quella stessa azione utile – s'intende –

² Sono pochi i passi in cui è menzionata la gestione della tutela su mandato del tutore. A quelli citati alle ntt. successive è da aggiungere Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55 pr., in cui la questione sulla responsabilità del tutore mandante è trattata in relazione al tema del *mutuum periculum* dei contutori per l'insolvenza di uno di essi: *Tres tutores pupillo dati sunt, unus tutelam gessit et solvendo non est, secundus Titio gerendam mandavit et Titius quaedam administravit, tertius nihil omnino gessit: quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur. et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae et in solidum universi tenentur. plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in maiorem summam quisque eorum quam accepit tenetur.* sul *mutuum periculum* si veda il contributo fondamentale di VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini cit.*, 71 ss.

³ Un rescritto di Settimio Severo e Caracalla discrimina la figura del gestore mandatario da quella di colui *qui pro tutore negotia gessit*. La locuzione “*pro tutore gerere*” denotava in generale l'assunzione, anche solo di fatto, del *munus tutoris*: a livello processuale, una *gestio pro tutore* avrebbe quindi schiuso l'alternativa tra *actio tutelae* e *actio protutelae*, a seconda che il gestore fosse o meno l'effettivo titolare dell'ufficio. Per una messa a

che era data contro il *tutor cessans*⁴. Per effetto del principio «*videtur gessisse qui per alium gessit*»⁵, il comportamento del mandatario replicava dunque in capo al tutore un regime di legittimazione passiva - strutturato sull'alternativa tra azione pura e azione utile - identico a quello che si sarebbe applicato nel caso in cui egli avesse personalmente gerito, o si fosse personalmente astenuto: il tutore sarebbe stato responsabile per il fatto o l'omissione dell'estraneo, naturalmente a condizione che quest'ultimo fosse stato coinvolto nelle vicende dell'*administratio* in virtù d'un atto di volontà del primo⁶.

punto di questi concetti si veda PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 333 ss. La gestione condotta dal mandatario del tutore – ci informa il rescritto – non rientrava in quest'ambito: non c'era dubbio infatti che il tutore effettivo fosse il mandante. Tant'è che questi avrebbe risposto della gestione altrui nel *iudicium tutelae*. Contro il mandatario, invece, l'impubere avrebbe avuto l'*actio negotiorum gestorum*, e non le azioni che si davano nei confronti del tutore, vero o apparente che fosse.

Sev. – Ant. C. 2.18(19).4: *Qui pupillae negotia tutoris mandato suscepit, pro tutore negotia non videtur gessisse, sed negotiorum gestorum actione pupillae tenebitur*. Non è affrontato *ex professo* il problema dei rapporti tra l'*actio negotiorum gestorum* che spettava contro il mandatario e l'*actio tutelae* che si dava contro il tutore mandante, nonostante entrambe insistessero sul medesimo oggetto, la gestione dell'estraneo. Per la critica del testo, si vedano gli autori citati in PELLECCHI, *op. cit.*, 388 nt. 129.

⁴ ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 483 e nt. 277, ritiene che l'azione fosse contemplata nell'editto. Va detto che i passi citati dall'A., il quale in vero non li adduce specificamente a dimostrazione che la fonte dell'azione fosse edittole, non consentono di prendere una posizione sicura su questo punto. Pap. 5 *resp.* D. 26.7.39.11 afferma genericamente: *In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit*. Mentre in Paul. *l. s. ad or. Ant. et Comm.* D. 23.2.60.3, come infatti l'autore non manca di notare, è fatto cenno «alle costituzioni imperiali quali fonti della responsabilità del tutore non gerente», senza per altro menzionare esplicitamente l'*actio utilis*, probabilmente perché nel contesto non c'era necessità di farlo: *Quin autem ille, qui, cum datus est tutor, cessat in administratione, pertineat ad orationem, non est dubitandum, quia perinde tenetur ex sacris constitutionibus atque si gessisset*. Dell'opinione che la formula dell'*actio tutelae utilis* fosse nell'editto è pure SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 131 nt. 296, che cita sostanzialmente le stesse fonti ricordate da Albanese. Cauto era invece il giudizio di LENEL, *EP*³ 318 nt. 10, il quale si limitava a registrare il dato che contro il *tutor cessans* era accordata un'*actio utilis*. Per altra bibl. cfr. PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 381 ntt. 119-123.

⁵ Espresso negli stessi termini anche in Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.2: *Gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit*; in questo testo, il caso del tutore che aveva demandato la gestione al terzo è discusso insieme a quello del tutore che aveva ricevuto la *satisfactio* '*rem pupilli salvam fore*' dal collega e gli aveva permesso di gerire l'intera tutela (*supra*, fr. 5): sia il tutore mandante sia quello che aveva ottenuto la garanzia erano considerati gerenti, non potendo perciò invocare il *beneficium ordinis*, in ragione del quale i tutori non gerenti erano escussi dopo i gerenti e solo in caso d'insolvenza di questi ultimi.

⁶ Diversa la fattispecie proposta da Giuliano, *apud* Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.5.2: *Iulianus libro tertio digestorum scribit, si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebis obligatum: sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus*. L'estraneo aveva assunto *sua sponte* la *gestio*, con il fine di evitare al tutore gerente d'incorrere in responsabilità nel giudizio di tutela. Il rapporto tra tutore e terzo gestore non si sarebbe quindi inquadrato nell'ambito del mandato, ma della gestione di affari,

4. Conclusa questa breve ricognizione dei contenuti, abbiamo a disposizione qualche altro dato con cui tornare sulla questione della discontinuità palinogenetica tra il § *pr.* e il resto del fr. D. 26.7.5. Seguendo l'intuizione di Lenel in merito al senso della precisazione "*id est colligi*" al § *pr.* (*supra*, fr. 17), l'interrogativo che ora si pone è se si possa scorgere nel testo una traccia che consenta di agganciare la trattazione dei §§ 1-3 a una qualche fonte normativa. Per sondare quest'ipotesi, prendiamo le mosse dalla costatazione – cui s'è già fatto cenno – che il commento di Ulpiano qui si svolge sul confine tra la *gestio* e la *cessatio*. Come si è detto, l'ambito della gestione era delimitato dalle *regulae* «*gessisse videtur tutor qui quid pupillare attigit*» del § 1, e «*videtur gessisse qui per alium gessit*» del § 3. Nell'*usus scribendi* del giurista, lo stilema "*autem videtur*" tipicamente svela un intento definitorio⁷. Il *definiendum* in questo caso è ovviamente "*gerere*": dal momento che in Ulp. 35 *ad ed.* la definizione viene qui presentata per la prima volta, si tratta adesso d'individuare quale fonte potesse contenere quel lemma.

Da Paul. *l. s. ad or. Ant. et Comm.* D. 23.2.60.3 sappiamo che «*ille, qui, cum datus est tutor, cessat in administratione [...] perinde tenetur ex sacris constitutionibus atque si gessisset*». L'allusione paolina a non meglio precisate costituzioni ci consegna intanto l'informazione che la responsabilità del tutore per *cessatio* aveva la sua fonte in atti normativi imperiali⁸. È poi probabile che l'astensione dalla gestione fosse declinata, a livello di *demonstratio* formulare o comunque nel lessico processuale, con la locuzione "*tutelam non gerere*". La congettura sarebbe sostenibile logicamente ("*tutelam non gerere*" è il contrario

sicché l'estraneo – dice Giuliano – avrebbe avuto l'*actio negotiorum gestorum* (ovviamente contraria) contro il tutore: è invece da attribuire a Ulpiano la precisazione che sarebbe stato tenuto anche il pupillo, nei limiti dell'arricchimento. L'aggiunta infatti riflette l'innovazione introdotta da Antonino Pio con il rescritto in materia di obbligazioni assunte *sine auctoritate tutoris* di cui è traccia in Sev. – Ant. C. 2.18(19).2. Su tutto ciò si vd. PELLECCHI, *tra processo e diritto materiale* cit., 414 (con la lett. citata alle ntt. 182-183). Sul *rescriptum divi Pii* vd. anche Albanese, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 497-498, e le fonti citate alle ntt. 351-352.

⁷ Nel commentario all'editto sono copiose le occorrenze del sintagma composto dal lemma definendo e da "*autem videtur*"; si vd. ad es. Ulp. 1 *ad ed.* D. 39.2.4.5 ("*abesse autem videtur*"); Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.6.5 ("*pertinere autem videtur*"); Ulp. 5 *ad ed.* D. 42.4.2 pr. e 3 ("*defendi autem videtur*"); Ulp. 21 *ad ed.* D. 5.1.15.1 ("*dolo malo autem videtur*"); Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.6.1.6-7 ("*interesse autem videtur*").

⁸ Un elemento «che contribuisce alla peculiarità di questa azione e che agli occhi dei moderni la colloca in un certo modo a cavaliere tra *ius civile* e giurisdizione pretoria [è] la possibilità di convenire in giudizio il *tutor cessans*, [che] sembra sia stata riconosciuta solo a seguito di una serie di interventi imperiali, aperti dalla riforma con cui Marco Aurelio aveva imposto ai tutori testamentari e dativi di far valere entro cinquanta giorni le proprie *excusationes*. Se n'è perciò dedotto che in un caso del genere il Pretore non trovasse particolari difficoltà a proporre un *iudicium utile ex fide bona*, proprio in ragione del fatto che l'azione poteva riannodarsi, in ultima analisi, a una fonte di *ius civile*». Così PELLECCHI, *tra processo e diritto materiale* cit., 382.

negativo del sintagma che caratterizza la *demonstratio* dell'*actio tutelae*), ma soprattutto sembra essere confortata da qualche testo⁹.

Questa considerazione conduce ad affrontare la maggiore incertezza della ricostruzione che si sta tentando, ovvero individuare l'occasione che può aver condotto Ulpiano, in questa parte del suo commento, a trattare del *discrimen* tra *cessatio* e *gestio*. Partendo dal presupposto della disomogeneità – discorsiva e d'argomento – tra il § *pr.* e il § 1 di D. 26.7.5, si può forse pensare che nell'opera originale i due luoghi fossero distanziati da una porzione di testo non conservata dai Compilatori e occupata – almeno in parte – dalla menzione di quelle costituzioni imperiali che sancivano la responsabilità del *tutor cessans*. Si avanza l'ipotesi con molta cautela, sia perché gli elementi finora emersi non consentono di precisarla oltre i limiti d'un abbozzo, sia perché ci si muove nel quasi assoluto silenzio delle fonti.

In contrario si potrebbe osservare che non occorre ricercare una fonte ignota contenente il lemma “*tutelam gerere*”, dal momento che esso era sicuramente contemplato nell'editto, e segnatamente nella *demonstratio* dell'*actio tutelae*. L'obiezione porrebbe però un problema palinogenetico diverso, e non di poco conto: si dovrebbe cioè spiegare perché

⁹ Si possono citare due passi di Scevola (2 *resp.*). Il primo escerpito in D. 26.5.26: *Seiae egressae annos duodecim decreto praetoris ex inquisitione datus est tutor quasi minori: quaero an excusare se deberet. respondi secundum ea quae proponerentur neque excusationem necessariam esse neque obligari quod non gereret*; il secondo escerpito in D. 27.1.37.1: *Item quaero, si adquevisset sententiae, an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio in hunc dari debeat. respondi, si errore potius (quod se pro iure trium liberorum, quod allegabat, excusatum crederet) quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam*. In D. 27.1.37 *pr.* Scevola aveva fatto il caso d'un tutore dato per testamento che s'era rivolto al pretore per instaurare il procedimento d'*excusatio*, avendo egli tre figli. L'*excusatio trium liberorum* era effettivamente una valida causa di dispensa dalla tutela. Il tutore aveva inoltre allegato il vizio della sua nomina, per il motivo che il pupillo aveva uno zio paterno che sarebbe stato suo tutore legittimo in qualità di agnato prossimo. Data quest'ultima allegazione, il pretore non s'era pronunciato sulla causa d'*excusatio*, reputandola innecessaria in ragione del principio per cui non poteva darsi validamente il tutore al pupillo che già ne avesse uno legittimo. Il presupposto della pronuncia magistratuale s'era dimostrato falso: il pupillo non aveva alcuno zio paterno. Al giurista era perciò stato posto il quesito se, non essendosi espresso il pretore sull'*excusatio*, il tutore testamentario fosse o meno da considerarsi comunque scusato. L'erronea motivazione del provvedimento giurisdizionale - questo il responso di Scevola - non scusava il tutore, che dunque restava in carica. Al § 1 si pone l'ulteriore questione se, non avendo costui appellato la sentenza viziata, ma essendosi creduto comunque scusato, dovesse essere tenuto responsabile per l'omessa gestione: la risposta è negativa, atteso che l'astensione dalla *gestio* doveva imputarsi all'errore e non al dolo del tutore. Al rilievo che il sintagma “*non gerere*” fosse la “traduzione processuale” della *cessatio* si potrebbe obiettare che, appartenendo i due passi citati all'opera di Scevola, si trattasse piuttosto dell'*usus scribendi* di questo giurista. Il raffronto con la *demonstratio* dell'*actio tutelae* parrebbe tuttavia deporre nel senso di una struttura simmetrica anche per la variante accordata in via utile.

È da notare infine che, sebbene nelle due costituzioni raccolte nel titolo 5.55 del *Codex* il sintagma “*tutelam non gerere*” non compaia, la sua rubrica è “*si tutor non gesserit*”.

Ulpiano si sia occupato di un sintagma contenuto nella *demonstratio* dell'*actio tutelae* a quest'altezza del suo commento, e non l'abbia fatto in *sede materiae*, cioè nel libro XXXVI.

Per rafforzare la plausibilità dell'ipotesi che si propone, se non altro sul piano strutturale, è utile accennare rapidamente a un profilo concernente il metodo di composizione del Digesto. Per farlo, però, bisogna muovere da un luogo in parte eccentrico. Nella *constitutio* "*Summa rei publicae*", con cui il 7 aprile 529 Giustiniano promulgava il *Novus Codex*, sono enunciati i poteri conferiti ai commissari incaricati della sua redazione: essi potevano tra l'altro aggiungere, sottrarre o modificare le parole delle costituzioni incluse nella raccolta. In ragione dei cambiamenti apportati, l'imperatore ordinava che nei giudizi fosse consentita unicamente la *recitatio* delle costituzioni accolte nel codice, e nella relativa forma, nonché delle opere dei giuristi, laddove non confliggevano con il dettato di quelle¹⁰. È facile immaginare che un'istruzione simile sarà valsa, al momento di antologizzare tali opere, anche per i compilatori del Digesto. A un livello generale, ciò giustificherebbe l'affermazione che in corrispondenza d'un taglio al commentario ulpiano potesse esservi la menzione esplicita d'una costituzione non contemplata nel Codice. A livello particolare, conferme o smentite all'ipotesi che ciò si sia verificato nella parte del commento che stiamo considerando potranno venire da ulteriori eventuali dati che si riuscissero a raccogliere nel seguito dell'analisi.

¹⁰ *Const. Summa rei publicae*: [...] *Hunc igitur in aeternum valiturum iudicio tui culminis intimare prospeximus, ut sciant omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere de cetero constitutiones ex veteribus tribus codicibus, quorum iam mentio facta est [scil. Gregoriano, Ermogeniano et Theodosiano], vel ex iis, quae novellae constitutiones ad praesens tempus vocabantur, in cognitionalibus recitare certaminibus, sed solis eidem nostro codici insertis constitutionibus necesse esse uti, [...] sed et si quae earundem constitutionum detractis vel additis vel permutatis certis verbis, quod et ipsum praefatis excellentissimis viris specialiter permisimus, compositae sunt, nulli concedimus ex libris veteris iuris interpretatorum aliter eas habentes recitare, sed solam iuris interpretatoris sententiam commendare, ut tunc teneat, cum minime adversetur eiusdem nostri codicis constitutionibus.* Sulla questione dell'eliminazione dei riferimenti normativi - in particolare alle *leges publicae* - nei testi dei giuristi raccolti nel Digesto, si rimanda a D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni rotondi*, in J.-L. Ferrary (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 707-767.

Fr. 19 = L. 1002 (parte II) = D. 26.7.5.4

Debitor patris, qui tutelam administravit filii, tutelae iudicio tenebitur etiam ob id quod patri debuit.

Il debitore del padre che ha amministrato la tutela del figlio sarà tenuto nel giudizio di tutela anche per ciò che doveva al padre.

COMMENTO

1. La concorrenza tra l'*actio tutelae* e le altre azioni nascenti dai debiti del tutore verso il pupillo. 2. L'ordine espositivo in D. 26.7.5: la sequenza dei §§ 3-4.

1. Il problema risolto in D. 26.5.7.4 esemplifica l'affermazione a cui Mario Lauria, sulla scorta degli studi del Peters, era pervenuto nel suo saggio del 1936 sul *periculum tutoris*: «Il contenuto del *iudicium tutelae* era assai ampio, poiché abbracciava tutti gli atti, i fatti e le omissioni del tutore, anche se perseguibili con altra azione»¹. Ulpiano tratteggia la fattispecie con estrema brevità, ma con una chiarezza tale da rendere superflua ogni aggiunta. Il tutore, che era stato debitore del padre del pupillo, poteva essere chiamato a rispondere del debito nel *iudicium tutelae*, se al termine della tutela esso fosse rimasto insoluto.

¹ M. LAURIA, *Periculum tutoris* cit., 297. Vd. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen* cit., 194. SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 40 nt. 73, quale esempio della concorrenza tra l'*actio tutelae* e altre azioni con cui era perseguibile il comportamento del tutore, richiama i seguenti passi, accanto a D. 26.7.5.4: Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.3.7 pr., Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.5.1.5 e Ulp. 43 *ad Sab.* D. 27.3.5. Di quest'ultimo frammento (testo alla nt. 4) ci occuperemo a breve. In D. 27.3.7 pr., Ulpiano esamina una fattispecie in cui ereditando ed erede hanno avuto un medesimo tutore: *Si pupillus heres exstiterit ei, cuius tutelam tutor suus gesserat, ex hereditaria causa cum tutore suo habebit actionem*. Nel *iudicium tutelae* l'erede poteva dunque far valere, *ex causa hereditaria*, la responsabilità del tutore per la gestione della tutela dell'eredando. Più che un caso di concorrenza tra azioni, sembrerebbe trattarsi di una normale ipotesi di *actio tutelae* esercitata dall'erede dell'ex pupillo, la cui peculiarità consiste nell'identità del tutore di ereditando ed erede: circostanza che – è da credere – avrà indotto a intentare il giudizio una volta terminata anche la tutela dell'erede. Una coesistenza tra azioni, per quanto simili tra loro sotto molti profili e anzi storicamente derivate l'una dall'altra (ovvero l'*actio tutelae* e l'*actio protutelae*), è invece effettivamente prospettata in D. 27.5.1.5: *Sed et si prius pro tutore administraverit, deinde quasi tutor, aequè tenebitur ex eo quod pro tutore administravit, quamvis devolvatur hic gestus in tutelae actionem*. «In questi casi, tuttavia, si trattava di aggiungere un'azione all'altra, in modo tale da ottenere attraverso un solo processo il rendiconto di un'amministrazione che era sempre rimasta la stessa dal punto di vista materiale»: così PELLECCI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 395.

Il caso al quale è più facile pensare è quello d'un padre *sui iuris* che istituiva erede il proprio figlio, e provvedeva a nominargli un tutore che era anche un suo debitore. Uno scenario tutto interno alla successione e alla tutela testamentaria, per quanto il più lineare e forse il più probabile, non era tuttavia l'unico possibile: nulla impedisce di pensare che il debitore del padre del pupillo potesse essere l'*agnatus proximus*, e dunque il tutore legittimo, oppure la persona designata alla tutela dal magistrato o dal funzionario imperiale competente. Lo stesso vale per la vicenda successoria, che avrebbe potuto essere d'una specie diversa dalla testamentaria (successione legittima o *bonorum possessio*).

Quando avesse assunto la tutela, e se il credito fosse stato esigibile, il tutore - debitore del padre del pupillo - avrebbe dovuto adempiere a sé stesso². Ricevendo – nella sua *persona* di tutore³ - la *solutio* per conto del pupillo, egli avrebbe compiuto un atto che rientrava nel perimetro della *gestio*. Perciò, se il tutore non avesse pagato a sé stesso, ma avesse comunque compiuto altri atti gestori, la responsabilità per l'inadempimento del debito con il padre del pupillo si sarebbe potuta far valere sia nell'azione specifica nascente da quel rapporto obbligatorio, sia nel *iudicium tutelae*.

L'alternativa tra i diversi rimedi è testimoniata da Ulp. 43 *ad Sab.* D. 27.3.5 (frammento collocato dai Compilatori nel titolo del Digesto dedicato all'*arbitrium tutelae*), che è in sostanza una declinazione pratica della regola espressa in D. 26.7.5.4: il tutore - depositario o comodatario del padre del pupillo - sarebbe stato tenuto nei confronti di quest'ultimo, per la mancata restituzione della cosa, sia con l'*actio depositi* o *comodati*, sia con l'*actio tutelae*⁴. Perché l'alternativa si concretasse era chiaramente necessario, data la natura di giudizio di rendiconto dell'*actio tutelae*, che il pupillo avesse raggiunto la pubertà, uscendo definitivamente dalla tutela dell'età, oppure che si versasse in una di quelle situazioni nelle quali si considerava finita la tutela, e dunque esperibile la relativa azione⁵.

² D. 26.7.5: *Vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit et rell.*

³ Si ricorre qui al termine "*persona*" nel significato etimologico in cui talvolta l'adoperavano i giuristi, di maschera indossata, e quindi parte interpretata nella trama dei rapporti giuridici. Cfr. Iul. 52 *dig.* D. 45.3.1.4: *Communis servus duorum servorum personam sustinet. idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi et rell.* Per l'esegesi del passo si veda D. MANTOVANI, *Lessico dell'identità*, in A. CORBINO – M. HUMBERT – G. NEGRI (a c. di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 38 ss.

⁴ Ulp. 43 *ad Sab.* D. 27.3.5: *Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli vel commodatam non reddat, non tantum commodati vel depositi, verum tutelae quoque tenetur.*

⁵ Stante la regola che si legge in Paul. 8 *ad Sab.* D. 27.3.4: *Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest.* Per alcuni casi in cui la tutela si considerava finita, cfr., ad es.: Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.4.5.5 (*capitis deminutio* del tutore legittimo); Paul. 8 *brev.* D. 27.3.4 (morte del tutore o del pupillo); Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.3.7.1 (*tutor ab hostibus*

2. Per concludere su questo passo, torniamo rapidamente alla questione palinogenetica che fa da sfondo all'analisi di L. 1002, per evidenziare un elemento di continuità che lega il § in esame a quelli che lo precedono all'interno del frammento. Con il § 4 il commento di Ulpiano, per lo meno nell'immagine che ce ne restituisce la compilazione, inizia a deviare dal problema impostato ai §§ 1-3, cioè quello del discrimine tra *gestio* e *cessatio*. Constateremo subito che questo allontanamento si farà più marcato nei §§ successivi. È possibile che nell'opera originale quelli che noi leggiamo come i §§ 3 e 4 di D. 26.7.5 non fossero luoghi immediatamente contigui (anzi, il cambio d'argomento piuttosto brusco forse induce a crederlo).

