

## **D. 26.10.7, 26.10.2, 26.10.4 e l'*accusatio suspecti tutoris*: la competenza del *praetor tutelaris* e del *praefectus urbi* sulla *remotio tutoris* e quella del *praetor urbanus* sulla *missio in possessionem rei servandae causa***

FRANCESCO ARCARIA  
Università di Catania

1. Tre frammenti ricompresi dal Lenel<sup>1</sup> all'interno della terza rubrica del primo dei *libri de omnibus tribunalibus* di Ulpiano, *De suspectis tutoribus et curatoribus*, pongono, a mio avviso, delicati problemi in ordine alla competenza di alcuni organi giurisdicenti dell'*ordo iudiciorum* e della *cognitio extra ordinem* in materia di *accusatio suspecti tutoris* e di *remotio tutoris*.

Il primo di questi testi che viene in considerazione è

D. 26.10.7 (Ulp. 1 *de omn. trib.*): *Impuberibus quidem non permittitur suspectos facere: adulescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant. 1. Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet. 2. Praeterea accesserunt quaedam species ex epistula imperatoris nostri et divi Severi ad Atrium Clonium: nam adversus eos, qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere, ut suis rebus careant praecipitur rei que servandae causa pupillus in possessionem mittatur eius, qui suspectus sententia sua factus est, quaeque mora deteriora futura sunt curatore dato distrahi iubentur. 3. Item si quis tutor datus non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit. Quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est.*

Nel *principium* Ulpiano afferma ovvio (*quidem*) che agli impuberi non è permesso di accusare i tutori di essere *suspectos* (*Impuberibus ... facere*)<sup>2</sup>, mentre ai minori di venticinque anni, che chiaramente lo vogliono, è permesso di farlo nei confronti dei propri curatori (*adulescentibus ... permittitur*), purché ciò avvenga *ex consilio necessariorum* (*dummodo ... faciant*).

---

1. LENEL, *Palingenesia*, 993.

2. Secondo TOMULESCU, *An exception*, 146, dal testo in esame e da D. 26.10.1.6 (Ulp. 35 *ad ed.*: *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare: et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere*) si evincerebbe «that, in the classical epoch, the ward could not demand the dismissal of a tutor as suspect, but anyone having the character of judicial representative could do it in his name». Nel medesimo senso vd., più recentemente, WOJCIECH, *Reddere iura*, 108 n. 63. Ma vd. pure BRUTTI, *Il diritto privato*, 158 e n. 53 e COURTNEY, *A Commentary*, 538.

Il passo è stato ritenuto interpolato dal Solazzi<sup>3</sup>, che, con dovizia di argomentazioni, ha ravvisato precisi indizi dell'intervento compilatorio nella frase *quidem non permittitur suspectos facere: adulescentibus plane*<sup>4</sup>, nell'omissione di *tutores* nella frase iniziale *impuberibus quidem non permittitur suspectos facere*, nell'inutilità del termine *volentibus* ed in alcuni aspetti stilistici (quali la ripetizione di *permittitur* per due volte e l'inciso finale *id faciant*)<sup>5</sup>. Inoltre, esigendo il testo ed ugualmente I. 1.26.4<sup>6</sup> che l'accusa fosse promossa dal minore di venticinque anni *ex consilio necessariorum*, «questa limitazione è davvero sospetta, perché la necessità di ricorrere al consiglio dei parenti, dove vien meno quello del *curator*, poteva essere sentita nella nuova epoca, non nell'epoca classica, allorché il *consilium curatoris* non era indispensabile»<sup>7</sup>.

E della stessa opinione sono stati l'Albertario<sup>8</sup>, il quale ha ritenuto genuino il passo delle Istituzioni giustinianee ed interpolato il testo ulpiano, nel senso che i compilatori avrebbero sostituito in quest'ultima fonte il termine *adulescentes* (*adulescentibus*) in luogo dell'originario *puberes*, il Lenel<sup>9</sup> ed il Laprat<sup>10</sup>.

Al di là di quanto ora evidenziato, il testo appare importante perché Ulpiano sottolinea l'indispensabilità – rimarcata anche dalle Istituzioni di Giustiniano<sup>11</sup> – del ricorso al *consilium necessariorum*, che, declinato qui nel senso di parere del nucleo familiare<sup>12</sup> al quale l'*adulescens*, ancora privo di una completa capacità di agire, dovesse riferirsi prima di attivarsi processual-

3. SOLAZZI, *La minore età*, 164-165.

4. ANKUM, *La captiva adultera*, 199, ritiene che il termine *plane*, che ricorre in tale frase, fosse utilizzato da Ulpiano per indicare «une opposition à ce qui précède».

5. Un esame approfondito di tutte le ricorrenze del verbo *permittere* nelle opere ulpiane consente di concludere in senso favorevole alla sua genuinità, lasciando il suo utilizzo l'impressione che Ulpiano sentisse quasi la necessità psicologica di corroborare le sue affermazioni con la forza derivante da un'autorità esterna: DE BONFILS, *Honores*, 214-215 e n. 53.

6. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt*. Cfr. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 46-47.

7. SOLAZZI, *La minore età*, 165.

8. ALBERTARIO, *Di alcune innovazioni giustinianee*, 255-256.

9. LENEL, *Die cura minorum*, 184.

10. LAPRAT, *Le crimen suspecti tutoris*, 201 e 253.

11. I. 1.26.4: *... puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere ...*

12. RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, 181 e n. 1 e HANARD, *Essai sur la cognatio*, 732.

mente contro il proprio curatore, consente di congetturare<sup>13</sup> che si trattasse di un residuo di un'antica e lata competenza prima esistente in capo al *consilium domesticum*. Conclusione, questa, che non contrasta con lo scopo di quest'ultimo *consilium*, che aveva il compito di sostenere le scelte o, al contrario, di disapprovare i comportamenti dei sottoposti liberi, membri della *familia*, i quali, ponendosi potenzialmente contro gli interessi della *civitas*, avrebbero potuto coinvolgere l'intera famiglia stessa nel giudizio di riprovazione sociale, ciò che si sarebbe potuto verificare anche nel caso di una temeraria azione intentata dagli *adulescentes* contro il proprio curatore.

Dubbi di genuinità ancora maggiori sono stati poi avanzati in ordine al primo paragrafo, in cui Ulpiano chiarisce che, se non sia stata commessa una frode, ma una grave negligenza (*Si fraus non sit admissa, sed lata neglegentia*), giacché quest'ultima si avvicina alla prima (*quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet*).

Il Pernice<sup>14</sup> appunta i suoi strali sul termine *hunc*, che rimane «vollkommen in der Luft» e richiede «eine active Construction», e sulla menzione della *neglegentia*, dal momento che «*neglegentiam admittere* ist ein zweifelhalter Ausdruck, und die *lata neglegentia*, die der *fraus* nahetritt, überhaupt, namentlich aber hier, recht verdächtig». E di questo parere è anche il Kunkel<sup>15</sup>, secondo cui il termine «*neglegentia* ist kein Wort klassisch».

Il De Medio<sup>16</sup> condivide l'interpolazione di *hunc* alla luce del fatto che nel *principium* lo stesso Ulpiano discorreva di tutori al plurale (*suspectos*) e si sofferma a lungo sulla non genuinità dell'equiparazione della rimozione del tutore per grave negligenza a quella avvenuta per dolo<sup>17</sup>. E tale conclusione è fatta propria dal Rotondi<sup>18</sup>, dal Lenel<sup>19</sup> e dal Solazzi<sup>20</sup>, che ritiene un'aggiunta l'inciso *quasi suspectum*, con la conseguenza che la frase *removeri hunc quasi suspectum oportet* non sarebbe stata scritta in questa forma da Ulpiano oppure sarebbe appartenuta ad un contesto diverso dall'attuale<sup>21</sup>.

13. SPINA, *I volti della fides*, 128 e n. 145.

14. PERNICE, *Parerga*, 174 n. 9. Ma vd. pure PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, 186 n. 4.

15. KUNKEL, *Diligentia*, 318.

16. DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata*, 20-22.

17. Così anche ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative*, 302 e n. 3. Cfr. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, 35 n. 1.

18. ROTONDI, *La misura della responsabilità*, 98 e n. 2.

19. LENEL, *Culpa lata*, 278-279.

20. SOLAZZI, *La minore età*, 260-261.

21. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 147.

Il Beseler<sup>22</sup> fa discendere l'intervento dei compilatori giustiniani, a dire il vero in maniera eccessiva, dalla ricorrenza nel testo dall'aggettivo dimostrativo *ista*.

Il Berger<sup>23</sup> immagina che Ulpiano non avesse usato il verbo *admittere* ma un altro simile, ammette l'interpolazione della frase *quia ista prope fraudem accedit*<sup>24</sup> e congetta che il lemma *hunc* fosse stato aggiunto da un copista<sup>25</sup> e, quindi, che tra il *principium* ed il primo paragrafo sarebbe stata presente, nell'opera originale, un'ignota proposizione giustificativa appunto del termine *hunc*.

Comunque sia, il frammento rivela tutta la sua importanza in quanto attesta che Ulpiano componeva la frattura tra l'accertamento di una condotta rilevante benché *sine fraude* (*Si fraus non sit admissa*)<sup>26</sup> e la pronuncia di *suspectus* mediante un'interpretazione o, forse meglio, un artificio finalizzato a creare una finzione di equivalenza (*quia ista prope fraudem accedit*) tra due situazioni, una reale colposa (*lata negligentia*) ed una ideale dolosa, a condizione però che la *culpa* fosse di tale gravità (*lata*) da potere essere assimilata al dolo. E quanto ciò sia vero è dimostrato dal termine *quasi*, che, lungi dal potere essere considerato un'aggiunta giustiniana<sup>27</sup>, dimostra in modo palese che Ulpiano, ben consapevole di esaminare un caso esorbitante dalla fattispecie tipica che conduceva ad una pronuncia di *suspectus*, operasse un notevole sforzo ermeneutico volto ad estendere gli effetti di tale dichiarazione in forza appunto dell'estrema vicinanza tra le due condotte<sup>28</sup>. Il che ridimensiona molte delle critiche interpolazionistiche di cui si è detto, consentendo così

22. BESELER, *Beiträge zur Kritik* III, 133. Ma vd. pure BESELER, *Beiträge zur Kritik* IV, 246.

23. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 68-69 e n. 3.

24. *Contra* BINDING, *Die Normen*, 735 n. 53 e 769 e *Culpa*, 26 e nn. 2-3.

25. *Contra* SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 147-248, secondo cui si sarebbe trattato di un intervento compilatorio.

26. Sulla menzione, nel testo, della *fraus* vd. KRÜGER - KASER, *Fraus*, 167. E, in proposito, MACCORMACK, *The liability of the tutor*, 384-385, ritiene che «the problem raised by the text is whether the grounds stated by Ulpian for the removal of a tutor as *suspectus* are exhaustive. It may be that Ulpian is saying that a tutor can be removed only if there has been *fraus* or *lata negligentia*. A better approach is to regard him as commenting primarily on *fraus*. A tutor may be removed as *suspectus* for *fraus* and *fraus* is deemed to include *lata negligentia*. Ulpian does not exclude the possibility that other, less serious misdealings may ground an application for the removal of the tutor».

