

LE VIE DEL DIRITTO

I2

*Direttori*

Mario FIORENTINI  
Università degli Studi di Trieste

Maria MICELI  
Università degli Studi di Palermo

*Comitato redazionale*

Anna BELLODI ANSALONI  
Università di Bologna

Paola BIANCHI  
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Laura D'AMATI  
Università degli Studi di Foggia

Maurilio FELICI  
Università LUMSA di Palermo

Paolo FERRETTI  
Università degli Studi di Trieste

Mario Giuseppe FERRANTE  
Università degli Studi di Palermo

Aniello PARMA  
Università del Salento

Francesco Maria SILLA  
Università degli Studi di Foggia

Simona TAROZZI  
Università degli Studi di Bologna

## LE VIE DEL DIRITTO

La collana "Le vie del diritto" si propone di presentare al pubblico opere editoriali di carattere pubblicistico e privatistico, con particolare attenzione all'interdisciplinarietà e alla comprensione del fenomeno storico nella sua unitarietà. La metafora delle vie del diritto in alternativa a quella a noi più familiare di fonti del diritto ci induce ad una più articolata riflessione sul rapporto intercorrente tra 'interpretazione' e 'creazione del diritto', tra fenomeni istituzionali e formali che danno vita al diritto e, altri, concreti e fattuali che ne determinano l'effettiva attuazione. Si tratta di cogliere, sul modello delle 'viae iuris constituendae' dei giuristi romani, una visione allargata del fenomeno giuridico, includendo nel suo ambito anche le forme concrete e fattuali di sviluppo dello stesso che sfuggono a una visione solo formalistica e dogmatica, ma si propongono, invece, di indagare e cogliere anche le forme storiche attraverso le quali specificamente si manifesta e realizza. Tale concezione rinvia e sottende anche la centralità dell'interpretazione e del ruolo del giurista, come elemento determinante nella comprensione, creazione e sviluppo del fenomeno giuridico, in connessione alla necessità di una scienza giuridica comune che sostenga l'operato di tutti coloro che vivono concretamente la vita del diritto. Il pluralismo delle forme di produzione e d'interpretazione del diritto, che ne determina la ricchezza inesauribile, va sostenuto dal rigore della scienza, che ne garantisce l'universalità e la certezza.



Alessia Spina

**I volti della *fides* e la *tutela impuberum***

*Dal tutor suspectus al falsus tutor*

*Prefazione di*  
Salvo Randazzo





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXVIII  
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.gioacchinoonoratieditore.it](http://www.gioacchinoonoratieditore.it)  
[info@gioacchinoonoratieditore.it](mailto:info@gioacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1400-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2018

# Indice

- 9 *Prefazione*  
di Salvo Randazzo
- 19 *Capitolo I*  
*Tutela e fides in età arcaica e repubblicana*
- 1.1. Legame fiduciario e vincolo potestativo nella tutela arcaica, 19 – 1.2. Indizi di sopravvivenza della cifra potestativa nella tutela di età storica, 30 – 1.3. La testimonianza di Gellio, 40 – 1.4. *Fides, tutela e tutor* nel lessico dei commediografi, 54 – 1.4.1. *L'universo intriso di "fides" della commedia plautina*, 54 – 1.4.2. *"Fides" e protezione nella poesia di Terenzio*, 57 – 1.5. La riflessione ciceroniana, tra modelli di tutela ideale e preoccupazioni pratiche, 61 – 1.5.1. *Il profilo etico dell'affidamento nel "de officiis"*, 61 – 1.5.2. *Tutori e malversazioni nelle Verrine*, 67 – 1.5.3. *Il trinomio "fides/officium/tutela"*, 69.
- 73 *Capitolo II*  
*La lesione della fides e il danno al minore: l'accusatio suspecti tutoris*
- 2.1. La figura criminale nell'età arcaica, 73 – 2.2. La declinazione del *suspectus* nelle fonti giurisprudenziali, 80 – 2.3. Assunzione dell'ufficio e gestione degli affari pupillari nella configurabilità dell'illecito, 86 – 2.4. *Accusatio, postulatio e remotio* nella letteratura dello scorso secolo, 91 – 2.5. La sequenza programmatica nel commentario *ad edictum* di Ulpiano, 95 – 2.5.1. *Giurisdizioni, competenze, procedure e pene: materiale per decifrare il frammentario mosaico giustiniano*, 100 – 2.5.2. *Elementi processuali nelle "disputationes" di Trifonino*, 106 – 2.5.3. *L'eventuale profilo punitivo*, 109 – 2.6. L'estensione dell'ambito di applicabilità e nuove ipotesi di legittimazione passiva, 114 – 2.7. La natura *quasi publica* dell'azione: *omnibus patere* tra letture giurisprudenziali e provvedimenti imperiali, 118 – 2.7.1. *Le donne e l'"accusatio": "pietas" e legami familiari*, 122 – 2.7.2. *La legittimazione attiva degli "adulescentes"*, 128 – 2.7.3. *Lo statuto del liberato*, 129 – 2.7.4. *La contutela: meccanismo endogeno di protezione dell'interesse del minore*, 130 – 2.8. *Accusatio e remotio tutoris* tra *leges* e casi pratici, 132 –