Tuttavia un'eco della discussione sui confini della *gestio* si ascolta anche nel § 4, specialmente nelle parole dell'esordio: "*debitor patris, qui tutelam administravit filii*". La proposizione relativa segnala che il tutore ha gerito la tutela del figlio del suo creditore. Riprendendo il motivo dei §§ 1-3, se ne deducono quindi l'esclusione del rimedio costituito dall'*actio tutelae utilis* contro il *tutor cessans*, e per converso la legittimazione passiva del tutore gerente all'*actio tutelae* pura, nel cui oggetto – specifica il nostro testo – era deducibile il debito del tutore verso il padre del pupillo.

Ci si potrebbe allora chiedere, *a contrario*, se la precisazione "*qui tutelam administravit*" debba intendersi nel senso che il pupillo avrebbe potuto agire contro il *tutor cessans* per il credito paterno solo con l'azione nascente da quel rapporto, e non anche con l'*actio tutelae utilis*. Una simile implicazione sembrerebbe tuttavia logicamente da escludere: "*cessans*" era per definizione il tutore che si asteneva totalmente dalla *gestio*. Qualora egli fosse stato anche debitore del padre del pupillo, la totale astensione avrebbe significato anche l'omissione del dovere di adempiere a sé stesso, che sarebbe stata deducibile con l'azione utile. Per contro si potrebbe osservare che la responsabilità del tutore cessante per l'inadempimento del debito avrebbe potuto farsi valere con l'azione propria, ma ciò sarebbe stato vero anche nel caso che il tutore avesse gerito e fosse poi stato convenuto con l'*actio tutelae* pura. Oltretutto, la disciplina dell'istituto tutelare era improntata al favore per il pupillo, e ciò potrebbe giustificare, almeno al livello dei principi generali, l'esigenza di mantenere la concorrenza tra le azioni anche quando quella di tutela era adattata in via utile.

Verosimilmente, l'inciso "*qui administravit tutelam*" non ha il significato discretivo che s'è prospettato, ma serve soltanto a segnalare che la gestione della tutela – per quanto effettiva – non sarebbe stata completa se il tutore non avesse preteso l'adempimento di quelle

captus); Ulp. 25(35) *ad ed.* D. 27.3.9.4 (tutore che assume per la seconda volta la tutela del medesimo pupillo: si poteva agire per la prima gestione); Iul. 21 *dig.* D. 27.4.4 (rimozione del tutore sospetto) etc. Sul punto si veda anche PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 399 (testo e nt. 151 (ove altre fonti).

obbligazioni di cui egli stesso era debitore, così causando al pupillo una diminuzione patrimoniale.

Fr. 20 = L. 1002 (parte III) = D. 26.7.5.5-6

Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret (sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur qui tutelam administravit), an tutelae iudicio teneatur? et magis puto sufficere tutelae iudicium, quasi conexum sit hoc tutelae officio, quamvis post pubertatem admittatur. [6] 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 faciendis, magis puto sufficere negotiorum gestorum iudicium etiam si iam actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est.

Se il tutore non avvertisse il suo pupillo, una volta divenuto pubere, di chiedere per sé i curatori (chi ha amministrato la tutela è infatti obbligato a farlo per effetto di sacre costituzioni imperiali) sarebbe per questo tenuto nel giudizio di tutela? Io ritengo preferibile l'opinione che quel giudizio sia idoneo a ricomprendere anche questo caso, in quanto quest'obbligo è connesso all'ufficio, anche se lo si adempie dopo la pubertà. [6] Quando il minore abbia compiuto il venticinquesimo anno d'età, se non è ancora stato fatto il rendiconto o non sono stati ancora consegnati i documenti pertinenti a una causa, si addice alla lealtà e alla rispettabilità dei curatori che essi portino a termine la lite intrapresa su loro consiglio. Se dunque costoro venissero meno dal fare quanto è stabilito nelle costituzioni imperiali, reputo preferibile l'opinione che sia idoneo il giudizio per la gestione d'affari, anche se lo si è già esperito, qualora però di quell'affare non sia stato ancora reso il conto.

COMMENTO

1. L'avvertimento dei tutori al pupillo di richiedere i curatori e lo strumento processuale con cui sanzionarne l'omissione. 2. (segue) I termini del dibattito giurisprudenziale sul punto. 3. L'obbligo per i curatori di terminare le liti del minore intraprese su loro consiglio: la fonte di *ius novum* e il parallelismo con il § 5. 4. Il dibattito della giurisprudenza sul rimedio processuale. 5. Ancora sull'ordine espositivo di D. 26.7.5: la sequenza dei §§ 4-6.

1. La quasi perfetta simmetria strutturale dei §§ 5-6 di D. 26.7.5 risalta immediatamente: conviene pertanto analizzarli in parallelo, per verificarne più da vicino divergenze e punti di contatto; primo fra tutti il fatto che entrambi i passi si muovono tra il piano sostanziale e quello processuale.

Al § 5 Ulpiano fa parola del dovere che i tutori gerenti avevano, e la cui fonte erano le costituzioni imperiali, di invitare i loro pupilli, una volta raggiunta la pubertà, a chiedere la nomina dei curatori¹. L'obbligo gravava specificamente su chi aveva amministrato la tutela («*sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur qui tutelam administravit*»): era dunque il tutore gerente a dover formulare l'avvertimento. E' da credere che gli eventuali tutori onorari, coerentemente con i doveri usuali del loro ufficio (*supra*, fr. 10), dovessero vigilare sull'adempimento del gerente, ma non potessero rivolgere direttamente l'avvertimento al pupillo. Su questa base di diritto sostanziale, viene posta la questione processualistica se l'obbligo dell'*admonitio* fosse o meno sanzionato nel *iudicium tutelae*. Ulpiano risponde affermativamente, ma il tipico stilema "*magis puto*"² con cui il giurista fa valere il suo orientamento lascia trapelare l'esistenza d'un dibattito – quasi certamente giurisprudenziale³ - in argomento.

2. Per provare a scorgere i termini di tale dibattito, prendiamo le mosse dalla motivazione con cui l'autore severiano sostiene il proprio punto di vista: «*quasi conexum sit hoc tutelae officio, quamvis post pubertatem admittatur*». In molti testi è affermato il principio secondo il quale nell'oggetto del *iudicium tutelae* era ricompreso il rendiconto di quegli affari la cui gestione, iniziata quando il pupillo era ancora impubere, il tutore non poteva interrompere alla soglia della pubertà⁴. In altre parole, quando vi era una connessione necessaria tra atti di gestione compiuti rispettivamente *prae* e *post pubertatem*, gli uni e gli altri erano scrutinati nel *iudicium tutelae*⁵.

¹ A loro volta i pupilli, ormai divenuti *adulescentes*, non avevano l'obbligo di richiedere i curatori, tranne nel caso in cui dovessero stare in giudizio. I. 1.23.2: *inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem*. Per altre attestazioni che la *cura minoris* fosse facoltativa si vedano le fonti citate da ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 522 nt. 485. A ogni modo, il minore doveva chiedere personalmente la nomina del curatore, o acconsentire alla richiesta fatta dal terzo: cfr. Paul. 9 *ad ed.* D. 3.3.43.3.

² Sulla frequenza del verbo "*puto*" in Ulpiano, come indice dello stile individuale del giurista e non di un intervento compilatorio, G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*, 3. *L'estensione ai minori del regime dell'Oratio Severi*, in *BIDR* 82 (1979) 69 nt. 95.

³ L'identica locuzione "*magis puto*" nel § 6 è interpretata in tal senso da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, 311.

⁴ Cfr. ad es. Pap. 11 *quaest.* D. 26.7.37.1: [...] *tutelae iudicium earum quoque rerum causa tenere placuit, quae post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohaereat neque divisus propriam rationem habet*. Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.3.13: *Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in iudicium tutelae veniet id tantum, sine quo administratio tutelae expediri non potest*. Per l'erede del tutore, Pomp. 8 *epist.* D. 26.7.60: *Si tutoris heres exsecutus est quae tutor inchoavit, tutelae etiam eo nomine tenetur*. Si veda SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 55.

⁵ Opposto lo scenario, e speculare la soluzione cui Ulpiano perviene, nei due casi prospettati nella seconda parte di D. 27.3.13 cit. Contro l'ex tutore che avesse iniziato *sponte* a gestire i negozi dell'ex pupillo, oppure fosse stato

L'avvertimento di richiedere la nomina dei curatori era dato quando i – ormai ex – pupilli avevano già raggiunto la pubertà: a rigor di logica, la regola di cui s'è detto non si sarebbe dunque potuta invocare al fine di ricomprendere l'omissione dell'*admonitio* nel perimetro dell'*actio tutelae*. Ulpiano aggira l'ostacolo ricorrendo alla finzione, testualmente scandita dal succedersi delle congiunzioni “*quasi ... quamvis*”: l'obbligo dell'*admonitio*, che sorge e dev'essere adempiuto *post pubertatem* (“*quamvis post pubertatem admittatur*”), è fittiziamente ricondotto alla normale gestione della tutela (“*quasi conexum sit hoc tutelae officio*”), anteriore – s'intende – al raggiungimento della pubertà. In questo modo, il meccanismo della connessione necessaria può tornare a operare, e l'inadempimento del tutore essere sanzionato nel *iudicium tutelae*.

L'orientamento giurisprudenziale contrario potrebbe aver rifiutato o giudicato innecessaria la costruzione basata sulla *fictio*, reputando che l'obbligo per i tutori di avvertire i pupilli affinché chiedessero per sé i curatori fosse sanzionabile con un'altra azione. In astratto sembrano prospettabili due alternative. Una prima consiste nel ritenere che detto avvertimento fosse un normale atto di gestione, per quanto doveroso in forza delle costituzioni imperiali che lo imponevano, azionabile nel *iudicium negotiorum gestorum*⁶. Non pone problemi in tal senso il fatto che si trattasse del compimento d'un solo atto: dal commento Ulpiano all'editto sappiamo che l'*actio negotiorum gestorum* era esperibile anche per la gestione di un singolo affare⁷. L'assenza d'una connessione con l'ufficio tutelare, conclusosi secondo i principi con l'ingresso del pupillo nell'età pubere, avrebbe escluso l'esperibilità dell'*actio tutelae* nel caso di specie.

nominato curatore di lui, doveva essere concessa l'*actio negotiorum gestorum*: *si vero post pubertatem pupilli is qui tutor eius fuerat fundos eius vendiderit, mancipia et praedia comparaverit, neque venditionis huius neque emptionis ratio iudicio tutelae continebitur. et est verum ea quae conexa sunt venire in tutelae actionem: sed et illud est verum, si coeperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi iudicium tutelae in negotiorum gestorum actionem: oportuit enim eum a semet ipso tutelam exigere. sed et si quis, cum tutelam administrasset, idem curator adulescenti fuerit datus, dicendum est negotiorum gestorum eum conveniri posse*. Sul passo si veda FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.312 s.

⁶ All'*actio negotiorum gestorum directa vel vulgaris* era legittimato passivo sia il gestore spontaneo, sia chi fosse stato costretto a gerire da una qualche imposizione. Si veda FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.277 ss., che così interpreta il testo di Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.3.10. Ammettendo per il momento ciò che è in realtà indimostrato (cfr. poco più avanti nel testo), e cioè che l'avvertimento al pupillo fosse un atto di gestione, il fatto che esso fosse necessitato dalle costituzioni imperiali non avrebbe quindi posto un problema di legittimazione passiva all'*actio negotiorum gestorum*.

⁷ Cfr. Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.3.2: '*negotia*' sic accipe, sive unum sive plura. Ulpiano sta qui commentando *verbatim* l'editto introduttivo dell'*actio negotiorum gestorum* riportato in D. 3.5.3 pr.: '*Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo*'.

È però vero che la ricostruzione appena prospettata assume per valida una premessa congetturale: in assenza di appigli nelle fonti, non si può affermare con sicurezza che l'avvertimento in questione potesse effettivamente qualificarsi come gestione d'un affare, per quanto ampie fossero sia la nozione di *gestio* sia quella di *negotium*⁸. Per superare l'*impasse* si potrebbe percorrere una via diversa, forse meno costellata d'incognite, e ipotizzare che i sostenitori della posizione contrastata da Ulpiano argomentassero per la concessione di un'azione congegnata *in factum* che specificamente sanzionasse quest'obbligo.

3. S'è anticipato che il § 6 ripropone una struttura simile a quella del precedente § 5. Nel primo dei due periodi di cui il testo si compone è posta una questione di ordine sostanziale, mentre nel secondo ne sono trattati i risvolti processuali. Come accade in altri luoghi del commentario di cui ci siamo occupati (*supra*, fr. 3 e 11), Ulpiano compie qui una digressione sulla *cura minorum*, prendendo le mosse da un problema affrontato in relazione alla tutela.

I curatori dovevano portare a termine la lite iniziata su loro consiglio e protratta oltre il compimento del venticinquesimo anno d'età del minore, se di ciò non avessero ancora fatto il rendiconto né avessero consegnato i documenti relativi alla causa⁹.

A mente della *partitio* illustrata in D. 26.7.1.4, in base alla quale i curatori potevano intentare essi stessi la lite oppure prestare il proprio consenso affinché il minore agisse personalmente in giudizio¹⁰, parrebbe quest'ultimo lo scenario implicato dal nostro passo¹¹, in particolare dalle parole "*consilio suo [scil. curatorum] coeptam litem*"¹². Come s'era

⁸ Sul punto si veda per tutti ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 480 ss., con la ricca casistica ivi esemplificata.

⁹ Che questo sia il significato dell'inciso "*ad causam instrumenta pertinentia*", e quindi che nel contesto "*causa*" sia sinonimo di "*lis*" era già segnalato da A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, in *TR* 34 (1966) 187, seguito da FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.311.

¹⁰ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.1.4: *Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus etiam debitores pupillorum vel aduultorum ex persona sua prospectu officii in iudicium vocare vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum.* Vd. *supra*, fr. 2.

¹¹ Sembrerebbe di diverso avviso FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.311-312, che afferma trattarsi di una lite intrapresa per conto del minore e successivamente abbandonata dal curatore.

¹² Tra le – in vero non molte – attestazioni del sintagma "*consilium curatoris*", può essere d'una qualche utilità a chiarire questo punto l'occorrenza in *Paul. Sent.* 5.12.4, passo dal quale si direbbe che rispettivamente l'impubere e il minore fossero parte formale nell'accusa di falso testamento intentata *consilio tutoris vel curatoris: Aetati eius, qui accusat testamentum, si non obtineat, succurri solet in id quod ita amisit: maxime si tutoris aut curatoris consilio actio instituta sit.* Ancora, i *parentes* che fornivano il *consilium* al minore non erano parte formale nell'*accusatio suspecti curatoris* secondo le parole di Ulp. 1 *de omn. trib.* D. 26.10.7 pr. (riprese in I. 1.26.4): *adulescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessarium id faciant.*

ipotizzato commentando D. 26.7.1.2-4 (*supra*, fr. 2), se il curatore avesse acconsentito a che il minore stesse in giudizio personalmente, non avrebbe poi potuto disinteressarsi del processo, ma avrebbe dovuto prestargli la necessaria assistenza. In D. 26.7.5.6 Ulpiano probabilmente allude con il verbo “*perficere*” al dovere di condurre quest’attività di assistenza fino alla conclusione della lite: attività che potrebbe spiegare perché il giurista precisi che i documenti della causa si trovavano presso i curatori.

Al livello del lessico si noti ancora la coppia “*fides – verecundia*” con cui il giurista identifica le doti che i curatori dovevano dimostrare nell’esercizio del loro ufficio, e alle quali conseguentemente si addiceva che essi portassero a termine la lite intrapresa su loro consiglio. L’uso del sostantivo “*verecundia*” per indicare una qualità personale del curatore è isolato¹³, ma il modo d’esprimersi dell’autore è familiare, trattandosi di una variante terminologica sul motivo della fedeltà e dell’onestà di tutori e curatori incontrato a più riprese nel corso dell’analisi¹⁴.

Dalla proposizione successiva, «*si igitur cessent in his quae constituta sunt faciendis*», si desume che il dovere del curatore di assistere il minore in giudizio anche dopo il raggiungimento della *legitima aetas* era previsto in costituzioni imperiali. Dall’avverbio “*igitur*”, che ha funzione di raccordo con quanto precede, s’indurrebbe infatti che il tratto “*ea quae constituta sunt*” faccia riferimento all’obbligo appena menzionato, e agli atti che in ragione di esso i curatori dovevano compiere¹⁵. La circostanza che in entrambi i passi la discussione origini da statuizioni normative imperiali accentua il parallelismo tra § 5 e § 6.

4. Occorre a questo punto ipotizzare, come già si è fatto esaminando il § 5, quale fosse l’oggetto della disputa giurisprudenziale che anche al § 6 è rivelata dallo stilema “*magis puto sufficere*”. Si può pensare che due occorrenze contigue dell’identica locuzione si debbano all’identità delle questioni sottese alla discussione: si può cioè supporre che anche al § 6 il dibattito vertesse sull’individuazione dell’*actio* con cui far valere la responsabilità del

¹³ Nel database “*Amanuensis*”, l’occorrenza risulta solo in questo passo: non è invece attestata la dizione “*verecundia tutorum*”. Ultima consultazione 16/02/2018. Per la *fides curatorum* cfr. Call. 4 *de cogn.* D. 26.7.33.1.

¹⁴ Vd. *supra*, fr. 6. Cfr. Gai. 1.200 e I. 1.24 pr.

¹⁵ Pur non pronunciandosi sulla questione inerente la fonte normativa, FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.311, riferisce l’intero testo di D. 26.7.5.6 all’obbligo per i curatori di proseguire la lite già iniziata, e alla sua azionabilità nel *iudicium negotiorum gestorum*: «Nel passo è affermato che i curatori del minore di venticinque anni dovevano continuare l’azione giudiziale intrapresa nell’interesse del minore divenuto maggiorenne nelle more del processo, a meno che avessero già reso il conto riguardo alla causa e tutti i documenti relativi. Ove essi avessero desistito dalla prosecuzione dell’azione, sarebbe stata esperibile contro di loro l’*actio negotiorum gestorum*, anche se la stessa azione fosse già stata intentata, purché non fosse stato dedotto in giudizio anche quel fatto».

curatore per l'omissione dell'assistenza processuale al minore dopo il compimento del venticinquesimo anno¹⁶.

In questa direzione va a prima vista anche il fatto che il principio in base al quale Ulpiano perviene alla soluzione del problema è lo stesso del § 5, sebbene al § 6 esso resti implicito: l'obbligo di non interrompere l'assistenza processuale è connesso con la gestione della cura, come l'avvertimento ai pupilli di chiedere per sé i curatori lo era con quella della tutela. Data la connessione necessaria, il rimedio esperibile sarebbe stato l'*actio negotiorum gestorum* in funzione di rendiconto dell'attività del curatore.

A sua volta, come nel dibattito che s'intravede al § 5, l'orientamento contrastato da Ulpiano potrebbe aver argomentato che l'assistenza in giudizio "*post completum vicesimum quintum annum aetatis*" non fosse un'attività qualificabile come gestione d'un affare altrui, e dunque che essa fosse in ipotesi sanzionabile con un'azione *ad hoc*, modellata sul fatto.

A differenza di quanto detto per il § 5, parrebbe invece da escludere che la discussione potesse qui vertere sull'esistenza della connessione con l'amministrazione della cura, dal momento che la lite per la quale i curatori prestavano assistenza era senz'altro iniziata prima che il minore compisse i venticinque anni. La difficoltà nella qualificazione giuridica di tale attività potrebbe in effetti trovare riscontro nel fatto che a livello di politica del diritto si sia avvertita l'esigenza d'adottare un provvedimento imperiale con cui normare la fattispecie, com'era avvenuto con l'*admonitio* trattata al § 5.

L'allusione alla ripetibilità dell'azione («*etiam si iam actum est*»)¹⁷ ha peraltro destato nella storiografia il sospetto che il testo di D. 26.7.5.6 sia stato interpolato, poiché – si è osservato – la puntualizzazione «non calza per il curatore, essendo risaputo che ad ogni singolo atto di gestione corrisponde un'*actio negotiorum gestorum*.»¹⁸ A questa critica è stato correttamente obiettato che «l'*actio negotiorum gestorum* alla quale è fatto riferimento nel passo era impiegata come azione di rendiconto del curatore e ben si poteva porre il problema della consumazione processuale ove già fosse stata intentata la stessa azione relativamente ad

¹⁶ Giunge a una conclusione diversa FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.312, il quale non affronta direttamente il tema del collegamento tra § 5 e § 6 e riconduce tutto il dibattito giurisprudenziale segnalato in quest'ultimo § dalla locuzione "*magis puto*" (e non solo l'inciso conclusivo «*etiam si iam actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est*») al problema della perenzione dell'*actio negotiorum gestorum*: «L'uso del verbo *puto* sembrerebbe indicare che altri giuristi, nel caso di specie, escludessero che, ove fosse già stata esperita l'*actio negotiorum gestorum* in funzione di rendiconto, il minore potesse intentare la stessa azione per essere risarcito del danno subito per l'abbandono della causa successivo al raggiungimento della maggiore età, e ciò indipendentemente dal fatto che fosse stato reso o meno il conto anche relativamente alla causa pendente».

¹⁷ Che l'inciso "*etiam si iam actum est*" vada riferito agli effetti preclusivi della *litis contestatio* notava già LENEL, *Die cura minorum der Klassischen Zeit* cit., 152 s.

¹⁸ Così SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 53.

altri *negotia* compiuti dal curatore durante la gestione»¹⁹. L'opinione di Ulpiano, favorevole alla ripetibilità dell'azione, potrebbe per ipotesi aver fatto leva sull'*ambiguitas* del sintagma "*negotia gerere*" che compariva nella *demonstratio* della formula dell'*actio negotiorum gestorum* la quale, quando veniva concessa contro i curatori in funzione di giudizio di rendiconto, era data nella sua *conceptio* civile di buona fede²⁰. Delle due interpretazioni possibili, quella estensiva tesa a ricomprendere nell'oggetto del giudizio tutti gli atti di gestione afferenti alla curatela, e quella restrittiva per cui nel singolo processo dovevano confluire solo gli atti rendicontati, il giurista opta per la seconda²¹.