27. Cfr. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 42 n. 2.

28. Che l'avverbio *quasi* costituisca la spia lessicale di una *factio* è contestato da CASAROTTI, *Recensione di A. Spina, I volti della fides*, 692.

di superare diversi dubbi di genuinità già evidenziati, ciò che invero è stato riconosciuto dalla dottrina più recente<sup>29</sup> e che può dirsi anche alla luce di un altro testo ulpiano, D. 26.10.8<sup>30</sup>, dal quale si evince, *a contrario*, come la *remotio tutoris* fosse un provvedimento idoneo a colpire non solo il *tutor suspectus*, ma anche il *quasi suspectus*, che si fosse reso inadempiente sotto il profilo della *fides* e della *diligentia*<sup>31</sup>.

Nel secondo paragrafo, introdotto dall'avverbio *praeterea*, Ulpiano precisa che altre fattispecie furono aggiunte da un'epistula di Settimio Severo ed Antonino Caracalla<sup>32</sup> inviata ad Atrio Clonio (*accesserunt ... Clonium*), con la quale si prescriveva che coloro i quali persistessero nel rifiutare di presentarsi, al fine di impedire che fossero decretati gli alimenti<sup>33</sup>, fossero privati del loro patrimonio (*nam ... praecipitur*)<sup>34</sup> e che, allo scopo di conservarlo, il pupillo fosse immesso nel possesso dei beni di chi era stato giudicato *suspectus* a causa di questa sua intenzione (*reique ... est*). E, quanto alle cose destinate a deteriorarsi con il passare del tempo, si ordinava che fossero vendute, una volta nominato un curatore (*quaeque ... iubentur*).

Il Solazzi<sup>35</sup>, dopo avere puntualizzato che l'esordio del testo dimostra trattarsi di altri casi in cui, come nel paragrafo precedente, non aveva luogo l'*accusatio suspecti tutoris*, sospetta di interpolazione la frase *in possessionem mit-*

---

29. MACCORMACK, *The liability of the tutor*, 384; MACCORMACK, *Culpa*, 181 e 183; HÜBNER, *Subjektivismus*, 735 e n. 86; MASSETTO, *Ricerche sul deposito*, 308-309 n. 198; ALBANESE, *Le persone*, 500 n. 364; VOCI, *Diligentia*, 50 e n. 41, 90-91 e n. 22 e 92 e n. 26.

30. D. 26.10.8 (Ulp. 61 *ad ed.*): *Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.*

31. Così, giustamente, A. SPINA, *I volti della fides*, 155-156. Ma vd. pure MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, *Tutela y curatela*, 17, secondo cui il termine *neglegentia* deve essere inteso come «una falta de la obligada *fides*, pues sospechoso es qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est».

32. Sulla titolatura di questa costituzione vd. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage* 23 n. 21 e 351 e, più recentemente, BABUSIAUX, *Mentions emphatiques*, 46 e n. 23.

33. Sul punto vd. KEHOE, *Investment*, 29. DI MARIO, *Lex commissoria*, 138 n. 35, annovera il testo tra quelli che attestano il rifiuto del tutore di fornire gli alimenti al pupillo «affermando a torto la propria povertà». Ma di quest'ultima specificazione non vi è alcuna traccia nel testo.

34. GUALANDI, *Legislazione*, 102, non dubita che tale frase fosse derivata dal testo dell'epistula.

35. SOLAZZI, *La minore età*, 261-262; SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 147-148; SOLAZZI, *Sull'actio rationibus distrahendis*, 208.

*tatur eius, qui suspectus sententia sua factus est*, perché mancante del termine *bonorum* ed esprimente un concetto sicuramente estraneo ad Ulpiano e, per di più, inutile nella parte finale *eius, qui suspectus sententia sua factus est* alla luce del fatto che, adottandosi il provvedimento più radicale della rimozione, diventerebbe del tutta superflua la pressione sul tutore con la *missio in possessionem*, ciò che si evince dalla scomparsa di tale frase in I. 1.26.9<sup>36</sup>, che riproduce la regola classica. Anche se va detto che, a proposito di quest'ultima frase, questo stesso autore<sup>37</sup> ha successivamente mutato opinione, dubitando che si tratti di un glossema, ma mantenendo comunque ferma l'idea che la frase del testo designante la *missio* in favore del pupillo come *rei servandae causa* – la cui concessione da parte di Settimio Severo ed Antonino Caracalla non può però mettersi in dubbio – non sia genuina.

Tale ricostruzione è stata però confutata dal Berger<sup>38</sup>, il quale, oltre a non condividere le affermazioni in ordine all'*incipit* del frammento, non dà alcun rilievo alla mancata menzione del lemma *bonorum* perché sottinteso dal termine *possessionem* e, quindi, verosimilmente oggetto di una svista dell'amanuense e, inoltre, corregge *sententia* in *absentia*, ritenendo infine che, laddove la proposizione *qui suspectus sententia sua factus est* fosse stata introdotta dai commissari giustinianeï, il redattore delle Istituzioni non l'avrebbe eliminata. E, più recentemente, l'Albanese<sup>39</sup> ha ritenuto «sostanzialmente genuino» il testo in esame.

Ulpiano, mediante un'interpretazione (*Praeterea accesserunt quaedam species*) corroborata dall'*epistula* imperiale, qualifica dunque la mancata presentazione in giudizio come un'attività fraudolenta ai danni del pupillo e, al contempo, attesta che i tentativi di evitare la prestazione degli alimenti dovessero essere assai ricorrenti nella prassi<sup>40</sup>. Ed è importante rimarcare<sup>41</sup>

---

36. I. 1.26.9: *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistula divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum eius pupillus mittatur: et quae mora deteriora futura sunt, dato curatore distrabi iubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit qui non praestat alimenta.*

37. SOLAZZI, *Il concorso I*, 34 n. 1, II, 12 n. 3 e IV, 195.

38. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 48, 71-72 e 74.

39. ALBANESE, *Le persone*, 501 n. 367.

40. Sull'obbligo del tutore di provvedere opportunamente, con il patrimonio del pupillo, alle spese necessarie per il sostentamento, appunto gli *alimenta*, dell'impubere vd. ALBANESE, *Le persone*, 480 e n. 263.

41. SPINA, *I volti della fides*, 146.

che, come si evince dalla frase *sui copiam perseverant non facere*<sup>42</sup>, l'assenza in giudizio<sup>43</sup>, secondo il giurista, dovesse avere il carattere della reiterazione e, in aggiunta a ciò, connotata peculiarmente da un dolo specifico (*ne alimenta decernantur*).

Quanto poi al tipo di giudizio ed all'organo ad esso preposto e non esplicitato da Ulpiano, un elemento decisivo è costituito dalla carica rivestita dal destinatario dell'*epistula* di Settimio Severo ed Antonino Caracalla, *Atrius Clonius*, che sappiamo essere stato pretore tutelare tra il 209 ed il 211 d.C.<sup>44</sup>.

Tuttavia, questa conclusione può valere solamente per la prima parte del testo, nella quale leggiamo che Settimio Severo ed Antonino Caracalla avevano stabilito che chi persistesse nel rifiutare di presentarsi in giudizio, al fine di impedire che fossero decretati gli alimenti, fosse privato del suo patrimonio, ma non per la parte immediatamente successiva, in cui si afferma che gli stessi imperatori avevano anche deciso che, al fine di conservarlo, il pupillo fosse immesso nel possesso dei beni di chi era stato giudicato *suspectus* a motivo di questa sua intenzione (*reique ... est*), con la conseguenza che si ordinava la vendita delle cose destinate a deteriorarsi con il passare del tempo, una volta nominato un *curator bonorum*<sup>45</sup>.

E, invero, per comprendere questa aporia, bisogna ricordare, per un verso, che nel procedimento cognitorio dell'*accusatio suspecti tutoris*, dall'evanescente ed ibrida connotazione penale e ad iniziativa pubblica, all'accoglimento dell'accusa non conseguiva, di regola, una vera e propria pena, ma solo la rimozione del *tutor* dichiarato *suspectus*, con *decretum* dell'organo giudicante

42. Sul verbo *perseverant*, che ricorre in tale frase, vd. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, 35 n. 1.

43. Sulle cui conseguenze vd. KASER, *Ruhende und verdrängende Hausgewalt*, 45 e n. 2.

44. Sulla vita e la carriera di Quinto Atrio Clonio, che fu *consul suffectus* sotto Caracalla e completò il suo *cursus honorum* come *legatus Augusti pro praetore* della Spagna citeriore al tempo di Alessandro Severo o poco dopo, vd. CORIAT, *La palingénésie des constitutions impériales*, 900 e n. 89; CORIAT, *Le prince législateur*, 78, 83 e 312; NASTI, *Studi sulla tradizione giurisprudenziale romana*, 142 e n. 44 (ivi ampia letteratura citata). Altra letteratura citata in GUALANDI, *Legislazione imperiale*, 101 n. 36.

45. Nessun dubbio esiste in ordine al fatto che il *curator* menzionato nel testo fosse il *curator bonorum*, da nominarsi appunto in seguito all'immissione del pupillo nel possesso dei beni del tutore: SOLAZZI, *Curator impuberis*, 7; SOLAZZI, *Il concorso II*, 12 e n. 3; SOLAZZI, *Il concorso III*, 88-89; PÉREZ ÁLVAREZ, *Observaciones sobre D.17.1.22.10*, 356-357 n. 2 e 371 n. 47. Sulla qualifica di *datus* a proposito del *curator*, che compare nel testo (*curatore dato*) ed in altre fonti, vd. BISCOTTI, *Curare bona*, 103 n. 127 e BISCOTTI, *Custodia*, 43 n. 54.

comportante l'*infamia*, e, per altro verso, che, in età severiana, competenti a decidere su tale *accusatio* erano – come è attestato da D. 26.10.1.3 dello stesso Ulpiano: *Damus autem ius removendi suspectos tutores Romae praetoribus, in provinciis praesidibus earum* – i *praetores* a Roma ed il *praeses* nelle province.

Il testo in esame è allora importante perché dissipa ogni dubbio in ordine al fatto che, al pari del pretore urbano, anche quello tutelare potesse decidere giudizi di tal fatta, ciò che trova un preciso appiglio nel plurale *praetores* di cui al testo ulpiano ora ricordato<sup>46</sup> ed in C. 5.47.1, un rescritto del 197 d.C. inviato ad un tale *Tertius* significativamente ancora di Settimio Severo ed Antonino Caracalla<sup>47</sup> come l'*epistula* ad Atrio Clonio, ma non è altrettanto

---

46. Che al pretore tutelare fosse attribuita anche la competenza alla rimozione di tutori e curatori è ritenuto probabile da JÖRS, *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung*, 40 e PALAZZOLO, *Potere imperiale*, 212 n. 24 e, dubitativamente, da KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 464 n. 32 e da SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, 146-147 n. 59.

