

La ricostruzione della rubrica editale

Quibus ex causis in possessionem eatur

ABSTRACT – The *Quibus ex causis in possessionem eatur* section of the perpetual edict outlines various grounds for immission (*missio in possessionem*). Contemporary scholarship has, with near unanimity, accepted Lenel's reconstruction of this rubric. However, a thorough and methodical analysis of each case of entry into possession reveals significant flaws in Lenel's proposal, paving the way for a new model.

1. Lenel: un'influenza colossale – 2. La rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*: il ritorno di Rudorff – 3. *Absens indefensus* – 4. *Ut oportet non defendit* – 5. *Iudicatum, confessio, cessio bonorum*.

1. Lenel: un'influenza colossale

1.1. Il tentativo di ricostruzione dell'*edictum perpetuum* di Otto Lenel fu pubblicato nel 1883, nel 1907 e, nella sua terza e definitiva edizione, nel 1927¹. L'opera di Lenel, che si proponeva di superare la proposta di Adolf Rudorff (1869)², si

* Questo contributo ha beneficiato delle discussioni e confronti presso il *Laboratorio Romanistico Gardesano*, tenutosi a Gargnano tra il 12 e il 14 giugno 2023. Ringrazio in particolare la Prof. Iole Fagnoli per l'invito a pubblicare il mio contributo. Sono inoltre grato al dott. Antonio Angelosanto e al dott. Lorenzo Lanti per i loro suggerimenti e correzioni.

¹ O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1883; ID., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², Leipzig, 1907; ID., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927. La prima edizione, rivista dall'autore, è stata tradotta in francese da Frédéric Peltier; O. LENEL, *Essai de reconstruction de l'édit perpétuel*, Paris, 1, 1901 e 2, 1903.

² A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869. L'impulso al lavoro venne da un concorso lanciato nel 1880 dalla *Bayerische Akademie der Wissenschaften*, su incarico della *Savigny-Stiftung*, offrendo una ricompensa di 6.900 marchi per uno studio

affer mò subito come uno strumento di lavoro essenziale, di cui nessuna ricerca scientifica accurata su qualsiasi aspetto dell'editto del pretore può ormai prescindere³.

La ricostruzione di Lenel gode di una fama prodigiosa per la sua affidabilità, garantita da un metodo di lavoro scrupoloso che funge da modello ancora oggi. Questa ricerca non intende mettere in discussione l'attualità di un'opera che ha ottenuto e merita un riconoscimento internazionale duraturo. Tuttavia, pur condividendo pienamente le lodi, conviene considerare le possibili conseguenze negative del peso dell'*auctoritas* dell'illustre maestro tedesco.

L'aura della ricostruzione leneliana dell'editto perpetuo rischia infatti di abbagliare i suoi lettori e persino, se ci è concesso utilizzare questa espressione, di 'anestetizzare' la curiosità intellettuale nella ricerca dell'accuratezza storica. Osserviamo almeno due delle insidie maggiori.

In primo luogo, il rispetto che proviamo per il monumento di erudizione romanistica può indurre gli studiosi a dare per assodata la proposta leneliana, come culmine e punto di arrivo di alcuni aspetti della ricerca sull'editto perpetuo. In questo modo, l'opera di Lenel è in grado di dare l'impressione di essere una vera e propria fonte di diritto, mentre è soltanto un'ipotesi di lavoro. Certo, affidarsi a ipotesi che rappresentano una *communis opinio* per progredire nella propria indagine è un vincolo inevitabile. Tuttavia, la fiducia riposta in un'opera può scoraggiare la legittima messa in discussione e far dimenticare che, nonostante la straordinaria qualità del lavoro di Lenel, la sua ricostruzione rimane un'ipotesi suscettibile di miglioramento.

In secondo luogo, una visione anacronistica può emergere dalla nostra percezione dell'editto, che viene erroneamente equiparato a un 'codice' al quale possiamo riferirci come lo faremmo con una legge moderna. Sebbene siano già stati formulati diversi avvertimenti sulla necessità di non considerare le fonti giuridiche antiche nei termini delle nostre categorie moderne, è importante notare che la specificità dell'editto pretorio – la sua struttura, la sua funzione, la sua ontologia – nel sistema giuridico romano esacerba i nostri pregiudizi di interpreti moderni. Ciò può manifestarsi in 'riflessi positivistici', che consistono, ad esempio, nell'assumere

dal seguente contenuto: «die Formeln des edictum perpetuum (Hadriani) in ihrem Wortlaute und ihrem Zusammenhange. In der bekannten Arbeit Rudorff's, De iurisdictione edictum, hat sich die Restitution des prätorischen Edicts zum ersten Male dem formularen Bestandteile desselben zugewendet. In dieser Richtung soll dieselbe nunmehr – und zwar mehr als es bisher geschehen ist – aus den Edicts-Commentaren selbst heraus und unter Kritik der bisherigen Restitutionen – gefördert und zum möglichsten Abschlusse gebracht werden» (in ZSS, 1, 1880, p. XX).

³ Nel suo necrologio omaggio a Lenel, L. WENGER, *Jahrbuch der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, 1936/37, p. 43 commenta la ricostruzione editale con queste parole memorabili: «Mit diesem Buche ist Lenels Name wie mit keiner seiner vielen anderen Arbeiten dauernd in die Annalen der römischen Rechtswissenschaft eingetragen.»

l'esistenza di disp

ammettere sulla base delle fonti. Il fatto che la norma scritta assuma una posizione preminente negli ordinamenti giuridici di influenza continentale può dare l'illusione che una disposizione editale sia, se non necessaria, almeno opportuna per l'integrità del sistema giuridico romano. È quindi importante sottoporre ad un esame particolarmente scrupoloso qualsiasi proposta di ricostruzione dell'editto.

A questo proposito, la rubrica editale *Quibus ex causis in possessionem eatur* rappresenta, a nostro avviso, un esempio dell'atteggiamento oltremodo fiducioso nella ricostruzione dell'illustre romanista. La rubrica, il cui titolo programmatico è dedotto da D. 42.4 rubr., contiene chiaramente diverse cause di *missio in possessionem*. La determinazione del loro contenuto è estremamente difficile a causa di un intervento giustiniano particolarmente critico, che evidenzieremo nella nostra indagine.

Lenel⁴ ricostruisce la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* come segue:

§ 202. Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensum non erit

§ 203. Qui ex lege Iulia bonis cesserit

§ 204. Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur

§ 205. Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona ex edicto possideri proscribi veniri iubebo

§ 206. Qui absens iudicio defensum non fuerit

§ 207. Cui heres non extabit [*et alia*]⁵

§ 212. Qui capitali crimine damnatus erit

L'esposizione di Lenel è stata ampiamente accolta e rimane tuttora quella dominante, con taluni disaccordi limitati a critiche marginali o molto circoscritte. Ramadier ripropone il suo elenco senza modifiche, apportando piccole correzioni ad alcune formulazioni⁶. Weiss esamina tutti i casi di immissione, classificandoli tematicamente; il suo esame delle cause di immissione previste dalla rubrica che ci interessa si basa sulla ricostruzione di Lenel e non è privo di alcune incongruenze⁷. Colpisce che uno studioso indipendente e coscienzioso come Solazzi, che ha intrapreso uno studio magistrale sul diritto dell'esecuzione forzata, metta in discussione

⁴ Lenel, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 413-423.

⁵ Vedi *infra* gli altri editti allegati all'editto *Cui heres non extabit* nel § 2.3.

⁶ P. RAMADIER, *Les effets de la «missio in bona rei servandae causa»*, Paris, 1911, p. 27 s.

⁷ E. WEISS, s.v. *Missio in possessionem*, in *RE*, 15.2, 1932, col. 2053-2062. L'autore inserisce l'editto leneliano, modificato in *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensum non erit*, sotto le cause di immissione nel possesso relative all'«esecuzione forzata giudiziaria» («Mittel der gerichtlichen Zwangsvollstreckung») ed esamina una parte dello stesso editto (*ita, ut oportet, defensum non fuerit*) sotto le cause relative al «rifiuto di collaborare» («Verstosse gegen den Einlassungszwang»); l'*indefensus* viene equiparato ad un *iudicatus*.

solo marginalmente la ricostruzione di Lenel. Nella sua opera magna, *‘Il concorso dei creditori’*, pubblicata in quattro volumi tra il 1937 e il 1943⁸, lo studioso italiano aderisce alla ricostruzione di Lenel della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, disponendo l’ordine delle cause di *missio in possessionem* in modo leggermente diverso⁹. Dal punto di vista materiale, l’indagine del maestro italiano non si discosta dalla proposta leneliana.

L’esame di Solazzi rappresenta l’ultimo grande studio sui casi edittali di *missio in possessionem*. La successiva dottrina esaminando i casi edittali di immissione nel possesso si accontenta di richiamare la formulazione esposta da Lenel¹⁰. Utilizzeremo, quindi, la ricostruzione leneliana come base per tentare di dimostrarne le carenze e le possibilità di miglioramento.

Come vedremo, Platschek ha contestato con decisione l’esistenza dell’editto *Qui absens iudicio defensus non fuerit*¹¹ pervenendo a delle conclusioni in grado di mettere in discussione nel suo complesso la ricostruzione leneliana della rubrica edittale *Quibus ex causis in possessionem eatur*. Qualche anno dopo, Soza sembra aver riconosciuto, seppur in una nota a piè di pagina, che la proposta leneliana non sia da considerare del tutto convincente: «Entendemos necesaria una revisión crítica de estas cláusulas edictales, cuyos enunciados y contenidos no resultan del

⁸ S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, 1, Napoli, 1937; ID., *Il concorso dei creditori*, 2, Napoli, 1938; ID., *Il concorso dei creditori*, 3, Napoli, 1940; ID., *Il concorso dei creditori*, 4, Napoli, 1943.

⁹ Cfr. SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 35-111 esamina i casi di immissione individualmente nell’ordine proposto da Lenel, ma suggerisce uno spostamento dell’ordine senza un impatto significativo, all’eccezione forse della poco convincente fusione dell’editto sull’*indefensio* con l’editto sul *pupillus indefensus*: 1) *qui contraxerit, si ita ut oportet non defendetur*; 2) *qui fraudationis causa latitabit*; 3) *si absens iudicio defensus non fuerit*; 4) *qui ex lege Iulia bonis cesserit*; 5) *qui iudicatus prove iudicato erit*; 6) *cui heres non extabit*; 7) *si heres suspectus non satisfecit*; 8) *qui capitali crimine damnatus erit* (p. 111).

¹⁰ M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², Munich, 1996, p. 390 s. riassumono le cause di *missio in possessionem* proposti da Lenel senza seguire l’editto, ma riunendole come Gai. 3.78 tra i casi di immissione contro i *bona vivorum* (*qui fraudationis causa latitabit, qui absens iudicio defensus non fuerit, qui ex lege Iulia bonis cesserit, qui iudicatus prove iudicato erit*) e i *bona mortuorum* (*cui heres non extabit*), a cui si aggiungerebbe la *missio in possessionem* contro l’esiliato (o il *damnatus* all’epoca imperiale). M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico*, Madrid, 2000, p. 81-93 e M. DE LOS ANGELES SOZA, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor*, Madrid, 2008, p. 46-52 ricostruiscono la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* ripetendo l’elenco di Lenel. Non è insignificante che il recente contributo di C. WILLEMS, § 14 *Formularprozess; Vollstreckung*, in *Handbuch des römischen Privatrechts* (cur. U. BABUSIAUX ET AL.), Tübingen, 2023, p. 482, § 11 menzioni solo brevemente la *missio in bona* nell’ambito dell’esecuzione forzata, senza specificarne i diversi casi d’applicazione, nonostante la loro fondamentale importanza.