5. Conclusa l'analisi dei contenuti, rimane da svolgere una breve considerazione sul nesso che lega la discussione affrontata ai §§ 5-6 del nostro frammento con l'argomento

¹⁹ FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.311 nt. 326 (ove altra bibl.). Quanto all'ulteriore appunto del SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano* cit., 53, che D. 26.7.5.6 si riferisce ai curatori, mentre tutti gli altri §§ del medesimo fr. trattano del tutore, sempre il FINAZZI, *loc. ult. cit.*, ha osservato che il rilievo «non è decisivo, in quanto non si vedrebbe il motivo per il quale i Compilatori avrebbero dovuto sopprimere del tutto l'originario riferimento ai *tutores* e all'*actio tutelae* e non, come in altri passi è verisimilmente avvenuto, aggiungere il riferimento al *curator minoris* e all'*actio negotiorum gestorum* alla menzione dei *tutores* e dell'*actio tutelae* che si vorrebbe contenuta nel passo». Si potrebbe ancora aggiungere che dal punto di vista metodologico, quest'ultima considerazione del Solazzi appare sin troppo influenzata, oltre che da una temperie culturale che alla sensibilità odierna appare superata, dalla tesi che si propone di dimostrare, ovvero quella di un rimaneggiamento sostanziale del testo a opera dei giustiniani.

²⁰ L'opinione in tal senso risale a I. ALIBRANDI, *Dell'azione che davasi secondo l'antico diritto romano contro i curatori*, in *BIDR* 2 (1889) 151. Lo studioso argomentava per la natura civile dell'azione muovendo dal confronto tra Ant. C. 2.18(19).8 e Sch. 2 *ad Bas.* 17.2.8. La tesi dell'Alibrandi ha incontrato il consenso degli autori successivi: si veda la bibliografia ricordata da FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.308 nt. 318. Per una rassegna delle opinioni sostenute dagli autori moderni a proposito di quale fosse l'azione esperibile avverso i curatori cfr. *ivi*, 278 ss.

²¹ «Non può essere escluso che Ulpiano reagisse contro una opinione ispirata ad un avvicinamento tra *actio negotiorum gestorum* a tutela del rapporto tra curatore e minore ed *actio tutelae*, secondo la quale una volta esperita l'*actio negotiorum gestorum* come azione di rendiconto, la stessa azione non poteva essere intentata per singole gestioni, parimenti riconducibili alla curatela, verificandosi, in caso contrario, la violazione del principio *ne bis in eadem re sit actio*». Così FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., 1.312. Sebbene non invochi testi a sostegno della sua affermazione, sembra chiaro che l'A. la ricavi dalla già ricordata regola dell'unitarietà della gestione tutelare espressa in Pap. 11 *quaest.* D. 26.7.37.1 e in Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.3.13 (testi alla nt. 4). Non parrebbe invece che lo studioso precisi se ritenga che l'opinione di Ulpiano, in contrasto con l'idea del ravvicinamento tra il regime dell'*actio tutelae* e quello dell'*actio negotiorum gestorum* data contro il curatore, andasse estesa a ogni singolo atto di gestione connesso alla curatela, ma compiuto dopo la maggiore età del soggetto che vi era sottoposto, oppure dovesse essere limitata ai soli atti processuali. Secondo l'esegesi di D. 26.7.5.6 proposta dall'autore, infatti, l'intero testo va riferito all'obbligo dei curatori di portare a termine le liti già iniziate: cfr. *supra*, nt. 15.

trattato al § 4. Come già s'era detto per la prossimità tra il § 3 e il § 4, non è da escludere che anche quella tra il § 4 e il § 5 sia il risultato della selezione operata dai commissari di Giustiniano: a un livello molto superficiale si può rilevare di nuovo l'assenza - di per sé non decisiva - di nessi sintattici tra i due passi.

La simmetria strutturale più volte evocata lascerebbe credere invece che i §§ 5 e 6 fossero immediatamente contigui anche nell'opera originale. Indipendentemente da eventuali tagli compilatori, l'unitarietà di questa porzione del commento ulpiano si potrebbe forse rintracciare in un legame concettuale. Sia al § 4 sia al § 5 ricorre la dizione "*qui administravit tutelam*": essa mostra che il giurista si sta qui occupando degli obblighi gravanti precipuamente sui tutori gerenti. Dato che il § 4 concerne la concorrenza tra l'*actio tutelae* e l'azione specifica del rapporto di debito-credito nel caso in cui il tutore fosse stato anche debitore del padre del pupillo, abbiamo ipotizzato (*supra*, fr. 19) che questa digressione sull'oggetto dell'*actio tutelae* fosse stata suggerita a Ulpiano dal trattato sui confini tra la *gestio* e la *cessatio* (e sui relativi rimedi processuali) di cui ai §§ 1-3. Si potrebbe a questo punto notare che il § 5 prosegue tale digressione, seppure prendendo in considerazione un caso affatto diverso da quello delineato al § 4. Ciò parrebbe confermare quanto già avevamo detto concludendo l'analisi del § 4, ossia che quello sull'oggetto dell'azione è un *excursus* sollecitato da alcune fattispecie puntuali, e non una disamina dedicata alla *conceptio* dell'*actio tutelae*, che sarebbe fuori contesto in questa porzione dell'opera ulpiana. Il commento all'*arbitrium tutelae* (EP § 124) comincia infatti in Ulp. 36 *ad ed.*

Fr. 21 = L. 1002 (parte IV) = D. 26.7.5.7-9

Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: 'eosque aneclogistos esse volo'. et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait iulianus, et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam. damnum vero, quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinqui potest. [8] Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit. non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere, tametsi neque liberatio tutoris neque voluntas patris aut intercessio matris tutoris officium infringat. [9] Usque adeo autem licet tutoribus patris praeceptum neglegere, ut, si pater caverit, ne quid rei suae distraheretur vel ne mancipia distrahantur vel ne vestis vel ne domus vel ne aliae res periculo subiectae, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem.

Nel ventunesimo libro dei *digesti*, Giuliano propone un caso di questo tipo: un tale, alla sua morte, aveva nominato i tutori ai figli e aveva aggiunto: ‘voglio che essi siano esentati dal rendiconto’. Giuliano dice che i tutori, se nell’amministrazione non si siano comportati secondo buona fede, devono essere condannati, nonostante nel testamento sia scritto che sono esentati dal rendiconto. E nemmeno dovranno, in base a quel titolo, ottenere qualcosa per fedecommissio, come dice Giuliano; quest’affermazione è esatta: nessuno infatti può aggirare le norme dell’ordinamento con accorgimenti di questo genere, né mutare una disciplina stabilita fin da tempi risalenti. Ma il risarcimento di qualsiasi danno taluno abbia patito in ragione dell’amministrazione tutelare può essergli lasciato per legato o per fedecommissio. [8] Nel quinto libro dei responsi, Papiniano scrive così: “il padre ha dato disposizione che si gerisse la tutela dei figli in base ai consigli della madre, e in virtù di ciò ha liberato i tutori. Non di meno, i doveri del loro ufficio resteranno immutati: a uomini onesti converrà però seguire i saggi consigli della madre, nonostante né la liberazione dei tutori, né la volontà del padre o l’intervento della madre facciano venire meno i loro doveri”. [9] I tutori inoltre possono non tenere in conto le disposizioni del padre, al punto che se egli abbia ordinato che non fosse alienato nulla del suo patrimonio, o che non lo siano i servi, le vesti, la casa o altre cose soggette a pericolo, è loro lecito non seguire questa sua volontà.

COMMENTO

1. L'esenzione dei tutori dal rendiconto: significato e uso del termine "*aneklogistus*". 2. L'obbligo di "*rationem reddere*": la tenuta del conto, la verifica delle scritture e la consegna dell'avanzo di gestione. 3. L'invalidità della dispensa anticipata dal rendiconto disposta dal padre del pupillo: interpretazione del sintagma "*bona fidem in administratione praestare*". 4. (segue) La dispensa anticipata dal rendiconto non valeva come fedecommesso. 5. Il risarcimento del danno subito dal tutore a causa della gestione tutelare. 6. Una variante della dispensa anticipata dal rendiconto: la tutela gerita su consiglio della madre del pupillo e la liberazione dei tutori. 7. (segue) L'inefficacia della disposizione sul regime di responsabilità dei tutori. 8. La tutela gerita *consilio matris* e la gestione materna degli affari del figlio. 9. La facoltà dei tutori d'ignorare i divieti d'alienazione disposti dal padre del pupillo. 10. L'enumerazione delle *res* in D. 26.7.5.9. 11. (segue) Un confronto con Const. C. 5.37.22 = CTh. 3.30.3.

1. La casistica esaminata ai §§ 7-9 di D. 26.7.5 ha in comune il fatto d'essere originata da disposizioni testamentarie che il padre del pupillo avrebbe potuto aggiungere alla *datio tutoris*. Al § 7 Ulpiano riferisce una fattispecie trattata nei *Digesta* di Giuliano: il padre aveva nominato i tutori ai figli e li aveva esentati dall'obbligo di rendiconto. La *datio tutoris* sarebbe stata valida, ma la dispensa dal rendiconto non avrebbe avuto effetti.

Fermiamo l'attenzione prima di tutto sul termine che esprime l'esenzione. Il lessema "*aneklogistus*", evidentemente un grecismo¹, nella compilazione giustiniana è attestato in quest'unica occorrenza. Nel testo esso non è però accompagnato da alcuna perifrasi esplicativa², il che potrebbe di primo acchito destare qualche sorpresa, se si considera che Ulpiano in altre parti del commentario ha avvertito l'esigenza di spiegare anche vocaboli latini, come abbiamo visto per il verbo "*corradere*" in D. 26.7.5 pr. (*supra*, fr. 18), e come accade per il sostantivo "*repertorium*" in D. 26.7.7 pr.³. Se è ovvio che i destinatari del Digesto conoscevano il significato di un termine greco, la complessa stratigrafia del testo induce però a chiedersi se i Compilatori abbiano eliminato una spiegazione originariamente presente e ritenuta innecessaria, oppure se anche Ulpiano, o già Giuliano prima di lui, dessero tale significato per scontato. Nella documentazione epigrafica il termine non è attestato oltre l'epoca di Adriano (e di Giuliano), e sembra rimandare a una prassi – quella d'esentare i tutori

¹ Composto del verbo "λογίζομαι" (contare, registrare) con i preverbi "ἀνα-" ed "ἐκ-", in greco è attestato sia nella forma aggettivale sia in quella avverbiale. La traduzione qui adottata è quella pacificamente accettata dagli interpreti: si veda O. MONTEVECCHI, *Aneklogistos*, in *Aegyptus* 77 (1997) 50 e nt. 5.

² A differenza di quanto accade in altri luoghi in cui compaiono non grecismi, ma lessemi greci *tout court*: cfr. ad es. Flor. 7 *inst.* D. 11.7.42, Pap. 1 *de adult.* D. 48.5.6.1, Paul. 3 *ad ed.* D. 2.13.7 pr., Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, Id. 56 *ad ed.* D. 47.9.3.6.

³ Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.7 pr.: *Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur et rell.*

dal rendiconto – diffusa nell’Egitto romano, specialmente in ambiente «greco-egizio, più egizio che greco»⁴.

2. Per intendere quale fosse il risultato pratico che si sarebbe conseguito con detto esonero, è utile ripercorrere rapidamente le fasi in cui s’articola la rendicontazione, secondo la scansione illustrata da un noto testo di Callistrato (2 *quaest.* D. 35.1.82⁵).

Nel passo il giurista contrasta l’opinione di chi riteneva che il “*rationem reddere*” consistesse alternativamente solo nell’esibizione delle scritture contabili, oppure solo nella restituzione del residuo di gestione⁶, sostenendo invece che la resa del conto implicasse l’uno

⁴ Così MONTEVECCHI, *Anecllogistos* 52. Che «il tentativo di attribuire la qualità di *anecllogistos* al tutore dovesse essere partito da un orientale» aveva già ipotizzato M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze 1966, 147 e nt. 5. Sempre con riguardo alle testimonianze epigrafiche è da osservare che il vocabolo in questione compare, oltre che in documenti in greco, anche in un testamento redatto in latino (P.Mich. VII 439 = Ch. L. A. V 301) per il quale si veda MONTEVECCHI, art. *cit.*, 49-50. L’A., p. 51, osserva inoltre che «per l’uso del vocabolo in latino, in testamenti di cittadini romani, va tenuto presente che si tratta di veterani di origine greco-egizia: l’ambiente di provenienza continua ad esercitare la sua influenza anche dopo l’assunzione della cittadinanza romana».

⁵ Il passo concerne la *condicio* ‘*si rationes reddiderit*’ apposta alla manomissione testamentaria di uno schiavo. Call. 2 *quaest.* D. 35.1.82: *Cum servus ita liber esse iussus sit ‘si rationes reddiderit’ eique fundum heres dare damnas sit, [...] quid ergo continetur his verbis ‘si rationes reddiderit?’ quidam hoc aiunt ‘si reliqua reddiderit’, quasi nihil intersit, utrum sub hac condicione ‘si reliqua’ vel hac ‘si rationes reddiderit’. sed nos neque condicionem meram putamus esse, quae in datione existit, neque meram condicionem, quae in facto sit, sed eam condicionem, quae ex mixtura quadam consistit. nam non utique si ille in folle reliqua optulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte: ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. inest his verbis etiam heredes notitia instrui rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit. nam quod ipse vivus facturus erat, ab heredibus suis fieri iussisse intellegitur: ille autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. itaque cum servo sub hac condicione testamento libertas datur ‘si rationes reddiderit’, non hanc solam habet significationem, si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit.* Esamina il testo in dettaglio MANTOVANI, *Il iudicium pecuniae communis* cit., 277 s. Si veda anche SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 79-80. La stessa opinione di Callistrato, sebbene con minore dovizia di particolari sulla pratica di rendicontazione, era già espressa da Pomp. 11 *epist.* D. 35.1.111: *Qui sub condicione rationum reddendarum liber esse iussus est, docere debet constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit quid ex his quae acceperit neque expensum rationibus praescripserit quod non dederat: sed et quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, solvere debet: neque enim aliter liber esse potest, quam si hoc modo condicioni, sub quam data est libertas, satisfecerit.*

⁶ Come forse pensava Africano, stando all’esordio di 9 *quaest.* D. 35.1.32: *Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere, tamen si et statuliberi et heredis culpa, sine fraude tamen servi minus solutum sit et bona fide redditas esse rationes existimatum fuerit, liberum fore et rell.* Che «*rationum autem reddendarum*

e l'altro adempimento⁷. In particolare, chi procedeva al rendiconto doveva in primo luogo presentare le scritture contabili per la lettura, in secondo luogo consentire che fosse verificata la rispondenza al vero delle singole poste fornendo le notizie necessarie allo scopo, e infine versare i residui della gestione. L'esenzione dal rendiconto avrebbe perciò significato non soltanto la dispensa dall'esibizione dei conti, ma anche, e conseguentemente, la possibilità di trattenere l'eventuale saldo positivo della gestione.

3. Torniamo ora al testo di Ulpiano. Dopo aver riferito in *oratio recta* il contenuto della disposizione testamentaria, il giurista, rifacendosi ancora alle parole di Giuliano, scrive che, se non avessero adempiuto all'ufficio secondo buona fede, i tutori avrebbero dovuto essere comunque condannati nel *iudicium tutelae*: «*et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent*». L'inciso “*nisi bonam fidem in administratione praestiterint*” riprende e parafrasa l'*intentio* della formula dell'*actio tutelae*: di conseguenza, né l'allusione alla *bona fides* va qui intesa come un riferimento al contrario positivo del dolo⁸, né il passo deve complessivamente interpretarsi nel senso che l'esenzione dall'obbligo del rendiconto disposta dal padre del pupillo a monte della gestione valesse a escludere la responsabilità del tutore per colpa⁹. L'opinione di Giuliano (fatta propria da Ulpiano) era invece nel senso che il tutore

condicio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit» diceva anche Ulpiano (27 *ad Sab. D.* 40.7.6.7), ma la prospettiva dalla quale si poneva il giurista severiano era parzialmente diversa: il caso affrontato concerneva la compravendita di uno *statuliber*, che avrebbe acquistato la libertà *sub condicione rationum reddendarum*. In tale contesto, l'intento di Ulpiano era distinguere le *condiciones in dando* da quelle *in faciendo*, per segnalare che solo le prime sarebbero transitate in capo all'acquirente, e che la *condicio rationum reddendarum* apparteneva appunto alla categoria delle *condiciones in dando*. Ciò non gli impediva di precisare, nella proposizione subito successiva a quella appena riportata: «*quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda percontandasque et examinandas rationes et in dispungendas atque excutiendas, factum habet*». Questa descrizione del rendiconto non differisce quindi di molto da quella di Callistrato.

⁷ Cfr. con riferimento in generale a tutti coloro che avevano l'obbligo di “*rationem reddere*”, e non solo allo schiavo liberato *sub condicione* ‘*si rationem reddiderit*’, Pomp. 6 *ad Sab. D.* 34.3.8.5: *Is, qui reddere rationes iussus sit, non videtur satisfacere, si reliquum reddat non editis rationibus*. Diversa la disciplina per chi doveva non “*reddere*”, ma “*edere rationem*”, cioè esibire il conto, senza restituire l'avanzo di gestione, come gli *argentarii*: vd. EP § 9, e cfr. poi Pomp. 6 *ad Sab. D.* 50.16.89.2: *Inter 'edere' et 'reddi rationes' multum interest: nec is, qui edere iussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum, non solvat*.

⁸ Per riprendere la formula di Paul. 32 *ad ed. D.* 17.2.3.3, riferita al dolo negoziale: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo*.

⁹ Che il senso dell'inciso “*nisi bonam fidem in administratione praestiterint*” fosse quello d'escludere la responsabilità colposa del tutore è però stato autorevolmente sostenuto: si veda P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in *SDHI* 56 (1990) 90 nt. 18; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II.2*.

avrebbe risposto dell'amministrazione secondo i normali criteri d'imputazione soggettiva, ovvero – tenendo fede al testo di Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr.- il dolo, la colpa e la *diligentia quam in suis rebus*¹⁰. Il che è come dire che la relativa clausola testamentaria sarebbe stata inefficace.

Un'obiezione a questa lettura potrebbe far leva su almeno due testi, precisamente Pap. 7 *resp.* D. 26.7.41 e Mod. 10 *resp.* D. 34.3.20.1. Nel primo brano è affrontato il caso di un testatore che aveva vietato di esigere il rendiconto da un suo ex tutore, il quale non era in grado di pagare. Gli altri contutori – argomenta Papiniano – avrebbero risposto della loro colpa, per non aver promosso l'*accusatio suspecti* contro il collega insolubile: ma soprattutto, ciò che è d'interesse ai nostri fini, il giurista aggiunge che il tutore esentato dal rendiconto avrebbe risposto dei danni dolosamente arrecati all'ex pupillo e di quanto avesse percepito in ragione della tutela, mentre non avrebbe risposto delle omissioni e degli atti colposi¹¹.

Non dissimile la fattispecie trattata nel testo di Modestino: il testatore aveva disposto che ai suoi curatori non venisse “fatta questione” della loro gestione, per il motivo che gli affari erano stati da lui personalmente geriti. Era quindi sorto il quesito se dovesse essere domandato il rendiconto ai curatori. Il responso di questo giurista è in linea con quello appena esaminato di Papiniano: i curatori avrebbero risposto per il dolo e per il residuo di gestione che fosse rimasto presso di loro, ma non per la colpa¹².

Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità, Cassino 2006, 310. Nella direzione qui accolta è invece la lettura di R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/58409/95157/Modelli3.pdf>, 62 (con la bibliografia di nt. 152): «Intendere la formulazione in termini di responsabilità per dolo non è sicuro, in quanto essa esprime bene (nella prospettiva dell'*intentio* dell'*actio tutelae*) il contenuto del *praestare* dei tutori nei confronti dei pupilli».

¹⁰ Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr.: *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam*. Accenneremo *infra*, fr. 22, alla *vexata quaestio* circa il regime classico della responsabilità del tutore, una panoramica della quale è tracciata da ultimo in SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 83 ss.

¹¹ Pap. 7 *resp.* D. 26.7.41: *Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere. quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur*.

¹² Mod. 10 *resp.* D. 34.3.20.1: *Gaius Seius cum adolevisset, accepit curatores Publium Maevium et Lucium Sempronium. sed enim idem Gaius Seius intra legitimam aetatem constitutus cum in fatum concederet, testamento suo de curatoribus suis ita cavuit: 'quaestionem curatoribus meis nemo faciat: rem enim ipse tractavi'. quaero, an rationem curae heredes adulti a curatoribus petere possint, cum defunctus, ut ex verbis testamenti apparet, confessus sit se omnem rem suam administrasse. Modestinus respondit, si quid dolo curatores fecerunt aut si quae res testatoris penes eos sunt, eo nomine conveniri eos posse*.

Ai due testi citati, che riguardano direttamente la tutela e la *cura minorum*, è poi da aggiungere Ulp. 24 *ad Sab.* D. 34.3.9, inserito come il passo di Modestino nel titolo del Digesto rubricato *De liberatione legata*, che esprime in termini generali il medesimo principio per cui l'esonazione dal rendiconto non copriva la responsabilità dolosa, e le somme ancora dovute restavano esigibili¹³.

In tutti e tre i passi appena visti, l'esonazione avviene *ex post*, cioè a gestione conclusa, ed è disposta direttamente dal gerito. E' questa la ragione che impedisce d'accostarli a D. 26.7.5.7, se non appunto per rilevare che i casi rispettivamente affrontati non sono sovrapponibili. Nel nostro testo, la dispensa è accordata prima della gestione, e non dal gerito, ma dal padre di lui. Queste differenze spiegano la diversità di disciplina. Il passo di Modestino è esplicito su questo punto: quando il gerito poteva valutare personalmente la bontà della gestione, l'esonazione dal rendiconto si riteneva meritevole di tutela, e produceva l'effetto d'alleviare la responsabilità del gerente, non però al punto da escluderla del tutto; era fatto salvo il dolo¹⁴. Così non poteva essere per un esonero anticipato, che avrebbe potuto fondarsi solo sulla fiducia del padre del pupillo verso i tutori da lui nominati. Se la fiducia si fosse rivelata malriposta, non ci sarebbe stata possibilità d'intervenire sulla clausola testamentaria che disponeva l'esonazione. Giuliano ne predicava perciò l'inefficacia.

Quanto all'ulteriore regola per cui, anche quando era valida, perché disposta dalla persona sottoposta alla tutela, la clausola testamentaria che esonerava i tutori dal rendiconto non li avrebbe liberati dall'obbligo di restituire l'avanzo di gestione, essa trova ulteriore riscontro in un altro passo inserito nel titolo *De liberatione legata*, ossia Scaev. 14 *dig.* D. 34.3.28.4.

Afferma Scevola che la disposizione testamentaria con cui l'ex pupilla vietava di esigere il rendiconto dai suoi tutori non doveva essere interpretata come un legato in favore di questi ultimi, avente a oggetto il danaro pupillare che fosse rimasto presso di loro al termine della gestione: il danaro avrebbe quindi potuto essere richiesto dagli eredi di lei¹⁵.

¹³ Ulp. 24 *ad Sab.* D. 34.3.9: *Si quis rationes exigere vetetur, ut est saepissime rescriptum, non impeditur reliquas exigere, quas quis se reliquavit, et si quid dolo fecit qui rationes gessit. quod si quis et haec velit remittere, ita debet legare: 'damnas esto heres meus, quidquid ab eo exegerit illa vel illa actione, id ei restituere' vel 'actionem ei remittere'.*

¹⁴ *Contra ius contraque bonos mores* sarebbe stata del resto la *conventio* che avesse escluso la responsabilità dolosa. Il principio è enunciato, specificamente per la materia del deposito, in Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.7.