47. C. 5.47.1: *Si contra matris ultimam voluntatem Fuscini filio communi tutorem datum probaveris, eum sine damno existimationis a tutela removendum praetor decernet. Quae rescriptio, si in fraude convictus fuerit, non suffragabitur.* Che il *praetor* qui menzionato sia il *tutelar* è ritenuto probabile da PALAZZOLO, *Potere imperiale*, 212-213. Con questo rescritto – del quale ho avuto modo di occuparmi in *Le costituzioni*, 56-58 – il richiedente è rinviato alla *cognitio extra ordinem* del pretore tutelare per la *remotio suspecti tutoris* ed in esso non vi è alcuna traccia di un'assunzione della lite da parte dell'imperatore e del relativo invio della decisione ad un suo subalterno, ma, al contrario e più semplicemente, di un'istruzione data dall'autorità imperiale al magistrato specificamente competente per la materia di cui si tratta. Da ciò si evince allora che gli imperatori non avevano alcun interesse ad invadere la giurisdizione dei magistrati e dei funzionari per il semplice motivo che l'autorità imperiale si accontentava, in maniera assai lungimirante, di limitare fortemente, appunto per mezzo dei rescritti, il potere discrezionale degli organi giurisdizionali. Non vi era perciò alcuna ragione di ingerirsi nell'ambito della loro giurisdizione, che, come è dimostrato in maniera inconfutabile dai tanti rinvii contenuti nei rescritti al giudice *cuius de ea re notio est* ovvero al *iudex competens*, rimaneva dunque formalmente intatta, giacché tanto i vecchi magistrati repubblicani quanto i nuovi funzionari imperiali giudicanti *extra ordinem* avevano perduto ogni autonomia ed erano diventati fedeli esecutori della volontà imperiale a tal punto che preferivano rivolgersi direttamente all'imperatore anziché esercitare quel potere discrezionale in teoria sempre loro spettante. Ed è proprio da questo rilievo che discende la conseguenza che il *rescriptum* imperiale viene in sostanza a prendere il posto del responso giurisprudenziale, dal momento che i privati trovano ora assai più produttivo rivolgersi all'imperatore piuttosto che ai giuristi. L'aver considerato il *rescriptum* come una specie di *responsum* imperiale, che rispetto a quello giurisprudenziale presentava anche il vantaggio di non potere essere contraddetto in quanto proveniente dal 'principe giureconsulto', aiuta dunque a comprendere perché l'indubbia ingerenza esercitata dal potere imperiale per mezzo

decisivo nel dare una risposta all'interrogativo se il pretore tutelare potesse disporre anche la *missio in possessionem rei servandae causae* nei beni del *tutor suspectus* in favore del *pupillus*.

Ora, come risulta dalla stretta concatenazione delle due disposizioni dell'*epistula* (privazione del patrimonio e *missio in possessionem*) legate tra loro dal *que* posposto a *rei*, *prima facie* sembrerebbe doversi riconoscere al *praetor tutelaris* tale potere, ma il condizionale è d'obbligo.

Infatti, nel caso della *missio in possessionem* del pupillo nei beni del tutore a garanzia degli alimenti dovutigli si possono formulare due ipotesi: o ritenere che la giurisdizione sulla rimozione dei tutori fosse considerata esclusiva, cosicché qualunque mezzo processuale, anche di origine estranea alla *cognitio*, mirante alla protezione dell'interesse dei *pupilli*, sarebbe stato necessariamente assorbito nell'ambito della giurisdizione del pretore tutelare e, quindi, del processo *extra ordinem*, o, al contrario, immaginare che, trattandosi di un rimedio previsto dall'editto non ai fini dell'accertamento del rapporto controverso, ma semplicemente allo scopo della tutela interinale di una situazione processuale, il *praetor* (urbano o peregrino) ne avesse la competenza anche nei riguardi della *remotio tutoris*. Ed è chiaro che, mentre nella prima ipotesi dovremmo ammettere non solo l'estensione della *missio in possessionem* alla *remotio suspecti tutoris*, ma anche un assorbimento della competenza e della disciplina processuale della *missio* nelle mani del *praetor tutelaris*, nella seconda saremmo invece costretti a pensare a due competenze separate, quella del pretore tutelare per l'accertamento della *remotio tutoris* e quella del pretore urbano per la concessione del provvedimento cautelare di *missio in possessionem*. Con la conseguenza che tra questi due pretori vi fosse una necessitata collaborazione, in quanto in un singolo processo doveva essere adottato un provvedimento – quale appunto la *missio in possessionem* – per il quale il pretore tutelare non era competente, sicché quest'ultimo era costretto a rimandare le parti davanti al pretore urbano (o peregrino).

---

dei rescritti non venne attuata configurando questo tipo di *constitutio principis* come atto processuale vero e proprio, snaturandosene così l'origine ed il carattere di atto avente valore esclusivamente interpretativo. Ciò che è confermato dall'ingombrante presenza di rescritti di età severiana aventi valore unicamente interpretativo, per mezzo dei quali l'imperatore si limitava solamente a definire il punto di diritto controverso e, talora implicitamente e talaltra esplicitamente, rinviava le parti al giudice competente, al quale solo, accertata la verità dei fatti, sarebbe poi spettata la definizione della controversia e l'emanazione della sentenza.

Sul piano astratto, la prima soluzione sembrerebbe la più attendibile, se non addirittura scontata, dal momento che il pretore tutelare era fornito di *imperium* al pari degli altri pretori (*urbanus, peregrinus, fideicommissarius, fiscalis, de liberalibus causis, hastarius*)<sup>48</sup> e la *missio in possessionem* era espressione dell'*imperium* magistratuale<sup>49</sup>, potendosi addirittura congetturare che il *praetor tutelaris* emanasse anch'esso, al pari del pretore urbano, degli editti contenenti la previsione della *missio in possessionem rei servandae causa* in favore dei pupilli<sup>50</sup>.

Tuttavia, sulla scorta di quanto altrove<sup>51</sup> ho cercato di dimostrare a proposito della *missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa* concessa in analogia con la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* ed anche sulla base di una riconosciuta ricorrenza di procedimenti «all'interno dell'*ordo*, e quindi di una utilizzazione del diritto onorario in ausilio del diritto straordinario» affermata dall'Impallomeni<sup>52</sup> proprio in riferimento alla *missio in possessionem* di cui al testo in esame, credo che vada accolta la seconda soluzione, dovendosi così leggere il passo di Ulpiano nel senso che la competenza in materia di *remotio suspecti tutoris* spettasse al pretore tutelare e, invece, quella sulla *missio in possessionem rei servandae causa* in favore dei *pupilli* rimanesse ancora in capo al pretore urbano (o peregrino).

E, in questo senso, non mi sentirei affatto di escludere che, per quanto nel testo ulpiano non si menzionino né il *praetor tutelaris* né il *praetor urbanus*, l'esistenza di due competenze separate per la *remotio tutoris* e l'emana-zione del provvedimento cautelare della *missio* da parte rispettivamente del pretore tutelare e del pretore dell'*ordo* fosse il motivo od uno dei motivi di

48. Come è stato evidenziato da PALAZZOLO, *Potere imperiale*, 210-211 e PALAZZOLO, *Processo civile*, 103, per tutti questi pretori, anche se concettualmente si tratta di *iurisdictio mandata*, cioè di delega da parte dell'imperatore, in realtà si era andata definendo una competenza propria, ben precisata nei suoi poteri e nei suoi limiti, nei cui confronti il *princeps* non aveva alcun potere di supremazia, trattandosi non di funzionari imperiali, ma di magistrati appartenenti al vecchio ordine repubblicano.

49. D. 2.1.4 (Ulp. 1 *ad ed.*): *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.*

50. L'esistenza di editti dei pretori fedecommissario e tutelare, analoghi se non addirittura identici a quelli del pretori urbano, peregrino e provinciale, è affermata da MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 221, il quale però non cita alcuna fonte che possa suffragare la sua asserzione, ed è invece decisamente negata da KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, 93.

51. ARCARIA, *Missio in possessionem, passim.*

52. IMPALLOMENI, *L'efficacia del fedecommissio*, 84.

dubbio che avevano indotto Atrio Clonio a chiedere lumi a Settimio Severo e Caracalla, i quali dispongono l'utilizzo, all'interno della *cognitio extra ordinem* del pretore tutelare, di un tipico rimedio pretorio quale era appunto la *missio in possessionem rei servandae causa*.

Infatti, se è noto che tale *missio* inizialmente, cioè nel processo dell'*ordo*, fosse uno strumento coercitivo-cautelare adoperato per assicurare il regolare svolgimento del processo, data l'inesistenza nel processo formulare di un procedimento contumaciale, trovando applicazione nel caso in cui l'*in ius vocatus* non avesse ottemperato all'invito del *vocans* di presentarsi in giudizio, è altrettanto risaputo che l'applicazione di questo rimedio all'interno della *cognitio extra ordinem* non trovava alcuna giustificazione, dal momento che, in questo nuovo sistema, il processo poteva iniziare, continuare a svolgersi sino alla fine e concludersi con una sentenza anche in contumacia, cioè in assenza del convenuto, che, nel testo in esame, era il *tutor suspectus*.

Pertanto, Atrio Clonio avrebbe potuto procedere tranquillamente ad emanare una sentenza dichiarativa dello *status* di *suspectus* nei confronti del *tutor* che non si era presentato in giudizio e, in effetti, che a ciò egli avesse provveduto si evince dalla parte finale del frammento, in cui si afferma che tale tutore *suspectus factus est* a causa del suo comportamento.

Il suo dubbio e, quindi, il suo rivolgersi agli imperatori era però giustificato dal fatto che l'assenza in giudizio del tutore non era stata occasionale, ma reiterata (*sui copiam perseverant non facere*), arrecando così un grave nocumento al *pupillus*, al quale occorreva porre riparo.

Settimio Severo e Caracalla rispondono che, a carico del *tutor suspectus*, si dovesse disporre la privazione del patrimonio e, in favore del *pupillus*, la *missio in possessionem rei servandae causae*, che, però, a mio avviso, non sarebbe stata adottata dal pretore tutelare, competente solamente a dichiarare *suspectus* il tutore, bensì dal pretore urbano (o peregrino).

Conclusione, questa, che mi sembra avvalorata, in via analogica, da un rescritto emanato nel 204 d.C. significativamente ancora di Settimio Severo ed Antonino Caracalla e riguardante l'*indefensio*, C. 2.12.3<sup>53</sup>, in cui viene in considerazione la *missio in possessionem rei servandae causae* contemplante,

---

53. C. 2.12.3 *Eum, qui res agit heredum, a quibus tibi deberi fideicommissum dicis, evoca ad pretorem virum clarissimum, qui aut respondere tibi cogetur aut administratione negotiorum secundum formam iurisdictionis prohibebitur. Deliberabit autem praetor, si non defendat heredes, debeatne te mittere in possessionem, secutus iurisdictionem, quae exerceri adversus indefensos solet.*

tra le ragioni per le quali viene concessa, l'ipotesi del pupillo, il quale, convenuto, dai creditori, non fosse difeso né dal tutore né da altri.