2.8.1. *Sull'efficacia interinale della rimozione*, 133 – 2.8.2. “*Remotio*” e “*decretum*”, 138 – 2.9. “*Ex quibus causibus suspecti removeantur*”: esempi di una variegata casistica, 139 – 2.10. Le conseguenze della *remotio*, 153 – 2.11. Condotte colpose ed esclusione dell'*infamia*: la disciplina in evoluzione al tempo dei Severi, 155 – 2.12. Concorso di azioni e carattere sussidiario dell'*accusatio suspecti tutoris*, 159 – 2.13. L'indagine sul sospetto tutore come incidente processuale, 165.

## 169      Capitolo III

### *Lesione della fides e protezione dei terzi: clausole edittali e percorsi della giurisprudenza*

3.1. *Non tutor e falsus tutor*, 169 – 3.1.1. *Gli incerti confini delle fattispecie tutelari: i rilievi palinogenetici e la costruzione giustiniana*, 169 – 3.1.2. *Il rilievo dell'“animus tutoris” nella riflessione ulpiana*, 177 – 3.1.3. “*Fides*” e “*diligentia*”: sguardi retrospettivi e concezioni vigenti nel discorso pomponiano, 183 – 3.2. Le clausole edittali del titolo D. 27.6, 189 – 3.2.1. *Sulla figura del “falsus tutor”*, 189 – 3.2.2. *La ricostruzione degli editti nella storiografia del secolo scorso*, 190 – 3.2.3. *La “laudatio edicti”: scioglimento dell'“ambiguitas” e prospettive equitative*, 196 – 3.3. Le forme della tutela pretoria, 205 – 3.3.1. *La prima clausola edittale di D. 27.6.1.1-2*, 205 – 3.3.2. *Il rimedio della “restitutio in integrum”*, 210 – 3.3.3. *Conferme e nuovi interrogativi nei documenti della prassi*, 213 – 3.3.4. *La seconda clausola edittale*, 220 – 3.3.5. *Un terzo editto? Il testo di D. 27.6.11 pr.*, 221 – 3.4. Per un'iniziale ipotesi ricostruttiva, 223 – 3.5. L'insufficienza dello *scriptum* edittale: l'operazione integrativa di Pomponio sull'editto *de falso tutore*, 224 – 3.6. *Ignorantia actoris e scientia pupilli nella configurazione della fattispecie*, 229 – 3.7. La protezione *in contrahendo* e la sua applicabilità, 234 – 3.7.1. *La natura delle “actiones in factum propter dolum”*, 237 – 3.7.2. *L'effettività della tutela risarcitoria*, 244 – 3.8. Dal dolo del tutore al dolo dell'avente potestà: Giuliano campione della protezione del minore, 246.