¹⁵ Scaev. 14 *dig.* D. 34.3.28.4: *Maevia testamento suo alterum ex heredibus suis actione tutelae voluit liberari his verbis: 'rationem tutelae, quam egit Iulius Paulus cum Antistio Cicerone, posci ab eo nolo eoque nomine causa omni liberatum esse volo': quaero, an, si qua pecunia ex tutela apud eum remansit, peti ab eo possit. respondit nihil proponi, cur pecunia, quae pupillae est et apud tutorem posita maneret, legata videretur.* Lo stesso caso è trattato in forma leggermente più concisa in Scaev. 3 *resp.* D. 34.3.31.2: la *Florentina*, nella frase finale di quest'ultimo passo, , per il resto identica a quella di D. 34.3.28.4, presenta un "non" tra le parole "cur" e

4. D. 26.7.5.7 prosegue, sempre sulla scorta del parere di Giuliano, con la puntualizzazione che la clausola testamentaria inefficace con cui il padre del pupillo esentava preventivamente i tutori dal rendiconto non sarebbe valsa nemmeno come disposizione fidecommissaria: «*nec eo nomine ex causa fideicommissi [tutores] quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus, et est vera ista sententia*». Se, come abbiamo appena visto, i tutori non avrebbero potuto trattenere il residuo della gestione, quando l'esenzione dal rendiconto fosse stata disposta dal gerito, e quindi efficace, a maggior ragione non avrebbero potuto farlo in forza d'un fedecommesso che trovava il suo fondamento nell'invalida disposizione del padre del pupillo. La motivazione con cui Ulpiano accoglie l'opinione di Giuliano fa leva – potremmo dire – sul carattere imperativo della disciplina descritta, e sull'autorità che a essa derivava dalla risalenza del tempo in cui fu sancita: «*nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam*»¹⁶.

Il sintagma “*ius publicum*” ha qui lo stesso senso in cui è impiegato in Pap. 2 *quaest.* D. 2.14.38: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*¹⁷. L'accento è posto, più che sulla fonte (secondo un'altra accezione dell'aggettivo “*publicus*” che trova la sua antonomasia nel

“*pecunia*”. I tentativi della storiografia di conciliare i due passi mantenendo la lezione del manoscritto sono riepilogati da SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 80-81. Sembra francamente un eccesso d'interpretazione quello dell'A., la quale suggerisce che «le parole di D.34.3.31.2 “*cur non pecunia quae pupillae esset et apud tutorem remaneret legata videretur*” si potrebbero forse riferire [...] non, come in D. 34.3.28.4, al tutore, ma ad un terzo, al quale la testatrice aveva legato il denaro che derivava dalla gestione tutelare e si trovava ancora tra i beni del *tutor*». «In tal modo il senso del testo», conclude la studiosa, «sarebbe questo: benché la testatrice abbia esonerato il suo tutore dal rendimento del conto, questo non impedisce che spetti a colui al quale la testatrice medesima ha legato il suo denaro anche quel denaro che il tutore ha ancora con sé in conseguenza dell'amministrazione tutelare». Nei due passi in questione Scevola prospetta il caso in maniera praticamente analoga: di fronte a formulazioni tanto simili è arduo immaginare una differenza così sostanziale. La soluzione più ragionevole è espungere “*non*” in D. 34.3.31.2.

¹⁶ SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 80, a proposito di quest'inciso (il riferimento a D. 26.7.5.9 alla nt. 186 è una svista) osserva: «Poiché la restituzione del residuo patrimonio del pupillo, ancora nelle mani del tutore, doveva avvenire dopo un preventivo rendimento dei conti, debitamente giustificato sotto tutti i profili, ne derivava che il tutore non poteva essere esonerato dall'obbligo della restituzione dei beni del suo ex pupillo, allo stesso modo in cui non poteva essere esonerato dall'obbligo di rendere il conto della tutela. E né importa, in tal caso, l'eventuale remissione di tali obbligazioni fatta dallo stesso padre dell'impubere o da altri». La parafrasi è corretta a patto ovviamente d'eccepire la dispensa dal rendiconto accordata dallo stesso gerito, che sortiva l'effetto di esentare il gerente dalla responsabilità colposa.

¹⁷ Dello stesso avviso CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris* cit., 63: «La reinterpretazione ulpianea [...] apre uno squarcio più ampio, per così dire di “sistema”, sforzandosi di riportare la *ratio* del parere di Giuliano alla regola *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*».

sintagma “*lex publica*”), sull’inderogabilità della disciplina. Ma si potrebbe aggiungere che la connotazione pubblicistica rimanda anche alla dimensione dell’interesse generale cui erano ricondotti i beni giuridici protetti dall’istituto tutelare, un indice della quale è la competenza del collegio dei *recuperatores* nel relativo *iudicium*.

Le parole “*forma antiquitus constituta*”, si direbbe dal contesto, rimandano all’insieme di regole che componevano il regime di responsabilità dei tutori¹⁸: il tempo remoto cui Ulpiano allude potrebbe allora essere quello dell’introduzione dell’*actio tutelae*, cioè l’azione che aveva ad oggetto proprio il rendiconto della gestione¹⁹. Qualunque sia il senso del rimando, di sicuro può dirsi, anche se è banale rimarcarlo, che Giuliano conosceva questo regime anticamente stabilito e lo commentava nei termini riferiti da Ulpiano.

5. Poche considerazioni vanno infine svolte riguardo al tratto conclusivo di D. 26.7.5.7: «*damnum vero, quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinqui potest*». L’annotazione prende spunto quasi per contrasto dalla porzione di testo immediatamente precedente, in cui s’accenna all’illiceità del fedecommesso basato sull’esonazione dei tutori dal rendiconto. La chiosa non è espressamente ricondotta all’autorità di Giuliano, e va probabilmente attribuita allo stesso Ulpiano. Il complemento “*ex tutela*” («*quodcumque ex tutela quis senserit*») vale “a causa dell’amministrazione della tutela”²⁰.

Il tutore, cui chiaramente si riferisce il pronome indefinito “*quis*”, non poteva conseguire un lucro da tale amministrazione²¹: Doveva però essere ristorato dei danni che avesse subito e delle spese cui avesse personalmente provveduto a causa della gestione: il relativo diritto era azionabile nel *iudicium tutelae contrarium*. Un legato o un fedecommesso particolare che avessero avuto a oggetto la rifusione dei danni e delle spese sarebbero perciò

¹⁸ Di «norme relative alla gestione tutelare e del loro principio ispiratore» parlava G. NOCERA, *Jus publicum* (D. 2, 14, 38). *Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris*, Roma 1946, 214. Si veda l’ulteriore bibliografia elencata da CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris* cit., 64 nt. 157.

¹⁹ Com’è noto, la discussione sul momento in cui la formula dell’*actio tutelae* fece la sua comparsa nell’albo è lungi dal sopirsi: le coordinate temporali oscillano, a seconda delle interpretazioni, tra l’ultimo secolo della repubblica e la prima età del principato. Per un riepilogo del dibattito in argomento si rimanda a CARBONE, *Satisfatio tutoris* cit., 2 ss.

²⁰ Cfr. Pap. 7 resp. D. 26.7.41 (testo *supra*, nt. 11), Scaev. 11 dig. D. 26.7.58 pr.-1. Analoga traduzione in SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae* cit., ad h.l.: «qualunque danno un tutore abbia subito a causa dell’esercizio della tutela». Per una sintassi simile (uso del pronome indefinito e riferimento al tutore obbligato dal contesto) cfr. D. 26.7.5.3, su cui *supra*, fr. 18): *Quod si quis tutelam mandaverit gerendam gestaue fuerit ab eo cui mandatum est, locus erit tutelae actioni*.

²¹ Il principio, certo di valore generale, è annotato da Trifonino a commento di Scaev. 11 dig. D. 26.7.58 pr.: [...] *quia lucrum facere ex tutela non debet*.

stati validi²². Per conseguire il risarcimento patrimoniale il tutore avrebbe così avuto, in concorso alternativo tra loro, l'*actio tutelae contraria* avverso l'ex pupillo (o eventualmente gli eredi di lui), e l'*actio ex testamento* o la *petitio fideicommissi*, in virtù della disposizione a titolo particolare che lo beneficiava.

L'utilità pratica di un legato o di un fedecommesso di questo genere poteva quindi essere quella di duplicare i rimedi attivabili a presidio della sua legittima pretesa di non subire danni in conseguenza della gestione tutelare.

6. Il § 8 presenta una variante della fattispecie esaminata nella prima parte del § 7: ciò che indurrebbe a ritenere contigui i due luoghi anche nell'originale ulpiano. Il caso è tratto dai *libri responsorum* di Papiniano: il padre aveva dato per testamento i tutori ai suoi figli e li aveva liberati dall'obbligo di rendere il conto. In aggiunta, o meglio a motivo dell'esenzone, aveva disposto che essi amministrassero seguendo le decisioni della madre²³. La dispensa – risolveva il caso Papiniano - sarebbe stata inefficace («*non idcirco minus officium tutorum integrum erit [...] neque liberatio tutoris [...] officium infringat*»).

Il fatto che Ulpiano abbia menzionato il parere di Papiniano subito dopo quello di Giuliano rafforza perciò l'impressione che le parole “*nisi [tutores] bonam fidem in administratione praestiterint*” al § 7 siano da intendere, come s'è detto, nel senso che la clausola con la quale il padre del pupillo esonerava i tutori dal rendiconto fosse priva d'effetti, e non che essa valesse a escluderne la responsabilità per colpa.

²² Si segue qui la traduzione di SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae* cit., ad h.l.: «D'altra parte, qualunque danno un tutore abbia subito a causa dell'esercizio della tutela, < il risarcimento di esso > può venire disposto a suo favore per legato o gli può essere lasciato per fedecommesso». Solo per precisione, va detto che “*quodcumque*” ha funzione pronominale, non aggettivale, e non può quindi concordare con “*damnum*”, che è soggetto della proposizione principale, e non complemento oggetto di quella relativa, come parrebbe invece suggerire la traduzione appena riportata. Per mantenere inalterato il senso del periodo, bisogna quindi supporre che nel contesto “*damnum*” significhi, per metonimia, “risarcimento del danno”. È del resto complicato immaginare una traduzione alternativa, in grado di conferire al testo un significato giuridicamente accettabile. Anche l'interpretazione di Cardilli, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris* cit., 62, sembra orientata nello stesso senso: «Ulpiano [...] indica una possibile via attraverso la quale il *de cuius* avrebbe potuto raggiungere l'intento perseguito per una strada meno impervia, lasciando al tutore in legato o per fedecommesso il *damnum ... quodcumque ex tutela senserit*». Non è chiaro se l'A. intenda dire che il risultato dell'esenzone dal rendiconto potesse essere praticamente raggiunto tramite un legato o un fedecommesso avente a oggetto il risarcimento del danno. Il testo di D. 26.7.5.7 appare strutturato attorno a due poli: da un lato, il tutore non avrebbe potuto lucrare dalla gestione della tutela, dall'altro avrebbe però avuto diritto a conseguire il risarcimento dei pregiudizi subiti a causa dell'amministrazione.

²³ Per uniformità di traduzione, richiesta dall'unità di contesto, si rende qui il sostantivo “*consilium*” con “decisione”, come si è fatto in relazione al medesimo termine in D. 26.7.5.6 (*supra*, fr. 20). Il senso del testo, comunque, non risulterebbe sostanzialmente diverso nemmeno adottando il traduttore “consiglio”.

I tutori non erano vincolati alle decisioni della madre, perché la responsabilità della gestione gravava ugualmente su di loro: sarebbe pertanto rimasto impregiudicato il corrispondente loro potere deliberativo in merito agli atti dell'amministrazione. A costoro Papiniano rivolgeva però una raccomandazione d'ordine anzitutto morale, atteso l'appello alla qualità di “*boni viri*” («*sed viris bonis conveniet*»): essi avrebbero dovuto seguire le decisioni della madre, che si presumevano ponderate nell'interesse dei figli²⁴.

7. L'inciso finale del passo ricapitola in un *tricolon* le circostanze che non avrebbero alterato l'integrità dell'ufficio tutelare: «*tametsi neque liberatio tutoris neque voluntas patris aut intercessio matris tutoris officium infringat*». Consideriamo singolarmente i tre elementi.

L'espressione “*liberatio tutoris*” trova il suo corrispondente in esordio del passo, ov'è detto che il padre del pupillo ha esentato i tutori dal rendiconto, avendo dato disposizione che essi gerissero su consiglio della madre (“*et eo nomine tutores liberavit*”).

La dizione “*voluntas patris*”, di per se vaga, va fatta corrispondere alla disposizione che i tutori gerissero *consilio matris*: l'altra possibilità, di intendere che la volontà del padre fosse

²⁴ Il padre non poteva nominare tutrice testamentaria la madre dei suoi figli, secondo il punto di vista espresso sempre da Papiniano in 2 *resp. D.* 26.2.26 pr.: *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*. Che la tutela fosse *officium virile* è affermato in molti altri testi: basti ricordare per tutti Alex. C. 5.35.1, che ne esplicita la motivazione sessista. La particolarità del passo di Papiniano è che esso fa parola di un provvedimento illegittimo di conferma della *datio* emanato da un governatore provinciale. Com'è stato osservato, tanto la nomina testamentaria della donna tutrice quanto il provvedimento del preside, che con terminologia moderna definiremmo “abnorme”, erano probabilmente influenzati da consuetudini locali, attestate soprattutto in ambiente greco-egizio, che consentivano la nomina a ἐπίτροπος (il sostantivo è solo maschile) della congiunta del pupillo, specialmente la madre: vd. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 156 ss. (con le testimonianze epigrafiche e la bibl. di p. 157 nt. 36, a cui si aggiunga la documentazione elencata da L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre epakoloutria*, in *Index* 40 (2012), 425 ss.). Una costituzione del 390 di Valentiniano, Teodosio e Arcadio concesse poi alla madre che avesse compiuto la *legitima aetas* di esercitare la tutela dei suoi figli, a patto che ella promettesse di non passare a seconde nozze, e sempre che il pupillo non avesse un tutore testamentario o legittimo, oppure questi si fosse scusato, fosse stato rimosso o fosse altrimenti inidoneo: cfr. Cth. 3.17.4 = C. 5.35.2, su cui ancora DESANTI, *op. cit.*, 159 e nt. 45 (ove altra bibl.). Già Ner. 3 *reg. D.* 26.1.18 dava però conto della possibilità che la madre indirizzasse al principe la richiesta di poter esercitare la tutela dei suoi figli: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*. Salvo ritenere che l'inciso finale non esprima il pensiero originale di Nerazio, questo passo testimonia per il II sec. d.C. un'eccezione al principio - del resto enunciato nello stesso testo - che la tutela fosse un *officium virile*. L'eccezione potrebbe giustificare la formulazione non rigidamente tassativa di Gai. 12 *ad ed. provinc. D.* 26.1.16 pr. («*tutela plerumque virile officium est*»), e potrebbe del pari spiegare l'accento all'esercizio “*legitime*” della tutela da parte della madre contenuto in Ulp. 13 *ad Sab. D.* 38.17.2.25: su tutto ciò si veda GAGLIARDI, art. cit., 432 s.

quella di liberare i tutori, renderebbe il tratto superfluo, atteso quanto precede. Resta certo una lieve stranezza nel fatto che il “*mandatum*” concernente l’intervento della madre sia menzionato dopo la liberazione dei tutori, quando dovrebbe esserne l’antecedente causale. La prima parte del passo rispetta invece l’ordine logico: «*pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit*».

È la formula “*intercessio matris*” a creare l’incertezza maggiore. Dalla funzione riepilogativa della coppia “*liberatio tutoris / voluntas patris*” si dedurrebbe che, simmetricamente, anche l’espressione “*intercessio matris*” richiami un concetto già esposto nel passo, cioè l’intervento della madre sotto forma di *consilium*: l’*intercessio* sarebbe il *consilium matris* realizzato, e non più solamente auspicato dalla volontà paterna. Il sostantivo in questione sembra pertanto doversi tradurre nel suo significato generico di “intervento”²⁵, nonostante in un altro passo concernente il nostro tema (Ulp. 29 *ad ed.* D. 16.1.8.1, in cui di nuovo il pensiero di Papiniano ci giunge mediato da Ulpiano) la forma verbale “*intercedere*” sia impiegata nel significato tecnico del senatoconsulto Velleiano, il provvedimento del 46 d.C. che vietava alle donne di “*intercedere pro aliis*”, ossia di garantire o assumere obbligazioni in favore d’altri²⁶.

In quest’altro passo Papiniano reputava che non avesse “interceduto” la madre che, avendo impedito l’alienazione di terreni appartenenti ai suoi figli, avesse al contempo prestato garanzia ai tutori²⁷. La motivazione, riferita da Ulpiano in *oratio obliqua* e dunque da attribuire sempre a Papiniano, è che la donna non si era obbligata in favore di altri, ma aveva garantito per il suo stesso comportamento²⁸. Intendere “*intercessio*” in D. 26.7.5.8 in

²⁵ Allo stesso modo traduce SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae* cit., *ad h.l.*: «si addice a uomini onesti accogliere i consigli vantaggiosi della madre, benché né l’esonero del tutore <dal rendimento dei conti> né il volere del padre o l’intervento della madre infrangano la pienezza dell’ufficio del tutore».

²⁶ Cfr. Ulp. 29 *ad ed.* D. 16.1.2.1: [...] *cuius enatus consulti verba haec sunt: “Quod Marcus Silanus et Velleus tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussores et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur”*.

²⁷ Ulp. 29 *ad ed.* D. 16.1.8.1: *Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitate eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem*.

²⁸ Nel medesimo ordine d’idee PS. 2.11.2, che esclude tale prestazione di garanzia dall’ambito d’applicazione del senatoconsulto Velleiano: *Mulier, quae pro tutoribus filiorum suorum indemnitate promisit, ad beneficium senatus consulti non pertinet*. Lo stesso dice un rescritto di Alessandro Severo, in cui la prestazione di garanzia è esplicitamente ricollegata alla gestione del patrimonio pupillare da parte della madre. Alex. C. 4.29.6 pr.: *Si mater, cum filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit et fideiussorem praestiterit vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti auxilio*

accezione analoga introdurrebbe nel testo un tema estraneo alla trattazione condotta sino a quel punto, che mal si concilierebbe con la funzione consultiva dell'intervento materno di cui il passo si occupa.

8. Per concludere su questo §, resta da fare un confronto con un altro luogo di Papiniano (2 *resp.* D. 3.5.30[31].6), cui gli studiosi hanno sovente accostato il nostro passo²⁹. Il responso muove dal caso d'una madre che geriva i negozi del figlio in base alla volontà testamentaria del padre, e verte sui limiti di tale gestione³⁰: Essa era a tutti gli effetti qualificata come gestione d'affari altrui, sanzionata con la relativa *actio negotiorum gestorum*³¹: alla madre non era però permesso nominare a suo rischio un rappresentante processuale per le liti in cui il figlio era parte sostanziale, perché ella non aveva la facoltà d'agire in nome di lui. Il sostituto processuale avrebbe potuto invece essere nominato dal tutore, al quale era consentito d'agire *pupilli nomine*³². Né La madre poteva alienare beni del figlio, o ricevere la *solutio* d'un suo credito e liberare il debitore. La gestione personale testimoniata da questo responso è cosa diversa dal *consilium* di cui parla D. 26.7.5.8.

Riguardati nel complesso, i responsi di Papiniano restituiscono quindi un'immagine sfaccettata, dalla quale si comprende che la madre partecipava in modi diversi alla gestione degli affari del figlio. In base alla volontà testamentaria del padre, il suo intervento poteva assumere la forma di un'attività consultiva all'amministrazione dei tutori, oppure quella di una gestione spontanea e diretta (e dunque non tutoria). Nell'accostare i diversi passi in cui l'argomento è discusso, queste differenze vanno tenute presenti. Un punto comune però

neque ipsa neque fideiussor ab ea praestitus neque res eius pigneratae adiuvantur. Cfr. anche Philipp. C. 5.46.2 (gestione condotta dalla madre e dall'avo paterno) e Diocl. – Maxim. C. 5.51.9 (ancora amministrazione della madre). La prassi per cui la madre - eventualmente insieme ad altro congiunto - amministrava in prima persona i beni del figlio, prestando garanzia ai tutori che pure erano stati nominati, corrisponde alla disciplina dell'istituto greco-egizio dell'*epakolouxis* (per la provincia d'Arabia attestato forse da P.Yadin 20 e 25), su cui si veda ancora la documentazione epigrafica menzionata in DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 157 nt. 36 a cui si aggiunga, per una rassegna delle posizioni assai diverse sostenute dagli interpreti moderni a proposito degli influssi e delle eventuali derivazioni di quella prassi da quest'istituto, la bibliografia citata in GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre epakoloutria* cit., 445.

²⁹ Vd. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 510 nt. 421; V.S. LOPEZ, *La relacion materno-filial por consanguinidad y su naturaleza juridica, del derecho romano a la tradicion romanistica medieval*, in *RDR* 7 (2011) 329; GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre epakoloutria* cit., 439.

³⁰ Pap. 2 *resp.* D. 3.5.30[31].6: *Quamquam mater filii negotia secundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat, tamen ius actoris periculo suo litium causa constituendi non habebit, quia nec ipsa filii nomine recte agit aut res bonorum eius alienat vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.*

³¹ Come risulta da Paul. 1 *quaest.* D. 3.5.33, che riguarda la gestione dell'ava.

³² Cfr. ad es. Pap. 2 *def.* D. 26.9.6.

rimane fermo: il carattere imperativo del regime di responsabilità dei tutori; responsabilità a cui eventualmente s'affiancava quella della madre, nel caso in cui ella avesse personalmente gerito³³.

9. Veniamo ora al § 9. Afferma Ulpiano che ai tutori sarebbe stato lecito trascurare le disposizioni testamentarie contenenti direttive impartite dal padre del pupillo in merito all'amministrazione del suo patrimonio. Quale possibile contenuto di tali disposizioni ("*praeceptum patris*"), il giurista menziona il divieto di alienare tutti i beni ereditari o solo alcune categorie di questi: la casa, i servi, la veste (forse "*vestis*" è da intendere alla stregua di nome collettivo, e sta quindi per "*vestmentum*"), altre cose soggette a pericolo.

È chiara perciò l'affinità tematica con i due §§ precedenti. La clausola con cui il padre esentava preventivamente i tutori dalla resa del conto era radicalmente inefficace (§§ 7 e 8), quella con cui dava disposizioni sugli atti di gestione era invece valida, ma non vincolante. In concreto, la decisione dei tutori di non seguire la volontà paterna sarà dipesa da una loro valutazione prognostica sugli effetti pregiudizievoli dell'atto di gestione voluto o vietato nel testamento: dei pregiudizi subiti dal pupillo essi avrebbero dovuto rendere conto nel *iudicium tutelae*, sicché la loro responsabilità diretta avrebbe costituito il parametro della scelta.