Ebbene, come credo di avere dimostrato<sup>54</sup>, il *praetor* menzionato (due volte) in tale provvedimento, lungi dal potere essere individuato nel pretore fedecommissario, è invece l'*urbanus* e gli imperatori indicano al richiedente *Pomponius* la via del rimedio pretorio anziché quella *extra ordinem* per un istituto, quale il fedecompresso, la cui tutela era all'epoca dei Severi attribuita ai consoli ed al *praetor fideicommissarius*, esprimendo così un preciso indirizzo di politica giudiziaria imperiale consistente nel privilegiare il rimedio pretorio della *missio in possessionem* rispetto ad altri provvedimenti esecutivi del procedimento *extra ordinem* e, quindi, nel tenere distinte e separate le competenze per la concessione della *missio*, spettante al pretore urbano, e l'accertamento del diritto, di pertinenza del pretore fedecommissario.

Quanto ciò sia vero è poi confermato da un altro testo ulpiano, D. 2.12.2<sup>55</sup>, che enumera una serie alquanto numerosa di provvedimenti, che potremmo definire 'd'urgenza', che, secondo un'*oratio in senatu recitata* di Marco Aurelio, il *praetor* menzionato nel testo poteva adottare anche *diebus feriaticis*. E si tratta di provvedimenti che si riferiscono tanto ad istituti (ed a relative competenze processuali) regolati dall'editto pretorio e, tra questi, per quel che qui più ci interessa, la *missio in possessionem rei servandae causae*, quanto ad istituti che ne erano estranei, e la cui normale tutela processuale aveva luogo all'interno della *cognitio extra ordinem*. Infatti, anche in questo caso ritengo di avere dimostrato<sup>56</sup> che tale *praetor* fosse quello *urbanus*, attestando quindi tale frammento l'esistenza di competenze distinte e separate per l'accertamento del diritto e l'emanazione dei provvedimenti cautelari e d'urgenza, dovendosi conseguentemente ritenere che, in riferimento ai secondi, previsti nell'editto pretorio, si avesse una competenza unica del pretore formulare a

54. ARCARIA, *Missio in possessionem*, 265-269.

55. D. 2.12.2 (Ulp. 5 ad ed.): *Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur, ut officii admoneantur cessantes, excusationes allegentur, alimenta constituentur, aetate probentur, ventris nomine in possessionem mittatur, vel rei servandae causa, vel legatorum fideicommissorum, vel damni infecti: item de testamentis exhibendis: ut curator detur honorum eius, cui an heres exstaturus sit incertum est: aut de alendis liberis parentibus patronis: aut de adeunda suspecta hereditate: aut ut aspectu atrox iniuria aestimetur: vel fideicommissaria libertas praestanda.*

56. ARCARIA, *Missio in possessionem*, 263-265.

prescindere dalla materia trattata, il cui accertamento sarebbe stato devoluto, a seconda dei casi, ai magistrati dell'*ordo* od a quelli della *cognitio*.

E, in analogia con quanto avvenuto per la *missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa*<sup>57</sup>, si può immaginare che anche il trasferimento di competenza della *missio in possessionem rei servandae causa* in favore dei pupilli di cui a D. 26.10.7.2 dal pretore urbano a quello tutelare dovette avere luogo negli anni immediatamente susseguenti a Caracalla, più precisamente con Alessandro Severo, ciò avvenendo in seguito alla trasformazione della sua originaria funzione cautelare-coercitiva in una nuova, decisamente esecutiva.

Peraltro, che la competenza alla *remotio suspecti tutoris* conseguente all'accertamento dello *status* di *suspectus* nei confronti del *tutor* che non si fosse presentato in giudizio fosse del pretore tutelare giudicante *extra ordinem* mi sembra trovare conferma nel terzo ed ultimo paragrafo, in cui Ulpiano afferma che, parimenti (*Item*), se chi è stato nominato tutore non compaia in giudizio (*si ... compareat*), è solito essere convocato mediante editti (*solet ... evocari*) e, se non sia comparso nuovamente (*novissimeque ... fecerit*)<sup>58</sup>, suole essere rimosso come *suspectus* per il fatto stesso di non essersi presentato (*ut ... fecit*), il che deve essere pronunciato assai di rado e dopo una diligente indagine (*Quod ... est*).

Il Solazzi<sup>59</sup>, dopo avere sottolineato che l'avverbio iniziale *Item* prova che nel frammento si continuasse l'esposizione dei casi della stessa specie, ha ritenuto interpolati l'inciso *ut suspectus* – affermazione, questa, revocata però in dubbio in un successivo scritto<sup>60</sup> – e le frasi *ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit*, quale motivo inutilmente ripetuto, e – seguito sul punto dall'Arù<sup>61</sup> – *Quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est*, in quanto emblema enunciante una riserva che si rinviene sviluppata in D. 27.2.6 di Trifonino<sup>62</sup>, con la conseguenza che, del testo, sarebbe stata genuina sola-

57. ARCARIA, *Missio in possessionem*, 292-297.

58. Sul termine *novissime*, che ricorre in tale frase, vd. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, 35 nt. 1.

59. SOLAZZI, *La minore età*, 262-263 e SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 148-149.

60. SOLAZZI, *Fantasia*, 183 n. 1: «è dubbio e probabilmente da escludere che sia emblematico *ut suspectus*; la locuzione presso i classici significa che il tutore è rimosso come se fosse sospetto, come se fosse stato dichiarato sospetto in base al *crimen suspecti*».

61. ARU, *Il processo civile contumaciale*, 168.

62. D. 27.2.6 (Tryph. 14 disp.): *Si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiciatur, quae etiam ex hoc arguatur*,

mente la prima parte, in relazione alla quale sarebbe lecito però dubitare che essa si riferisse al tutore testamentario, dal momento che la soppressione del termine *testamento* davanti a *datus* non avrebbe lasciato tracce<sup>63</sup>.

Come per il paragrafo precedente, anche in questo caso queste conclusioni non sono state accolte dal Berger<sup>64</sup>, il quale, pur condividendo l'interpolazione della frase finale *Quod et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est*, ha rigettato l'idea che la frase *ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit* sia di fattura compilatoria, perché la forza del discorso poggia sull'inciso *ob hoc ipsum*, giudicando così il frammento sostanzialmente genuino. Conclusione, questa, fatta propria anche, più di recente, dall'Albanese<sup>65</sup>.

Il testo è dunque chiaro: alla pronuncia di *suspectus* ed alla sua conseguente *remotio* si può giungere solamente in seguito al fallito esperimento di una serie di convocazioni edittali ed in seguito ad un'istruzione condotta con particolare scrupolo e serietà<sup>66</sup>, con la conseguenza che solo qualora il tutore non vi avesse ottemperato, sarebbe scattato il provvedimento di rimozione<sup>67</sup> – adottato, secondo il Pernice<sup>68</sup>, con *decretum e pro tribunali* – appunto per il fatto stesso di non essersi presentato.

Pertanto, come bene è stato messo in luce dalla Spina<sup>69</sup>, Ulpiano rimarca l'emergere del dolo del tutore da un'assenza verificatasi nonostante i ripetuti tentativi di convocazione, che escluderebbero la mancata presentazione per mera colpa, ma, al contempo, ammonisce che l'*accusatio suspecti tutoris* in

---

*quod per absentia eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis adfribus atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem: et ita qui datus erit, expedit alimenta pupillo. Si vero necessaria absentia tutori set inprovisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suae providere nec consulere pupillo potuerit et speratur redire et idoneus sit tutor nec expediat alium adiungi et pupillus alimenta de re sua postulet: recte constituetur ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat.*

63. SOLAZZI, *Fantasia*, 182-183.

64. BERGER, *Zur Lehre mehrerer Tutoren*, 48, 72 e 76.

65. ALBANESE, *Le persone*, 499-500 n. 361, 501 n. 369 e 502 n. 371.

66. Così anche DESANTI, *De confirmando tutore*, 170-171, secondo cui «il termine 'inquisitio', e la corrispondente voce 'inquirere', rimandano essenzialmente all'indagine approfondita, diligente, scrupolosa contrapposta – sul piano del metodo – all'indagine sommaria, superficiale».

67. Sul punto vd. anche KASER, *Rubende und verdrängende Hausgewalt*, 45 e n. 2.

68. PERNICE, *Parerga*, 173 e n. 5.

69. SPINA, *I volti della fides*, 147-148.

simili casi dovesse avere luogo solo raramente (*perraro*)<sup>70</sup> e dopo un'acribica e puntuale indagine. È possibile allora che il giurista sottolineasse la necessità di un'istruzione di tal fatta a causa della particolare delicatezza dell'ipotesi prospettata nel testo: la mancata comparizione del tutore, pur non integrando di per sé un atto fraudolento, ma essendo equiparabile al dolo unicamente laddove fosse accompagnata da inequivocabili supporti probatori, poteva condurre alla rimozione del tutore. E, in ogni caso, la chiusa del testo *et perraro et diligenti habita inquisitione faciendum est* attesta in maniera palese che tale procedura fosse vista da Ulpiano con sfavore, ciò che può essere addebitato al fatto che egli ritenesse preferibile evitare la *remotio* del tutore che non si fosse reso mai disponibile a causa di una sua assenza fisica, che, in quanto reiterata, poteva essere addebitata anche a fondati e giustificati motivi<sup>71</sup>. Ciò che, insieme all'evidenza letterale che il tutore fosse stato *datus*, lascia immaginare che quest'ultimo si trovasse in una situazione nella quale il *munus*, laddove ritenuto eccessivo od inopportuno, poteva essere evitato mediante lo strumento delle *excusationes*, le quali, operando come rimedio preventivo, sarebbero state preferibili all'esperienza di un'*accusatio suspecti tutoris*, che, una volta intrapresa, si sarebbe caratterizzata per l'estremo rigore anche sotto il profilo probatorio.

Al di là di ciò, quello che occorre mettere qui in rilievo è che il paragrafo in esame riguardava un tutore che, proprio perché non presentatosi in giudizio, veniva a trovarsi nello stato di *absens*, rendendo così necessari l'introduzione di una procedura contumaciale<sup>72</sup> e, a questo scopo, il ricorso da parte dell'organo procedente agli *edicta*, ciò avvenendo «perché la *denuntiatio*, col suo carattere essenzialmente privato, non poteva mai porre il convenuto in stato di contumacia»<sup>73</sup>. La citazione per mezzo di *edicta* era posteriore alla manca-

---

70. Sull'utilizzo di tale avverbio nella giurisprudenza romana e, in particolare, da parte di Ulpiano vd., con citazione di fonti e letteratura, SPINA, *I volti della fides*, 147 n. 189. Ma vd. pure, in precedenza, HONORÉ, *Ulpian*, 72-73 e n. 793 e 197 e n. 81.

71. E questo perché, secondo BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*, 116, «il giudice è tenuto comunque a ricercare la *veritas rei*. Soltanto su questa base ha senso ammettere che si svolgano processi contumaciali».