¹¹ J. PLATSCHKE, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, Munich, 2005, in particolare p. 147-230.

todo convincentes»¹². Tuttavia, questa importante constatazione non ha finora avuto seguito.

1.2. Un esame preliminare della ricostruzione leneliana sembra, a nostro avviso, sufficiente a far emergere una serie di evidenti punti critici. Prima di esaminare singolarmente i casi singoli di *missio*, esaminiamo, innanzitutto, la proposta nel suo complesso.

La scelta di Lenel si basa sul pregiudizio fondamentale che la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* contenga tutti i modi di esecuzione patrimoniale contro il debitore. Ciò conduce alla duplice conseguenza che l'autore: 1) escluda che un'altra forma di perseguimento, ossia l'esecuzione contro la persona del debitore, sia menzionata nella rubrica; e 2) escluda che casi di esecuzione patrimoniale si trovino al di fuori della rubrica. Mentre la prima ipotesi, sulla base dell'intestazione molto specifica della sezione, appare accettabile fin dall'inizio, la seconda soffre di una mancanza di prove e si basa su un pregiudizio che vedremo essere infondato. Un corollario di questa idea preconcepita è che Lenel divide le conseguenze dell'esecuzione forzata contro il *iudicatus*, il *confessus* e l'*indefensus*: l'esecuzione personale verrebbe prevista nelle rubriche precedenti *De re iudicata* (tit. XXXVI)¹³ e *De confessis et indefensis* (tit. XXXVI^a)¹⁴; la *venditio bonorum* sarebbe sanzionata dal sudetto editto contro il *iudicatus*, il *confessus* et l'*indefensus* posto sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*. L'esistenza di due serie di disposizioni, stabilendo conseguenze diverse per lo stesso comportamento, può legittimamente sollevare domande.

Inoltre, l'editto '*Qui iudicatus prova iudicato erit quive ita ut oportet defensio non erit*', una strana congerie che riunisce i casi di immissione nel possesso contro un *iudicatus*, un *confessus* e un *indefensus*, non può essere considerato un risultato soddisfacente. Infine, quattro editti sono suscettibili di condannare forme di assenza tra loro simili (l'editto relativo alla *latitatio*, l'ipotetico editto relativo all'*indefensio*, l'ipotetico editto relativo all'assenza e l'editto relativo al pupillo *indefensus*, tenuto, come vedremo, per assente) e nessun tentativo convincente di coordinarli coerentemente è stato, a nostro avviso, proposto. In aggiunta, gli indizi che suggeriscono l'esistenza di un editto contro l'*absens* sono, come vedremo, molto problematici.

Questa esposizione sommaria mostra quanto appaia imperativa una profonda revisione della ricostruzione proposta da Lenel della sezione editto in questione. Non vogliamo qui intraprendere una indagine approfondita di ciascuna causa

¹² SOZA, *Procedimento concursal*, cit., p. 47 nt. 69.

¹³ Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 404-409.

¹⁴ Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 410.

di *missio in possessionem*, come abbiamo già fatto altrove¹⁵, né provare a ricostruire integralmente la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*¹⁶. Conviene offrire in modo sintetico e con nuovi aspetti argomentativi una panoramica di un sistema – che riteniamo più in linea con le fonti – delle *missiones in bona* nella rubrica. Infatti, le *missiones* rappresentano le disposizioni più antiche e fondative della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, come indicato dal titolo, laddove i regolamenti che non trattano direttamente di *missiones* sarebbero, a nostro avviso, appendici di editti originari. In modo più generale, presenteremo osservazioni sui meccanismi di *missiones* e di *ductio* nella *pars quarta* dell'editto perpetuo. Elencheremo innanzitutto le cause di *missio* sufficientemente attestate (2.); affronteremo l'ipotesi dell'editto relativo all'assenza (3.); si tratterà, poi, dell'ipotesi di un editto contro l'*indefensus* (4.); e completeremo il nostro studio rivalutando le conclusioni di Lenel sulle immissioni contro il *iudicatus* e il *confessus* nonché l'immissione relativa alla *cessio bonorum* (5.).

2. La rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*: il ritorno di Rudorff

2.1. Il primo caso acclarato di *missio in bona* è stabilito nell'editto relativo al pupillo *indefensus*¹⁷. Nessuna fonte riproduce l'editto nella sua interezza. Il corpus giustiniano, tuttavia, contiene sufficienti indizi che ci permettono di ricostruire approssimativamente il suo contenuto. Nel libro 59 del commento all'editto, Ulpiano fa riferimento alla situazione del pupillo *indefensus*¹⁸, dopo aver menzionato la *cessio bonorum*¹⁹. Il commento ulpiano all'editto relativo alla *latitatio* inizia nel libro 59 e si conclude nel libro 60²⁰. Paolo cita anche parte dell'editto relativo alla sospensione della vendita a beneficio del pupillo nel libro 57 del suo commento²¹, dopo aver evocato la *cessio bonorum* nel libro precedente²². Possiamo quindi dedurre che un editto relativo alla situazione del pupillo *indefensus* si collocava dopo

¹⁵ Cfr. A. HÄUSLER, *Missio in possessionem. L'envoi en possession en droit romain classique*, Liegi, 2024, p. 314-452.

¹⁶ A questo proposito, vedi le considerazioni *infra* nt. 76 s.

¹⁷ Per una trattazione approfondita di questa causa di immissione, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 472-493.

¹⁸ D. 42.4.3.5 (Ulp. 59 ad ed.); D. 26.7.10 (Ulp. 49 [59] ad ed.), LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 415 nt. 1; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Leipzig, 1889, col. 727, 780 suggerisce in modo convincente una collocazione nel libro 59.

¹⁹ D. 50.16.49 (Ulp. 59 ad ed.); D. 42.3.4 (Ulp. 59 ad ed.).

²⁰ LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit., col. 780-783 (sull'inesistenza della *missio* contro l'*absens indefensus*, vedi *infra* § 3).

²¹ D. 42.4.6 (Paul. 57 ad ed.).

²² D. 42.3.5 (Paul. 56 ad ed.).

l'editto relativo alla *cessio bonorum*, ma prima di quello relativo alla *latitatio*.

Le caratteristiche dell'editto sono state individuate in modo convincente da Lenel²³.

In primo luogo, le fonti ci informano chiaramente che il pupillo deve essere privo di una difesa efficace²⁴.

In secondo luogo, deve esistere un *contractus* tra il pupillo e il creditore che rivendica il possesso. Il termine compare ripetutamente nelle fonti ed era molto probabilmente menzionato nell'editto²⁵. L'immissione contro il *pupillus indefensus* è strettamente legata alla sospensione della vendita dei beni fino al raggiungimento della pubertà del pupillo²⁶. A quel punto, la *missio in possessionem* si conclude e i creditori devono citare in giudizio il pupillo, che ora è in grado di difendersi da solo²⁷. Durante il possesso, i creditori sono obbligati a provvedere al mantenimento del pupillo con i beni sequestrati²⁸.

Tutti i termini e le condizioni della consegna del possesso indicano che lo scopo di questo editto molto particolare non era quello di punire l'*indefensio* del pupillo, ma di proteggerlo. Alla luce delle fonti, la ricostruzione di Lenel non è infondata, ma non è del tutto soddisfacente: *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur, eius rei servandae causa bona eius possideri*²⁹ *iubebo*³⁰.

L'evocazione del sintagma '*missio rei servandae causa*' è del tutto improbabile. In effetti, la nozione non deriva dal linguaggio dell'editto, ma da quello dei giuristi. Betancourt la identifica come un neologismo di Venuleio Saturnino, giuri-

²³ LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 415.

²⁴ D. 42.4.5 pr., 1 (Ulp. 59 ad ed.); D. 26.7.10 (Ulp. 49 [59] ad ed.).

²⁵ D. 42.4.3 (Ulp. 59 ad ed.); D. 42.4.3 pr. (Ulp. 59 ad ed.); D. 42.4.3.3 (Ulp. 59 ad ed.); D. 42.4.4 (Paul. 58 ad ed.).

²⁶ D. 42.4.6 (Paul. 57 ad ed.): 1. *Cum dicitur: et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veniant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit, intellegimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire*. Troviamo la stessa disposizione nella *tabula Heracleensis*, l. 115-117: *quiusve bona ex edicto | eius, qu(ei) i(ure) d(eicundo) praefuit praefuerit, praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae causa abesset | neque d(olo) m(al)o fecit fecerit quo magis r(ei) p(ublicae) c(aussa) a(besset) possessa proscriptave sunt erunt [...]*. L'opportunità della sospensione è messa in discussione in un caso particolare da una nota di Marcello riportata da D. 42.4.3.1 (Ulp. 59 ad ed.): [...] *Marcellus autem notat perquam iniquum esse eum, qui nihil cum pupillo contraxit, expectare eius pubertatem [...]*. Troviamo anche una deroga alla sospensione in caso di danno ai creditori; in questo caso, alcuni beni possono essere venduti tramite *distractio bonorum* (D. 42.4.7.11 [Ulp. 60 ad ed.]). Sulla proroga della sospensione dell'editto perentorio della procedura straordinaria, vedi D. 42.1.54 pr. (Paul. 1 sent.).

²⁷ D. 42.4.5.2 (Ulp. 59 ad ed.): *Ait praetor: si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur; eos, qui bona possident, de possessione decedere iubebo*. Il brano è commentato nel successivo § 3.

²⁸ D. 42.5.33 pr. (Ulp. 3 reg.); D. 42.5.39 pr. (Paul. 5 sent.) = Paul. Sent. 5.5b.1.

²⁹ SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 50: [...] *possideri causa cognita iubebo*.

³⁰ LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 415.

sta attivo sotto Antonino Pio e Marco Aurelio ³¹. Non è tuttavia escluso che Salvio Giuliano o un suo contemporaneo ne sia il creatore ³². La *missio rei servandae causa* viene utilizzata come concetto generale per riassumere varie cause di *missio in bona* che portano a una *venditio bonorum*, ed è distinto dalla *missio damni infecti nomine*, la *missio ventris nomine* e la *missio legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* nei cataloghi delle immissioni ³³. In ogni caso, non vi è alcuna prova che suggerisca che l'editto utilizzi il termine in qualche disposizione e non è probabile che l'espressione sia usata per descrivere una singola *missio*. Inoltre, il silenzio sulla *proscriptio* e la *venditio* è sospetto, perché la proroga editale della vendita a favore del pupillo dovrebbe proprio neutralizzare una precedente menzione della stessa vendita. Riteniamo che riprendere la struttura fondamentale dell'editto relativo alla *latitatio* ³⁴, attestata esplicitamente in Ulpiano, possa condurre ad un risultato più accettabile:

Quod cum pupillo (pupillaeve) contractum erit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri, proscribi, venireque iubebo ³⁵.

2.2. La *missio in bona* contro il *latitans* pone poche difficoltà ³⁶. Diverse fonti menzionano esplicitamente questo editto. Cicerone scrive che l'editto del pretore prometteva di immettere nel possesso contro *Qui fraudationis causa latitarit* ³⁷. Una nota di Probo (FCL = *fraudationis causa latitat*) descrive come si facesse

³¹ F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del «missus in possessionem»*, in *AHDE*, 52, 1982, p. 386-390, in riferimento a D. 44.3.15.4 (Ven. 5 interd.). Su Venuleio Saturnino, si veda LENEL, *Palingenesia*, 2, cit., col. 1027; D. LIEBS, § 419.3 *Q. Venuleius Saturninus*, in *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur. 117 bis 284 n. Chr.* (cur. K. Sallmann), München, 1997, p. 133-135.