Il *praeceptum patris* aveva dunque lo stesso valore giuridico che Papiniano attribuiva al *consilium matris*: l'uno e l'altro erano criteri orientativi, certo moralmente pregnanti, dai quali i tutori erano autorizzati a discostarsi in ragione della personale responsabilità di gestione. Tra il *consilium matris* e il *praeceptum patris* si dava peraltro una differenza pratica di non poco conto: la madre avrebbe potuto seguire la gestione nel suo svolgersi, mentre la volontà paterna era fissata una volta per tutte nel testamento, e avrebbe potuto perciò scontrarsi con un contesto economico magari mutato in progresso di tempo, o con altre circostanze fattuali che avrebbero reso la disposizione testamentaria potenzialmente dannosa. Era dunque ancora più ragionevole dare al tutore la possibilità di non tenerne conto.

10. L'enumerazione che occupa la seconda parte del passo richiede qualche riflessione ulteriore. È stata da taluni notata una certa disomogeneità tra la clausola di chiusura «*ne*

³³ Al figlio spettava la facoltà di scegliere quale rimedio giudiziale esperire, cioè se intentare l'*actio negotiorum gestorum* contro la madre oppure l'*actio tutelae* contro i tutori. Cfr. Philipp. C. 5.46.2: *Quaedam pupillorum vestrorum a matre itemque avo paterno administrata eorumque nomine indemnitate vobis promissam esse adseveratis. quae si ita sunt et idem pupilli legitima aetatis effecti non adversus matrem suam itemque avum, sed contra vos congregari malunt, non immerito indemnitate ab his praestari desiderabitis, quos et administrationem suo periculo pridem suscepisse proponitis.*

[*distrahantur*] *aliae res periculo subiectae*» e le categorie di *res* menzionate subito prima: *mancipia, vestis, domus*³⁴.

La ragione della perplessità sta nel fatto che il *periculum* in D. 26.7.5.9 viene collegato generalmente al “*periculum temporis*” di cui tratta D. 26.7.7.1³⁵, passo escerpito sempre da Ulp. 35 *ad ed.* e collocato a breve distanza dal nostro sia nel Digesto sia nella Palingenesia (L. 1003): I tutori – dice il giurista in quest’ultimo testo – dovevano alienare i beni pupillari soggetti a deperimento per il trascorrere del tempo, e se non l’avessero fatto ne avrebbero risposto nel giudizio di tutela; il *periculum* dell’astensione, dunque, sarebbe gravato su di loro. Si è perciò osservato che le *res* enumerate *nominatim* in D. 26.7.5.9 (i servi, le vesti e la casa) non sono beni normalmente soggetti al rischio di un rapido deperimento, e che la clausola di chiusura non risulta quindi congrua con l’elencazione precedente. È stato allora proposto d’intendere il riferimento al *periculum* non come un’allusione al *periculum temporis*, ma a ogni situazione di possibile perimento della *res* di cui il testamento paterno aveva vietato l’alienazione, cioè al rischio di un qualsiasi evento pregiudizievole³⁶, la cui sussistenza si sarebbe dovuta valutare in concreto.

Ferma l’indubbia plausibilità di questa lettura, il collegamento tradizionale del tratto «*ne aliae res periculo subiectae*» con D. 26.7.7.1 si può in alternativa mantenere, a patto di non considerare l’inciso come una formula di chiusura, ma come una clausola posta allo stesso livello di quelle che la precedono: le cose soggette a pericolo non sono cioè “le altre”, oltre a quelle già elencate, ma “altre” rispetto a esse.

11. Di difficile soluzione è poi il quesito suscitato dalla parziale coincidenza tra l’elencazione contenuta in D. 26.7.5.9 e quella che si legge in una costituzione di Costantino del 326 (C. 5.37.22 = CTh. 3.30.3). Con questo provvedimento l’imperatore abrogava, in quanto contraria alla “*minorum utilitas*”, una “*lex*” che imponeva ai tutori e ai curatori la vendita di talune categorie di beni appartenenti ai loro amministrati. Al § *pr.* Costantino così tratteggia la *lex* abroganda:

Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum argentum gemmas vestes ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos balnea horrea atque omnia intra civitates

³⁴ In questo senso A: LOVATO, *Su di una ‘misteriosa’ lex in C. 5.37.22*, in *AARC* 8 (1990) 554.

³⁵ Per questo collegamento si veda ad es. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 487 nt. 283; ugualmente, da ultima, SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum* cit., 50 nt. 102.

³⁶ Cfr. LOVATO, *Su di una ‘misteriosa’ lex in C. 5.37.22* cit., 554.

*venderent omniaque ad nummos redigerent praeter praedia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est*³⁷.

Questo invece l'elenco in D. 26.7.5.9:

[...] *si pater caverit, ne quid rei suae distraheretur vel ne mancipia distraherentur vel ne vestis vel ne domus vel ne aliae res periculo subiectae, liceat eis [scil. tutoribus] contemnere hanc patris voluntatem.*

È anzitutto da rilevare che, stando alle parole di Costantino, la legge era indirizzata a tutori e curatori, mentre Ulpiano tratta dei soli tutori. Quanto poi alle rispettive enumerazioni, la corrispondenza si limita a *vestis* e *domus*, per altro menzionate al singolare nel passo di Ulpiano e al plurale nella costituzione. Non coincide la categoria dei *mancipia*: Ulpiano vi allude senza ulteriore aggettivazione, mentre Costantino si riferisce unicamente a quelli urbani. Nell'elenco di Ulpiano i singoli *cola* sono separati dalla disgiuntiva “*vel*”, mentre nella costituzione costantiniana l'accumulazione è internamente coordinata per asindeto, oppure tramite l'uso di “*atque*” o del “*que*” enclitico. Nella costituzione, infine, le due clausole di chiusura adottano quali criteri classificatori rispettivamente la *species* d'appartenenza del bene (“*ceteraque mobilia pretiosa*”), e la collocazione spaziale della *res*

³⁷ Il problema dell'identificazione della *lex* abrogata da Costantino è tanto noto e dibattuto tra gli interpreti, quanto la possibilità di pervenire a una soluzione non congetturale è inficiata dall'assoluta penuria di documentazione: oltre alla parafrasi in C. 5.37.22 pr., le fonti non conservano altri riferimenti espliciti a tale provvedimento normativo. Secondo la tesi tradizionale del Gotofredo, questa *lex* sarebbe la stessa *oratio Severi* del 195 d.C. che vietava a tutori e curatori di alienare i fondi rustici e suburbani del pupillo o del minore, alla quale il Digesto dedica il titolo IX del libro XXVII. L'intervento di Costantino avrebbe perciò abrogato in parte la disciplina dettata in origine dall'*oratio*, dandole l'aspetto che traspare dalla compilazione giustiniana. L'opinione è stata sottoposta a una revisione critica tra il XIX e il XX secolo: il Rudorff è giunto alla conclusione che la norma abrogata fosse stata emanata dallo stesso Costantino, mentre il Solazzi ha sostenuto trattarsi di una costituzione d'epoca anteriore a quest'imperatore, ma posteriore all'età dei Severi. Per la bibliografia e una ricostruzione più completa del dibattito storiografico si rimanda al citato studio di LOVATO, *Su di una 'misteriosa' lex in C. 5.37.22 cit.*, 542 nt. 22: per parte sua, quest'ultimo A. condivide la collocazione cronologica proposta dal Solazzi. Un'altra questione, non disgiunta dalla precedente, concerne l'individuazione della *ratio* della disciplina, per come l'espone Costantino. Alle possibili finalità di monetizzazione della ricchezza pupillare (e quindi d'un suo più facile occultamento nell'ottica di sottrarlo alle frequenti razzie dell'età postseveriana) e alle ragioni di ordine fiscale alternativamente prospettate da LOVATO, *op. cit.* 545 ss. e 563 ss., si può forse aggiungere un'altra ipotesi: la vendita dei beni indicati dalla *lex* avrebbe determinato un incremento del patrimonio liquido del pupillo, con il quale i tutori e i curatori avrebbero potuto assolvere all'obbligo d'investire in immobili (*praediorum comparatio*), scelta che l'ordinamento giudicava con maggior favore rispetto alla dazione a mutuo del danaro pupillare.

(“*atque omnia intra civitates*”): diversamente da D. 26.7.5.9, nessun riferimento è fatto al *periculum*.

La parziale corrispondenza dei due elenchi è senza dubbio suggestiva. Ammettendo per ipotesi che la *lex* abrogata da Costantino vigesse al tempo di Ulpiano e che il nostro passo vi facesse riferimento, bisognerebbe pensare che essa prevedesse un’eccezione all’obbligo di alienare, nel caso in cui il padre ne avesse fatto divieto nel testamento³⁸, e che Ulpiano ne stesse discutendo in sede d’*interpretatio*. Se così fosse, non sorprenderebbe che la versione del testo accolta nel Digesto ometta il riferimento normativo, trattandosi di diritto non più vigente all’epoca della compilazione. Sarebbe però sbrigativo, in assenza di riscontri esterni, inferire l’esistenza di questa *lex* in età severiana in base alle sole, poche corrispondenze testuali tra il passo di Ulpiano e la costituzione abrogatrice. Ma sono soprattutto le differenze sostanziali evidenziate a proposito delle due formulazioni a consigliare di escludere che il passo di Ulpiano possa sottintendere un riferimento alla stessa norma abrogata dalla costituzione di Costantino.

³⁸ Secondo una tecnica di formulazione normativa speculare a quella dell’*oratio Severi*, che faceva salvo dal divieto di alienare i fondi rustici e suburbani il caso in cui fosse stato il padre del pupillo a ordinarne la vendita nel testamento. Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.1.1-2: *Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iuniis et sunt verba eius huiusmodi: [2] “Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint et rell.”*

fr. 22 = L. 1002 (parte V) = D. 26.7.5.10

Ex quo innotuit tutori se tutorem esse, scire debet periculum tutelae ad eum pertinere. innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique testato eum conveniri: nam etsi citra testationem, scilicet undecumque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere.

Da quando gli è noto di essere tutore, il tutore deve sapere che il rischio della tutela grava su di lui. E qualunque modalità è idonea a renderglielo noto, non serve nello specifico che sia convenuto alla presenza di testimoni. Indipendentemente dal modo in cui l'abbia saputo, quindi anche in assenza di testimoni, non c'è dubbio che il rischio della tutela deve spettare a lui.

COMMENTO

1. Confronto tra D. 26.7.5.10 e D. 26.7.1.1: il principio della decorrenza del *periculum tutoris* dal momento della nomina all'ufficio; le categorie di tutori interessate. 2. (segue) I destinatari del precetto in D. 26.7.5.10 e l'irrelevanza della *cessatio* nel contesto entro cui si colloca il passo. 3. Il *periculum tutoris* nella storia degli studi. 4. (segue) Il *periculum tutoris* come criterio d'imputazione del fatto. 5. Uno sguardo retrospettivo su L. 1002 e il *periculum* come tema comune.

1. Dal momento in cui apprendeva di essere stato designato all'incarico, il tutore doveva adempiere agli obblighi dell'ufficio, di cui s'assumeva il rischio. Il § conclusivo di L. 1002 riecheggia un principio che Ulpiano aveva già espresso, con parole solo leggermente diverse, in esordio della porzione trådita del XXXV libro *ad edictum*. In D. 26.7.1.1 (*supra*, fr. 1), il giurista aveva infatti scritto: «*ex quo scit se tutorem datum si cesset tutor, suo periculo cessat*».

Il confronto tra i due testi mostra anzitutto che in D. 26.7.1.1 l'autore severiano si riferisce esplicitamente ai *tutores dati*, vale a dire i tutori nominati per testamento o assegnati dal magistrato o dai funzionari imperiali competenti: dal discorso restano pertanto esclusi i tutori legittimi. Diversa la formulazione di D. 26.7.5.10: «*ex quo innotuit tutori se tutorem esse*». L'assenza d'un riferimento alla *datio tutoris* in senso tecnico potrebbe far pensare che Ulpiano stia qui affermando un principio valido per tutti i tutori, senza che abbia rilievo in proposito la fonte della chiamata alla tutela. Un argomento in favore di quest'interpretazione è che il giurista aveva già affermato il medesimo principio con riguardo ai tutori testamentari e ai dativi in D. 26.7.1.1: sarebbe dunque stato superfluo ribadirlo per queste categorie, mentre

riaffermarlo in termini generali, con una formulazione tale da ricomprendere anche i tutori legittimi, avrebbe dato al lettore un'informazione nuova.

Il contesto induce per contro a restringere il campo: i tre §§ che precedono il nostro passo (D. 26.7.5.7-9) trattano gli effetti della *voluntas testatoris* sulla responsabilità dei tutori. Essi s'occupano dunque della tutela testamentaria. Qualche indizio testuale, soprattutto il passaggio dalla declinazione di “*tutor*” al plurale nei §§ 7-9 a quella al singolare nel § 10, potrebbe far pensare che nell'originale ulpiano quest'ultimo luogo non fosse immediatamente contiguo ai precedenti, e che la continuità nel Digesto sia l'esito d'un taglio compilatorio. Simili slittamenti di numero attraversano però tutto il fr. D. 26.7.5 (si vedano i §§ 5-6) come altri luoghi di Ulp. 35 *ad ed.* (ad es. tra i §§ 1 e 2 di D. 26.7.1), e di per sé non provano l'intervento dei giustinianeï. In D. 26.7.5.10 l'uso del singolare potrebbe anzi rivelare una scelta autoriale precisa: il giurista si riferisce infatti al tutore in astratto, quindi a qualunque tutore, e non a quei particolari tutori che tengono un determinato comportamento o sono soggetti a una determinata disciplina in una certa fattispecie, come avviene ai §§ 7-9. Egualmente al singolare indefinito Ulpiano s'esprime anche nel quasi gemello D. 26.7.1.1 («*ex quo scit se tutorem datum et rell.*»).

Volendo invece rintracciare una connessione diretta tra il § 9 e il § 10, si potrebbe notare che l'elemento del *periculum* è già introdotto al § 9, ove però si tratta del rischio di perimento della cosa e non di quello che discendeva dall'assunzione dell'ufficio tutelare, com'è al § 10. Se si vuole l'una affermazione specifica l'altra, nel senso che il rischio di perimento della *res* era parte del generale rischio derivante dall'esercizio del *munus* tutelare, ma non pare questo un argomento sufficiente a dimostrare senz'altro la contiguità “originaria” dei due passi.

Pur potendosi rilevare che per lo meno dal punto di vista letterale la formulazione di D. 26.7.5.10 s'adatta astrattamente a ogni specie di chiamata alla tutela, bisogna intanto concludere che i Compilatori hanno voluto riferire il principio nell'ambito d'una trattazione dedicata ai tutori testamentari. Del resto, un riscontro testuale esterno al *Corpus Iuris* rafforza l'impressione che il discorso stesso di Ulpiano, e non solo la sua tradizione attraverso il Digesto, fosse limitato a costoro. Ci si riferisce a *Vat. Fr.* 156, escerto ascritto alla monografia *de excusationibus* dell'autore severiano. Nel passo Ulpiano afferma che il termine di cinquanta giorni per l'allegazione delle scuse, stabilito dalla costituzione di Marco Aurelio che aveva riformato il relativo procedimento (*supra*, fr. 1), decorreva dal momento in cui il tutore avesse avuto notizia della designazione all'incarico, e precisa che per i tutori dati dal pretore il computo sarebbe iniziato dal giorno in cui il decreto di nomina fosse stato loro recapitato alla presenza di testimoni, mentre per i testamentari da quello in cui la designazione

fosse stata portata in qualunque modo alla loro conoscenza¹. La testimonianza dei *Vaticana Fragmenta* tace dei tutori legittimi², ma di certo induce a riferire la puntualizzazione di D. 26.7.5.10 «*innotescere autem qualiterqualiter sufficit*» alla notifica della *datio tutoris* testamentaria, e a leggere il tratto «*non utique testato eum conveniri*» in implicita contrapposizione con le formalità prescritte per l'analoga notifica ai dativi: come in D. 26.7.1.1, i legittimi parrebbero quindi estranei all'esposizione anche in D. 26.7.5.10.

2. Proseguendo nell'esame delle differenze tra i due passi, si può osservare che se il destinatario del precetto esposto in D. 26.7.1.1 (e nella costituzione dei *Divi Fratres* ivi citata) è esclusivamente il tutore, il contenuto normativo di D. 26.7.5.10 è indirizzato al contempo al tutore e agli altri soggetti coinvolti nella procedura di nomina: ad esempio i famigliari più stretti del pupillo, a cominciare dalla madre, che avevano avuto contezza delle disposizioni testamentarie del padre. Come s'è detto, costoro potevano notificare al tutore l'avvenuta designazione senza bisogno di forme solenni, né il tutore poteva invocare l'assenza di tali solennità per sottrarsi al rischio d'incorrere in responsabilità verso il pupillo («*undecumque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere*»).

¹ Ulp. *l.s. de exc. Vat. Fr.* 156: *Formam autem ex hac constitutione datam hodie in usu ita celebrari animadvertimus, ut ex eo die incipiant quinquaginta dies enumerari, ex quo scierat se esse tutorem vel curatorem, scilicet ex eo, ex quo in notitiam eius decretum perlatum sit testato, vel, si testamento datus sit, ex quo id quoquo modo scierit...* La dizione “*ex quo scierat se esse tutorem*” non allude alla *datio tutoris*, nonostante il passo tratti di tutori tecnicamente “*dati*” (testamentari e dativi). Il solo argomento letterale, che fa leva sul quasi omologo inciso “*ex quo innotuit tutori se tutorem esse*”, non è perciò decisivo per l'interpretazione di D. 26.7.5.10. Ai sospetti d'interpolazione del tratto “*vel curatorem*” in *Vat. Fr.* 156 (comunque indifferenti ai fini delle considerazioni qui svolte), motivati dal rilievo che il diritto romano non contemplava la categoria dei curatori testamentari, obietta giustamente DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore* cit., 259 nt. 140 (con letteratura): «le due differenti regole prospettate — decorrenza dei termini dalla emanazione del decreto o dalla conoscenza della nomina nel testamento — non vanno riferite, indiscriminatamente, a tutti i tutori e a tutti i curatori ivi menzionati: la decorrenza dalla *notitia testamenti*, con ogni probabilità, si riferisce ai soli tutori (testamentari); viceversa, la decorrenza dalla emanazione del decreto dovrebbe valere per tutti coloro che sono assunti all'ufficio *ex decreto*: in particolare, per i curatori, onorari e confermati.»

² Stando a un rescritto di Alessandro Severo del 224, era la stessa costituzione di Marco Aurelio a stabilire, con riguardo ai tutori dativi e testamentari, che il termine per l'allegazione delle scuse decorreva dal momento in cui essi avevano notizia della nomina. *Alex. C.* 5.62.6 pr.: *Quinquaginta dies, qui praefiniti sunt ad professionem excusationis his qui tutores seu curatores dati sunt, ex eo die cedere, ex quo decretum praetoris aut testamentum parentis notum factum erit ei qui ad munus vocatus fuerit, ipsa constitutio quae hoc induxit sanxit.* A meno che il rescritto non menzionasse i legittimi solo perché la questione posta all'imperatore non richiedeva di trattarne, si direbbe quindi che anche la costituzione commentata da Ulpiano in *Vat. Fr.* 156 tacesse di quest'ultima categoria di tutori, quantomeno in relazione al *dies* dal quale calcolare la decorrenza dei termini.

A distinguere i due testi a confronto è infine la prospettiva da cui in ciascuno di essi Ulpiano guarda al tema del *periculum*. In D. 26.7.1.1 l'angolo visuale adottato è quello del rischio dell'astensione dall'amministrazione. Marco Aurelio aveva stabilito che il tutore designato alla gestione si sarebbe sottratto al rischio d'incorrere in responsabilità per *cessatio* solo se avesse potuto valersi di una delle cause di scusa ammesse dall'ordinamento, allegandola e provandone l'esistenza nel procedimento che a tale scopo doveva instaurarsi: «*a divo Marco constitutum est, ut, qui scit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset*». Nel punto della trattazione alla cui altezza si colloca D. 26.7.5.10 sarebbe stato superfluo riproporre la stessa questione. Dopo la *partitio* che si legge in D. 26.7.5.1 (*supra*, fr. 18), ove è tracciato il *discrimen* tra *gestio* e *cessatio* (ovvero il compimento anche d'un solo atto di gestione), Ulpiano mette infatti da parte l'argomento dell'astensione e passa a discutere i problemi che potevano presentarsi nel corso dell'amministrazione. Nel contesto di D. 26.7.5.10 l'avvenuta assunzione dell'incarico gestorio era quindi presupposta, ciò che di regola escludeva la facoltà di invocare l'esistenza di un'*excusatio*³.

3. Terminato il confronto tra D. 26.7.1.1 e D. 26.7.5.10, possiamo ora a considerare le interpretazioni proposte dalla storiografia che s'è occupata di quest'ultimo passo. La menzione del *periculum tutelae* è l'elemento che maggiormente ha attratto l'attenzione degli interpreti. Il Lauria muove dal presupposto che nel testo di Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr. i giustinianeî avessero aggiunto il riferimento al dolo, alla *culpa* e alla *diligentia quam suis*⁴, e giunge alla conclusione che il *periculum* fosse per il tutore il solo criterio d'imputazione della responsabilità originariamente contemplato nel commentario ulpiano. Lo studioso sostiene che appaia «evidente la completa assenza di richiami ad altri concetti tecnici di responsabilità diversi dal *periculum*, a dispetto invece delle frequenti affermazioni che un determinato comportamento sia a rischio e pericolo del tutore ("*periculo suo erit*")». «Il *periculum*» - continua l'autore rifacendosi alla lettera di D. 26.7.1.1 e D. 26.7.5.10 - «è la giustificazione testuale di questa sua responsabilità illimitata ed ogni tutore vi soggiace in virtù delle dichiarazioni "*ex quo innotuit tutori se tutorem esse, scire debet periculum tutelae ad se pertinere*", "*ex quo scit se tutorem datum si cesset tutor, suo periculo cessat*"». Ad avviso del

³ Potevano essere scusati a tutela in corso ad es. i tutori *rei publicae causa absentes* e i tutori colpiti da grave malattia: si vedano le fonti citate in proposito da ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 465 nt. 165.

⁴ Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1 pr.: *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam*. Il LAURIA, *Periculum tutoris* cit., 285, rimandava all'*index interp. ad h.l.* e reputava che il pensiero genuino di Ulpiano s'arrestasse alle parole "*hoc iudicio*".

romanista napoletano, in età classica il tutore era dunque illimitatamente responsabile per i danni cagionati al pupillo: la responsabilità era temperata solo dal richiamo alla *bona fides* e da quello all'*arbitrium* contenuti nelle formule rispettivamente dell'*actio tutelae* e della *satisdatio 'rem pupilli salvam fore'*⁵.