72. Sul punto vd. OBARRIO MORENO, *El proceso por contumacia*, 65-66, che correla il paragrafo in esame a D. 40.12.27.2 (Ulp. 2 *De off. cons.*): *Quod si is, qui pro sua libertate litigat, desit, contradictor vero praesens sit, melius erit inaugeri causam eius sententiamque proferr: si enim liquebit, contra libertatem dabit: evenire autem potest, ut etiam absens vincat: nam potst sententia etiam secundum libertatem ferri.*

73. ARU, *Il processo civile contumaciale*, 141.

ta comparizione in giudizio del tutore, al quale, peraltro, doveva essere stata in qualche modo comunicata la causa che veniva intentata nei suoi confronti, e tale comunicazione, dal momento che non lo rendeva immediatamente contumace, non poteva essere stata fatta che a mezzo di *denuntiatio* privata<sup>74</sup>.

Quanto poi all'organo giudicante che aveva disposto l'*evocatio edictis* di cui al testo (*solet edictis evocari*)<sup>75</sup>, si deve ritenere, con l'Aru<sup>76</sup>, che si trattasse del pretore tutelare e, quindi, che D. 26.10.7.3 costituisca una precisa conferma del fatto che la competenza alla *remotio suspecti tutoris* conseguente all'accertamento dello *status* di *suspectus* nei confronti del *tutor* che non si fosse presentato in giudizio di cui al paragrafo precedente spettasse a questo medesimo organo giudicante *extra ordinem*.

2. Ed è proprio in relazione a tale competenza che viene in considerazione il secondo frammento:

D. 26.10.2 (Ulp. 1 *de omn. trib.*): *Libertus quoque si fraudulentè gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus.*

Ulpiano afferma che anche il liberto, se è provato che abbia gestito fraudolentemente la tutela dei figli del patrono (*Libertus ... probetur*), sarà rimesso al *praefectus urbi* affinché sia punito (*ad praefectum ... puniendus*).

Il testo, che è riprodotto nelle Istituzioni giustinianee (1.26.11) con la sola aggiunta dell'inciso *vel nepotum* subito dopo il termine *filiorum*<sup>77</sup> e l'utilizzo

74. *Contra* BOYÉ, *La denuntiatio*, 160 n. 14, secondo cui il paragrafo in esame è D. 27.2.6 e D. 38.17.2.41 «visent le cas de tuteurs qui n'ont pas rempli leurs fonctions et non l'hypothèse d'un défaut sur une première citation». Cfr. GUASCO, *Gli atti introduttivi*, 71-72, secondo cui l'*evocatio edictis* di cui al testo poteva essere disposta anche successivamente ad un procedimento fallito di *denuntiatio ex auctoritate* o di *evocatio litteris*, con la conseguenza che tale *evocatio* sarebbe potuta essere promossa direttamente se gli interessati avessero avuto già conoscenza di un'irreperibilità del tutore negligente oppure in seconda battuta a seguito appunto di una *denuntiatio* non andata a buon fine.

75. Sul punto vd. BOYÉ, *La denuntiatio*, 191, secondo cui, «quand evocare est accompagné de la mention des *edicta* et des *litterae*, à l'exclusion des *denuntiationes*, il ne désigne évidemment qu'un acte officiel», ed anche, seppure limitatamente, BISCARDI, *Le papyrus*, 326 e n. 30.

76. ARU, *Il processo civile contumaciale*, 142.

77. Su questa diversità vd. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 48 e EBRARD, *Über die Quellen*, 330 e n. 6. Secondo CHIAZZESE, *Confronti Testuali*, 223-224 e n. 6, l'aggiunta *vel nepotum* a *filiorum* sarebbe una delle tante utilizzate dai commissari giustiniane al fine di integrare l'elenco delle persone alle quali una determinata norma si riferiva, senza ampliare

del verbo *remittere* al presente (*remittitur*) invece che al futuro (*remittetur*)<sup>78</sup>, costituisce una delle rare testimonianze delle conseguenze punitive connesse all'*accusatio suspecti tutoris* e, nel nostro caso, in particolare al compimento di attività esplicitamente fraudolente<sup>79</sup> da parte di un liberto, la cui repressione – giustificata dallo speciale legame fiduciario esistente tra quest'ultimo ed il *patronus* e la sua famiglia «in un doppio intreccio che coinvolge tanto la *fides* del rapporto di patronato, quanto la *fides* di colui il quale *tutelam gessit*»<sup>80</sup> – è affidata al *praefectus urbi*.

Se quindi la competenza di questo alto funzionario imperiale<sup>81</sup> e le severe misure sanzionatorie da esso irrogate nei confronti del liberto erano legittimate sia dalla gravità del suo agire e sia dalla sua qualità personale di tale soggetto agente, che hanno indotto il Cosentini<sup>82</sup> a ravvisare nel testo in esame un'ipotesi di ingratitudine dei liberti verso i patroni perseguibile mediante un'*accusatio ingrati* ed attestata da D. 37.14.19<sup>83</sup>, si poneva tuttavia il problema di un conflitto di competenza con il pretore tutelare, al quale, come si è visto nel paragrafo precedente, spettava la *remotio suspecti tutoris* conseguente all'accertamento appunto dello *status* di *tutor suspectus*. E ciò, perché, come bene è stato sottolineato dallo Spagnuolo Vigorita<sup>84</sup>, «l'inflizione di una pena, prevista in alcune fattispecie di maggior gravità nel profilo oggettivo e soggettivo, appariva estranea alla configurazione tipica del *crimen suspecti*».

Ulpiano acclarava perciò che, in questi casi più gravi, la competenza fosse del *praefectus urbi* e, pur non esplicitandolo per nulla, lasciava intendere che

---

tuttavia la portata genuina della norma medesima, la quale presupponeva già nel testo originario anche i soggetti che vennero inseriti per completezza nella redazione giustiniana. Ciò che si verificava, ad esempio, per la menzione del pupillo insieme al minore, del curatore al tutore, del tutore testamentario al legittimo, della donna all'uomo e viceversa, degli acquirenti a titolo particolare all'erede e, appunto come nel testo in esame, dei nipoti ai figli.

78. Ciò che avviene perché il verbo al presente sembra conferire maggiore efficacia alla formulazione di un principio giuridico: CHIAZZESE, *Confronti Testuali*, 209 e n. 1.

79. L'avverbio *fraudulenter* è ritenuto non classico da BESELER, *Unklassische Wörter*, 81. Cfr. KRÜGER - KASER, *Fraus*, 158.

80. SPINA, *I volti della fides*, 114.

81. Sulla quale vd. KASER, *Die Geschichte der Patronatsgewalt*, 129-130 e n. 1; SCHILLER, *The Jurists*, 338; WILINSKI, *Intorno all'accusatio*, 561 e n. 10; DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi*, 313 e n. 70.

82. COSENTINI, *Studi sui liberti*, 211 e n. 2 e 220 n. 1.

83. D. 37.14.19 (Paul. 1 *sent.*): *Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat vel res eius filiorumve tutelam administrare detractat.*

84. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, 121.

il pretore tutelare, competente appunto solo per la rimozione del *tutor suspectus*, dovesse rimettere il liberto alla *cognitio* del primo<sup>85</sup>. Ciò che, lungi da essere una mera supposizione<sup>86</sup>, trova una precisa conferma in C. 5.37.4<sup>87</sup> del 213 d.C. e, soprattutto, in un altro passo dello stesso giurista, D. 26.10.1.8, in cui si precisa che, se un plebeo fosse stato accusato davanti al *praetor* di atti alquanto atroci commessi durante la tutela (*Si quis de plebeis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud praetorem accusatus*), egli sarebbe stato rimesso al *praefectus urbi* per essere severamente punito (*remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus*): le due fattispecie sono accomunate dalla repressione di comportamenti assai riprovevoli (fraudolenti in D. 26.10.2 e, genericamente, *atrociora* in D. 26.10.1.8) e dalla condizione dell'*accusatus* (plebeo in 26.10.2 e liberto in D. 26.10.1.8) e collegate certamente tra loro dalla congiunzione *quoque*, «di verosimile origine compilatoria»<sup>88</sup>, che compare all'inizio di D. 26.10.2.

Pertanto, il testo in esame appare importante perché attesta che il richiamo da parte di Ulpiano al *praefectus urbi* era finalizzato a prevenire l'insorgenza di veri e propri conflitti di competenza causati dall'indeterminatezza dei confini esistenti tra le concorrenti competenze in materia di accertamento dello *status* di *tutor suspectus* e di conseguente *remotio* del tutore dei due diversi organi giurisdicenti *extra ordinem* a ciò preposti, quali, appunto, il *praetor tutelar*is ed il *praefectus urbi*.

3. E sempre al pretore tutelare fa riferimento il terzo ed ultimo frammento, nonostante questo testo sembrerebbe alludere, *prima facie*, al pretore formulare:

D. 26.10.4 (Ulp. 1 *de omn. trib.*): *Hae enim causae faciunt, ut integra existimatione tutela vel cura quis abeat. 1. Decreto igitur debet causa removendi significari, ut appareat de existimatione. 2. Quid ergo si non significaverit causam remotionis decreto suo? Papinianus ait debuisse dici hunc integrae esse famae, et est verum. 3. Si praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse. 4. Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.*

85. Così anche SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, 121 e 147 e n. 61.

86. Cfr. PERNICE, *Parerga*, 170 e n. 4.

87. C. 5.37.4 (Imp. Antoninus A. *Proculae*): *Nisi eam pecuniam, quam constiterit libertum paternum tutorem filiae tuae rationi eius debere, vel deposuerit vel in praediorum comparationem converterit, remittetur ad praefectum urbis, secundum ea quae constituta sunt arbitrio eius puniendus.*

88. SPINA, *I volti della fides*, 113.

Nel *principium*, Ulpiano – in evidente continuità con l'ultimo paragrafo del frammento immediatamente precedente (D. 26.10.3.18)<sup>89</sup>, in cui segnalava che la rimozione del tutore per mera colpa determinava l'abbandono dell'*officium tutoris*, precisava che la rimozione poteva essere dovuta a lentezza, rusticità, indolenza, semplicioneria o stupidità ed individuava le condotte che comportavano, o meno, l'*infamia* – afferma che tali condotte (*Hae causae*) portano infatti (*enim faciunt*) all'abbandono dell'ufficio di tutore o curatore, ma ne mantengono intatta la reputazione (*ut integra existimatione tutela vel cura quis abeat*)<sup>90</sup>.

Secondo il Solazzi<sup>91</sup>, dal momento che D. 26.10.4 è collegato con quello precedente ed il *principium* contiene una giustificazione o, meglio, una ricapitolazione della massima enunciata in D. 26.10.3.18, non si può dubitare che, al pari di quest'ultimo passo, anche in D. 26.10.4pr. l'inciso *vel cura* sia stato inserito dai compilatori. Opinione, questa, che è stata condivisa anche dal Lenel<sup>92</sup> (seppure in maniera dubitativa) e dal Levy<sup>93</sup> e, al contrario, non accolta dal Kaser<sup>94</sup>, il quale ritiene che il *principium* ed i primi due paragrafi di D. 26.10.4 siano «sachlich klassisch».