## 253      Conclusioni

## 257      Indice delle fonti

## 271      Indice degli autori

## Prefazione

di SALVO RANDAZZO\*

La ricerca di Alessia Spina si fa spazio in una materia, come quella della *tutela impuberum*, che costituisce uno dei più complessi e tormentati ambiti del diritto privato romano.

Una complessità che scaturisce, anzitutto, dalla consistenza numerica delle fonti disponibili, *in primis* quelle della giurisprudenza classica riversate nei *Digesta Iustiniani*, che dedicano specificamente alla materia i libri ventiseiesimo e ventisettesimo e che altresì rinviano lo studioso ad un ventaglio composito di problemi connessi alla tutela dei minori posti da una pluralità di frammenti sparsi negli altri libri.

Ma c'è di più. La possibilità di operare in questo ambito di indagine appare ulteriormente condizionata dalle modifiche che gli "istituti pupillari"<sup>1</sup> hanno subito sul piano sociale e culturale, dalle origini all'epoca di Giustiniano<sup>2</sup>, trattandosi di una materia sensibile rispetto agli inevitabili, lenti e spesso poco appariscenti effetti delle trasformazioni sociali che vedono al centro della loro evoluzione la *familia* e le sue articolazioni. Una dialettica vibrante, quella fra diritto, società e famiglia, che è propria di ogni ordinamento e la cui operatività nel diritto romano è stata forse valutata con minore attenzione, rispetto ad altri ambiti privatistici, e con un approccio legato all'idea di un diritto romano prevalentemente, se non esclusivamente, volto alla disciplina

\* Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità presso l'Università LUM Jean Monnet.

1. Per utilizzare l'espressione che dà il titolo al noto e fondamentale contributo di S. SOLAZZI, *Istituti tutelari (Anno accademico 1928-1929)*, Napoli 1929, I ss.

2. Scrive P. ZANNINI, s.v. *Tutela* (dir. rom.), in *ED*, XLV, Milano 1992, 307: «è d'altronde difficile credere che un siffatto sviluppo potesse rimanere estraneo a quello che caratterizza, in un più ampio quadro, la progressiva ma lenta evoluzione dell'organismo familiare. E ciò spiega, da un lato, il tenace persistere nella disciplina della tutela, ancora in età classica, di norme e principi che affondavano le loro radici in esigenze familiari peculiari all'antichissimo *ius civile*: ma anche, dall'altro, il graduale declino degli elementi riconducibili ad una concezione in senso potestativo della tutela degli impuberi, cui fa riscontro una sempre più evidente accentuazione del profilo del dovere e dell'ufficio protettivo».

dei profili patrimoniali e poco incline all'attenzione nei confronti delle *personae*, della *familia* e complessi e delicati problemi, sociali ed etici, con cui ogni ordinamento deve confrontarsi nella difficile scelta tra quanto possa venire regolamentato e quanto sfugga, per varie ragioni, all'intervento normativo.

Così, nel percorso di rivisitazione della materia, che ispira l'Autrice di questo libro e ne connota l'impegno di ricerca, la *tutela impuberem* diventa terreno fertile per ripensare, con rinnovata sensibilità e modernità di approccio, una pagina essenziale nella disciplina della *familia* romana.

Un approccio tutt'altro che agevole, tuttavia, quello tentato dall'Autrice sull'ufficio tutelare, complicato dal sovrapporsi di discipline e fisionomie diverse connesse ai tre tipi di tutela che ci sono noti. La dottrina muove dalla classificazione di Servio Sulpicio Rufo ricordata da Gaio<sup>3</sup>, per ritenere che la tutela testamentaria e quella legittima siano più risalenti rispetto a quella dativa o *Atiliana*, sicché, nell'opinione generale, i rimedi più antichi sarebbero concepiti ed applicati solo in riferimento alle prime due tipologie.