³² D. 10.4.5.1 (Ulp. 24 ad ed.): *Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. Inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere; et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione [...]*.

³³ Cfr. D. 42.4.1 (Ulp. 12 ad ed.); D. 41.2.10.1 (Ulp. 69 ad ed.); D. 41.2.3.23 (Paul. 54 ad ed.). Vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 48-52, 183-186.

³⁴ Cfr. D. 42.4.7.1 (Ulp. 59 ad ed.): *Praetor ait: Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo*.

³⁵ Per maggiori dettagli su questo tentativo di ricostruzione si veda Häusler, *Missio in possessionem*, cit., p. 591 s.

³⁶ Per una trattazione approfondita di questa causa di immissione vd. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 570-605.

³⁷ Cfr. Cic. *Quinct.* 60: *Qui fraudationis causa latitarit*. L'episodio di Epicrate di Bidis (Cic. *Verr.* 2.2.53-63) si riferisce anche, a nostro avviso, ad una *missio in bona* abusiva sul pretesto di una *latitatio*.

riferimento alla prerogativa del pretore ³⁸. Nelle *Institutiones* di Gaio, l'immissione contro il *latitans* è la prima causa di *missio* menzionata contro i *bona vivorum* ³⁹.

La nostra maggiore fonte di conoscenza, tuttavia, rimane la compilazione giustinianea: i commissari giustinianeî hanno conservato ampie sezioni di commento all'editto relative alla dissimulazione del debitore. Il diritto giustiniano ammette esplicitamente l'applicazione della *missio in bona* contro i debitori che fuggono dai loro creditori: la costituzione C.I. 7.72.10 *Iust. A. Iohanni pp.* (a. 532) espone le modalità particolari di questo mezzo di esecuzione ⁴⁰.

I giuristi cercarono soprattutto di definire le circostanze oggettive in cui un debitore poteva essere considerato latitante ⁴¹ nonché l'intento soggettivo della frode ⁴². L'editto relativo alla *latitatio* doveva succedere a quello relativo al pupillo *indefensus*, poiché il suo trattamento si ha nel libro 59 del commento all'editto di Ulpiano e prosegue nel libro 60 ⁴³. I termini dell'editto perpetuo vengono comunicati da Ulpiano: *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo* (D. 42.4.7.1 [Ulp. 59 ad ed.]). La lettura dell'editto può essere corretta aggiungendo la menzione della *proscriptio*, sistematicamente soppressa dalle fonti giustiniane, e correggendo il *vendique*, che probabilmente rappresenta una corruzione:

³⁸ Prob. Not. 6.66.1 (cur. H. KEIL, *Grammatici latini. Probi, Donati, Servii qui feruntur de arte grammatica libri, et Notarum laterculi*, Leipzig, 1864).

³⁹ Gai. 3.78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum; vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur [...]*.

⁴⁰ La condizione per richiedere la *missio in possessionem* di tutti i beni è chiaramente la fuga del debitore, che temeva il perseguimento dei crediti da parte dei creditori (*severiores creditores formidans sese celaverit*). SOLAZZI, *Il concorso*, 4, cit., p. 190 s. sostiene che l'immissione è consentita dal diritto giustiniano in tutti i casi di insolvenza del debitore nei confronti di più creditori. KASER/HACKL, *Zivilprozessrecht*², cit., p. 627 credono che la costituzione imperiale si applichi a coloro che si rifiutano di pagare («wenn der Schuldner nicht erfüllt hat») e che solo il caso più frequente di *latitatio* è menzionato da Giustiniiano. Queste opinioni si discostano tuttavia dai termini della costituzione, che probabilmente riguarda solo la *latitatio* del debitore, il che spiegherebbe perché il commento di Ulpiano alla *latitatio* sia stato ampiamente mantenuto nella compilazione.

⁴¹ D. 2.4.19 (Paul. 1 ad ed.); D. 42.4.7.4 (Ulp. 59 ad ed.) con un riferimento a una definizione ciceroniana della *turpis occultatio sui* (probabilmente Cic. *dom.* 84 come proposto in modo convincente da J.W. CRAWFORD, *M. Tullius Cicero. The Fragmentary Speeches. An Edition with Commentary*², Atlanta, 1994, p. 311 s., seguita da M. WIBIER, *Cicero's Reception in the Juristic Tradition of the Early Empire*, in *Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic* (cur. P.J. DU PLESSIS), Edimburgo, 2016, p. 107); D. 42.4.7.13 (Ulp. 59 ad ed.); D. 42.5.36 (Ulp. 45 ad Sab.).

⁴² D. 42.4.7.5-7 (Ulp. 59 ad ed.).

⁴³ Vedremo che i brani imputati da LENEL, *Palingenesia*, 2, cit., col. 782 s., § 1392-1394) all'ipotesico editto sull'assenza sono commenti all'editto sulla *latitatio*, giacché il primo editto non sarebbe mai esistito (si veda *infra* § 3).

Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri, <proscribi> ⁴⁴, [vendique] <venireque> ⁴⁵ iubebo.

2.3. L'editto relativo al caso dell'eredità senza eredi è noto in misura più limitata, ma la sua posizione e le sue varie ramificazioni sono ben conosciute ⁴⁶. Si parla, appunto, di 'ramificazioni' perché sembra che l'editto, che originariamente doveva contenere solo una disposizione che concedeva la *missio in bona* ai creditori dell'eredità, sia stato integrato da altre disposizioni. Così, nell'editto perpetuo, troviamo disposizioni relative all'immissione del patrimonio ereditario (Lenel: § 207), l'immissione dell'eredità a beneficio di un *pupillus heres* senza *tutor* identificata da Solazzi ⁴⁷, al *ius deliberandi* (Lenel: § 208-210), e all'immissione contro l'*heres suspectus*, che rifiuta di fornire garanzie (Lenel: § 211) ⁴⁸. Ci concentreremo sull'editto centrale e certamente più antico: quello che concede ai creditori il diritto di essere immessi nel possesso di un'eredità vacante.

La fonte più antica si trova nell'orazione *Pro Quinctio* di Cicerone: *Cui heres non extabit* (Cic. *Quinct.* 60). L'espressione è confermata da una tavoletta dell'archivio dei Sulpicii, che fa riferimento alla morte senza eredi di M. Egnatius Suavis e ad una *venditio bonorum* effettuata nel 51 ⁴⁹. La formulazione dell'editto

⁴⁴ Cfr. *lex de Gallia Cisalpina*, cap. XXII, l. 47, 51; *tabula Heracleensis*, l. 115-117; Prob. Not. 5.24 (Einsiedl.); Gai. 3.79; Gai. 4.102; Theoph. *Inst. Par.* 3.12 pr. Sulla *proscriptio*, vedi RAMADIER, *Les effets*, cit., p. 64-68; SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 172-175; L. DE SARLO, «*Missio in possessionem*» e «*proscriptio*», in *Studi in onore di Emilio Albertario*, 1, Milano, 1953, p. 477-511; S. SOLAZZI, *In tema di «bonorum venditio»*, in *Iura*, 6, 1955, p. 78-101 (= *Scritti di diritto romano*, 5, Napoli, 1972, p. 609-630); SOZA, *Il procedimento concursal*, cit., p. 92-96. E. WEISS, *Proscriptio bonorum*, in *Mélanges Fernand De Visscher*, 2, Bruxelles, 1949 [= *RIDA*, 3], p. 501-506, seguito da F. HINARD, *Les proscriptions de la Rome républicaine*, Roma, 1985, p. 25-27, suggerisce l'esistenza di una *proscriptio* giudiziale e di una *proscriptio* extragiudiziale sulla base di Cic. *Sest.* 18; *Schol. Bob.* 128. *Contra*, giustamente, C. CASCIONE, *Bonorum proscriptio apud columniam Maeniam*, in *Labeo*, 42, 1996, p. 448-452.

⁴⁵ Sulla non corretta lezione *veniri* si vd. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 102 nt. 337.

⁴⁶ Per una trattazione approfondita di questa causa di immissione, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 505-620.

⁴⁷ Vedi S. SOLAZZI, *Un caso di «distractio bonorum» nel diritto romano classico*, in *BIDR*, 16, 1904, p. 94 s.; S. SOLAZZI, *Studi sul concorso dei creditori nel diritto romano*, Roma, 1922, p. 546 s.; SOLAZZI, *Il concorso*, 2, cit., 21-30; HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 618-627. Sulla collocazione della causa di immissione nell'*edictum perpetuum*, cfr. H. ANKUM/M. VAN GESSEL-DE ROO/E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 104, 1987, p. 290.

⁴⁸ Su questo editto ausiliario, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 627 s.

⁴⁹ TPSulp. 86 *scriptura interior*, l. 8-11: *Sponsores et creditores M(arci) Egnati | Suavis ex colonia Puteolis | cuius heres non extat; scriptura exterior*, l. 6s.: *[Sp]onsores et [credito]res M(arci) [Egnati] | Suavis ex co[lon]ia P[ute]olis, [cuius] | heres n[on] extat*. Vedi anche TPSulp. 85, 87 e G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*, Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, Roma, 1999, p. 193 s.

non sembra essere cambiata dopo la stesura della difesa di Publio Quinzio.

Le fonti successive all'editto perpetuo contengono maggiori informazioni. I creditori potevano rivendicare il possesso in assenza di eredi, ma anche di un *bonorum possessor* o di un altro successore, cioè il fisco⁵⁰. La condizione dell'esercizio della *missio* è l'assenza di eredi, di *bonorum possessor* e di un interesse da parte del fisco; questa ultima condizione, soddisfatta in caso di insolvenza dei *bona vacantia*, sembra essere stata iscritta nell'editto perpetuo (Callistrato scrive: *edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit*)⁵¹. Ciò solleva la questione della misura in cui la formulazione pregiuliana dell'editto sull'eredità vacante sia stata modificata per riferirsi, da un lato, al rifiuto della successione da parte dei *bonorum possessor* e, dall'altro, alla riserva in favore del fisco.

Sulla base di questi risultati, Pringsheim propone la seguente formulazione: *Cui heres non extabit, bona, si ex his fisco adquiri nihil potest, venire iubebo*⁵². Solazzi suggerisce, ispirandosi a Gaio e Callistrato: *Cui neque heres neque bonorum possessor extabit, bona eius, si ex his populo adquiri nihil possit, possideri proscribi veniriue iubebo*⁵³. Proponiamo di modificare leggermente la proposta dello studioso italiano, che ci sembra la più riuscita:

Cui neque heres neque bonorum possessor extabit, eius bona, si ex his fisco adquiri nihil possit, possideri proscribi veniriue iubebo⁵⁴.

2.4. L'ultimo caso di *missio in bona* da esaminare è quello relativo agli esiliati⁵⁵. Le nostre conoscenze al riguardo sono estremamente frammentarie. I beni di un esiliato venivano posseduti dai creditori quando il debitore, condannato all'esilio, era *indefensus*⁵⁶. La nostra unica fonte esplicita è ancora una volta la *Pro Quinctio*

⁵⁰ Cfr. in particolare Gai. 3.78; D. 29.2.70 (Paul. 57 ad ed.); D. 42.7.1 pr., 1 (Paul. 57 ad ed.); l'*edictum successorium* in D. 38.9.1 pr (Ulp. 49 ed.).