Una diversa impostazione del problema, per lo meno dal punto di vista terminologico, è stata proposta da Francesco Maria De Robertis alla metà del XX secolo. Ritiene questo autore che al tempo di Ulpiano il tutore rispondesse in ragione del solo nesso causale tra la propria condotta e il pregiudizio arrecato al pupillo, e che il termine *periculum* esprimesse tale forma di responsabilità obiettiva, la quale poteva evitarsi solo in presenza di un'*excusatio*. Secondo lo studioso, in epoca classica matura l'accertamento della responsabilità del tutore era quindi sganciato dal dolo e dalla colpa. Il lessema *periculum* avrebbe in seguito conosciuto un'evoluzione semantica, e i giustinianeî, per i quali il tutore rispondeva indubbiamente secondo criteri d'imputazione soggettivi, l'avrebbero inteso nell'accezione di "responsabilità", e non più, come i classici, di "rischio"⁶.

4. Queste ricostruzioni sono evidentemente influenzate dallo stigma sulla natura emblematica di Ulp. 36 *ad ed. D. 27.3.1 pr.*, cioè il testo fondamentale del *Corpus Iuris* in tema di responsabilità del tutore. Tenuto conto dei mutamenti di sensibilità esegetica che hanno segnato la storia degli studi successiva ai lavori dedicati al tema dai due autori, il problema merita di essere riconsiderato mettendo momentaneamente da canto la pregiudiziale sulla genuinità di questo passo.

Se si esamina la questione dalla prospettiva interna al commentario ulpiano al titolo edittole *De tutelis* entro la quale si muove questa ricerca, i testi su cui fermare l'attenzione, perché vi s'incontra il termine "*periculum*" riferito al tutore o alla tutela, sono i seguenti: D. 26.7.1.1, h.t. 3.2 e 8, h.t. 5.10⁷. A esclusione di D. 26.7.3.2, il De Robertis adduce tutti questi passi tra le "testimonianze più significative" a dimostrazione della sua tesi sull'accezione classica di "*periculum*" quale criterio di responsabilità del tutore⁸. Indagandone il significato dal punto di vista della dicotomia rischio / responsabilità delineata dallo studioso barese, dai citati luoghi ulpianeî vengono però indicazioni contraddittorie, che parrebbero puntare verso entrambi i poli.

⁵ Su tutto ciò LAURIA, *Periculum tutoris cit.*, 285 ss. Per una sintesi dell'opinione di questo A. vd. anche SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum cit.*, 96 ss.

⁶ Cfr. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano cit.*, 74 ss. Le tesi dell'A. sono ampiamente compendiate e in parte accettate da SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum cit.*, 102 ss.

⁷ In D. 26.7.7.1 l'espressione "[*tutor*] *suum periculum facit*" si riferisce all'assunzione del rischio di perimento delle cose deperibili.

⁸ DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano cit.*, 74.

In D. 26.7.1.1 (*supra*, fr. 1), la traduzione più adeguata del nostro termine è infatti “rischio”: il tutore che s’astiene dalla gestione senza allegare un’*excusatio* - dice il giurista severiano - lo fa “*suo periculo*”, cioè a suo rischio. In D. 26.7.3.8 (*supra*, fr. 13), al contrario, il significato di “responsabilità” è più calzante: per evitare d’essere chiamati in causa in ragione d’una responsabilità altrui (“*alienum periculum*”), i contutori potevano chiedere di amministrare congiuntamente. Di nuovo il significato di rischio sembra il più idoneo nella traduzione di D. 26.7.5.10: il tutore si assumeva il rischio della tutela non appena fosse venuto a conoscenza della designazione.

Se dunque si ammette, come fa il De Robertis, che «gli accenni relativi al *periculum* vanno riferiti al fondo classico dei singoli testi»⁹, se ne deve concludere che il campo semantico del “*periculum*” ricomprendeva entrambe le accezioni già in età classica. L’inconveniente di quest’impostazione è insomma quello di risolvere la difficoltà in una ricerca del traduttore corretto, laddove sia “rischio” che “responsabilità” possono in vero riferirsi tanto al piano del fatto quanto a quello della colpevolezza: il problema si sposterebbe perciò sull’ambiguità della traduzione.

Se però si allarga lo sguardo dai singoli testi al complesso del commento ulpiano a *EP* § 121 *De administratione tutorum* e a *EP* § 124 *Arbitrium tutelae* (Ulp. 35-36 *ad ed.*), il quadro che ne emerge sembra essere di per sé strutturalmente coerente, senza che ci sia il bisogno di ricorrere alla via dell’interpolazione. Il “*periculum tutelae / cessationis*” si può intendere alla stregua di criterio d’imputazione soggettiva del fatto (cioè la *gestio* o la *cessatio*)¹⁰, lasciando al dolo, alla *culpa* e alla *diligentia quam suis*, anche nell’ottica

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano cit.*, 76, seguendo J. VAZNY, *Un esempio dello svolgimento dottrinale classico: la responsabilità del tutore*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano, Roma, 22-29 aprile 1933*, 2, 1933, 533-535, nota che «le singole fattispecie di responsabilità del tutore appaiono per lo più formulate obiettivamente sulla base del semplice nesso causale». L’A. adduce a esempio, tra gli altri, gli incisi contenuti in alcuni passi di Ulpiano, tutti tratti dal XXXV libro *ad edictum*: D. 26.7.7.2 (“*si male contraxerit*”); D. 26.10.3.13 (“*si res vetitas sine decreto distraxerit*”); D. 26.7.7 pr. (“*si inventarium non fecerit*”); D. 26.7.7.7 (“*si non fiat depositio pecuniae vel quanto tardius fiat*”); D. 26.7.7.1 (“*si cessaverit in distractione earum rerum quae tempore depereunt*”). A un livello generale è da notare che Ulpiano può aver formulato ciascuna fattispecie in termini obiettivi, perché in altro luogo dell’opera (e cioè proprio in apertura del commento specifico all’*arbitrium tutelae*) aveva espresso, una volta per tutte, il normale criterio soggettivo d’imputazione della colpevolezza. Quanto poi ai singoli testi, è ancora da osservare che in D. 26.10.3.13 il giurista non si sta occupando della responsabilità del tutore nell’*actio tutelae*, ma della sua remozione nel procedimento di *accusatio suspecti*: se ne può argomentare – il rilievo è banale - che il *periculum tutelae* doveva intendersi anche come rischio per il tutore d’esporsi all’*accusatio*, ma la fattispecie discussa da Ulpiano in questo passo, dato il contesto in cui si colloca, esula dal problema della responsabilità nel *iudicium tutelae*, per come il De Robertis lo ha posto. In D. 26.7.7 pr. una connotazione della responsabilità in termini subiettivi invece esiste: è la presunzione di dolo che si legge in apertura del passo («*Tutor, qui repertorium non fecit [...] dolo fecisse*

originaria di Ulpiano, la funzione di criterio d'imputazione della colpevolezza¹¹. Certo questi rilievi non fugherebbero direttamente i dubbi sulla genuinità di D. 27.3.1 pr. Ma se per Ulpiano il tutore fosse stato oggettivamente responsabile sol che si fosse provato il nesso causale tra fatto e danno, non si spiegherebbe allora la presunzione che si legge in Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.7 pr.¹²: nel caso in cui il tutore avesse omesso la redazione dell'inventario, dice il giurista, si riteneva che egli si fosse comportato dolosamente, salvo che non avesse fornito la prova liberatoria in merito alla causa che gli aveva impedito di adempiere a quell'obbligo. E in un orizzonte di pensiero soggettivamente orientato non desta nemmeno sorpresa il riferimento alla "*neclegentia*" in D. 26.7.7.2.

Valorizzando il pensiero dell'autore nel suo complesso e la logica interna all'opera dalla quale provengono i singoli escerti, la conclusione che i commissari di Giustiniano abbiano operato un intervento manipolatorio sulla sostanza dei testi ulpiane vertenti sui criteri di responsabilità del tutore non sembra pertanto obbligata.

5. Torniamo ora alla questione del rapporto tra il § 10 e i precedenti §§ 1-9 di D. 26.7.5 per riannodare i fili dell'analisi e provare, in conclusione, a formulare un'ipotesi su quale fosse il tema portante dell'intero L. 1002.

Come sappiamo, nella *Palingenesia* Lenel aveva rinunciato a indicare quale fosse l'eventuale fonte normativa commentata da Ulpiano ai frr. nn. 1001-1004. In L. 1000 si chiudeva la trattazione specifica di *EP* § 121, la cui rubrica il grande studioso dava per certo fosse *De administratione tutorum*. La rubrica in questione non avrebbe fatto dunque cenno all'elemento del *periculum*, a differenza di quelle quasi omologhe del Digesto (D. 26.7) e del Codice (C. 5.37).

E proprio il *periculum tutelae*, che compare – o meglio “riappare” – esplicitamente solo nell'ultimo § di L. 1002, getta una luce retrospettiva sull'unitarietà dell'intero frammento.

videtur»). Che tale presunzione - insieme al criterio soggettivo che ne è implicato - si debba ricondurre al tempo di Ulpiano parrebbe confermato da Gord. C. 5.53.4 e Diocl. – Maxim. C. 5.53.5: su questo aspetto si veda PELLECCHI, *Tra processo e diritto materiale* cit., 407 s. e nt. 171.

¹¹ Muovendo dalla correlazione tra la *cessatio* (cioè il fatto oggettivo) e la possibilità di allegare un'*excusatio*, così come traspare dalla formulazione di D. 26.7.1.1, si potrebbe poi sostenere che le *excusationes*, come ogni causa di giustificazione, operavano sul piano del fatto, escludendone l'antigiuridicità e precludendo di conseguenza l'accertamento sulla responsabilità soggettiva del tutore. Al contrario il De Robertis, *La responsabilità del tutore nel diritto romano* cit., 74, riconduce all'elemento soggettivo di fattispecie l'indagine sulla scusabilità del comportamento, ravvisando in ciò la presenza nel diritto classico di tratti preparatori al più tardo indirizzo subiettivo in ordine al criterio di responsabilità del tutore.

¹² Sugli argomenti a sostegno della verosimile genuinità della presunzione contenuta in D. 26.7.7 pr. cfr. appena sopra alla nt. 10.

Il *periculum* – ribadisce Ulpiano al § 10 – gravava sul tutore dal momento in cui egli aveva contezza dell’incarico: si tratta d’un principio generale che si sostanzia in ciascuna delle fattispecie esaminate ai §§ 1-9. Entro questi ultimi passi si individuano tre blocchi di testo internamente omogenei. Il primo corrisponde ai §§ 1-3, e insiste sul discrimine tra *gestio* e *cessatio*, quindi tra assunzione dell’incarico gestorio e astensione dall’amministrazione. Compiendo anche un singolo atto di disposizione sul patrimonio del pupillo, il tutore era da considerarsi gerente, e come tale poteva essere convenuto con l’*actio tutelae* (§ 1): ciò perché la *demonstratio* della relativa formula – lo s’è ripetuto più volte – presupponeva l’avvenuta gestione. Dunque il *periculum tutelae* era anzitutto quello che il tutore incorresse in responsabilità in tale *iudicium*: responsabilità dalla quale non si sarebbe sottratto astenendosi dalla gestione, atteso che contro il *tutor cessans* l’azione era adattata in via utile. Il tutore non avrebbe evitato il giudizio di responsabilità nemmeno demandando ad altri la gestione: in tal caso lo si sarebbe potuto convenire con l’*actio tutelae*, pura o *utilis* a seconda che il mandatario avesse effettivamente gerito oppure no (§ 3). Ma il *periculum tutelae* poteva consistere anche nell’esposizione all’*accusatio suspecti*, se il tutore avesse abbandonato la gestione che aveva iniziato (§ 2).

Il secondo blocco concettuale è costituito dai §§ 5-6, nei quali l’autore esprime la propria opinione nel dibattito giurisprudenziale che probabilmente verteva sull’individuazione del rimedio giudiziale con cui far valere la responsabilità di tutori e curatori per specifici adempimenti che si collocavano oltre il margine temporale ultimo della gestione. I tutori avevano infatti l’obbligo – sancito in costituzioni - di avvertire il pupillo, una volta che questi avesse raggiunto la pubertà, della facoltà di chiedere per sé i curatori (§ 5); I curatori erano tenuti – forse sempre in forza di provvedimenti normativi imperiali - a proseguire, anche dopo che il minore avesse compiuto i venticinque anni, l’assistenza giudiziale prestata nelle liti intentate dal minore stesso su loro decisione (§ 6). Nonostante gli adempimenti descritti avessero luogo quando la tutela e la cura dovevano a rigore ritenersi già concluse, il giurista reputava esperibile in entrambi i casi il normale giudizio di rendiconto della gestione, cioè rispettivamente l’*actio tutelae* e l’*actio negotiorum gestorum*: il *periculum tutelae* riguardava dunque anche questi obblighi.

Il terzo blocco concettuale comprende infine i §§ 7-9, da cui emerge il principio per cui la volontà testamentaria del padre del pupillo non poteva modellare un regime di responsabilità dei tutori diverso da quello che il *ius publicum* aveva imperativamente stabilito. Sarebbe perciò stata inefficace una liberazione anticipata dall’obbligo di rendiconto (§ 7), anche nel caso in cui il padre avesse voluto affidare le decisioni sulla gestione tutelare alla madre dei suoi figli (§ 8): né sarebbero stati vincolanti, sempre in ragione del *periculum*

tutela, i divieti di alienare i beni pupillari che il padre avesse imposto ai tutori, quasi avocando preventivamente a sé l'amministrazione della tutela.

Almeno in parte esorbitante dalle tre sequenze individuate è invece il § 4, in cui Ulpiano precisa che il tutore era tenuto nell'azione di rendiconto anche per il debito da lui in precedenza contratto con il padre del pupillo. In quanto debitore e al contempo gestore del patrimonio pupillare, egli aveva quindi l'obbligo di adempiere a se stesso, e tale obbligo rientrava nel perimetro della *gestio*. Se si vuole, in questo passo convivono tratti riconducibili tanto al primo blocco tematico (determinazione dei confini della gestione), quanto al secondo (indicazione del rimedio giudiziale attivabile in un caso particolare). Ma la singolarità della fattispecie rende difficile attrarre senza eccedenze il passo all'una o all'altra sequenza: s'era detto a suo luogo (*supra*, fr. 19) che tale eccentricità forse si spiega con la selezione operata dai commissari di Giustiniano, per effetto della quale il § 4 emerge isolato rispetto alla coerenza interna dei §§ 1-3 da un lato e 5-6 dall'altro. Resta fermo, però, che anche questo testo rientra nello schema del *periculum tutela* nel quale s'inscrive l'intero frammento.

Epilogo.

Esposizione e argomentazione nella scrittura di Ulpiano.

1. Giunti al termine del percorso, possiamo tentare ora di svolgere qualche considerazione di sintesi a proposito delle tecniche argomentative adottate da Ulpiano nella porzione esaminata del suo commentario. In queste righe passeremo brevemente in rassegna le caratteristiche del suo discorso (l'impianto analitico o dialettico, gli approfondimenti e gli *excursus* su un singolo tema, l'insistente richiamo al dibattito fra i giuristi), da cui emergono nel complesso uno stile dell'argomentazione di tipo induttivo, e un approccio esegetico alla disciplina oggetto del commento. Com'è ovvio, nel fare queste considerazioni va sempre tenuto presente che ciò di cui si tratta non è una porzione dell'*ad edictum* nella sua completezza, ma l'immagine che di essa offre lo sguardo selettivo dei Compilatori.

Fermo restando questo *caveat*, l'aspetto più evidente dei testi analizzati consiste nel fatto che gli argomenti sono presentati alternativamente per consonanza tematica o per coppie di opposti. Parrebbe anzi che ognuna delle due simmetriche strategie discorsive connoti una parte precisa del commentario. Lo squarcio in cui si fa più evidente il procedimento per antitesi è quello dedicato alla disamina dell'editto *De administratione tutorum* (L. 994-1000), che è oltretutto il più esteso nella porzione considerata di Ulp. 35 *ad ed.* Nei luoghi estranei a tale disamina (L. 992-993, 1001-1002) prevale invece il procedimento per aggregazione di casi affini.

2. Quanto al commento a *EP* § 121, è significativo che il procedimento per antitesi governi entrambi i livelli della struttura su cui si regge il relativo blocco di testo: quello (interno) del commento alle singole disposizioni edittali, e quello (esterno) del rapporto tra tali commenti.

[a] L'organizzazione per antitesi del livello esterno si coglie bene nel confronto tra il § 1 e i §§ 6-7 di D. 26.7.3. Il primo recita:

Si parens vel pater qui in potestate habet destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putavit et rell.

Ai §§ 6-7 si legge:

Apparet igitur praetori curae fuisse, ne tutela per plures administraretur, quippe etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administraretur. [...] [7] si non erit a testatore electus tutor aut gerere nolet, tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit et rell.

Dalle parole di Ulpiano risulta dunque che a porsi in antitesi fossero anzitutto le due regole contenute nella seconda clausola di *EP* § 121, nel senso che l'applicazione della seconda si sarebbe data quando non si fosse verificato il presupposto obiettivo della prima. E' insomma la struttura stessa dell'editto a determinare quella del commentario. S'aggiunga oltretutto che il medesimo rapporto antitetico (o di sussidiarietà) insisteva tra la prima e la seconda clausola di *EP* § 121: se nessuno dei contutori testamentari si fosse offerto di prestare la *satisfatio* 'rem pupilli salvam fore' secondo il meccanismo della *provocatio*, si sarebbe guardato alla designazione paterna del gerente. Ciò che non emerge dalla porzione escerpita di Ulp. 35 *ad ed.*, ma è affermato in I. 1.24.1:

quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet et rell.

[b] Il livello interno della struttura - quello del commento alle singole disposizioni edittali - è costantemente imperniato su uno schema espositivo regola – eccezione. I commenti al primo e al terzo criterio hanno anzi un andamento compiutamente dialettico.

L'analisi della prima clausola pretoria è presentata in D. 26.2.17 (*supra*, fr. 5-6). La tesi è esposta al § *pr.*: il tutore che si fosse offerto di garantire per l'integrità del patrimonio pupillare avrebbe ottenuto dal pretore l'affidamento della gestione, in base al meccanismo della *provocatio ad satisfactionem*. L'antitesi segue al § 1: il tutore inadatto non avrebbe potuto gerire nemmeno se avesse offerto la *satisfatio*. La sintesi è tratta al § 2: al magistrato spettava accertare, tramite una duplice *causae cognitio*, la levatura morale e l'idoneità patrimoniale tanto del tutore offerente quanto dei contutori non offerenti.

Il terzo criterio è commentato invece in D. 26.7.3.7-9 (*supra*, fr. 12-13). La tesi è esposta al § 7: in mancanza della destinazione per testamento, l'Editto prevedeva che il gerente fosse scelto con una decisione a maggioranza dei contutori. Ancora al § 7 segue l'antitesi: se i contutori non avessero trovato un accordo, sarebbe stato compito del pretore risolvere lo stallo e designare il gerente. La sintesi è tratta ai §§ 8-9: i contutori avevano il diritto d'opporvi alla scelta del pretore, a patto però di partecipare tutti alla gestione, secondo il regime della tutela indivisa (§ 8) o della tutela divisa (§ 9).

Parzialmente diverso è lo schema del commento al secondo criterio esposto in *EP* § 121 (D. 26.7.3 §§ 1, 3-4). Anche in questo caso l'esposizione è scandita al fondo dal rapporto fra regola ed eccezione. Il § 1 enuncia la norma edittale, ossia la tesi: se il soggetto (padre o ascendente) che aveva l'impubere in potestà avesse indicato nel testamento quale dei tutori da lui nominati doveva gerire, a costui il pretore avrebbe affidato l'amministrazione. Al § 3 segue l'eccezione, ossia l'antitesi: se la scelta del *pater* si fosse rivelata poco avveduta, o se il tutore fosse risultato inidoneo, il pretore non si sarebbe dovuto attenere alla designazione testamentaria del gerente. La discussione del § 3 attrae per affinità tematica quella del § 4: se il *pater* avesse dato all'impubere un solo tutore, e se le circostanze del caso concreto l'avessero richiesto, il magistrato avrebbe potuto aggiungere d'ufficio dei curatori. Si potrebbe pensare a quest'ultima fattispecie come alla sintesi delle due precedenti: a differenza del § 3, infatti, qui la *voluntas patris* non risulta del tutto obliterata, atteso che il tutore dato per testamento avrebbe gerito, ma sarebbe stata integrata dalla determinazione officiosa del magistrato. Il tenore letterale del § 4 impone però un'interpretazione diversa. Il passo termina infatti con la frase «*nec patris secuti sunt voluntatem*»: al netto dell'imperfezione testuale (la chiusa è in anacoluta rispetto alla proposizione cui si coordina), resta il fatto che nella versione tradita del pensiero di Ulpiano, l'aggiunta dei curatori all'unico tutore testamentario doveva considerarsi un caso in cui la volontà paterna era disattesa. Il brano mostra perciò che per "volontà paterna" doveva intendersi quella che gerisse solo il tutore nominato nel testamento. Data quest'accezione restrittiva del concetto di "*voluntas patris*", la fattispecie del § 4 non compone dialetticamente la regola del § 1 e l'eccezione del § 3, ma costituisce anch'essa un'eccezione.

Sempre restando nell'ambito del commento a *EP* § 121, Un altro esempio di esposizione per coppie di opposti è nella sequenza dei §§ 1-2 di D. 26.7.3 (*supra*, fr. 10). Il § 1 enuncia la regola edittale che dava cogenza alla designazione testamentaria del tutore gerente; il § 2 tratta per contrasto dei tutori onorari, ossia quei tutori che lo stesso testatore aveva nominato, senza tuttavia destinarli alla gestione.

Per concludere sul commento all'*Edictum De administratione tutorum*, si noti ancora che sull'antitesi si fonda pure la definizione dei tutori legittimi in D. 26.4.5 pr.:

Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores.

La fonte della chiamata alla tutela opponeva dunque i legittimi agli altri tutori di cui Ulpiano aveva trattato fino a quel punto del suo commentario, ossia i tutori testamentari (cui l'editto s'applicava direttamente) e i tutori *ex inquisitione dati* (cui esso s'applicava per analogia): gli uni e gli altri erano infatti nominati all'ufficio con una *datio* in senso tecnico,

cioè una designazione individuale ad opera rispettivamente del testatore e dei magistrati superiori, e non con una delazione per classi di soggetti (*agnatus proximus, gentiles*), com'era nella Legge delle Dodici Tavole. Per somiglianza è invece l'accostamento dei tutori legittimi e dei tutori municipali nella discussione in D. 26.4.5.2-4: l'elemento d'identità è costituito dalla posizione delle due categorie di tutori rispetto alla prestazione della *satisfatio 'rem pupilli salvam fore'*, obbligatoria per entrambe (*supra*, fr. 15).