Le argomentazioni e la tenuta degli esiti raggiunti dall'Autrice, pertanto, dovranno essere verificati dal lettore anche alla luce di tale rilevanza storica, che non si riduce a mera schematizzazione di una realtà multiforme, ma che giunge a configurarsi come distinzione profonda di scopi, di modalità di esecuzione, di criteri di responsabilità di quello che, in antico, ben può definirsi un compito di natura potestativa.

Spina muove dalla considerazione che la tutela *impuberum*, nella sua primitiva configurazione, avrebbe trovato collocazione tra gli *officia* regolati dal principio sovraindividuale della *fides* nella sua oggettiva e più antica concezione. Di tale realtà storica, già sensibilmente modificata in epoca repubblicana, offrono uno scorcio importante un discreto numero di fonti letterarie, illustrate nel Capitolo I (*Fides* e *tutela impuberum* in età arcaica e repubblicana). Nella società arcaica, la

3. Gai 1.188: *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio: Nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nosque diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus: Hoc solum tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.*

distinzione tra interesse del singolo ed interesse del gruppo familiare dovette comunque risultare impercettibile, ed il regime di solidarietà familiare avrebbe evitato il compimento di malversazioni, sicché si sarebbe punito anche il mero sospetto di lesione della *fides*.

Prova dell'attenzione corale e quasi pubblicistica riservata al pupillo e all'integrità del legame tra quest'ultimo e il suo tutore sarebbe il *crimen suspecti tutoris*, di cui vi è ricordo nell'intero titolo D. 26.10, *De suspectis tutoribus et curatoribus*, e che viene fatto risalire alla legislazione decemvirale: in tanto l'interesse del pupillo sarebbe stato protetto in età risalente, in quanto la *fides*, insita nel rapporto, sarebbe stata preservata. E così, in prosieguo, e sino a Giustiniano: *suspectus* sarà infatti per Giuliano, *qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est* (I. 1,26,5) assegnando così il giurista la cifra della valutazione di *suspectus* esattamente all'eticità del suo agire, che diventa dato giuridico e da esso non si differenzia, in una sorta di sincretismo che salda rilevanza tecnica e valutazione etica.

La misteriosa figura del *crimen suspecti tutoris*, cui è dedicato oltre al citato titolo dei *Digesta* di Giustiniano, anche una specifica previsione nelle sue *Institutiones*, costituisce oggetto di indagine nel Capitolo II: *La lesione della fides e il danno al minore: l'“accusatio suspecti tutoris”*. Ciò ad anticipare come, nell'età più risalente, la lesione della *fides* — oggettivizzata ed enfaticizzata<sup>4</sup> a valore fondante della comunità sociale — risulti coincidente con il danno cagionato al minore da un tutore che si presume o risulti provato che non abbia vantaggiosamente gestito gli interessi del pupillo.

In età decemvirale il livello di protezione doveva presentarsi talmente elevato da consentire che il mero sospetto di una condotta dannosa potesse dare avvio a un'azione pubblica<sup>5</sup>, a legittimazione estesa, ed in concorrenza con l'*actio rationibus distrahendis*; tale ultima azione, che le fonti fanno risalire alle XII Tavole e che avrebbe portato alla condanna al doppio del valore dei beni sottratti all'impubere, sull'esempio

4. Un'enfasi posta talvolta dalle fonti sulla gestione tutoria in relazione alla *fides* e alla sua violazione che ha bene messo in luce Giunio Rizzelli (*“Adulterium”*. *Immagini etica diritto*, in *RDR*, VIII, 2008, ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano08rizzelli.pdf).

5. Se resta dubbia la configurabilità di un vero e proprio *crimen* per l'età decemvirale, in epoca classica, pur in presenza di una specifica clausola editale richiamata da Ulpiano, l'*accusatio suspecti tutoris* veniva svolta nelle forme della *cognitio*, e la sanzione prevista era la rimozione del tutore, con effetti infamanti.

dell'*actio furti nec manifesti*, vanterebbe una natura che, nei testi del Digesto, parrebbe quella di un'*actio mixta*<sup>6</sup> e si configurerebbe quale rimedio da esperirsi *ex post* con una finalità simile — ma con un grado di lesione della *fides* diverso, meno intenso<sup>7</sup> — a quella dell'*accusatio suspecti tutoris*.