⁵¹ Cfr. D. 49.14.1.1 (Callistr. 1 de iure fisci). Sono stati espressi sospetti, esagerati, di interpolazioni da F. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als edictum perpetuum*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1931, p. 23-26; SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 90s. e 91 nt. 3. Cfr. anche D. 49.14.11 (Iav. 9 epist.); C.I. 7.72.5 *Diocl./Maxim. AA. et CC. Abydono* (a. 293).

⁵² PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes*, cit., p. 25.

⁵³ SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 91.

⁵⁴ Vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 613 s. sulle formulazioni pregiuliana et postgiuliana dell'editto.

⁵⁵ Per una trattazione più approfondita di questa causa di immissione, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 630-646.

⁵⁶ Sull'aspetto patrimoniale dell'*aquae et ignis interdictio*, vedi L.M. HARTMANN, s.v. *aquae et ignis interdictio*, in: *RE*, 2.1, 1895, col. 308; M. FUHRMANN, s.v. *publicatio bonorum*, in *RE*, 23.2, 1959, col. 2491-2496; W. WALDSTEIN, s.v. *bona damnatorum*, in *RE Suppl.* X, 1985, col. 98-107; F. SALERNO, *Dalla «Consecratio» alla «Publicatio bonorum». Forme giuridiche e uso politico dalle*

di Cicerone: *Qui exsilii causa solum verterit* (Cic. *Quinct.* 60). Questa formulazione si trova ancora in altri testi di Cicerone e di Livio ⁵⁷.

Nel periodo imperiale, nessuna fonte conferma che l'editto contro gli esiliati potesse essere applicato ai condannati alla *relegatio* o alla *deportatio* ⁵⁸. Lenel ipotizza, avvertendo dell'incertezza che circonda la sua proposta, che l'editto sia stato riformulato per consentire la *missio in bona* contro qualsiasi *damnatus*; tuttavia, sembra che la giurisprudenza, il diritto imperiale e forse leggi specifiche definissero le conseguenze della *damnatio* penale ⁵⁹ e non sembra necessario che l'editto perpetuo contenesse una disposizione specifica per consentire la confisca e la vendita di tali beni. Non si può escludere che, nei casi di *damnatio* con conseguente allontanamento, un editto relativo all'esilio potesse essere invocato dai creditori per confiscare i beni. In particolare, la confisca – almeno parziale – dei beni in caso di *relegatio* sembra ancora possibile in epoca imperiale ⁶⁰.

In questo contesto, è anche importante notare che la nozione di esilio non scomparve affatto dal linguaggio giuridico del periodo imperiale ⁶¹. In particolare,

origini a Cesare, Napoli, 1990, p. 112-115; G.P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge, 2006, p. 17 s., 25-39, 110-125, 139-141.

⁵⁷ Cic. *Caec.* 100: *Exsilium enim non supplicium est sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, hoc est, sedem ac locum mutant.* Liv. 3.58.9 menziona l'editto in modo manifestamente anacronistico: *Bona Claudii Oppique tribuni publicavere. Collegae eorum exsilii causa solum verterunt; bona publicata sunt.* Cfr. anche Liv. 25.4.9.

⁵⁸ Su queste misure, cfr. A. BERGER, s.v. *relegatio*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, p. 432, 673; KELLY, *A History of Exile*, cit., p. 65 e nt. 177 con altri riferimenti.

⁵⁹ Cfr. la proposta di LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 421-423 (§ 212; *Qui capitali crimine damnatus erit*, una formulazione risultante da D. 3.1.1.6 [Ulp. 6 ad ed.] evocando la cerchia delle persone alle quali non è consentita la *postulatio pro aliis*). L'espressione *qui capitali crimine damnatus erit* si troverebbe anche nell'editto *Qui pro aliis ne postulent* secondo LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 76 (§ 15). Sul contributo della giurisprudenza e del diritto imperiale, vedi D. 48.20 rubr.; C.I. 9.49 rubr.

⁶⁰ Traiano si sarebbe vantato di aver abolito la confisca dei beni dei soggetti relegati (D. 48.22.1 [Pomp. 4 ad Sab.]). Secondo Marciano, la sentenza deve prevedere espressamente la confisca in caso di esilio perpetuo o di relegazione *in insulam* (D. 48.22.4 [Marcian. 2 inst.]). Menandro sostiene che parte dei beni debbano essere confiscati in caso di esilio come punizione per aver allontanato il figlio dal servizio militare in tempo di guerra (D. 49.16.4.11 [Men. 1 de re milit.]). Papiniano ritiene che non sia opportuno combinare la sanzione dell'esilio con quella della confisca dei beni (D. 49.14.39 pr. [Pap. 16 resp.]). Ulpiano ricorda che diversi rescritti indicano che i relegati non devono perdere i loro beni, in tutto o in parte (D. 48.22.7.4 [Ulp. 10 de off. procons.]). Una costituzione di Alessandro Severo precisa che i beni dei relegati non vengono confiscati, a meno che la sentenza non lo preveda espressamente (C.I. 9.47.8 *Alex. A. Victorino*). Vedi anche il mantenimento della pena cesarea consistente nella confisca della metà del patrimonio in Coll. 14.2.2. Queste fonti considerano chiaramente la confisca nel quadro della *relegatio* come possibile.

⁶¹ D. 23.3.73.1 (Paul. 2 sent.); D. 26.7.32.7 (Mod. 6 resp.); D. 27.1.29 pr. (Marcian. 2 inst.); D. 46.3.38 pr. (Afr. 7 quaest.); D. 50.12.8 (Ulp. 3 de off. cons.); D. 2.11.4 pr. (Ulp. 74 ad ed.);

troviamo un passo di un rescritto di Adriano, ricordato da Papiniano, che potrebbe richiamare la formulazione dell'editto tramandato da Cicerone (*de exilio reversum*⁶²) e la successione terminologica di esilio e *latitatio* evocata da Gaio (*vel exilio, vel si latitet*⁶³) potrebbe suggerire una combinazione delle disposizioni relative alla *latitatio* e all'esilio nell'editto perpetuo. Inoltre, diverse fonti del periodo imperiale attestano la necessità di costituire un *defensor* prima dell'esilio, sotto la minaccia della *missio in bona*⁶⁴. Un altro testo di Papiniano menziona una *venditio bonorum* nei confronti di un cittadino sottoposto a *exilium temporarium*, poiché era stato chiamato alla giurisdizione dell'imperatore⁶⁵. Il *responsum* del giurista severiano descrive esattamente le caratteristiche specifiche che ci si aspetta da un editto relativo all'esilio: *nam et exilio temporario puniti, si defensor non existat, bona veneunt*. Come vedremo in seguito, questa struttura è propria degli

D. 38.2.14.3 (Ulp. 45 ad ed.); D. 37.14.10 (Clem. 9 ad leg. Iul. et Pap.); D. 40.12.39.1 (Paul. 5 sent.); D. 48.1.2 (Paul. 15 ad ed.); D. 48.22.5 (Marcian. 1 reg.); D. 48.19.6.2 (Ulp. 9 de off. procons.); D. 47.10.43 (Gai. 3 reg.); D. 48.8.1.5 (Marcian. 14 inst.); D. 48.8.8 (Ulp. 33 ad ed.); D. 48.19.39 (Tryph. 10 disp.); D. 48.11.7.3 (Macer 1 iudic. publ.); D. 48.19.28.3 (Call. 6 de cogn.); D. 48.19.38 pr. (Paul. 5 sent.); D. 48.19.38.3 (Paul. 5 sent.); D. 48.19.38.10 (Paul. 5 sent.); D. 49.16.4.11 (Men. 1 de re milit.).

⁶² D. 3.1.8 (Pap. 2 quaest.) menzionando un rescritto di Adriano. Vedi anche D. 24.1.13.1 (Ulp. 32 ad Sab.).

⁶³ D. 3.3.21 (Gai. 3 ad ed. provinc.).

⁶⁴ D. 26.7.32.7 (Mod. 6 resp.) riporta la costituzione di un *actor* da parte di un tutore condannato alla *relegatio*. D. 50.12.8 (Ulp. 3 de off. cons.) riporta un rescritto dei divi fratelli Marco Aurelio e Lucio Vero a Flavio Celso, evocando la buona gestione degli affari di un debitore, evidentemente facoltoso, in fase di *relegatio*. La costituzione imperiale rifiuta di riconoscere ad un certo Stazio Rufino, che aveva stabilito una *pollicitatio* a beneficio dei Gabini in vista della costruzione di un *prosaenium* ed era stato condannato ad una *relegatio* provvisoria di tre anni, la scusante dell'esilio per sfuggire al finanziamento e al completamento dei lavori. Il *relegatus* poteva infatti incaricare un amico di produrre il prosenio (*cum et absens per amicum perficere opus istud possit*). Se il benefattore recalcitrante non collabora, il rappresentante della città può agire contro Stazio Rufino e fargli eseguire la costruzione. Se persiste nel rifiuto, gli sarà proibito di vendere i suoi beni (*prohibebunt distrahi fundum, quem in territorio Gabiniorum habet*) prima della sua partenza. La possibilità di rappresentanza potrebbe essere intesa come la necessità di esercitare la *defensio* attraverso un terzo sotto la minaccia dell'editto relativo all'esilio; non è tuttavia da escludere l'applicazione dell'editto relativo alla *latitatio*. Su questo ultimo passo, vedi l'approfondimento di P. LEPORE, «*Rei publicae polliceri*». Un'indagine giuridico-epigrafica, Milano, 2005, p. 356-360.

⁶⁵ D. 42.4.13 (Pap. 14 resp.): *Ad cognitionem imperatorum a praeside provinciae remissus etsi in ceteris litibus Romae defendere se non cogitur, tamen in provincia defendendus est; nam et exilio temporario puniti, si defensor non existat, bona veneunt*. Vedi anche il rescritto a Decimus Philonus citato in D. 49.11.1 (Ulp. 4 appellat.); insistendo sulla necessità di costituire un difensore in caso di spostamento per *appellatio*, la soluzione più probabile ci sembra essere quella per cui i giuristi non tollerano l'*indefensio* dei funzionari provinciali coinvolti in una procedura di appello e applicano loro l'editto relativo all'esilio in caso di *indefensio* (forse anche per dissuadere la reiterazione di ricorsi alle autorità romane).

editto d'immissione in possesso elencati nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*: la descrizione di un comportamento, l'inesistenza di una *defensio* e le conseguenze costituite da una *missio in bona*, una *proscriptio* e una *venditio* pubblica.

Alla luce delle fonti raccolte, ogni proposta ricostitutiva va fatta con estrema cautela; tuttavia, ci sembra più ragionevole ammettere la persistenza di un editto relativo ad una forma d'esilio piuttosto che seguire il suggerimento di Lenel. La nostra proposta, del tutto ipotetica, è quindi la seguente:

Qui exsili causa solum verterit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri proscribi venireque iubebo ⁶⁶.

2.5. Ora faremo un passo indietro rispetto ai casi di *missio in possessionem* esaminati per delineare alcune osservazioni di ordine più generale. Riteniamo che le cause di immissione nel possesso fin qui esaminate siano le uniche comprese nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* dell'editto perpetuo (se non si tiene conto delle disposizioni accessorie dell'editto *Cui heres non extabit*). Si propone quindi di ricostruirla come segue ⁶⁷:

1. Quod cum pupillo (pupillaeve) contractum erit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri, proscribi, venireque iubebo.
2. Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona, possideri, proscribi, venireque iubebo.
3. Cui neque heres neque bonorum possessor extabit, eius bona, si ex his fisco adquiri nihil possit, possideri proscribi venireque iubebo. [et alia] ⁶⁸
4. Qui exsili causa solum verterit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri proscribi venireque iubebo.

La rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* dell'editto perpetuo conteneva quattro proposizioni fondamentali, relative al pupillo *indefensus*, al *latitans*, alla successione senza eredi (che diede origine a uno sviluppo delle disposizioni editali relative al *pupillus heres* senza *tutor*, allo *ius deliberandi* e all'*heres suspectus*) e all'esilio. Riteniamo che non esista alcuna fonte che ci permetta di ipotizzare in modo affidante l'esistenza di ulteriori casi di *missio in bona* nella rubrica. Questa esposizione, che si discosta dalla proposta di Lenel, ci permette di trarre due conclusioni.

⁶⁶ Cfr. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 646.

⁶⁷ Per maggiori dettagli sui tentativi di ricostruzione della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* e sulla nostra proposta, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 686-699.

⁶⁸ Cfr. *supra* § 2.3.

In primo luogo, tutte queste cause di *missio* condividono una stessa condizione comune: l'inesistenza di un *defensor*, una *indefensio*. Infatti, l'origine della *venditio bonorum* si trova molto probabilmente proprio nei casi dove manca un *defensor* a cui i creditori possono rivolgersi ⁶⁹. Per questa ragione, l'editto *Cui heres non extabit* ⁷⁰, dove manca un *heres*, e l'editto sulla *latitatio* ⁷¹, dove manca un debitore, sono giustamente considerati come le cause originarie di immissione nel possesso. La caratteristica dell'*indefensio* rappresenta il 'cuore' della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, che ha originariamente accolto le disposizioni prevendendo la *missio in bona* in caso di assenza di un *defensor*.

Il carattere centrale dell'*indefensio* nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* è stato riconosciuto da Rudorff, che colloca la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* sotto il titolo meramente indicativo *De iurisdictione adversus indefensos exercenda* ⁷². Nel dibattito sull'esistenza di un editto sull'*absentia in iure*, Platschek ha formulato la stessa ipotesi ⁷³. L'intuizione rudorffiana è stata completamente sacrificata da Lenel senza alcuna spiegazione, ma non senza difficoltà, che evidenzieremo in seguito. Come esposto, la posizione leneliana deriva dal pregiudizio – a nostro avviso errato – che la rubrica contenesse tutte le cause di immissione nel possesso relative all'esecuzione forzata, in particolare le immissioni contro il *iudicatus*, il *confessus* e il *cessus bonorum*.

In secondo luogo, la rubrica è chiaramente intesa a punire le parti la cui *indefensio* sussiste a causa della loro assenza. Infatti, i latitanti, l'erede inesistente e

⁶⁹ Su questo punto vedi SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 8 s.; G. SCHERILLO, *La «bonorum venditio» come figura di «successio»*, in *Iura*, 4, 1953, p. 212 s.; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 342.

⁷⁰ E. CARRELLI, *Per una ipotesi sulla origine della bonorum venditio*, in *SDHI*, 4, 1938, p. 450-454, 460, 464-483; E. CARRELLI, *Ancora sull'origine della «bonorum venditio»*, in *SDHI*, 10, 1944, p. 302-316; SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 12. L'*indefensio* nel caso dell'eredità vacante è meno evidente. La questione è emersa in particolare nel dibattito su un possibile riferimento nella *Pro Quinctio* (su questa orazione, si veda *infra* § 3) a una clausola di *indefensio* generale relativa alle cause di *missio* contenute nella la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*. J.B. BACHOFEN, Rec. di F.L. KELLER, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex*, in *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft [KJDR]*, 6, 1842, p. 977 ha negato che l'editto *Cui heres non extabit* avrebbe comportato una tale condizione; PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 218, riferendosi al commento paolino all'editto in D. 42.5.4 (Paul. 57 ad ed.), l'ammette, affermando che l'assenza di un erede o di qualsiasi successore pronto a difendere i *bona defuncti* conduce ad una *indefensio* riguardante l'eredità vacante. Siamo d'accordo con Platschek, anche se la fonte citata non rispecchia, a nostro avviso, una clausola esplicita di *indefensio* o una dottrina consolidata sull'*indefensio* dei *bona vacantia*, ma rappresenta una esplicitazione della 'raison d'être' dell'editto.

⁷¹ SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 12; GIUFFRÈ, *Bonorum venditio*, cit., p. 342-348.

⁷² RUDORFF, *Edicti perpetui*, cit., p. 185-192. Prima della sua proposta ricostruttiva troviamo alcune intuizioni corrette, come ad esempio i «Clauseln des Edicts über die indefensi» in O. KARLOWA, *Beiträge zur Geschichte der römischen Civilprozesses*, Bonn, 1865, p. 123.

⁷³ PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 217 s.; sulla proposta dell'autore, vedi *infra* nt. 76.

l'esiliato costituiscono una cerchia di persone assenti; il *pupillus indefensus* è certamente fisicamente presente, ma, a differenza del *sui iuris*, non è in grado di accettare la lite, il che lo rende virtualmente assente (D. 42.4.10 [Ulp. 81 ad ed.]: *Si pupillus praesens sit, tutorem autem non habeat, pro absente habendus est*). Un corollario di questa osservazione è che la conseguenza della fattispecie sanzionata nella rubrica è solo la *missio in bona* e non può essere la *ductio*, essendo quest'ultima resa impossibile dall'assenza dell'avversario ⁷⁴; come abbiamo già accennato, questa è anche probabilmente la ragion d'essere originaria del regime della *missio in possessionem* nei rapporti privati.

Un'ultima osservazione: se insistiamo qui sull'identificazione e i meccanismi delle *missiones* della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, la configurazione delle disposizioni nell'*edictum perpetuum* potrebbe essere diversa del nostro rigido catalogo. In particolare, è difficile dire se le clausole di *indefensio* (*si boni viri arbitrato defendetur*) e di *possessio*, *proscriptio* e *venditio* (*eius bona possideri, proscribi, venireque iubebo*) fossero generali o iterative; inoltre, identificare la localizzazione e l'effetto sulle altre disposizioni della sospensione della vendita concessa al pupillo e l'*absens rei publicae causa sine dolo malo* è un compito complesso ⁷⁵. A questo riguardo, dobbiamo menzionare la proposta molto elegante di Platschek, che suggerisce di ricostruire la rubrica sul modello strutturale dell'editto sulla *restitutio in integrum* ⁷⁶. Tenendo conto di certe difficoltà ⁷⁷, la proposta potrebbe

⁷⁴ Si potrebbe sostenere che la *ductio* fosse applicabile contro il *pupillus indefensus*, ma ciò è del tutto improbabile alla luce delle misure adottate per proteggere questa categoria di persone.

⁷⁵ Vedi *supra* nt. 26.

⁷⁶ Cfr. PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 216-218 che propone: «*Qui fraudationis causa latitabit, cuive heres non extabit, quibe exili causa solum verterit, quive vindicem dedit neque potestatem sui faciet, quodve cum pupillo contractum erit (...), si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri iubebo, et eius cuius bona possessa sunt a creditoribus, venire iubebo, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit*».

⁷⁷ Le nostre principali critiche sarebbero le seguenti: 1) L'editto *SI NEQUE POTESTATEM* non appartiene alla rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, bensì alla rubrica *De in ius vocando* (LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 71-73; HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 187-206, 696); 2) L'editto *Quod cum pupillo contractum erit* è trattato per primo nel commentario ulpiano all'editto perpetuo (LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, cit., col. 779 s.); e 3) Alcune disposizioni rappresentano appendici all'editto principale prevendendo la *missio in bona*, che risulta difficile raccordare alla proposta di ricostruzione di Platschek. Per esempio, l'editto sul *pupillus indefensus* viene arricchito del provvedimento sulla *decessio possessionis* al momento della pubertà, riprodotta in D. 42.4.5.2 (Ulp. 59 ad ed.); l'editto *Cui heres non extabit* sembra comportare una clausola individuale *si ex his fisco adquiri nihil possit* (vedi *supra* nt. 51) e presenta ampie ramificazioni ben conosciute (vedi *supra* § 2.3). Se il commento di Ulpiano rispecchia effettivamente l'ordine dell'editto e non rappresenta una riorganizzazione tematica delle disposizioni all'interno del suo commento, le disposizioni accessorie dovrebbero essere associate all'editto principale. Allo stesso modo, il commento all'editto di Paolo indicherebbe che la sospensione di vendita (vedi *supra* nt. 26) sarebbe menzionata prima dell'editto *Cui heres non extabit* (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Leipzig, 1889, col. 1074-1076).

essere un punto di partenza per un nuovo tentativo di ricostruzione della rubrica *Quibus ex causis in possessionem* nella sua interezza.

Cercheremo ora di qualificare diversamente le disposizioni edittali che Lenel ha ingiustamente considerato come una causa valida di *missio* o ha erroneamente incluso sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*.

3. *Absens indefensus*

3.1. Esaminiamo ora il cosiddetto editto '*Qui absens iudicio defensus non fuerit*'⁷⁸. Poiché nella sezione precedente si è ipotizzato che l'*indefensio* rappresenti la condizione comune dei casi di immissione indicati nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, non sarebbe sorprendente trovare un editto che punisca l'*absentia in iure*. Tuttavia, la storia problematica, per non dire stravagante, di questo presunto editto nella dottrina ci porterà a negare con vigore la sua autenticità.

Occorre innanzitutto ripercorrere le vicende della sua assunzione e della sua scoperta. La principale fonte utilizzata per dedurre l'esistenza dell'editto è la più antica orazione conosciuta del giovane Cicerone, la *Pro Quinctio*. Ricordiamo le circostanze di questo affascinante discorso pronunciato nel 81 a.C., che mostra quanto l'Arpinate fosse acutamente preparato in gioventù nella scienza giuridica.

La parte assistita da Cicerone, Publio Quinzio, in lite con Nevio, non si presentò all'ora stabilita nei pressi della *tabula Sextia*⁷⁹ a Roma per un processo relativo alla loro *societas*. L'incontro sarebbe stato convenuto tramite un *vadimonium*, di cui Quinzio nega l'esistenza. Sulla base di una *testatio sistendi* sottoscritta da diversi testimoni, Nevio chiese e ottenne dal pretore P. Burrieno la *missio in possessionem* dei beni di Quinzio. Nevio chiese quindi al pretore Cneo Cornelio Dolabella che Alfeno, procuratore di Quinzio, gli fornisse una *cautio iudicatum solvi* in vista di un processo futuro, giacché il rappresentato era diventato *persona suspecta* a causa della *missio*. Alfeno, rifiutandosi di farlo, si appellò con successo ai tribuni della plebe; Alfeno e Nevio concordarono per *vadimonium* che sarebbero comparso per il processo alle idi di settembre a Roma. Quando Quinzio tornò e si presentò, Nevio richiese nuovamente una *cautio iudicatum solvi* al suo avversario. Per determinare l'opportunità della garanzia, Nevio fornì una *sponsio praeiudicialis* relativa al fatto che i beni di Quinzio erano stati posseduti per trenta giorni in base all'editto di Burrenus (Cic. *Quinct.* 30: *si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies*

⁷⁸ Per una trattazione più approfondita della questione dell'esistenza di tale causa di immissione, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 593-570.

⁷⁹ Sulle ipotesi per l'ubicazione della *tabula Sextia*, cfr. PLATSCHEK, *Studien*, cit., p. 65-70, che suppone l'esistenza di un monumento nel foro.

XXX possessa non essent). L'argomentazione di Cicerone sostegno della posizione di Quinzio ⁸⁰ rappresenta la sua difesa in questo processo pregiudiziale.