Comunque sia, come si legge nel primo paragrafo, proprio perché il tutore conservava integra la propria reputazione, il motivo della sua *remotio* doveva essere necessariamente esplicitato nel *decretum* (*Decreto igitur debebit causa removendi significari*)<sup>95</sup>, in modo tale che vi fosse chiarezza in ordine alla sorte della sua *existimatio*<sup>96</sup> (*ut appareat de existimatione*)<sup>97</sup>.

89. D. 26.10.3.18 (Ulp. 35 ad ed.): *Qui ob segnitiam vel rusticitatem inertiam simplicitatem vel ineptiam remotus sit, in hanc causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat. Sed et si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed ei adiunxerit, non erit famosus, quia non est abire tutela iussus.*

90. Sull'inciso *integra existimatio*, che si rinviene anche nel secondo paragrafo del medesimo testo nella forma di *integra fama*, e sulla costruzione *tutela abeat* invece di *a tutela abeat* vd. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 43-44 e 77 n. 1 e KASER, *Infamia*, 231 e n. 58.

91. SOLAZZI, *La minore età*, 164 e 289 e SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 215.

92. LENEL, *Die cura minorum*, 184.

93. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, 35 nt. 1.

94. KASER, *Infamia*, 253 n. 151.

95. Sulla classicità, o meno, dell'espressione *causa removendi*, che ricorre in questa frase, vd. KASER, *Zur juristischen Terminologie*, 108 e n. 45.

96. Sulla quale vd., ampiamente, GREENIDGE, *Infamia*, 1-17 e, più limitatamente, KASER, *Infamia*, 231 e n. 58 e SALLER, *Patriarchy*, 200.

97. Sul significato del verbo *apparere*, che ricorre in questa frase finale (*appareat*), vd., recentemente, DAMON, *C. Iuli Caesaris commentariorum*, 102; DAMON, *Studies on the Text*

Il provvedimento di rimozione era dunque adottato con un *decretum* – la cui forma potrebbe confermare il «valore urgente e interinale della *remotio tutoris*»<sup>98</sup> – del quale Ulpiano non specifica però quale fosse l'organo emanante<sup>99</sup>, che il Mancuso<sup>100</sup> ha ravvisato nel pretore formulare.

E di *decretum*, ugualmente senza indicarne espressamente l'organo emanante, Ulpiano discorre anche nel secondo paragrafo, in cui ricorda che, qualora in questo provvedimento non fosse stata indicata la *causa remotionis*<sup>101</sup> del tutore (*Quid ergo si non significaverit causam remotionis decreto suo*)<sup>102</sup>, Papinianiano si era espresso in favore dell'integrità della sua reputazione (*Papinianus ait debuisse dici hunc integrae esse famae*)<sup>103</sup>. Opinione, questa, accolta dallo stesso Ulpiano invocando un criterio di verità (*et est verum*): al dubbio procedimentale che si poneva allorquando il *decretum* fosse carente della causa di rimozione Papinianiano rispondeva allora facendo ricorso ad una presunzione di *favor suspecti tutoris*<sup>104</sup>.

Anche in questo caso, il Mancuso<sup>105</sup> ha ritenuto che dietro il termine *suo* specificativo del lemma *decreto* (*decreto suo*) si nasconda il *praetor* dell'*ordo*.

A me sembra, però, che questa ricostruzione non possa essere accolta alla luce di quanto leggiamo nel terzo paragrafo, e cioè che, se il *praetor sententia sua* non abbia rimosso il tutore ma gli abbia proibito di gestirla (*Si praetor sententia sua*

of Caesar's *Bellum civile*, 246 e n. 64; RIESENWEBER, *Wie rauh war Caesar?*, 878.

98. SPINA, *I volti della fides*, 138.

99. Genericamente di «magistrato» discorre RIZZELLI, *Adulterium*, 14 nt. 42.

100. MANCUSO, *Decretum praetoris*, 353 e 397.

101. Su questa espressione e sulla sua classicità, o meno, vd. PRINGSHEIM, *Subsidiarität*, 259 n. 4; BESELER, *Unklassische Wörter*, 89; KASER, *Zur juristischen Terminologie*, 108 e n. 45; HONORÉ, *Ulpian*, 68 e n. 595.

102. GREENIDGE, *Infamia*, 139, evidenzia l'estrema importanza dell'esplicitazione della ragione della *remotio tutoris*, in maniera tale che, nel caso di mero errore o di semplice mancanza di diligenza, rimanesse intatta l'*existimatio*. Ma vd. pure, più recentemente, ATZERI, *Die infamia*, 149.

103. Secondo SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 146 n. 4 e SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 213-214, l'*hunc*, che compare in tale frase, è opera dei compilatori, i quali, avendo scritto nel *principium tutela vel cura quis abeat*, avrebbero dovuto inserire nel secondo paragrafo un pronome che abbracciava tutori e curatori e, inoltre, la circostanza che si fa dipendere l'*infamia* dalla *causa remotionis* ed il fatto che si mantiene integra la fama del tutore rimosso se il motivo non fosse stato espresso nel *decretum* lasciano pensare che ci si riferisse ad un giudizio nel quale non di dava luogo alla pronuncia *tutorem suspectus esse*.

104. Così, giustamente, SPINA, *I volti della fides*, 158.

105. MANCUSO, *Decretum praetoris*, 353 e 397.

*non removerit tutela, sed gerere prohibuit*), si deve dire che è preferibile che anche costui cessi di essere tutore (*dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse*)<sup>106</sup>.

Il Taubenschlag<sup>107</sup>, il Berger<sup>108</sup> ed il Levy<sup>109</sup> ritengono il passo interpolato dal momento che il tutore, al quale è stata vietata la gestione, conserva comunque il titolo e, invero, che l'*interdictio administrationis* non facesse perdere la qualità di *tutor* è giustamente desumibile dal quanto accadeva al *tutor legitimus*, il quale manteneva la sua qualità di tutore nonostante la *gestio* fosse stata affidata ad altri. E questa opinione è condivisa dal Solazzi<sup>110</sup>, il quale – dopo avere sottolineato che il provvedimento di proibizione della gestione nei confronti del tutore aveva carattere interinale laddove non fosse stato completato dalla nomina di un altro tutore che assumeva l'amministrazione ed avere rimarcato l'utilizzo del verbo *removerit* al congiuntivo e del verbo *prohibuit* – non esclude tuttavia il dubbio che vi potesse essere anche una proibizione della gestione che equivalesse alla rimozione.

In maniera più articolata ed ingegnosa, il Kniep<sup>111</sup> – prendendo le mosse dalla convinzione che la *postulatio suspecti tutoris* non avrebbe mai dato luogo ad una procedura cognitoria, né nell'ambito delle *legis actiones*, né in quello della procedura formulare, e che a Roma l'editto avrebbe scisso l'istanza in due fasi, nella prima delle quali il magistrato avrebbe pronunciato attraverso il proprio decreto la *remotio* del tutore e nella seconda un *iudex* avrebbe dichiarato nella propria *sententia* che il tutore *suspectum tutorem videri* in risposta ad una formula pregiudiziale rilasciata dal pretore (che avrebbe compreso soltanto l'*intentio: an Numerius Negidius ut suspectus tutor removendus sit*) – ha immaginato che Ulpiano originariamente non avrebbe scritto *Si praetor sententia sua non removerit tutela*, bensì *Si praetor sententia a iudice data non removerit tutela*. Ma a questa ricostruzione può giustamente obiettarsi che

«si ha difficoltà a piegare l'*accusatio suspecti tutoris* alle regole di un processo ordinario e che non sembra potersi evincere dalle fonti la separazione dei due stadi, nel senso che diversi giudicanti avessero emesso la *sententia* ed il *decretum*, dal momento che lo stesso magistrato appare rimanere competente per l'intero processo cognitorio ed emettere

106. Sul termine *hic*, che compare in tale frase, vd. BESELER, *Et ideo*, 72.

107. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, 42.

108. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 88.

109. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, 35 n. 1.

110. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 182-183 e n. 2 e, più ampiamente, SOLAZZI, *Sull'actio rationibus distrabendis*, 207-209.

111. KNIEP, *Gai Institutionum*, 286.

due decisioni cronologicamente riunite insieme: egli pronuncia *suspectum tutorem videri* e poi ordina la rimozione dello stesso»<sup>112</sup>.

Dal punto di vista contenutistico, basterà limitarsi a riportare testualmente le condivisibili affermazioni della Spina<sup>113</sup>, secondo la quale il contenuto della *sententia praetoris*

«può declinarsi non già nella rimozione del tutore, ma in un divieto di *gerere* l'incarico, e i contenuti di provvedimenti pretori – rimozione e divieto di ingerenza gestoria – nel discorso ulpiano sembrano essere ritenuti equivalenti. Appare preferibile ritenere che colui al quale sia stata interdotta dal pretore la gestione del patrimonio pupillare, smetta di essere tutore (*desinat tutor esse*), esattamente come il tutore rimosso. L'obiettivo, dunque, parrebbe l'allontanamento del tutore sospetto dall'amministrazione tutelare, dalla gestione materiale dei beni».

Ma, al di là di questi rilievi, la parte del testo che più ci interessa è quella nella quale Ulpiano afferma che il provvedimento con il quale il *praetor* non rimuoveva il tutore, ma gli proibiva la gestione, era una *sententia (praetor sententia sua)*.

Ora, la qualifica di tale provvedimento come *sententia* pone all'interprete di fronte ad un problema di non facile soluzione, dal momento che Ulpiano, mentre nei due paragrafi precedenti discorreva di *decretum*, nel paragrafo in esame fa invece riferimento ad una sentenza, che, in quanto tale, non poteva certo essere emanata dal pretore formulare.

Il Solazzi<sup>114</sup> risolve sbrigativamente la questione immaginando che il termine *sententia* sia stato rimaneggiato e concludendo che anche in D. 26.10.4.3, come in D. 26.10.4.2, Ulpiano avrebbe detto *decreto suo* e, quindi, che il *praetor* fosse il pretore urbano.

Più recentemente, il Mancuso<sup>115</sup> si è chiesto se al *decretum* pretorio possa anche attribuirsi il significato ed il valore di sentenza, cioè se esso possa talvolta identificarsi in un provvedimento decisorio con il quale il pretore ponesse fine ad una controversia portata alla sua *cognitio* ed ha concluso che, nelle fonti (D. 5.1.75 e 34.2.35.1) e tra queste pure D. 26.10.4.3, il termine *sententia* viene spesso impiegato come sinonimo di *decretum*, anche se il suo significato non è quello di 'sentenza', bensì di 'opinione', 'parere', risultando

112. DI MARIO, *Lex commissoria*, 133 n. 133. Ma vd. pure, in precedenza, SOLAZZI, *La minore età*, 262 n. 1.

113. SPINA, *I volti della fides*, 137.

114. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 74 n. 4 e SOLAZZI, *Sull'actio rationibus distrabendis*, 208.