I testi del Digesto giunti sulla base delle scelte compilatorie e di esigui documenti della prassi, consentono così alla studiosa di tratteggiare le linee generali di evoluzione dell'antico rimedio processuale, che, pur riversato dal pretore in un editto di cui in età severiana esistono solo minime tracce, ebbe la forza di conservare le peculiarità di un giudizio di natura pubblica, poi ribadito con forme nuove da Giustiniano. Anche le più antiche azioni, che mai scomparvero, ma si aggiunsero alla nuova forma di tutela *in personam*, si modificherebbero in una duplice direzione: da un lato — e verosimilmente molto presto — il sospetto di inaffidabilità del tutore sarebbe stato, per così dire, “derubricato” da crimine a mero illecito privato, come risulterebbe dal titolo giustiniano D. 26.10, che, pur concentrandosi sull'*accusatio* di età imperiale, fornisce informazioni e indizi indiretti di una risalente procedura diversamente modellata, ed in particolare di un preesistente rimedio di natura editale.

Dall'altro lato, però, l'originaria fattispecie sembrerebbe collocarsi in un panorama casistico più ampio, tale da comprendere anche ipotesi di negligenza, comunque ricondotte entro i confini di una più generale sospetta inaffidabilità: in ciò l'originaria figura processuale mostrerebbe di mantenere i caratteri di una tutela preventiva, tanto da configurarsi quale rimedio alternativo — e, in verità, spesso sussidiario — rispetto alla più comune *actio tutelae*. La lesione della *fides*, dunque, nel caso dell'*accusatio suspecti tutoris* si sarebbe concretizzata, ancora in età imperiale, nella lesione degli interessi dell'impubere e come tale sarebbe stata valorizzata da Giustiniano<sup>8</sup>.

6. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 166.

7. Diversamente S. SOLAZZI, s.v. *Tutela*, in *NNDI*, XIX, Torino 1973, 915, sulla scorta di quanto già osservato in *Id.*, *Sull'“actio rationibus distrahendis”*, in *RIL*, L, 1917, 178-190, ora in *Scritti di diritto romano (1913-1924)*, II, Napoli 1957, 186 ss., scrive che «contro le malversazioni del tutore legittimo competeva l'*actio rationibus distrahendis*; contro quelle del tutore testamentario l'*accusatio suspecti tutoris*. I due rimedi erano perfettamente paralleli; si intentavano entrambi durante la tutela ed avevano per effetto la sospensione, non la destituzione del tutore dalla carica».

8. S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, cit., 1929, 1 ss., che con efficacia afferma: «è tra le cognizioni più certe della storia del diritto romano che la funzione protettiva della tutela, il suo carattere

Ad ogni modo l'ispirazione pubblicistica sembrerebbe una costante mantenuta dall'*officium* anche quando l'evoluzione, conseguente soprattutto alla *lex Atilia*, lo avrebbe condotto verso una configurazione più vicina a quella di un rapporto di diritto privato, pur se svolto sotto la supervisione dello Stato<sup>9</sup> ed il risvolto di tutto ciò sarebbe stata una tutela processuale vista come incidente su un interesse collettivo il cui fondamento, radicato profondamente nel sentire romano, avrebbe reso l'azione, come dirà Ulpiano, *quasi publica* (D. 26.10.1.6).