3. Come s'è anticipato, nei luoghi estranei al commento di EP § 121 *l'esposizione* risulta invece prevalentemente organizzata per aggregazione di casi accomunati da un unico problema di fondo. S'è già riflettuto in questo senso sull'aspetto complessivo di L. 1002 = D. 26.7.5.1-10 (*supra*, fr. 22 nr. 5): i §§ 1-3 vertono sui confini tra la *gestio* e la *cessatio*, i §§ 5-6 sull'azione con cui far valere l'inadempimento di obblighi che si collocavano oltre il margine temporale estremo della gestione, i §§ 7-9 sugli effetti della volontà del testatore rispetto al regime di responsabilità dei tutori. Ma questa partizione interna è a sua volta ricomposta, su un piano strutturale superiore, dal tema generale, comune a tutti e tre i blocchi, del *periculum* che gravava sul tutore dal momento dell'assunzione della *gestio*, o dell'ingiustificata astensione da essa. Anche il frammento paligenetico n. 1002 rivela dunque una struttura articolata su due livelli, che procede da genere a specie: al livello interno i casi affrontati sono ordinati per prossimità tematica, al livello esterno si pone la categoria generale e unificante del *periculum tutoris*.

Una costruzione del discorso fatta per aggregazione di temi consonanti, presentati però attraverso prospettive espositive speculari, s'incontra invece all'altezza di D. 26.7.1.2-4 (*supra*, fr. 2). Al § 2 Ulpiano discute gli obblighi dei tutori circa l'assunzione della *defensio* del pupillo convenuto in giudizio, al §3 quelli analoghi dei curatori nei confronti dei minori che si fossero trovati nella stessa posizione, al § 4 quelli dei tutori e dei curatori nell'esercizio delle azioni spettanti ai pupilli e ai minori. I §§ 2 e 3 sono perciò identici per oggetto (assunzione della *defensio*), e affini per soggetto (rispettivamente tutori e curatori). Si osservi però che all'identità oggettiva corrisponde la specularità del punto di vista. Al § 2 Ulpiano scrive:

licentia igitur erit, utrum malint ipsi [scil. tutores] suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur».

Al § 3 la struttura della frase è la stessa, e lo stesso è pure il contenuto sostanziale, ma è opposta la prospettiva:

In causis autem adulatorum licentia erit agentibus vel ipsum adultum praesentem in iudicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur, vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat.

il § 4 è identico per soggetto ai §§ 2 e 3 (*tutori e curatoribus*), e speculare per oggetto (esercizio delle azioni):

Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus etiam debitores pupillorum vel adulatorum ex persona sua prospectu officii in iudicium vocare vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum.

4. A una disposizione tanto sorvegliata della materia corrisponde, dal punto di vista stilistico, un impiego ugualmente attento dei nessi sintattici, a marcare gli snodi dell'argomentazione. Bastano a mostrarlo pochi esempi particolarmente istruttivi. L'andamento dialettico del commento in D. 26.2.17 è perfettamente scandito dal succedersi delle congiunzioni che collegano ciascun § al precedente. Al § *pr.* Ulpiano afferma:

cum quis offert satisfactionem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cavetur.

Al § 1 l'antitesi è introdotta da "*autem*" in funzione avversativa:

Non omnimodo autem is qui satisdet praeferendus est: quid enim si suspecta persona sit vel turpis, cui tutela committi nec cum satisfactione debeat? et rell.

La soluzione all'elemento di tensione introdotto al § 1 è proposta al § 2, ed è segnalata dalla conclusiva "*igitur*":

Duplex igitur causae cognitio est, una ex persona eius qui optulerit satisfactionem [...] alia contutorum et rell.

Ancora più interessante la sequenza in D. 26.7.3.1-3. Come s'è detto, ai §§ 2-3 l'argomentazione si biforca dal § 1. In quest'ultimo § leggiamo:

Si parens vel pater qui in potestate habet destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putavit.

Il § 2 esordisce così:

Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus.

L'uso di "igitur" fa risaltare la consequenzialità della trattazione, pur nel rovesciamento della prospettiva (la posizione dei tutori onorari era speculare a quella del gerente designato nel testamento). In esordio del § 3 Ulpiano invece scrive:

Quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegavit, attamen nonnumquam ab hoc recedet et rell.

Si era notato *supra*, fr. 11 nr. 1, che qui la congiunzione "autem" serve a istituire, per contrasto, un nesso non con il § 2 immediatamente precedente, ma con il § 1, di cui il § 3 è la negazione.

Come ultimo esempio si vedano i §§ 1-3 di D. 26.7.5:

Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit etiamsi modicum [...] [2] Quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit, etiam suspecti postulatio succedit. [3] Quod si quis tutelam mandaverit gerendam gestaue fuerit ab eo cui mandatum est, locus erit tutelae actioni: videtur enim gessisse qui per alium gessit. quod si non accessit is cui mandatum est, utili actioni convenitur.

L'anafora del nesso "quod si" fa limpidamente risaltare che l'intera discussione discende dalla *regula* enunciata in esordio del § 1 («*Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit*»), dalla quale dipendono anche i due casi presentati al § 3 e risolti in base al principio «*videtur gessisse qui per alium gessit*».

5. Un altro stilema ricorrente è rappresentato dalle frasi con funzione riassertiva o riepilogativa, che conferiscono andamento circolare alla trattazione. Esse sono sovente formulate con "ut" e il congiuntivo, ciò che ne mette in evidenza la consecutività con l'esposizione che concludono. Ad esempio si leggano, confrontandole con la parte restante dei rispettivi passi:

- «*ut qui contentus est magis satis accipere quam gerere, securus esset*» (D. 26.2.17 pr.);

- «*ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire*» (D. 26.2.17.1, riassertiva altresì del contenuto del § 1);

- «*ut, si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret*» (D. 26.7.3.1);

- «*ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfactionem*» (D. 26.4.5.1);

- «*quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio*» (D. 26.4.5.2).

In D. 26.7.3.2, la frase riepilogativa costituisce invece un periodo a sé stante:

blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri: tenentur enim secundum ea quae supra ostendimus.

6. Un ultimo elemento ricorrente vale ancora la pena notare. Quando Ulpiano dà notizia dell'esistenza di una *dissensio* tra i giuristi, quasi sempre la sua prosa evoca la forma dialogica. Nel rispondere a un interrogativo talvolta implicito, ma più spesso formulato espressamente, il giurista utilizza stilemi (“*et magis est*”; “*magis puto*”) che enunciano il suo personale punto di vista.

D. 26.4.5.1: *Sed etiam hos cogi satisfacere certum est, in tantum ut etiam patronum et patroni filium ceterosque liberos eius cogi rem salvam fore satisfacere plerisque videatur. sed hoc causa cognita praetorem statuere debere melius est, utrum debeat satisfacere patronus liberique eius an non.*

D. 26.4.5.3: *An ergo et provocare se invicem secundum superiorem clausulam possint? et magis est, ut [...] posse dici etiam in his, quo casu cautum non est, admittendam provocationem.*

D. 26.4.5.4: *An ergo et in patronis idem sit dicendum, maxime ubi cessat satisfactio? et puto in patronis non oportere admitti provocationem nisi ex magna causa, ne quis spem successionis deminuat.*

D. 26.7.5.5: *Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret [...] an tutelae iudicio teneatur? et magis puto sufficere tutelae iudicium, quasi conexum sit hoc tutelae officio, quamvis post pubertatem admittatur.*

D. 26.7.5.6: *si igitur [curatores] cessent in his quae constituta sunt faciendis, magis puto sufficere negotiorum gestorum iudicium etiam si iam actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est.*

Questo costante alludere al dialogo potrebbe far pensare che nei passi originali Ulpiano misurasse la propria posizione nel contraddittorio con l'orientamento avversato, come accade in alcuni luoghi di tradizione esterna al Digesto (ad es. Ulp. 18 *ad ed.* Coll. 12.7.10, e i frammenti dell'*ad Sabinum* conservati in *Vat. Fr.* 75-76), e che i Compilatori, nell'accogliere l'opinione del giurista di Tiro, abbiano soppresso la discussione.

INDICE DELLE FONTI

CICERO, <i>De legibus</i>		5.37.28	20 nt. 4
2.18	158 nt. 11	5.37.28.3	21 nt. 10
		5.39	35 nt. 10
		5.40.1	20 nt. 4
CODEX IUSTINIANUS		5.42.3-4	134
1.4.27.1	152 nt. 42	5.42.3	125 (testo e nt. 18);
1.17.2.24	95 nt. 2	5.42.3 pr.	39 nt. 5; 126
2.12.11 pr.	84 nt. 15	5.42.3.2	125 nt. 19
2.18(19).2	167 nt. 6	5.42.4	41 nt. 10; 55 (testo e nt. 2); 57 nt. 7; 58; 125 (testo e nt. 18); 126
2.18(19).4	166 nt. 3	5.46.2	193 nt. 28; 194 nt. 33
2.18(19).8	180 nt. 20	5.51.9	193 nt. 28
2.41.2 pr.	46 nt. 2	5.53.4	204 nt. 10
3.6.1	21 nt. 5	5.53.5	204 nt. 10
3.6.2	21 nt. 5; 26 nt. 26	5.54.2	74 nt. 29
3.8.2	95 nt. 1	5.55	109 nt. 5; 168 nt. 9
3.22.1	95 nt. 1	5.55.1	109 nt. 5
5.28.2	33 nt. 2	5.56.2	109 nt. 5
4.6.5	95 nt. 1	5.59.5	97 nt. 4
4.29.6 pr.	192 nt. 28	5.60.1	86 nt. 18
5.28.8	35 nt. 7	5.61.2	84 nt. 15
5.29.22	35 nt. 9	5.62	113
5.34.4	34 nt. 5	5.62.2	113 (testo e nt. 15)
5.34.10	84 nt. 15	5.62.5	83 nt. 12;
5.35.1	191 nt. 24	5.62.6 pr.	16 nt. 23; 200 nt. 2
5.35.2	191 nt. 24	5.62.11	85 (testo e nt. 16); 113
5.36.3	84 (testo e nt. 14); 85 (testo e nt. 16)	5.62.16	16 nt. 26
5.37	204	5.63.3	114 nt. 17
5.37.4	160 nt. 21	5.70.7.5	153 nt. 42
5.37.22	195	5.70.7.6	56 nt. 4
5.37.22 pr.	195; 196 nt. 37	5.75	123 nt. 6
5.37.24	160 nt. 20	5.75.5	123 nt. 7

6.24.7	95 nt. 1
6.40.3.1	152 nt. 42
6.46.9.1a	152 nt. 42
8.37.10	143 nt. 29
8.37.14.2	143 nt. 29
8.50.8	95 nt. 1
11.68.1	15 nt. 19

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET
ROMANARUM

12.7.10	214
16.7.2	66 nt. 11

CONSTITUTIO OMNEM

10	95 nt. 1
----	----------

CONSTITUTIO. SUMMA REI PUBLICAE

169 (testo e nt. 10)

CONSTITUTIO TANTA

24	95 nt. 2
----	----------

CODEX THEODOSIANUS

2.19.1 <i>interpr.</i>	46 nt. 2
3.17.4	191 nt. 24
3.30.3	195
3.30.6	160 nt. 20
4.4.1	33 nt. 1
4.4.1 <i>interpr.</i>	33 nt. 1
16.8.22	138 nt. 15

DIGESTA IUSTINANI

1.12.1.7	46 nt. 3
2.1.4	137 nt. 10
2.8.1	38 nt. 1
2.8.2.2-3	36 nt. 12
2.8.7.1	40 nt. 8
2.10.1 pr.	66 nt. 11
2.11.4 pr.	36 nt. 12
2.13.6.5	167 nt. 7
2.13.7 pr.	183 nt. 2
2.14.38	188
3.1.1.6	36 nt. 12
3.1.3 pr.	89 nt. 23; 99 (testo e nt. 10); 102; 104 nt. 20
3.2.2 pr.	36 nt. 12
3.3.8.1	36 nt. 12
3.3.39.4	152 nt. 42
3.3.39.5	89 (testo e nt. 24)
3.3.43.3	175 nt. 1
3.3.54.1	20 nt. 4
3.4.7 pr.	66 nt. 11
3.5.3.2	176 nt. 7
3.5.3.10	176 nt. 6
3.5.5.2	166 nt. 6
3.5.30[31].2	193 (testo e nt. 30)
3.5.33	193 nt. 31
4.4.29.1	87 nt. 20
4.6.38.1	146 (testo e nt. 33)
4.9.1.2	36 nt. 12
5.1.15.1	167 nt. 7
5.3.5 pr.	31 nt. 6
5.3.16 pr.	89 (testo e nt. 24)
5.3.17	151 nt. 42
6.1.38	158 (testo e nt. 10)
7.1.60.1	146 nt. 32

7.6.5.4	146 (testo e nt. 34)	26.1.16 pr.	191 nt. 24
8.5.6.3	137 nt. 10	26.1.18	191 nt. 24
9.3.5.9	36 nt. 12	26.2.1 pr.-2	65 nt. 8
9.4.29	66 nt. 10	26.2.1 pr.	34 nt. 4; 64 nt. 4
11.1.9 pr.-1	36 nt. 12	26.2.1.1	64 nt. 5
11.2.2	47 nt. 3	26.2.3	13; 33; 35-38; 54; 59; 83 nt. 10
11.6.1.2	36 nt. 12	26.2.3 pr.	33; 34
11.7.2.1	36 nt. 14	26.2.3.1	34; 59; 71 nt. 22
11.7.42	183 nt. 2	26.2.4	57 nt. 7; 80 nt. 4; 81; 82 nt. 8
12.3.8	22 nt. 15	26.2.9	35 nt. 8
13.7.1.2	138 nt. 11	26.2.10	35 nt. 8
16.1.2.1	192 nt. 26	26.2.10.2	71 nt. 22
16.1.8.1	192 (testo e nt. 27)	26.2.17	37; 38; 49; 50; 101 nt. 17; 105; 126; 208; 211
16.3.1.7	187 nt. 14	26.2.17 pr.-1:	99 nt. 12
16.3.1.22	89 (testo e nt. 24)	26.2.17 pr:	7; 36; 37; 38; 40; 41 nt. 10; 42; 43; 48; 49; 62; 68; 69; 93; 100 nt. 14; 116 nt. 3; 129 nt. 26; 146 nt. 32; 208; 211; 212
16.3.28	95 nt. 1	26.2.17.1-2	42; 43; 45; 48 (testo e nt. 5); 117
17.2.3.3	185 nt. 8	26.2.17.1	37; 46; 47; 48; 62; 77; 83 nt. 10; 101; 208; 211; 213
18.4.2.12	89 nt. 24	26.2.17.2	47; 77; 101; 120; 208; 211; 213
20.6.8.12	138 nt. 11	26.2.18	42 (testo e nt. 15); 43; 46 nt. 3; 50
20.6.8.17	138 nt. 11	26.2.19 pr.	7; 37; 40; 49; 52
21.1.4.5	89 nt. 24	26.2.19.1	14; 36; 41 nt. 10; 52; 53; 54; 56; 59; 63 nt. 3; 98 nt. 6; 99 (testo e nt. 12); 102; 104; 116 nt. 3; 126; 127 (testo e
23.2.59	70 nt. 18		
23.2.60.2	69 nt. 16; 70 (testo e nt. 19)		
23.2.60.3	166 nt. 4; 167		
24.2.11 pr.	146 (testo e nt. 35)		
24.2.11.1	146 (testo e nt. 35)		
24.2.11.2	146 nt. 35		
24.3.22.6	46 nt. 2		
25.3.1.1-2	36 nt. 12		
25.6.1.6-7	167 nt. 7		
26.1	5 nt. 18;		
26.1.1	20 nt. 1;		
26.1.1 pr.	96		
26.1.1.2-3	34 nt. 5		
26.1.8	119 nt. 12		
26.1.9	46 nt. 3		

	nt. 22); 130 (testo e nt. 29); 131; 134; 148; 149	26.4.5.1	41 nt. 10; 48 nt. 5; 100 (testo e ntt. 13, 14); 116 nt. 3; 117 nt. 6; 121 nt. 2; 123; 125; 126; 129 nt. 27; 134; 152; 213
26.2.24	26 nt. 26		
26.2.26 pr.	191 nt. 24		
26.2.26.1	68 nt. 14; 69 nt. 16; 70; 71 nt. 20; 72; 73	26.4.5.2-4	56; 63 nt. 3; 134; 210
26.2.28.1	35 ntt. 7, 9	26.4.5.2-3	148; 149; 150; 151
26.2.34	33 nt. 2	26.4.5.2	14; 28 nt. 1; 31 nt. 7; 63 nt. 3; 99 (testo e nt. 8); 100; 116 nt. 3; 121; 122; 126; 127; 129 (testo e nt. 27); 130 (testo e nt. 28); 133; 134; 137; 150; 213
26.3	35 nt. 10		
26.3.1.1	11 nt. 4; 33 nt. 2; 34 ntt. 3, 4; 67 nt.13	26.4.5.3-4	40; 49 nt. 1; 121 nt. 2; 133; 134; 149
26.3.1.2	81 (testo e nt. 7)	26.4.5.3	7; 9; 122; 134; 135; 136; 137; 138; 139; 140; 141; 142; 145; 146 ntt. 31, 32; 147; 148; 149 (testo e ntt. 38-39); 150 (testo e nt. 40); 151; 152; 160; 213
26.3.2	57 nt. 7		
26.3.2 pr.	35 nt. 9		
26.3.3	39 nt. 4; 59 (testo e nt. 10); 71 nt. 22	26.4.5.4	133; 150; 152 (testo e nt. 42); 153; 213
26.3.6	57 nt. 7; 91 (testo e nt. 32)	26.4.5.5	133; 154 (testo e nt. 47); 171 nt. 5
26.3.7	57		
26.3.7 pr.	57 nt. 7	26.5.13 pr.-1	117 nt. 6; 119 nt. 13
26.3.7.1	58	26.5.13.1	119
26.3.8	78 (testo e nt. 1); 79 (testo e nt. 4); 80; 81; 82	26.5.13.2	48 nt. 5; 119 nt. 12
26.3.9	78	26.5.21.5	47 nt. 4
26.3.10	33 nt. 2; 35 nt. 9; 78 (testo e nt. 1); 79 (testo e nt. 2); 81	26.5.21.6	50 nt. 2
26.4.1	115 nt. 1	26.5.24	47 nt. 3
26.4.1.1	115 nt. 1	26.5.25	86 nt. 18
26.4.3.6-7	115 nt. 1	26.5.26	168 nt. 9
26.4.3.3.	115 nt. 1	26.6.2.2	47 nt. 3
26.4.5	122	26.6.4.1	47 nt. 3
26.4.5 pr.-4	37; 149	26.7	31; 204
26.4.5 pr.-1	115		
26.4.5 pr.	14; 37; 54; 83 nt. 10; 116 nt. 2; 209		
26.4.5.1-2	129 nt. 26		

26.7.1	95; 165	26.7.3.3	65 nt. 6; 76; 77; 79; 82 (testo e nt. 9); 83 nt. 10; 87; 90; 101 (testo e nt. 17); 107; 209; 212
26.7.1 pr.-1	10; 11; 20 nt. 1; 24; 95		
26.7.1 pr.	11; 12; 99 nt. 12; 100 nt. 14; 164		
26.7.1.1	13; 14; 16; 17; 23; 164; 198; 199; 200; 201; 202; 203; 204 nt. 11	26.7.3.4	82; 84; 85; 86 (testo e nt. 19); 87; 90; 91; 113; 114; 209
26.7.1.2-4	19; 20 nt. 1; 95; 178; 210	26.7.3.5	29 nt. 2; 75; 87; 89; 90; 91; 94; 113
26.7.1.2-3	25	26.7.3.6-7	93; 207
26.7.1.2	20; 23; 24; 96; 210	26.7.3.6	12 nt. 9; 20 nt. 4; 31 nt. 7; 65 nt. 9; 68; 83 nt. 10; 93- 95; 98; 99; 103 (testo e nt. 18); 132
26.7.1.3-4	25; 32; 91 nt. 30		
26.7.1.3	23; 24; 210	26.7.3.7-9	72; 105; 127; 129 nt. 26; 131; 208
26.7.1.4	24; 25; 26; 177 (testo e nt. 10); 210; 211	26.7.3.7	7; 12; 30; 62; 63; 83 nt. 10; 93; 96; 98; 99 (testo e nt. 12); 100; 101; 102; 103; 104 nt. 20); 106; 127; 130 nt. 28; 131; 208
26.7.2.1	23 nt. 14	26.7.3.8-9	105; 106; 107; 208
26.7.3	31; 63; 64	26.7.3.8	96; 99 nt. 12; 101; 102; 106- 107; 108; 110 (testo e nt. 6); 110; 111; 135; 202; 203; 208
26.7.3.1-9	63	26.7.3.9	63; 100 nt. 15; 111 (testo e nt. 10); 114; 156; 157 nt. 6; 208
26.7.3.1-4	105	26.7.4	111 nt. 10; 112 nt. 12; 156
26.7.3.1-3	211	26.7.5 pr.	100; 155; 156; 157; 163; 164; 168; 183
26.7.3.1-2	61; 72; 209	26.7.5.1-10:	157; 210
26.7.3 pr.	28; 31 (testo e ntt. 6, 7; 63; 90; 91 nt. 30; 127 nt. 21; 129; 130 (testo e nt. 28)	26.7.5.1-9	205
26.7.3.1	7; 12 (testo e nt. 9); 34 nt. 4; 62; 64; 65 nt. 9; 67; 68; 76; 79; 80; 83 nt. 10; 93; 94; 99 nt. 12; 106; 207; 209; 211; 212; 213	26.7.5.1-3	163; 167; 172; 205; 206; 210; 212
26.7.3.2-5	94		
26.7.3.2	8; 40 nt. 9; 69; 70 nt. 16; 72; 73; 83; 89; 90; 99 nt. 12; 108; 109 nt. 5; 202; 209; 212; 213		
26.7.3.3-6	65 nt. 8		
26.7.3.3-5	75		
26.7.3.3-4	67; 68; 209		