Il testo non permette di identificare formalmente la causa della *missio* pronunciata dal pretore Burrieno. In un passaggio cruciale, Cicerone enumera casi di immissione, che potrebbero essere stati applicati dal magistrato, per meglio screditarli:

Cic. *Quinct.* 60: Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse. Recita edictum. Qui fraudationis causa latitarit. Non est is Quinctius; nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. cui heres non exstabit. Ne is quidem. qui exsilii causa solum verterit. (...) ⁸¹ Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quo modo? tum, cum postulabas, ut bona possideres? Nemo adfuit; neque enim quisquam divinare poterat te postulaturum, neque quemquam attinebat id recusare, quod praetor non fieri, sed ex edicto suo fieri iubebat. Qui locus igitur absentis defendendi procuratori primus datus est? Cum proscriberbas. Ergo adfuit, non passus est, libellos deiecit Sex. Alfenus; qui primus erat officii gradus, servatus est a procuratore summa cum diligentia.

Tre motivi editali di *missio* sono perfettamente identificabili: l'immissione contro i latitanti, l'immissione dell'eredità vacante e l'immissione contro l'esiliato. La pertinenza delle prime due cause per qualificare Quinzio è eliminata da un commento stringato. Anomalie seguono la menzione della terza causa relativa all'esilio: 1) sebbene palesamente inapplicabile, dal momento che Quinzio non fu in alcun modo esiliato, questo editto non viene respinto con una formulazione negativa come per gli altri; e 2) inoltre, le domande retoriche relative all'assenza di Quinzio e all'inesistenza di una difesa in suo favore sollevano dubbi sulla disposizione editale a cui si fa riferimento nell'enumerazione precedente dei fondamenti editali della *missio in bona*.

Ci sembra indiscutibile, come suggerisce l'affidabile edizione di Reeve ⁸², che ci sia una lacuna nel passaggio; tuttavia, nessun manoscritto conosciuto ci permette di completarla. Quest'ultima ha sollevato dubbi sulla menzione di una quarta causa di *missio in possessionem*, con l'assenza come condizione principale. Ripercorriamo la storia di questo sospetto.

Nelle sue edizioni del 1519 e del 1534, Navagero ha espresso i suoi dubbi sul-

⁸⁰ Per un'analisi dei diversi aspetti dell'argomentazione di Cicerone, cfr. PLATSCHEK, *Studien*, cit., p. 126-276.

⁸¹ M.D. REEVE, *Oratio Pro P. Quinctio*, Stuttgart/Leipzig, 1992, p. 30.

⁸² Il curatore Reeve ammette una lacuna nel testo, poiché inserisce parentesi (vuote) nel brano incriminato e indica di ritenere assolutamente certo che sia scomparsa una parte successiva alle negazioni ripetitive: «*certissimum mihi videtur propter homoeoteleuton ea quae desunt intercidisse*» (REEVE, *Oratio*, cit., p. XLVI).

l'esistenza di una lacuna⁸³. Nella sua edizione del 1540, Manuzio definì il passo come un *mutilus locus*, esprimendo dubbi sia sull'assenza di una negazione dell'editto sull'esilio sia sulla mancata menzione di un eventuale editto aggiuntivo. Il filologo propone, quindi, l'esistenza di una clausola editale ipoteticamente dedotta dai termini citati da Cicerone nella sua arringa: '*Qui absens iudicio non sit defensus*'⁸⁴.

Qui, possiamo sottolineare che sarebbe del tutto straordinario che Manuzio fosse riuscito a ricostruire i termini esatti di un editto riprodotto da Cicerone nella sua orazione. Eppure è quello che dobbiamo assumere dopo che l'illustre Hotman affermò, nella sua edizione del 1554, di aver letto in un «manoscritto molto antico» (*ex libro manu scripto perantiquo*) le seguenti parole, colmando la lacuna: *Dici id non potest. Qui absens iudicio defensus non fuerit. Ne id quidem*⁸⁵. La coincidenza sarebbe non solo straordinaria, ma a dir poco incredibile se un altro filologo fosse in grado di leggere lo stesso editto, non in un solo manoscritto, ma in diversi. Ed è ciò che accadde quasi un decennio dopo, quando il non meno famoso Lambin affermò di aver letto, in diversi manoscritti (*Restituimus autem in manuscriptoris reperta [...]*), il seguente passo: «*Dici hoc de P. Quinctio non potest. Qui absens iudicio defensus non fuerit*»⁸⁶.

Queste letture sono, ovviamente, sospette. Possiamo dare maggiore credito alla versione di Hotman, che è la prima a essere pubblicata e che afferma di basarsi su un unico manoscritto. Inoltre, è possibile dimostrare che Lambin ha cercato di spacciare come letture su presunti manoscritti quello che erano in verità solo ricostruzioni speculative della *Pro Quinctio* di Hotman⁸⁷. Tre secoli dopo, la credibili-

⁸³ Vedi REEVE, *Oratio*, cit., p. XLIVs.

⁸⁴ L'esistenza di questa disposizione editale è giustificata come segue: «*Mutilus locus. Deest enim, quod ad haec edicti verba Cicero respondeat. Neque vero Ciceronis tantum verba desiderantur, sed, ut arbitror, etiam edicti. Cum enim subjiatur; Quo tempore existimas oportuisse Naevi, absentem Quinctium defendi; necesse omnino videtur, praeire edicti verba, quibus haec respondeant. Aptè autem congruerent in edicto; Qui absens iudicio non sit defensus. Quod eo magis arbitror, qui videtur edicti verba iterare, cum ait infra; Qui est, qui fraudationis causa latuisse dicat? quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium? Et alio loco; Eum ipsum, qui fraudandi causa latitet, eum ipsum, quem iudicio nemo defendat, eum ipsum, qui cum omnibus creditoribus suis male agat, invitum de praedio detrudis vetat. Et aliquando post; Ex edicto autem non potuisse bona possideri, demonstravi; quod neque fraudandi causa latitasset, neque exsilii causa solum vertisse diceretur. Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit, quod contra copiosum, edensum esse contendit*» (A.P. MANUZIO, *M. Tullii Ciceronis Orationes Pauli Manutii Commentarius. In Orationem pro P. Quinctio*, Venezia, 1572, p. 25 [cap. XIX, *solum verterit*]).

⁸⁵ F. HOTMAN, *Francisci Hotomani commentariorum in orationes M. T. Ciceronis volumen primum (ultimum)*, Paris, 1554, p. 25.

⁸⁶ D. LAMBIN, *Tomus secundus operum M. Tullii Ciceronis, omneis eius orationes complectens, a Dionysio Lambino ex fide codicum manu scriptorum emendatas*, Paris, 1565, p. 677.

⁸⁷ Vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 508-511.

tà di Hotman fu rinforzata da un testo che mostra un sorprendente parallelo con la sua ricostruzione.

Si può infatti leggere nella *Pro Tullio* di Cicerone, scoperta e pubblicata nel XIX secolo:

Cic. *Tull.* 48

Qua in re hoc primum quaero, quid ad hoc iudicium recitari istas leges pertinuerit. Num quem tribunum plebi servi M. Tulli pulsaverunt? Non opinor. Num furatum domum P. Fabi noctu venerunt? Ne id quidem. Num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? Dicit non potest. Ergo istis legibus quas recitasti certe non potuit istius familia servos M. Tulli occidere.

Cic. *Quinct.* 60

Recita edictum. Qui fraudationis causa latitarit. Non est is Quinctius; nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. Cui heres non exstabit. Ne is quidem. Qui exsilii causa solum verterit. <Hotman: Dicit id non potest. Qui absens iudicio defensus non fuerit. Ne id quidem.> Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quo modo?

Cicerone utilizza chiaramente la stessa struttura retorica in entrambi i passaggi, che consiste in una sequenza di enunciazioni di base giuridica e di negazioni. La ricostruzione di Hotman include persino due espressioni negative della lista riportata nella *Pro Tullio* (*ne id quidem, dicit non potest*). Tuttavia, siamo d'accordo con Reeve e Platschek, che spiegano il parallelismo tra Cic. *Quinct.* 60 e Cic. *Tull.* 48 con la scarsità di formulazioni negative in latino, e considerano questo parallelismo come il risultato del caso ⁸⁸.

Le restituzioni di un preteso editto mancante da parte dei due umanisti non sono in alcun modo credibili. Il fatto che Hotman trovi un riferimento ad un editto quasi identico ⁸⁹ alla proposta di Manuzio in un solo manoscritto e che Lambin legga esattamente la stessa formulazione editale di Hotman, ma con diversi commenti di Cicerone, in molteplici manoscritti dovrebbe far sorgere un sospetto critico sulla veridicità delle affermazioni fatte.

⁸⁸ REEVE, *Oratio*, cit., p. XLVI; PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 165 s.

⁸⁹ La principale divergenza tra il testo di Manuzio (*Qui absens iudicio non sit defensus*) e quello di Hotman (*Qui absens iudicio defensus non fuerit*) è la trasformazione del congiuntivo presente *sit* nel futuro perfetto *fuerit*. Tale modifica potrebbe basarsi sulla conoscenza da parte di Hotman di estratti dell'editto del pretore trasmessi nel Digesto; è possibile, infatti, che l'umanista abbia mascherato la sua invenzione con la modifica *fuerit*, espressione che ritroviamo più volte nell'editto; D. 3.2.1 (*cui de ea re statuendi potestas fuerit; uxorem ducere passus fuerit*); D. 27.6.1.2 (*qui tutor non fuerit*); D. 12.2.7 (*de qua iusiurandum delatum fuerit*); D. 11.7.2.2 (*in quo ius non fuerit*); D. 15.2.1 pr. (*Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit*); D. 47.8.4 pr. e D. 47.9.1 pr. (*quo primum de ea re experiundi potestas fuerit*); D. 42.4.5.2 (*si is pupillus in suam tutelam venerit cave pupilla viripotens fuerit*); D. 42.8.1 pr. (*quo experiundi potestas fuerit*); D. 43.9.1 pr. (*cui locandi ius fuerit*); D. 43.17.1 pr. (*quo primum experiundi potestas fuerit*).

Nel XIX secolo le opinioni sulla lacuna e sull'ammissione di un editto di *absentia in iure* divergono. Molti editori della *Pro Quinctio* scelsero di affidarsi alla lettura suggerita dai due illustri umanisti. Per quanto riguarda le indagini giuridiche, sembrano essere stati decisivi i contributi di Keller, Karlowa e Bethmann-Hollweg. Il primo ritiene che l'argomentazione di Cicerone sia specificamente volta a squalificare l'applicazione di un editto relativo all'assenza, come riportato da Hotman e Lambin⁹⁰. Il secondo fa una robusta difesa dell'editto sull'assenza, insistendo sul fatto che l'argomentazione di Cicerone si riferiva sia alla *latitatio* che all'*absentia* e che l'assenza doveva essere vista come un comportamento problematico in un territorio imperiale in crescita; l'autore si oppone inoltre con forza all'opinione che la *missio in bona* contro l'*absens* non avrebbe portato alla *venditio bonorum*⁹¹. Infine, il terzo ammette l'esistenza dell'editto⁹², basandosi sulle riflessioni di Keller. I tre studiosi erano chiaramente convincenti, poiché Rudorff ammette una disposizione editale '*Qui absens iudicio defensus non fuerit*'; l'autore associa la sospensione della vendita concessa al pupillo e l'*absens rei publicae causa sine dolo malo* all'editto relativo all'assenza⁹³. Quanto a Lenel, egli riprende la proposta di Rudorff nella sua prima edizione, ritenendo di trovare una conferma dell'esistenza dell'editto nei testi dei commentari editali riportati nella *Palingenesia*⁹⁴ e di scorgere un sostegno della sua tesi da Costa, citato nella seconda e terza edizione⁹⁵. La ricostruzione di Lenel, rafforzata dall'autorità sopra evocata, è stata ampiamente accettata dalla dottrina dei XX e XXI secoli⁹⁶.