Di pari passo, con una verosimile gradualità di cui allo studioso moderno è dato cogliere solo pochi indizi, si sarebbe giunti all'individuazione di una responsabilità del tutore nei confronti del pupillo alla stregua di una responsabilità negoziale<sup>10</sup>. Più precisamente, l'evoluzione della tutela sarebbe avvenuta nel senso della configurazione di uno scopo di assistenza e di protezione anche su un piano di mero fatto, evoluzione che avrebbe seguito l'andamento della metamorfosi del rapporto tutore/pupillo, tale da assumere le sembianze tipiche del rapporto obbligatorio, che è poi quello che spicca con maggiore evidenza nelle fonti di età classica<sup>11</sup>.

di ufficio oneroso, in breve ciò che forma l'essenza dell'istituto nel diritto giustiniano, ha sostituito, con moto sempre più accelerato dalla legge Atilia in poi, i caratteri primitivi, che appaiono più spiccati e più gravi quanto più lontano si rifaccia l'indagine. Nell'evoluzione retrospettiva la tutela emerge come un potere, un diritto, una privata funzione in rapporto con la famiglia romana».

9. La *lex Atilia*, cui seguì, come noto, una *lex Iulia et Titia*, che impose al pretore e alla maggioranza dei tribuni della plebe di nominare un tutore per gli impuberi che ne fossero privi, segnò il primo importante varco nel sistema che parrebbe emergente dalla legislazione decemvirale: come si è detto, «l'istituto assurge finalmente al rango di un ufficio obbligatorio»: così P. ZANNINI, s.v. *Tutela*, cit., 307, il quale osserva altresì che «alla base dell'intervento della legge stava dunque l'esigenza sociale che gli incapaci sprovvisti di tutori testamentari o legittimi non restassero per questo abbandonati alla loro sorte, ma fossero anch'essi sottoposti a tutela».

10. Precisa ancora P. ZANNINI (s.v. *Tutela*, cit., 1992, 310) che la trasformazione avviene «gradatamente, ma anche assai lentamente nel corso dello sviluppo storico, seguendo di pari passo il processo di evoluzione e di trasformazione della tutela dell'età».

11. Parrebbe consolidata, ormai, l'opinione che la tutela più recente, quella cd. dativa prevista dalla *lex Atilia* del 210 a.C. avesse uno scopo di amministrazione complessiva del patrimonio pupillare: la configurabilità di un tutore che tale non fosse per designazione legittima o per espressa scelta di colui — il testatore — che sul pupillo vantava la diretta potestà, sarebbe stato il segno di una già avvenuta trasformazione dell'istituto, di una sua esternalizzazione rispetto all'originario contesto familiare e dell'acquisizione della fisionomia di *munus publicum*. S. SOLAZZI, s.v. *Tutela*, cit., 915: «la legge, stabilendo la nomina pubblica del tutore, ha recato un pensiero nuovo nelle altre due specie della tutela; è infatti

Il *crimen suspecti tutoris* rappresenterebbe il primo momento, dunque, di un percorso in cui le modifiche sostanziali della figura del tutore, determinate, come l'Autrice sostiene, da trasformazioni dell'organizzazione familiare, ma anche accelerate (o, *rectius* cristallizzate) da precisi interventi legislativi, si sarebbero intrecciate e concretizzate in una serie di nuovi strumenti di tutela processuale. Coerentemente, avrebbe fatto la propria comparsa l'*actio tutelae*, azione di rendiconto, fondata sull'effettiva gestione e amministrazione tutelare, con finalità e struttura destinate a rimanere pressoché inalterate sino all'età giustiniana<sup>12</sup>. Ancora, connessa alla nuova specifica configurazione della tutela atiliana — con un procedimento destinato ad estendersi anche alle altre forme di tutela — vi sarebbe stata la determinazione dei doveri nei confronti del sottoposto e un'incessante elaborazione di cause di giustificazione in presenza delle quali il tutore dativo si sarebbe potuto sottrarre dall'incarico.