115. MANCUSO, *Decretum praetoris*, 396-398.

comunque evidente che si tratta, quasi sempre, della manifestazione autoritativa di un'opinione alla quale si attribuisce efficacia normativa, quanto meno nei confronti dei destinatari. Il che, però, non esclude che, in altre testimonianze<sup>116</sup>, si faccia menzione di una *sententia*, rimanendo, quanto meno, incerto il riferimento al *decretum*, con la conseguenza che da tutte queste fonti si evince il concretizzarsi dell'attività decretale del pretore in una pronuncia talvolta di carattere 'dichiarativo' e talaltra 'costitutivo'. E ciò, a prescindere dalla circostanza che alcune di queste attestazioni possano avere subito dei rimaneggiamenti allo scopo di adeguarne la portata al nuovo processo *extra ordinem* ed al conseguente mutato carattere della sentenza.

In senso decisamente contrario si è però espresso il Metro<sup>117</sup>, il quale, dopo avere sottolineato che il decreto pretorio di cui a D. 26.10.4.1-2 concerne la rimozione di un tutore e nulla ha dunque a che fare con la funzione giudicante, rientrando di pieno diritto fra quei provvedimenti che si possono definire di 'volontaria giurisdizione', si chiede perché mai si parla di *sententia* in D. 26.10.4.3 ed a questo interrogativo risponde che qui tale termine è evidentemente usato nel senso generico (più che di 'parere' od 'opinione') di 'disposizione' del pretore. E, sempre a proposito della ricor-

116. D. 4.4.18pr. (Ulp. 11 ad ed.): *Minor autem magistratus contra sententiam maiorum non restituet*; D. 6.2.8 (Gai. 7 ad ed. prov.): *De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium*; D. 27.1.37pr.-1 (Scaev. 2 resp.): *Qui testamento tutor datus fuerat, adito praetore dixit se tres liberos habere, adiecit praeterea habenti patruum legitimum tutorem se vitiose tutorem datum. Praetor ita decrevit: 'si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio'. Quaero, cum nemo patruus impuberi tutor esset, an nihilo minus tutor remansit. Respondi secundum ea quae proponerentur, quamvis iustas excusationis causas haberet, non tamen esse excusatum propter vitium pronuntiationis. 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 ad administratione cessasset, utilem actionem non dandam*; D. 42.1.2 (Ulp. 6 ad ed.): *Qui pro tribunali conoscit, non semper tempus iudicati servat, sed nonnumquam artat, nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia. Sed perraro intra statutum tempus sententiae exsequentur, veluti si alimenta constituentur vel minori viginti quinque annis subvenitur*; D. 42.1.57 (Ulp. 2 disp.): *Quidam consulebat, an valeret sententia a minore viginti quinque annis iudice data. Et aequissimum est tueri sententiam ab eo dictam, nisi minor decem et octo annis sit. Certe si magistratum minor gerit, dicendum est iurisdictionem eius non improbari. Et si forte ex consensu iudex minor datus sit scientibus his, qui in eum consentiebant, rectissime dicitur valere sententiam. Proinde si minor praetor, si consul ius dixerit sententiamve protulerit, valebit: princeps enim, qui ei magistratum dedit, omnia gerere decrevit.*

117. METRO, *Decreta praetoris*, 38-39.

renza dei termini *decretum* e *sententia* in riferimento al *praetor*, lo stesso autore<sup>118</sup> cita proprio D. 5.1.75<sup>119</sup>, in ordine al quale ricorda come la dottrina sia unanime nel riconoscere che ci si riferisca alla *cognitio extra ordinem*, dal momento che il pretore menzionato in tale testo viene comunemente identificato con il *praetor fideicommissarius*. Pretore, quest'ultimo, al quale allude pure D. 34.2.35pr.-1<sup>120</sup>, in cui, pur non discorrendosi di *decretum*, leggiamo che una controversia in materia di fedecommissi era stata decisa dal *praetor* con *sententia*<sup>121</sup>.

Pertanto, essendo notorio<sup>122</sup> – e, come si è già detto, riconosciuto dallo stesso Mancuso – che nel processo *extra ordinem* si oblitera la differenza terminologica fra *decretum* e *sententia*, nessuna meraviglia deve destare il fatto che in D. 26.10.4.3 si parli di *praetor* e di *sententia*, giacché il pretore espressamente menzionato in questo paragrafo e sottinteso nei due precedenti non è, come comunemente si ritiene, il pretore formulare, ma il *praetor tutelaris*<sup>123</sup>, che, in quanto pretore, seppure speciale, poteva certamente adottare *extra ordinem* provvedimenti decisori qualificati indifferentemente, al pari di quelli del *praetor fideicommissarius*, sia come *sententiae* e sia come *decreta*.

Nel quarto ed ultimo paragrafo, Ulpiano precisa che coloro i quali non hanno compiuto atti di gestione (*Qui nihil gesserunt*) non possono essere accusati di essere *suspecti* (*non possunt suspecti postulari*), ma possono essere rimossi per indolenza o negligenza o, se operarono dolosamente, per dolo (*verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri*).

118. METRO, *Decreta praetoris*, 40.

119. D. 5.1.75 (Iul. 36 dig.): *Si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta praetorum.*

120. D. 34.2.35pr.-1 (Paul. 14 resp.): *Titiae amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo: quaero, an heredes ad praestationem integrae materiae auri an ad pretium et quantum praestandum compellendi sint. Paulus respondit aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. Item quaero, si lite contestata praetor ita pronuntiavit, ut materia praestetur, an tutores audiendi sint ab hac sententia pupillum, adversus quem pronuntiatum est, apud successorem eius in integrum restituere volentes. Paulus respondit praetorem, qui auro legato certi ponderis materiam praestare iussit, recte pronuntiasse videri.*

121. METRO, *Decreta praetoris*, 39-40.

122. CARRELLI, *Decretum*, 215-216.

123. Di questa opinione è, seppure dubitativamente, anche D'ORS, *Rescriptos*, 37 n. 69.

Il Solazzi<sup>124</sup>, dopo avere evidenziato la chiara contrapposizione testuale tra la *postulatio suspecti* e la *remotio tutoris*, ritiene un'aggiunta la menzione del dolo (*vel dolum, si dolo fecerunt*) e, quindi, che il frammento originario contenesse il solo riferimento all'*ignavia* ed alla *neglegentia*, dal momento che l'astensione dalla *gestio* per il tutore che sa di essere stato nominato è volontaria e dolosa, non competendo perciò al caso del *dolus* una menzione distinta dall'*ignavia*. E rimarca<sup>125</sup> la circostanza che i compilatori non si accontentarono di aggiungere l'inciso *vel dolum*, ma calcarono la mano con l'inserimento della frase immediatamente successiva *si dolo fecerunt*, che appare superflua ed oziosa, «quasi temessero che l'aggiunta non spiccasse abbastanza e non fosse avvertito dal lettore l'interesse della correzione».

Il Berger<sup>126</sup> ammette e ribadisce tale interpolazione, ma rifiuta ciò che si legge nel testo depurato da questo intervento compilatorio e conclude che la mera inattività del tutore non è ancora un motivo di accusa, come nel caso del *tutor* gravemente malato o che debba assentarsi *rei publicae causa*.

Ma ancora il Solazzi<sup>127</sup> ha replicato affermando che, se Ulpiano avesse voluto dire che solamente l'inerzia colpevole poteva dar luogo all'*accusatio*, si sarebbe espresso diversamente, non costruendo l'antitesi *non possunt suspecti postulari - verum possunt removeri*, bensì affermando, più semplicemente, *qui ob ignaviam vel neglegentiam nihil gesserunt possunt suspecti postulari*. Inoltre, il tutore che *nihil gerit*, se ha l'amministrazione della tutela, è sempre colpevole, come, del resto, è dimostrato dai due stessi esempi addotti dal Berger. Il *tutor* che deve assentarsi *rei publicae causa* ha certo diritto all'*excusatio*, ma se non la richiede e non si fa sostituire da un altro tutore ed abbandona la gestione della tutela, è sicuramente in colpa. E così pure il *tutor* gravemente ammalato, il quale può farsi scusare o fare costituire un curatore che lo coadiuvi nell'amministrazione della tutela, ma se non provvede nell'uno o nell'altro modo, è perlomeno responsabile di *ignavia vel neglegentia*.

Ed ancora più invasivo sarebbe stato l'intervento compilatorio secondo il Levy<sup>128</sup>, il Kunkel<sup>129</sup> ed il Laprat<sup>130</sup>, i quali hanno ritenuto interpolata l'intera

---

124. SOLAZZI, *La minore età*, 259 e 261 e SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 221-222.

125. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 143.

126. BERGER, *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, 65-67, 76-77 e 86.

127. SOLAZZI, *Tutor suspectus*, 141-142 e SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 222 e n. 3.

128. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, 19 n. 5 e 35 n. 1.

129. KUNKEL, *Diligentia*, 318.

130. LAPRAT, *Le crimen suspecti tutoris*, 129-131 e 135.

frase *verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri*<sup>131</sup>.

Il paragrafo conclusivo di D. 26.10.4, per quanto non contenga informazioni o spunti in ordine ai problemi di competenza posti dai tre paragrafi precedenti, appare comunque rilevante, dal punto di vista contenutistico e processuale, dal momento che Ulpiano distingue il momento della presa dell'incarico da quello in cui si è concretamente avviata la gestione e, soprattutto, rappresenta la *postulatio* e la *remotio* come due procedimenti potenzialmente distinti e paralleli, dei quali solo il primo sembrerebbe riconnettersi specificamente all'*accusatio suspecti*, mentre il secondo risulterebbe utilizzabile anche per le condotte meramente colpose<sup>132</sup>. Pertanto, l'assunzione della tutela

«doveva essersi concretizzata in un *aliquid gerere*, in una condotta attiva, che poteva divenire oggetto di indagine in una *postulatio suspecti tutoris*, e tale procedura non poteva avere luogo (*non possunt suspecti postulari*) laddove i tutori *nihil gesserunt*: tuttavia una condotta passiva, fosse anche riconducibile a dolo (ed il richiamo è enfatizzato dalla figura retorica del poliptoto: *vel dolum, si dolo*) oltre che a colpa, poteva determinare la sola *remotio*»<sup>133</sup>.

Ed è importante evidenziare anche – come bene ha fatto il Voci<sup>134</sup> – che il principio espresso in tale paragrafo fosse stato implicitamente richiamato da una costituzione di Caro, Carino e Numeriano inviata nel 284 d.C. ad un tale Primigenio, C. 5.52.2.1-2<sup>135</sup>, in cui, a proposito della tutela divisa, si disponeva che ogni tutore rispondesse della propria gestione e del fatto del collega che avesse mancato di promuovere l'*accusatio suspecti* e, soprattutto, che non valesse come scusa l'affermazione che tale *accusatio* non fosse stata promossa perché il collega non aveva gerito.

131. *Contra* SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 222 n. 2, che, sul presupposto che i termini *ignavia* e *neglegentia* siano sinonimi, dubita che anche l'inciso *vel negligentiam* sia stato aggiunto dai commissari giustiniani.

132. Così anche GUZMÁN, *Dos estudios*, 251-252, 253 n. 47 e 259.

133. SPINA, *I volti della fides*, 88-89. Cfr. GUZMÁN, *Caución tutelar*, 104 n. 7 e GUZMÁN, *Sobre la responsabilidad del tutor mulieris*, 154 e n. 25.