⁹⁰ F.L. KELLER, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex*, 1, Torino, 1842, p. 48 s.; seguito qualche anno dopo da G.F. PUCHTA/A. RUDORFF, *Cursus der Institutionen*³, 2, Leipzig, 1851, p. 240 nt. bb).

⁹¹ KARLOWA, *Beiträge*, cit., p. 115-140.

⁹² M. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, 2, Bonn, 1865, p. 560 nt. 18.

⁹³ RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., p. 188 s.

⁹⁴ Cfr. *infra* nt. 103-106.

⁹⁵ Sull'*edictum perpetuum*, vedi LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., p. 333 s.; ID., *Edictum perpetuum*², cit., p. 400 s.; ID., *Edictum perpetuum*³, cit., p. 415 s. Sulla palingenesi degli scritti dei giuristi, LENEL, *Palingenesia*, 2, cit., col. 782 s. (Pal. 694-698); ID., *Palingenesia*, 2, cit., col. 782 s. (Pal. 1392-1394). Cfr. anche E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, 1899, p. 13.

⁹⁶ Vedi, ad esempio; A. FLINIAUX, *Les effets de la simple absence dans la procédure de l'Ordo iudiciorum privatorum à l'époque de Cicéron (pro Quinctio, XIX, 60) (in Verrem, II, 2, 22-26)*, in *Études d'histoire juridiques offertes à Paul Frédéric Girard par ses élèves*, 1, Parigi, 1912, p. 43-64; H.R. ENGELMANN, *Die Voraussetzungen der missio in bona rei servandae causa*, Stuttgart, 1911, p. 18-29; G. ROTONDI, *Bonorum venditio (lineamenti)*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana (cur. P. CIAPESSONI)*, Pavia, 1934, p. 119-123 (= s.v. *Bonorum venditio*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 2.1, Milano, 1911); SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 66-90; KASER/HACKL, *Zivilprozessrecht*², cit., p. 222 nt. 23, 390 nt. 22; PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio*, cit., p. 86-89.

Tuttavia, il percorso che ha portato a una generale accettazione dell'editto relativo all'assenza sembra ampiamente compromesso. Oltre alla grave incertezza sulla vicenda filologica della *Pro Quinctio*, la situazione giuridica non consente di difendere l'esistenza di un tale editto, e solo la lettura delle fonti alla luce di questo ipotetico editto ne ha permesso l'ammissione – seppur in modo circolare.

3.2. Per comprendere la *Pro Quinctio*, è importante tenere presente che la condizione comune a tutte le cause di *missio in possessionem* esposte da Cicerone è l'*indefensio*. Abbiamo affermato che questa condizione è espressa nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* da una clausola di *indefensio* (*si boni viri arbitrato non defendetur*). Come già sostenuto da Bachofen, seguito da Kübler e Platschek, risulta ora chiaro che Cicerone, nel passo successivo alla lacuna (Cic. *Quinct.* 60), stesse cercando di escludere che il suo cliente Quinzio fosse colpevole di *indefensio*⁹⁷ – e questo snodo è la vera problematica dell'argomento in Cic. *Quinct.* 60. Infatti, l'unico editto che potrebbe essere applicato a Quinzio è quello relativo alla *latitatio*, come ha, dopo altri, sottolineato Platschek⁹⁸, e Cicerone vi fa riferimento più volte per negare che il suo cliente potesse essere un *latitans*⁹⁹.

⁹⁷ BACHOFEN, Rec. di F.L. KELLER, *cit.*, p. 974-982; J.B. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel, 1847, p. 286-291; B. KÜBLER, *Der Process des Quinctius und C. Aquilius Gallus*, in *ZSS*, 14, 1893, p. 63-65. T. MOMMSEN, Rec. di L.F. KELLER, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex*, in *Gesammelte Schriften. Juristische Schriften*, 3, Berlin, 1907, p. 553 (= *ZAW*, 3, 1845, p. 1084-1110); T. MOMMSEN, Rec. di O.E. HARTMANN, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, in *Gesammelte Schriften. Juristische Schriften*, 3, Berlin, 1907, p. 577 (= *Literarisches Centralblatt Für Deutschland*, 10, 1851, col. 792) respinge l'esistenza di un editto relativo all'assenza e propone la seguente ricostruzione, giustamente non accolta in dottrina; *Qui exilii causa solum verterit. Quo tempore? Existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi. At quomodo? Tum cum postulabas, ut bona possideres, nemo adfuit*. Si veda anche l'improbabile proposta di W. OETLING, *Philologisch-juristischer Kommentar zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, in *Festschrift zur Feier des 250jährigen Bestehens des Königlichen Gymnasiums zu Hamm i. W. am 31. Mai 1907*, Hamm, 1907, p. 67: *Qui exilii causa solum verterit. Dicit hoc de P. Quinctio non potest. Quid ergo est? Existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi. Quo tempore et quomodo? Tum cum postulabas, ut bona possideres, nemo adfuit*. Su questi ultimi due tentativi di ricostruzione cfr. PLATSCHKE, *Studien*, *cit.*, p. 167-169.

⁹⁸ PLATSCHKE, *Studien*, *cit.*, p. 157-230. L'autore non esclude che la *missio in bona* sia stata pronunciata in virtù del potere discrezionale del pretore, prerogativa che, secondo l'autore, avrebbe potuto essere inserita nell'editto al pari della *restitutio in integrum ex iusta causa* (vedi la riproduzione dell'editto in D. 4.6.1.1 [Ulp. 12 ed.]; [...] *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur* [...]). Se l'immissione in possesso rappresenta un provvedimento suscettibile di essere pronunciato a discrezione del pretore, nulla lascia supporre che tale prerogativa fosse inclusa nell'editto e troppi indizi provenienti dalla *Pro Quinctio* supportano l'ipotesi dell'applicazione dell'editto relativa alla *latitatio* per considerare un'altra base per la *missio in bona* pronunciata contro Quinzio. T. RÜFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang. Zum Verfahrensort beim römischen Formularprozeß*, 2004 [non pubblicata], p. 147-153, al contrario, difende l'applicazione dell'editto relativo all'assenza.

⁹⁹ Cic. *Quinct.* 60, 74, 84.

Dopo aver escluso la possibilità della *latitatio*, Cicerone fa quello che farebbe ogni buon avvocato: cerca di dimostrare che le altre condizioni che costituiscono la condotta illecita non sono state soddisfatte. In questo caso, l'unica altra condizione della *missio in bona latitantis* è l'*indefensio*. Inoltre, l'oratore associa più volte le due condizioni ¹⁰⁰ e, a nostro avviso, un passaggio cruciale della perorazione dimostra formalmente che l'argomentazione è incentrata su *latitatio* e *indefensio*, elementi costitutivi dell'editto relativo alla *latitatio*:

Cic. *Quinct.* 86 s.: [...] Ex edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi, quod neque fraudandi causa latitasset neque exilii causa solum vertisse diceretur. Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit. Quod contra copiosissime defensum esse contendit [...].

Cicerone riassume la sua argomentazione dicendo di aver dimostrato che i beni di Quinzio non potevano essere posseduti a causa di una *latitatio* o di un esilio, e che, quindi, gli resta da dimostrare (*Reliquum est...*) che il suo cliente non era un *indefensus*, punto che, a suo avviso, è anche stato fatto. Dal momento che, insistiamo, sarebbe assurda la mancata esplicita menzione dell'editto contro l'*absentia in iure*, se l'assenza fosse una condizione centrale, dobbiamo prendere sul serio l'espressione *eum nemo iudicio defenderit*. Qui troviamo uno specchio riassuntivo di Cic. *Quinct.* 60: Cicerone mostra di aver escluso che Quinzio fosse *latitans*, o un esiliato, o *indefensus*. Si tratta quindi di una conclusione che adotta la stessa struttura argomentativa del passo citato, evocando la *latitatio*, l'esilio e, infine, la fattispecie dell'*indefensio* ¹⁰¹.

L'importanza dell'*indefensio* è infatti notevole, poiché rappresenta una caratteristica inerente alle cause di *missio* della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*. Dimostrare l'esistenza di una *defensio* significa escludere con certezza la validità di una *missio* derivata da questa rubrica. La lacuna doveva riferirsi ad una clausola di *indefensio* e non a un editto indipendente.

Infine, va notato che il sospetto che Cicerone si riferisca a un editto specificamente legato all'assenza si basa in particolare sul fatto che l'oratore descriva ripetutamente Quinzio come *absens*. Tuttavia, questa è solo una conseguenza della finezza retorica dell'Arpinate. L'unico modo per tratteggiare la posizione di Quin-

¹⁰⁰ Cic. *Quinct.* 60: *Recita edictum. Qui fraudationis causa latitarit. Non est is Quinctius; nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur.* [...]; Cic. *Quinct.* 74; [...] *Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat, quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium?* [...]; Cic. *Quinct.* 84; [...] *Eum ipsum, qui fraudandi causa latitet, eum ipsum, quem iudicio nemo defenderit,* [...].

¹⁰¹ La mancata menzione dell'editto *Cui heres non extabit* è giustificata dall'evidente inapplicabilità della disposizione edittuale. Ciò potrebbe anche essere un indizio del fatto che la norma non conteneva un'espressa clausola di *indefensio*, come abbiamo sopra suggerito (cfr. *supra* § 2.3).

zio senza incriminarlo è dipingerlo come un assente – un comportamento di per sé non affatto problematico. Questo elemento qualificatore permette all'oratore di sostenere implicitamente il fatto che la *latitatio* è esclusa. Dedurne l'esistenza di una disposizione edittale è un errore di interpretazione. Nel contesto dell'editto sulla *latitatio*, l'unica condizione residua da escludere è l'*indefensio*, che Cicerone nega attraverso l'attività di Alfeno, *procurator* di Quinzio. È quindi estremamente significativo che l'assenza venga sistematicamente citata insieme alla dimostrazione dell'esistenza della *defensio*¹⁰². Nell'argomentazione ciceroniana, Quinzio è un *absens defensus*, qualifica che impedisce l'applicazione di tutte le condizioni dell'editto relative alla *latitatio*.

3.3. Per quanto riguarda le fonti giuridiche, il problema della loro interpretazione – ancora una volta in modo circolare – alla luce dell'ipotesi editto è ancora più acuto.