Si sarebbe definita, in tal modo, una nuova disciplina della responsabilità del tutore, nel caso di inosservanza dei doveri dell'*officium tutelae*. Accanto ad un procedimento interpretativo che avrebbe condotto ad una generalizzazione dei due più antichi rimedi, di stretto *ius civile*, si sarebbe imposto un *iudicium* forgiato sul criterio interpretativo della *bona fides*<sup>13</sup>. Contemporaneamente, si sarebbe ampliato il criterio di responsabilità del tutore, chiamato a rispondere sino alla *culpa in concreto*, sino, cioè, alla mancata osservanza della *diligentia quam (quis) suis rebus adhibere solet*<sup>14</sup>.

nella tutela dativa che si svolge il concetto di *munus publicum* e dell'*onus*, è in essa che sorgono le condizioni di capacità e le cause di dispensa, le quali infine si applicarono a tutte le specie della tutela». Si veda, altresì, il recente lavoro di G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2016, 33 ss. anche per la bibliografia ivi citata.

12. Questo con un certo grado di approssimazione, perché l'*actio tutelae*, nata per la tutela dativa, venne estesa, verosimilmente in età classica, anche alla tutela testamentaria e, sicuramente in età postclassica, anche al tutore legittimo, come riassume M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 1990, 164.

13. M. TALAMANCA, *La "bona fides" nei giuristi romani: "Leerformel" e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova — Venezia — Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, IV, Padova 2003, 2003, 4, classifica la *bona fides* quale esempio di quei *flatus voci*, di quelle "Leerformeln" che, di per sé consentirebbero di «scrivere la storia dell'intera esperienza giuridica romana, o tentare di farlo».

14. Si ricordino, in via esemplificativa, M. LAURIA, *Periculum tutoris*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo 1936, 283 ss., ora in *Studi e ricordi*, Napoli 1983, 211 ss., 283 ss.; S.

Anche se l'*actio tutelae* non costituisce oggetto precipuo dell'indagine, essa appare costantemente presente nella riflessione dell'Autrice, che sottolinea come le fonti dimostrerebbero, da un certo momento in poi, come essa rappresenti il giudizio tutelare per antonomasia, forse perché garantirebbe protezione ad un più vasto numero di fattispecie. Pur conservando una natura infamante — indizio, si è detto, di un'originaria conformazione dolosa delle condotte che ne avrebbero legittimato l'esperimento — l'azione si sarebbe rivelata idonea a ricomprendere casi in cui il criterio di responsabilità risulterebbe meno severo. Ad una minore rigidità del criterio di imputazione sarebbe corrisposta, dunque, una maggiore ampiezza della casistica, alla *fides* si sarebbe sostituita la *bona fides*, principio soggettivo di imputabilità di matrice formulare<sup>15</sup>.

In un simile contesto, la *fides* non sarebbe comunque scomparsa dal piano dell'oggetto della tutela processuale: essa sarebbe sopravvissuta proprio nei rimedi paralleli, alternativi e spesso residuali rispetto all'*actio tutelae* medesima, e sopravviverebbe, più precisamente, nella difesa contro i comportamenti connotati da dolo, e declinati, rispettivamente, nei riguardi del pupillo (e le forme parrebbero ancora quelle *supra* descritte dell'*accusatio suspecti tutoris*) e nei riguardi dei terzi, dove essa assumerebbe la configurazione nuova di un editto specifico, legato casisticamente e terminologicamente a quello del sospetto tutore, ma avente una propria assai circoscritta applicazione nelle clausole edittali che vengono sinteticamente indicate come riferite al *falsus tutor*.

Gli editti *de falso tutore* costituiscono oggetto del Capitolo III (*Lesione della "fides" e protezione dei terzi: clausole edittali e percorsi della giurisprudenza*).

Trattare della figura — sottoposta all'aspra critica interpolazionistica — del falso tutore ha significato, per la studiosa, tentare di effettuare un preliminare discrimine tra generiche figure di "tutore apparente"

SOLAZZI, *Tutore e "periculum culpa"*, in *SDHI*, 1938, IV, 135 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963, I ss.; G. MAC CORMACK, *Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *The Irish Jurist*, 1970, V, 369 ss.; H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in *Festschrift für M. Kaser*, München 1976, 265 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 506 s.