134. VOCI, *La responsabilità dei contutori*, 97-98 e n. 94.

135. C. 5.52.1-2: *In divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus, nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causa agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis dicentibus contutorem suum non administrasse pupillares res.*

**Abstract:** The purpose of the article is the resolution of delicate problems regarding the competence of some judicial bodies of the *ordo iudiciorum* and of the *cognitio extra ordinem* in the matter of *accusatio suspecti tutoris* and *remotio tutoris* posed by three fragments coming from the first of the books *de omnibus tribunalibus* of Ulpian.

**Keywords:** *Accusatio suspecti tutoris, remotio tutoris, missio in possessionem rei servandae causa, praetor tutelaris, praefectus urbi, praetor urbanus.*

**Fonti:** D. 26.10.7, D. 26.10.2, D. 26.10.4.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.
- ALBERTARIO E., *Di alcune innovazioni giustinianee riguardanti la cura minorum*, ZSS 33 (1912) 240-258.
- ALBERTARIO E., *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne* [1922], in E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, V, Milano 1937, 291-307.
- ANKUM H., *La captiva adultera. Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, RIDA 32 (1985) 153-205.
- ARCARIA F., *Missio in possessionem e cognitio fedecommissaria*, BIDR 89 (1986) 245-303.
- ARCARIA F., *Le costituzioni di Settimio Severo tra processo e ius novum*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, 1, a cura di I. Piro, Tricase 2016, 37-85.
- ARU L., *Il processo civile contumaciales. Studio di diritto romano*, Roma 1934.
- ATZERI L., *Die infamia in der Rechtssetzung der Soldatenkaiser*, in *Das Recht der „Soldatenkaiser“. Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, herausgegeben von U. Babusiaux, A. Kolb, Berlin-München-Boston 2015, 127-159.
- BABUSIAUX U., *Mentions emphatiques et louanges à l'intention du souverain. À propos d'une stratégie des jurisconsultes du temps des Sévères*, in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, sous la direction de E. Chevreau, C. Masi Doria, J. M. Rainer, Paris 2019, 43-63.
- BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, Milano 1998.
- BERGER A., *Zur Lehre vom Tutor suspectus*, ZSS 35 (1914) 39-94.
- BESLER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913.
- BESLER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920.
- BESLER G., *Et ideo - Declarare - Hic*, ZSS 51 (1931) 54-83.

- BESELER G., *Unklassische Wörter*, ZSS 56 (1936) 26-98.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung. Ein Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, II.2, Leipzig 1916<sup>2</sup>.
- BINDING K., *Culpa. Culpa lata und culpa levis*, ZSS 39 (1918) 1-35.
- BISCARDI A., *Le papyrus de la prokatarxis*, SDHI 33 (1967) 320-336.
- BISCOTTI B., *Custodia, amministrazione, liquidazione di beni ereditari. Il responso di Salvio Giuliano in D. 3.5.12*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Milano 2007, 15-66.
- BISCOTTI B., *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore. Aspetti generali*, Milano 2008.
- BOYÉ A.-J., *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, Bordeaux 1922.
- BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011<sup>2</sup>.
- CARRELLI O., *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, Annali del Seminario Giuridico-Economico dell'Università di Bari 1 (1938) 129-221.
- CASAROTTI, *Recensione di A. Spina, I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor (Roma 2018)*, Athenaeum 107 (2019) 687-696.
- CHIAZZESE L., *Confronti Testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte generale*, AUPA16 (1931) 1-554.
- CORLAT J.-P., *La palingénésie des constitutions impériales. Histoire d'un projet et méthode pour le recueil de la législation du Principat*, MEFRA 101.2 (1989) 873-923.
- CORLAT J.-P., *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Roma 1997.
- COSENTINI C., *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania 1948.
- COURTNEY E., *A Commentary on the Satires of Juvenal*, London 2013.
- DAMON C., *C. Iuli Caesaris commentariorum. Libri III De bello civili*, Oxford 2015.
- DAMON C., *Studies on the Text of Caesar's Bellum civile*, Oxford 2015.
- DE BONFILS G., *Honores e munera per gli Ebrei di età severiana*, LABEO 44 (1998) 194-228.
- DE CHURRUCA J., *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht*, ZSS 108 (1991) 304-324.
- DE MEDIO A., *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, BIDR 17 (1905) 5-33.
- DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995.
- DI MARIO M., *Lex commissoria e restitutio in integrum in Paul. 1 decr. D. 4.4.38. pr.*, TSDP 7 (2014) 1-175.

- D'ORS A., *Rescriptos y cognición extraordinaria*, AHDE 47 (1977) 5-41.
- EBRARD F., *Über die Quellen der Institutionen Justinians*, ZSS 38 (1917) 327-332.
- GREENIDGE A. H. J., *Infamia. Its place in Roman public and private law*, Oxford 1894.
- GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963.
- GUASCO A., *Gli atti introduttivi del processo civile nelle cognitiones extra ordinem*, Torino 2017.
- GUZMÁN A., *Caución tutelar en derecho romano*, Pamplona 1974.
- GUZMÁN A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona 1976.
- GUZMÁN A., *Sobre la responsabilidad del tutor mulieris*, AHDE 46 (1976) 145-161.
- HANARD G., *Essai sur la cognatio*, 3, Louvain-la-Neuve 1983.
- HONORÉ T., *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002<sup>2</sup>.
- HÜBNER H., *Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von D. Medicus, H. Hermann Seiler, München 1976, 715-742.
- IMPALLOMENI G., *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, BIDR 70 (1967) 1-104.
- JÖRS P., *Untersuchungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiserzeit*, in *Festgabe Rudolf von Jhering zum 6. August 1892 gewidmet von der Giessener juristischen Fakultät*, Leipzig 1892, 1-72.
- KASER M., *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, ZSS 58 (1938) 88-135.
- KASER M., *Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht*, ZSS 59 (1939) 31-51.
- KASER M., *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, ZSS 73 (1956) 220-278.
- KASER M., *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, 95-142.
- KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996<sup>2</sup>.
- KEHOE D. P., *Investment, Profit, and Tenancy. The Jurists and the Roman Agrarian Economy*, Ann Arbor 1997.
- KNIEP F., *Gai Institutionum. Commentarius primus*, Jena 1911.
- KRÜGER P., *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München-Leipzig 1912<sup>2</sup>.
- KRÜGER H. - KASER M., *Fraus*, ZSS 63 (1943) 117-174.
- KUNKEL W., *Diligentia*, ZSS 45 (1925) 266-351.

- LAPRAT R., *Le crimen suspecti tutoris*, Nancy 1926.
- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889.
- LENEL O., *Die cura minorum der klassischen Zeit*, ZSS 35 (1914) 129-213.
- LENEL O., *Culpa lata und culpa levis*, ZSS 38 (1917) 263-290.
- LEVY E., *Die Haftung mehrerer Tutoren*, ZSS 37 (1916) 14-88.
- MACCORMACK G., *The liability of the tutor in classical Roman law*, *The Irish Jurist* 5 (1970) 369-390.
- MACCORMACK G., *Culpa*, SDHI 38 (1972) 123-188.
- MANCUSO G., *Decretum praetoris*, SDHI 63 (1997) 343-400.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS M. L., *Tutela y curatela en derecho romano*, *Revista General de Derecho Romano* 35 (2020) 1-33.
- MASSETTO G. P., *Ricerche sul deposito necessario nella dottrina del diritto comune*, SDHI 44 (1978) 219-320.
- METRO A., *Decreta praetoris e funzione giudicante*, *Panorami* 10.1 (1998) 31-47.
- MOMMSEN T., *Römisches Staatsrecht*, II.1, Leipzig 1887<sup>3</sup>.
- MORABITO M., *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris 1981.
- NASTI F., *Studi sulla tradizione giurisprudenziale romana. Età degli Antonini e dei Severi*, Napoli 2013<sup>2</sup>.
- OBARRIO MORENO J. A., *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Madrid 2009.
- PALAZZOLO N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974.
- PALAZZOLO N., *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato. Lezioni di diritto romano*, Torino 1991<sup>2</sup>.
- PÉREZ ÁLVAREZ M. D. P., *Observaciones sobre D.17.1.22.10 (Paul. l.XXXII ad ed.)*, RIDA 45 (1998) 355-385.
- PERNICE A., *Parerga. V. Das Tribunal und Ulpian's Bücher de omnibus tribunalibus*, ZSS 14 (1893) 135-182.
- PERNICE A., *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.2.1, Halle 1900.
- PRINGSHEIM F., *Subsidiarität und Insolvenz*, ZSS 41 (1920) 252-262.
- RIESENWEBER T., *Wie rauh war Caesar? Bemerkungen zu einer neuen kritischen Edition des Bellum civile*, *Mnemosyne* 73 (2020) 849-887.
- RIZZELLI G., *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, RDR 8 (2008) 1-94.

- ROTONDI G., *La misura della responsabilità nell'actio depositi* [1909], in G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, II, a cura di E. Albertario, Milano 1922, 137-158.
- RUDORFF A. A. F., *Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt*, III, Berlin 1834.
- SALLER R. P., *Patriarchy, property and death in the Roman family*, Cambridge 1994.
- SCHILLER A. A., *The Jurists and the Praefects of Rome*, RIDA 3 (1949) 319-359.
- SOLAZZI S., *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912.
- SOLAZZI S., *Tutor suspectus*, BIDR 28 (1915) 131-188.
- SOLAZZI S., *Sull'actio rationibus distrabendis* [1917], in S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 201-210.
- SOLAZZI S., *Curator impuberis*, Roma 1917.
- SOLAZZI S., *Fantasie e riflessioni sulla storia della tutela. II. Sulle Inst. 1. 26. 5*, in *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, VI, Pavia 1921, 172-186.
- SOLAZZI S., *Istituti tutelari*, Napoli 1929.
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli 1937.
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli 1938.
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli 1940.
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, Napoli 1943.
- SPAGNUOLO VIGORITA T., *Imperium mixtum. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, INDEX 18 (1990) 113-166.
- SPINA A., *I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor*, Roma 2018.
- TAUBENSCHLAG R., *Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts*, Leipzig-Berlin 1913.
- TOMULESCU C. S., *An exception to the principle nemo alieno nomine lege agere potest*, The Irish Jurist 2 (1967) 144-151.
- VOCI P., *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia*, IVRA 21 (1970) 71-154.
- VOCI P., *Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali*, SDHI 56 (1990) 29-143.
- WILINSKI A., *Intorno all'accusatio e revocatio in servitum del liberto ingrato*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano 1971, 559-569.
- WOJCIECH K., *Reddere iura foro nec proturbare curules - Der praefectus urbi als Hüter der städtrömischen Gerichtsordnung*, in *Die Verwaltung der Stadt Rom in der Hohen Kaiserzeit. Formen der Kommunikation, Interaktion und Vernetzung*, herausgegeben von K. Wojciech, P. Eich, Leiden 2018, 95-120.