26.7.5.1	99 nt. 12; 100 nt. 14; 163; 164 (testo e nt. 1); 165; 167; 168; 201; 205; 212	26.7.7.3	100 nt. 14; 156; 157; 160 nt. 21
26.7.5.2	99 nt. 12; 163; 164 nt. 1; 165; 205	26.7.7.4	157
26.7.5.3	99 nt. 12; 164; 165; 167; 181; 189 nt. 20; 205; 212	26.7.7.5	171 nt. 2
26.7.5.4	99 nt. 12; 170 (testo e nt. 1); 172; 181; 206	26.7.7.7	157; 203 nt. 10
26.7.5.5-6	174; 178; 179 (testo e nt. 16); 180; 181; 199; 205; 206; 210	26.7.7.10	157
26.7.5.5	99 nt. 12; 175; 177; 178 nt. 15; 179; 181; 205; 213	26.7.7.13	91 nt. 30
26.7.5.6	90; 91 ntt. 28, 30; 177; 178 (testo e nt. 15); 179; 180 nt. 19; 180 nt. 21; 181; 190 nt. 23; 205; 214	26.7.7.14	100 nt. 14
26.7.5.7-9	182; 183; 194; 199; 205; 210	26.7.9.1	46 nt. 3
26.7.5.7	8; 28 nt. 1; 107 nt. 2; 183; 187-189; 190 (testo e nt. 22); 205	26.7.9.8	111 nt. 10; 144 nt. 30
26.7.5.8	99 nt. 12; 190; 192; 193; 205	26.7.13.1	84 nt. 15
26.7.5.9	188 nt. 16; 194; 195; 196; 197; 199	26.7.17	14 nt. 16;
26.7.5.10	8 (testo e nt. 26); 198; 199; 200 (testo e nt. 1); 201; 202; 203; 205	26.7.23	25 (testo e nt. 21)
26.7.7 pr.	183 (testo e nt. 3); 203 nt. 10; 204 (testo e nt. 12	26.7.24	84 nt. 15
26.7.7.1	195; 202 nt. 7; 203 nt. 10	26.7.24 pr.	84 nt. 15
26.7.7.2	203 nt. 10; 204	26.7.24.1	103 (testo e nt. 18);
26.7.7.3-4	159 nt. 14	26.7.30	20 nt. 1; 96
		26.7.32.7	84 nt. 15
		26.7.33	86 nt. 19
		26.7.33.1	178 nt. 13
		26.7.36	112 nt. 12; 132 nt. 30
		26.7.37.1	175 nt. 4; 180 nt. 21
		26.7.39.11	13 nt. 15; 98 nt. 5; 166 nt. 4
		26.7.40	91 nt. 32
		26.7.41	186 (testo e nt. 11); 189 nt. 20
		26.7.45	46 nt. 3
		26.7.46.6	122 nt. 3; 124 nt. 12
		26.7.49	46 nt. 3
		26.7.50	112 nt. 12
		26.7.51	157; 199
		26.7.55 pr.	165 nt. 2
		26.7.55.2	40 nt. 9; 43 nt. 16; 110 (testo e nt. 8); 166 nt. 5
		26.7.55.4	78 nt. 2; 79 nt. 3
		26.7.58 pr.-1	189 nt. 20

26.7.58 pr.	189 nt. 21	27.2.3.3	159 nt. 13
26.7.60	175 nt. 4	27.3.1.1-8	5
26.8.4	97 nt. 4	27.3.1-19-24	5
26.9.6	84 nt. 15; 193 nt. 32	27.3.1 pr.	2; 186 (testo e nt. 10); 201 nt. 4; 202; 204
26.10.1	5	27.3.4	171 nt. 5
26.10.1.5	164 nt. 1	27.3.5	170 nt. 1; 171 (testo e nt. 4)
26.10.3.2-3	91 nt. 30	27.3.7	154
26.10.3.5	73 nt. 28	27.3.7 pr.	170 nt. 1
26.10.3.6	91 nt. 30	27.3.7.1	171 nt. 5
26.10.3.8	91 nt. 30	27.3.9	154
26.10.3.13	203 nt. 10	27.3.9 pr.	18 ntt. 34, 35
26.10.3.16	73 nt. 27; 160 nt. 21	27.3.9.4	172 nt. 5
26.10.5	46 nt. 1	27.3.11	154
26.10.6	46 nt. 1	27.3.13	91 nt. 30; 154; 175 ntt. 4, 5; 180 nt. 21
26.10.7 pr.	177 nt. 12	27.4	87 nt. 20
26.10.9	119 nt. 12	27.4.1	5
27.1:	16 nt. 25	27.4.1.2-3	87 nt. 20
27.1.10.2	17 nt. 33	27.4.3	5
27.1.10.4	114 nt. 17	27.4.4	172 nt. 5
27.1.12 pr.	17 nt. 33	27.5.1	5
27.1.13.1-2	17 nt. 28	27.5.1 pr.	86 nt. 19; 135
27.1.13 pr.	17 nt. 32	27.5.1.5	170 nt. 1
27.1.13.3	112 nt. 14	27.5.1.7	86 nt. 19; 87 nt. 20
27.1.13.12	34; 67 nt. 13	27.6	5 nt. 18
27.1.13.13	17 nt. 33	27.6.1	5
27.1.15.9	70; 71 (testo e nt. 21)	27.6.7 pr	5
27.1.19	63; 105; 112 (testo e nt. 14); 113; 114	27.6.11 pr.-1	5
27.1.21.2	112 nt. 14	27.8	123 nt. 6
27.1.32	98 nt. 5	27.8.1	5
27.1.35	98 nt. 5	27.8.1 pr.	122 nt. 3; 123 nt. 8
27.1.37 pr.	168 nt. 9	27.8.1.2	143 nt. 29
27.1.37.1	168 nt. 9	27.8.1.11-12	123; 124 nt. 12; 143 nt. 29
27.1.38	17 nt. 30	27.8.1.15	44 (testo e nt. 18); 51 nt. 2; 144 nt. 30
27.1.39	114 nt. 17		
27.1.46.2	112 nt. 14		

27.8.1.16	43 nt. 17	38.2.47.2	119 nt. 12
27.8.2	123 nt. 7; 124 nt. 13	38.9.1 pr.	66 nt. 11
27.8.5	124 nt. 13	38.17.2.25	191 nt. 24
27.8.6	124 nt. 14; 125 nt. 17	39.1.5.12	66 nt. 11
27.8.7	125 nt. 17	39.2.4.5	167 nt. 7
27.9	196 nt. 37	39.2.9 pr.	95 nt. 1
27.9.1.1-2	197 nt. 38	39.2.15.25	140 (testo e nt. 21)
27.9.5.11	119 nt. 12	39.2.19.1	95 nt. 1;
27.9.5.13	95 nt. 1	39.2.30 pr.-1	90
27.9.7.2	65 nt. 7	39.2.30.2	89 nt. 24; 90 (testo e nt. 26)
27.10.8	57 nt. 5; 152 nt. 42	39.4.1.2	66 nt. 11
27.10.16	88 nt. 21	40.7.6.7	185 nt. 6
29.2.25.4	66 nt. 10	42.4.2 pr.	167 nt. 7
29.2.93.1	140	42.4.2.3	167 nt. 7
29.3.9	88 nt. 21	42.4.6.1	20 nt. 3
29.4.12.1	138 nt. 12	42.4.7.17-18	20 nt. 2
29.5.3.4	140 (testo e nt. 20)	42.8.6.6	89 nt. 24
34.3.8.5	185 nt. 7	42.8.10.14	41 (testo e nt. 13); 42
34.3.9	187 (testo e nt. 13)	43.8.10.24	66 nt. 11
34.3.20	23 nt. 15	43.14.1.1	66 nt. 11
34.3.20.1	186 (testo e nt. 12)	43.16.1 pr.	90 nt. 25
34.3.28.4	187 (testo e nt. 15)	43.16.1.15	89 nt. 24; 90 nt. 25
34.3.31.2	187 nt. 15	43.20.1.4	89 (testo e nt. 24)
35.1.32	184 nt. 6	43.20.1.37	66 nt. 11
35.1.82	184 (testo e nt. 5)	43.23.1.2)	95 nt. 1
35.1.111	184 nt. 5	43.26.8.2	138; 139; 140
36.3.1 pr.	66 nt. 11	43.29.3.2	66 nt. 10
36.3.1.18	152 nt. 42	43.30.1.2	66 nt. 11
36.4.3 pr.	152 nt. 42	43.30.3.4	46 nt. 2
36.4.3.1	144	45.1.38.5	42 (testo e nt. 14)
37.4.8 pr.	66 nt. 11	45.1.38.20	44
37.5.8.2	140 (testo e nt. 19)	45.3.1.4	171 nt. 3
37.6.1.21	152 nt. 42	46.3.14.1	56; 70 (testo e nt. 16); 71 (testo e nt. 23)
37.9.1 pr.	95 nt. 1	46.3.14.5	55; 56 nt. 4
37.10.9	95 nt. 1	46.5.4	142 nt. 25
37.12.3	46 nt. 2		

46.6	51	1.200	39; 47 nt. 4; 48 nt. 5; 50;
46.6.2-3	44 (testo e nt. 19); 51		107 nt. 1; 116 nt. 4; 119 nt.
46.6.2	51; 52		11; 178 nt. 14
46.6.3	51; 52	2.240	35 nt. 7
46.6.4 pr.	43 nt. 17; 52	2.289	35 nt. 7
46.6.4.3	13 nt. 14	3.49	95 nt. 1
46.6.7	144	3.160	140; 141
46.6.12	112 nt. 13	4.89-91	22 nt. 13
46.7.3.5	89 nt. 23; 97 nt. 3; 99 (testo e nt. 11); 102; 104 (testo e nt. 20);	4.99	25 nt. 21
		4.101	22 nt. 11; 24 (testo e nt. 20)
46.8.9	84 nt. 15		
47.2.33	89 nt. 24; 90 (testo e nt. 27)	GELLIUS, <i>Noctes Atticae</i>	
47.4.1.1	66 nt. 11	5.13.2	119 nt. 12
47.9.3.6	183 nt. 2	20.1.40	119 nt. 12
48.5.6.1	183 nt. 2		
49.4.1.1	17 nt. 31		
50.5.2.3	114 nt. 17	INSTITUTIONES IUSTINIANI	
50.16.19	183 nt. 2	1.13.1	20 nt. 1; 96
50.16.89.2	185 nt. 7	1.13.3	64 ntt. 4, 5; 65 Nt. 8
		1.13.5	57 nt. 7
		1.14.3	35 nt. 7
FRONTO, <i>Epistulae</i>		1.15	115 nt. 1
3.3.2	135 nt. 3	1.17	115 nt. 1
		1.18	115 nt. 1
		1.20 pr.	10 nt. 2;
GAIUS, <i>Institutiones</i>		1.20.3	10; 11 nt. 3; 56 (testo e nt. 4)
1.144-146	65 nt. 8	1.20.4	56 (testo e nt. 4)
1.144	64 ntt. 4, 5;	1.23.1	88
1.146	64 nt. 5	1.23.2	88; 175 nt. 1
1.149	35 nt. 7	1.23.3	56 nt. 4
1.155	115 nt. 1	1.23.5	84 nt. 15; 85; 86 nt. 17
1.185	10 nt. 2; 11 nt. 3;	1.23.6	84 nt. 15
1.194	11 nt. 3;	1.24 pr.	39 (testo e nt. 2); 54 (testo e nt. 1); 95 nt. 1; 107 nt. 1;
1.195	11 nt. 3		
1.199	39 nt. 2; 95 nt. 1		

116 ntt. 3, 4; 119 nt. 11; 178
 nt. 14
 1.24.1 7; 39 (testo e nt. 6); 54;
 (testo e nt. 1); 62; 66; 98 nt.
 6; 102; 103; 144; 146 nt. 32;
 208
 1.25.14 34 nt. 5
 1.25.20 114 nt. 17
 1.26.4 177 nt. 12
 1.26.5 110 nt. 7
 2.5 pr. 146 nt. 31
 2.18.1 46 nt. 2;
 2.25 pr.: 33 nt. 1
 4.11 pr. 25 nt. 21

LEX IRNITANA

29 122 nt. 4

LIBER GAI

1.7.2 55 nt. 3; 57 nt. 6; 65 nt. 6

LIVIUS

39.9.7 10 nt. 1

NOVELLAE IUSTINIANI

25.5.1 95 nt. 2
 37.5 95 nt. 2
 60.2.1 95 nt. 2
 72.1-2 34 nt. 6

P.YADIN

20 193 nt. 28
 25 193 nt. 28

P.MICH. VII

439 184 nt. 4

PAULI SENTENTIAE

2.11.2 192 nt. 28
 2.29 84 (testo e nt.13);
 3.4b.13 140; 141
 5.12.4 177 nt. 12

QUINTILIANUS

8.6.50 145 nt. 31

RHETORICA AD HERENNIIUM

1.24 125 nt. 17

SCHOLIA AD BASILICOS

2 ad Bas.
 17.2.8 180 nt. 20

SCHOLIA SINAITICA

45 11 nt. 3
 54 11 nt. 3

SUETONIUS, *Vita Claudii*

23.2	11; 12	156:	17 ntt. 27, 29, 30; 199; 200 ntt. 1, 2
		157	47 nt. 4; 119 nt. 11
TITULI EX CORPORE ULPIANI		159	33 nt. 2
11.14	64 nt. 4	167	17 nt. 29
11.15	64 nt. 4	172	33 nt. 2
11.18	11 nt. 3	173	17 nt. 33; 113 (testo e nt. 16); 114
11.26	97 nt. 4	184	17 nt. 33
		203	112 nt. 14
VATICANA FRAGMENTA		205	112 nt. 14
75	214	220	83 nt. 12
76	214	241	112 nt. 14
135	17 nt. 33	246	33 nt. 2
152	83 nt. 12	333	152 nt. 42
154	17 nt. 32		
155	11 (testo e nt. 6); 13; 17 nt. 27		

INDICE DEGLI AUTORI

La citazione per esteso delle opere si trova nei luoghi segnalati dal carattere corsivo.

- ACCURSIO: 82 *nt.* 8
- ALBANESE B.: 6 *nt.* 21; 10 ntt. 1, 2; 11 ntt. 3, 4, 5; 13 ntt. 11, 12; 14 ntt. 16, 17, 18, 19; 16 ntt. 22, 24, 25; 17 ntt. 27, 33; 20 *nt.* 1; 21 *nt.* 7; 22 *nt.* 9; 23 ntt. 14, 16; 27 *nt.* 27; 29 *nt.* 4; 30 *nt.* 5; 32 *nt.* 2; 35 *nt.* 7; 51 *nt.* 3; 70 *nt.* 17; 71 *nt.* 24; 74 *nt.* 29; 83 *nt.* 12; 84 *nt.* 15; 86 *nt.* 17; 87 *nt.* 20; 91 *nt.* 31; 109 *nt.* 5; 110 *nt.* 7; 132 *nt.* 31; 166 *nt.* 4; 167 *nt.* 6; 175 *nt.* 1; 177 *nt.* 8; 193 *nt.* 29; 195 *nt.* 35; 201 *nt.* 3
- ALIBRAND I.: 1; 180 *nt.* 20
- AMELOTTI M.: 184 *nt.* 4
- BENIGNI P.: 72 *nt.* 26
- BIAVASCHI P.: 138 *nt.* 16
- BONFANTE P.: 1 (testo e *nt.* 1); 2 (testo e *nt.* 9); 14 *nt.* 19; 16 *nt.* 21; 74 *nt.* 29
- BRUCK F.: 60 *nt.* 13
- CARBONE M.: 3 *ntt.* 13, 14; 39 *nt.* 3; 40 *nt.* 7; 41 ntt. 10, 11, 12; 48 *nt.* 5; 55 *nt.* 3; 60 *nt.* 15; 116 ntt. 2, 3, 4; 117 ntt. 5, 6, 7, 8; 118 *nt.* 9; 119 ntt. 11, 12, 14; 120 *nt.* 15; 123 (testo e ntt. 5, 10, 11); 124 (testo e *nt.* 15); 128 *nt.* 24; 136 *nt.* 4; 137 ntt. 7, 9; 141 *nt.* 23; 142 ntt. 25, 26, 27; 143 *nt.* 29; 146 *nt.* 31; 149 *nt.* 39; 150 *nt.* 40; 152 *nt.* 42; 153 *nt.* 46; 189 *nt.* 19
- CARDILLI R.: 186 *nt.* 9; 188 *nt.* 17; 189 *nt.* 18; 190 *nt.* 22
- CERAMI P. – PETRUCCI A.: 95 *nt.* 1; 161 *nt.* 22
- CERVENCA G.: 175 *nt.* 2
- DE ROBERTIS F.M.: 8 *nt.* 26; 202 (testo e ntt. 6, 8); 203 (testo e ntt. 9, 10); 204 *nt.* 11
- DE FILIPPI M.: 114 *nt.* 18
- DESANTI L.: 35 *nt.* 10; 46 *nt.* 3; 55 ntt. 2, 3; 57 *nt.* 8; 58 *nt.* 9; 59 *nt.* 11; 79 ntt. 2, 3, 4; 81 *nt.* 5; 82 *nt.* 8; 83 *nt.* 12; 88 *nt.* 21; 89 *nt.* 23; 91 *nt.* 29; 119 *nt.* 11; 191 *nt.* 24; 193 *nt.* 28; 200 *nt.* 1
- FAVRE A.: 24 *nt.* 18
- FINAZZI G.: 175 *nt.* 3; 176 ntt. 5, 6; 177 ntt. 9, 11; 178 *nt.* 15; 179 *nt.* 16; 180 ntt. 19, 20, 21; 185 *nt.* 9
- FREZZA P.: 31 *nt.* 7; 130 *nt.* 28
- GAGLIARDI L.: 191 *nt.* 24; 193 ntt. 28, 29
- GLUCK F.: 30 *nt.* 5
- GODEFROY J.: 196 *nt.* 37
- GRADENWITZ O.: 2 *nt.* 6; 26 *nt.* 24; 159 *nt.* 13
- GRELLE F.: 10 *nt.* 2; 123 ntt. 7, 9
- GUZMAN A.: 3 (testo e *nt.* 12); 41 *nt.* 10; 60 (testo e *nt.* 14); 81 *nt.* 5; 117 *nt.* 6; 118 *nt.* 10; 142 *nt.* 27; 149 *nt.* 38; 150 *nt.* 40; 152 *nt.* 43

- ULOTH.: *31 nt. 6*
- KARLOWA O.: 7; 8 nt. 25; 41 (testo e nt. 11); 156 (testo e nt. 2)
- KEHOE D.P.: *4 nt. 15*; 161 nt. 22
- LAURIA M.: 8 nt. 26; 170 (testo e nt. 1); 201 (testo e nt. 4); 202 nt. 5
- LECOMTE A.: *31 nt. 7*; 72 nt. 26
- LENEL O.: *1* (testo e nt. 2); 4; 5 ntt. 17, 18; 6 ntt. 20, 21; 7 (testo e ntt. 23-24); 12 nt. 10; 13 nt. 14; 28 nt. 1; 31; 35 (testo e nt. 11); 36; 37; 39 nt. 3; 40; 41 (testo e nt. 10); 50; 52; 57 nt. 6; 62 ntt. 1, 2; 63; 78 nt. 1; 79 nt. 2; 114; 116 nt. 5; 123 nt. 7; 125 nt. 16; 148; 153-155; 156 (testo e nt. 3, 4, 5); 157; 158; 164; 166 nt. 4; 167; 179 nt. 17; 204
- LEUMANN M. – HOFMANN A. – SZANTYR G.B.: *138 nt. 13*
- LEVY E.: *1 nt. 3*; 3 (testo e nt. 11); 108 nt. 3; 110 nt. 6
- LO CASCIO E.: *4 nt. 15*; *161 n. 22*
- LOPEZ V.S.: *193 nt. 29*
- LOVATO A.: *195 ntt. 34, 36*; 196 nt. 37
- MANCALEONI F.: *156 nt. 5*; 157 (testo e nt. 7); 158 ntt. 9, 12; 159 ntt. 13, 14, 16, 17, 18; 160 (testo e nt. 19)
- MANTOVANI D.: *2 nt. 8*; *2 nt. 10*; *4 nt. 15*; 4 nt. 16; 9 nt. 27; *13 nt. 13*; 39 nt. 3; *103 nt. 19*; *138 nt. 15*; 158 nt. 11; *159 nt. 15*; *169 nt. 10*; *171 nt. 3*; *184 nt. 5*
- MARRONE M.: *6 nt. 22*; 15 nt. 19; 20 nt. 2; 21 nt. 8; 22 ntt. 12, 13; 23 nt. 17; 29 nt. 4; 153 nt. 44
- MARTINI R.: *118 nt. 10*
- MOMMSEN TH.: *71 nt. 23*; 121 nt. 1; 131
- MONTEVECCHI O.: *183 nt. 1*; 184 nt. 4
- NELSON H.L.W.: *141 nt. 22*
- NOCERA G.: 189 nt. 18
- PELLECCHI L.: *3 ntt. 13, 14*; *5 nt. 19*; 6 nt. 22; 86 nt. 19; 116 nt. 3; 118 nt. 9; 125 ntt. 16, 17; 126 nt. 20; 135 nt. 3; 166 ntt. 3, 4; 167 ntt. 6, 8; 170 nt. 1; 172 nt. 5; 204 nt. 10
- PETERS H.: *1* (testo e nt. 4); 135 nt. 2; 137 ntt. 8, 9; 139 (testo e nt. 18); 142 nt. 27; 148 (testo e ntt. 36, 37); 149; 152 nt. 43; 170 (testo e nt. 1)
- RUDORFF A.F.: 7; 8 nt. 25; 41 nt. 11; 155; 156 nt. 1; 196 nt. 37
- SALLER R.P.: *4 nt. 15*
- SCHILARDI A.P.: *4 nt. 16*; 12 nt. 7; 166 nt. 4; 170 nt. 1; 184 nt. 5; 186 nt. 10; 188 ntt. 15, 16; 195 nt. 35; 202 ntt. 5, 6
- SCHIPANI S.: *25 nt. 22*; 26 nt. 24; 31 nt. 6; 116 nt. 3; 134 nt. 1; 146 nt. 32; 153 nt. 46; 157 nt. 8; 189 nt. 20; 190 nt. 22; 192 nt. 25
- SOLAZZI S.: *1*; 2 (testo e nt. 7); 3, *23 nt. 18*; 26 ntt. 23, 24, 25; 31 nt. 7; 48 nt. 5; 57 nt. 6; *69 nt. 16*; *79 nt. 3*; 86 nt. 19; 89 (testo e nt. 22); *118 nt. 10*; 128 nt. 24; *142 nt. 27*; 149 nt. 38; 152 nt. 43; 153 nt. 46; 156 nt. 5; 161 nt. 22; 164 nt. 1; 175 nt. 4; 179 nt. 18; 180 nt. 19; 196 nt. 37
- STOLFI E.: *28 nt. 1*; 31 nt. 7

TAUBENSCHLAG R.: *l* (testo e nt. 5); 59; 60 (testo e ntt. 12, 13); 118 nt. 9; 135 nt. 2; 136 nt. 5; 137 nt. 6; 141 (testo e nt. 24); 142 nt. 27; 149 (testo e ntt. 38-39); 150 nt. 40; 152 nt. 43; 153 nt. 46

VAZNY J.: *203 nt. 10*

VIARENGO G.: *3 ntt. 13, 14; 10 ntt. 1, 2; 11 nt. 5; 14 ntt. 16, 17; 15 nt. 20; 20 nt. 1; 112 nt. 14; 122 nt. 4*

VOCI P.: *3* (testo e nt. 11); 70 nt. 17; 72 (testo e nt. 25); 74 nt. 29; 82 nt. 9; 83 nt. 11; 100 nt. 15; 108 nt. 4; 109 nt. 5; 110 ntt. 6, 7; 111 ntt. 9, 10; 112 ntt. 11, 13; 132 nt. 30; 165 nt. 2; *185 nt. 9*

WATSON A.: *177 nt. 9*

WEYMULLER A.: *41* (testo e nt. 12); 117 nt.

6