15. Sul punto, *ex multis*, L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in M. LUPOI, *Le situazioni affidanti*, Torino 2006, 23.

o di “non tutore”, e di “falso tutore”. L’operazione ricostruttiva, che viene svolta nella prima parte del capitolo, non si rivela certo agevole, ma viene condotta con prudente ma consapevole determinazione, finendo per rivelare la presenza di sovrapposizioni pressocchè insuperabili nelle fonti, che talvolta qualificherebbero “falso tutore” chi dolosamente si finga tutore senza esserlo, altra volta ammetterebbero nella definizione chi si trovi, anche per mancata consapevolezza, a svolgere l’ufficio tutelare senza averne la legittimazione.

Le fattispecie sono quelle comunemente indicate di “protutela”, *genus* che sembrerebbe accogliere in sé le fattispecie più circoscritte di *falsus tutor*, ossia di chi dolosamente si presenti in giudizio — ma le fattispecie sembrerebbero ampliarsi sino a ricomprendere qualunque attività negoziale — fingendosi tutore e ingannando i terzi (la cui attività assurge a nuovo oggetto della protezione edittale), attuando quel *dolus* che dell’antica *fides* continua a costituire l’esatta antitesi. La *fides* lesa dal doloso comportamento del tutore, declinato nelle fattispecie di lesione degli interessi di terzi, verrebbe così tutelata attraverso alcuni rimedi, di natura squisitamente processuale, quali la *restitutio in integrum* e le *actiones ad exemplum*, che trovano applicazione nei casi dei dodici frammenti che formano il titolo D. 27.6 rubricato *Quod falso tutore auctore gestum esse*.

Si tratterebbe di uno degli ultimi tasselli — come si è detto intensamente connesso con la più ampia questione relativa al *pro tutore gerere*<sup>16</sup> — di una vicenda che, pur nella frammentarietà che la connota, pare potersi ricostruire grazie agli indizi che il Digesto di Giustiniano ci offre, nonostante la mano dei compilatori vi intervenga certamente.

In tale sottile, articolato, a tratti interrotto percorso della storia delle figure della *tutela impuberum*, parrebbe potersi scorgere una continuità o forse addirittura una circolarità: dalle origini, quando la tutela dell’intera comunità dei consorziati avrebbe imposto di perseguire il mero sospetto, si sarebbe giunti alle previsioni circoscritte di D. 27.6, in cui il

16. Situazione tutelata nel diritto classico dall’*actio utilis negotiorum gestorum* e solo successivamente da un’*actio protutelae*; più precisamente, il rimedio per simili ipotesi diverrà *actio negotiorum gestorum pro tutore* in età postclassica e *actio pro tutela* in età giustiniana. Scrive S. SOLAZZI, s.v. *Tutela*, cit., 916 che «*pro tutore gerens* era chiamato dai Romani colui che amministrava i beni di un pupillo credendo di esserne tutore ... l’idea di fare del *pro tutore gerens* un supplente del vero tutore, qualcosa come un vice-tutore, spunta nella chiusa interpolata della l. 1, § 5, D. *quod falso tutore*, 27, 6».

valore, ancora sovraindividuale, ma di tutt'altra natura, della tutela dei terzi, verrebbe protetto attraverso il tecnicismo dei più recenti schemi edittali. Coerentemente, la sopravvivenza di forme di tutela specifiche e residuali in appositi titoli del Digesto (D. 26.10 e D. 27.6) potrebbe trovare spiegazione in un riconoscimento da parte dei compilatori dell'attualità e dell'utilità di tali giudizi, che bene risponderebbero all'iniziativa imperiale di concepire gli uffici tutelari quali *munera* in senso tecnico, impegni dotati di una rilevanza pubblica e come tali protetti dall'ordinamento.

Una vicenda giuridica e sociale complessa è dunque quella con cui Alessia Spina si confronta, guidata da un consapevole *courage de l'humilité*, per offrire al lettore una proposta, sensibile ed informata, di ricostruzione storica.