A nostro avviso e seguendo le conclusioni di Platschek¹⁰³, tutti i frammenti dei *libri ad edictum* di Ulpiano, attribuiti da Lenel all'editto sull'assenza, rappresentano commenti all'editto sulla *latitatio*¹⁰⁴. Lo stesso vale per i frammenti del commento all'editto di Paolo associati all'assenza da Lenel: questi commentano la condizione di *indefensio*, comune alle cause principali di *missio in possessionem* elencate sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, e alla sospensione della vendita (di portata generale¹⁰⁵) concessa al pupillo e all'*absens rei publicae*

¹⁰² Cic. *Quinct.* 60: [...] *Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quo modo?* [...] *Qui locus igitur absentis defendendi procuratori primus datus est?* [...]; Cic. *Quinct.* 61: [...] *Quid aliud sit absentem defendi ego non intellego.* [...]; Cic. *Quinct.* 62: [...] *Et audes, Sex. Naevi negare absentem defensum esse Quinctium, cum eum defenderit idem qui te solebat?* [...]; Cic. *Quinct.* 64s.: [...] *cuius procurator non omnia iudicia acceperit quae quisque in verba postularit, cuius procurator a praetore tribunos appellare ausus sit, eum non defendi, eius bona recte possideri posse, ei misero, absenti, ignaro fortunarum suarum omnia vitae ornamenta per summum dedecus et ignominiam deripi convenire. Quod si probari nemini potest, illud certe probari omnibus necesse est, defensum esse iudicio absentem Quinctium.* [...]; Cic. *Quinct.* 68: [...] *Quid affertur, quare P. Quinctius negetur absens esse defensus?* [...] *Mibi autem ad vincendum satis est fuisse procuratorem, quicum experiretur; qualis is fuerit, modo absentem defendebat per ius et per magistratum, nihil ad rem arbitror pertinere.*; Cic. *Quinct.* 68: [...] *Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat, quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium?*

¹⁰³ PLATSCHEK, *Studien*, cit., p. 206-208; HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 522-527.

¹⁰⁴ Cfr. Pal. 1392=D. 3.3.51(Ulp. 60 ad ed.); Pal. 1393=D. 5.1.19 (Ulp. 60 ad ed.); Pal. 1394 = D. 42.5.5 (Ulp. 60 ad ed.).

¹⁰⁵ Il fatto che la sospensione della vendita riguardi anche l'*absens rei publicae causa* non prova in alcun modo un editto relativo all'assenza, come suppongono RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., p. 188 s.; LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 416; SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 74 s., ma rappresenta un'eccezione applicabile a qualsiasi causa di immissione. È evidente che il provvedimento si applica all'editto relativo al *pupillus indefensus*; quanto all'*absens rei publicae causa*, l'eccezione si dovrebbe riferire all'editto relativo alla *latitatio*.

sine dolo malo ¹⁰⁶.

Una fonte che ha particolarmente incuriosito gli studiosi è Gai. 3.78: [...] *qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur*. Contrariamente a quanto è stato suggerito ¹⁰⁷, il passo non descrive due editti distinti, ma l'unico editto relativo alla *latitatio*. L'argomentazione formale più approfondita è stata avanzata da Platschek, che nota come l'espressione *nec* sia usata da Gaio per collegare due condizioni cumulative ¹⁰⁸. Il fatto che l'*indefensio* sia collegata all'assenza in C.I. 2.50.4 Gord. A. Mestriano (a. 239) ¹⁰⁹ non è quindi sorprendente. Infine, nemmeno Teoph. *Inst. Par.* 3.12, riprendendo l'esposizione gaiana, non menziona l'assenza: *λανθάνειν καὶ μηδὲ ἔχειν τὸν defendeύοντα*. Queste fonti non sono in grado di dimostrare l'esistenza di un editto relativo all'assenza.

Le fonti che seguono sono decisamente in grado di suggerirne l'inesistenza. In D. 42.4.7.17 (Ulp. 59 ad ed.) ¹¹⁰, che rappresenta un commento all'editto relativo alla *latitatio*, il giurista severiano riferisce che Celso permise a Sesto, desideroso di rivendicarlo, di immettersi nel possesso di un *fundus* posseduto da Tizio, assente e *indefensus*, e giustifica questa decisione affermando: *Hoc adnotandum est Celsum consultum non de latitante, sed de absente*. Se mettiamo da parte i numerosi e poco convincenti sospetti di inautenticità ¹¹¹, il passo tradirebbe un forte indizio a favore

¹⁰⁶ Cfr. Pal. 694=D. 3.3.52 (Paul. 57 ad ed.); Pal. 695=D. 3.3.77 (Paul. 57 ad ed.); Pal. 696 = D. 22.1.35 (Paul. 57 ad ed.) e D. 46.2.18; Pal. 697= D. 40.5.5 (Paul. 57 ad ed.); Pal. 698 = D. 42.4.6 (Paul. 57 ad ed.).

¹⁰⁷ KARLOWA, *Beiträge*, cit., p. 133-135; LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 416; RÜFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang*, cit., p. 137-140.

¹⁰⁸ PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 199 s., che rinvia a Gai. 4.28, ma possiamo anche segnalare Gai. 1.195c, 2.77, 2.135a, 4.116, 4.121. Vedi anche BACHOFEN, *Rec. di F.L. KELLER*, cit., p. 977 s., insistendo sul fatto che gli esempi trasmessi in Gai. 3.78 devono essere intesi come unità (*velut... item...*, *item...*), sicché l'inesistenza della difesa è condizione complementare alla *latitatio*.

¹⁰⁹ C.I. 2.50.4 Gord. A. Mestriano (a. 239): *Ignorare non debes eorum, qui rei publicae causa sine dolo malo absunt, si absentes boni viri arbitrato non defenduntur, bona tantum possideri, venditionem autem in id tempus differri, quo rei publicae causa abesse desierint*.

¹¹⁰ D. 42.4.7.17 (Ulp. 59 ad ed.): *Celsus autem Sexto respondit, si fundum, quem petere volo, Titius possideat neque absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri. Hoc adnotandum est Celsum consultum non de latitante, sed de absente*.

¹¹¹ Questa nota sarebbe una glossa postclassica per S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*. Βιβλία ἐξ *Julianus ad Minicium*, in *BIDR*, 8, 1895, p. 195 (per il quale la nota è «scandalosa»); S. SOLAZZI, *L'editto qui absens iudicio defensus non fuerit*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, p. 427; F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift für Otto Lenel zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum am 16. Dezember 1921*, Leipzig, 1921, 249; G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, 57, 1937, p. 10; SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 130; M. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem» (diritto classico e giustiniano)*, Firenze, 1939, 50 s.; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 139; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 133 e nt. 58; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *Studi in onore di*

dell'esistenza dell'editto relativo all'assenza¹¹². Tuttavia, questa spiegazione si basa, ancora una volta, solo su apparenze.

La nota di Ulpiano non spiega perché si applicherebbe un ipotetico editto sull'assenza, le cui condizioni sono diverse dall'editto relativo alla *latitatio*, ma perché la soluzione di Celso, pur basandosi sulla *missio in bona* contro i latitanti, prevede il sequestro di un singolo bene del debitore e non dell'intero patrimonio. Infatti, l'immissione contro i latitanti è una *missio in bona* e dovrebbe applicarsi all'intero patrimonio di Tizio. A questo proposito, se la decisione di Celso si fosse basata su un editto relativo all'assenza, non ci sarebbe stato motivo di ammettere che l'immissione in possesso riguardasse solo il *fundus* e non tutti i beni dell'assente. Pertanto, la menzione dell'*absentia* non ci permette di supporre che la giurisprudenza classica fosse divisa sull'ambito di applicazione della *missio in possessionem* contro un assente (patrimonio o cosa specifica)¹¹³, ma serve a giustificare l'eccezionalità della decisione di Celso, che consisteva in una restrizione delle conseguenze edittali dell'unica disposizione che poteva essere applicata, quella relativa alla *latitatio*.

Celso giustifica la sua soluzione con la convenienza (*commodius se existimare*). Dobbiamo allora rispondere alla seguente domanda: perché è più conveniente risparmiare il patrimonio di Tizio?

A nostro avviso, la giustificazione di Celso si fonda sull'influenza di un altro istituto: la *restitutio in integrum*. Infatti, la *restitutio in integrum* consente all'*absens ex iusta causa* di recuperare i propri diritti¹¹⁴. La tensione con la procedura d'esecuzione forzata contro i latitanti appare critica: se il presunto latitante che fu sottoposto a una *missio in bona* e magari ad una *venditio bonorum* si rivela in realtà un *absens ex iusta causa*, il pretore potrà ripristinarlo allo stato originario, un compito certo estremamente complesso, se il patrimonio è già stato venduto. Questa

A. Biscardi, 6, Milano, 1983, p. 207; KASER/HACKL, *Zivilprozessrecht*², cit., p. 224 nt. 36; M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Aplicación del régimen de la missio in bona para la tutela de los derechos reales*, in *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 18, 2001, p. 127 nt. 69. Argomenti convincenti a favore dell'autenticità del frammento sono stati avanzati da RÜFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang*, cit., p. 156-158.

¹¹² D. NÖRR, *Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen*, in *Ciceroniana*, 3, 1978, p. 132 nt. 75; RÜFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang*, cit., p. 154-161; T. RÜFNER, Rec. di J. PLATSCHEK, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, in *ZSS*, 125, 2008, p. 774, che rimprovera all'autore di non aver dato una spiegazione sufficiente circa la formulazione di questo frammento, se non vi fosse alcun editto relativo all'assenza.

¹¹³ In modo errato, in questo senso, I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1987, p. 288-290; RÜFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang*, cit., p. 159.

¹¹⁴ Cfr. i termini dell'editto riportati da D. 4.6.1.1 (Ulp. 12 ad ed.) e il commento in D. 4.6.26.9 (Ulp. 12 ad ed.): [...] *Et generaliter quotienscumque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet ei subveniendum*. Vedi anche D. 4.6.28 pr. (Ulp. 12 ad ed.), che evoca l'assenza di uno studente come una *causa probabilis*.

difficoltà è stata notata per la prima volta da Aru, il quale, pur ammettendo erroneamente l'esistenza di un editto relativo all'assenza, suggerisce che la *venditio bonorum* fosse caduta in disuso in questo caso ¹¹⁵. La brillante riflessione non ha mai ricevuto l'attenzione che meritava, forse a causa della risposta sprezzante dell'autorevole Solazzi ¹¹⁶.

Seguendo la linea di pensiero di Aru, è possibile spiegare anche il seguente frammento, che ha messo in difficoltà tanti romanisti e che, secondo alcuni, indicherebbe l'esistenza di un editto sull'assenza:

D. 4.6.21.2 (Ulp. 12 ad ed.): [...] Ceterum si non existerat defensor, acquissimum erat subveniri, eo potius, quod eorum qui non defenduntur, si quidem latitent, praetor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut si res exegerit etiam distrahantur, si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.

Nel suo commento all'editto sulla *restitutio in integrum*, il giurista indica che la vendita dei beni sequestrati per *missio in bona* è consentita nei confronti di chi si nasconde; invece, i beni di chi non si nasconde e non ha una *defensio* possono essere solo posseduti (*in bona tantum mitti*). Se lasciamo da parte i sospetti, sia per la forma sia per la restrizione alla fine del frammento, sulla sua autenticità che si basano essenzialmente su una difficoltà di comprensione ¹¹⁷, ci troviamo di fronte

¹¹⁵ L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1934, p. 49-60.

¹¹⁶ SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 72-86, ammettendo la coesistenza giuridica dell'ipotetico editto relativo all'assenza e della *restitutio in integrum* a favore dell'assente *ex iusta causa*, ritiene che i beni dell'assente possano essere venduti, e che la *restitutio in integrum* non possa più essere effettuata dopo la vendita pubblica. Lo studioso italiano considera quindi la parte finale di D. 4.6.21.2 (Ulp. 12 ad ed.) come una testimonianza di «pedanteria» e di «traballante» argomentazione postclassica (SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 80, vd. 77-80; si veda anche già S. SOLAZZI, *L'editto qui absens iudicio defensio non fuerit*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, p. 413-416).

¹¹⁷ Sul piano formale sono intriganti l'espressione *si res exegerit* (che indica l'eventualità dell'assenza di vendita) e l'accenno ad una *distractio bonorum*. Poiché il tema relativo alla possibilità di vendere i beni del *latitans* non è per nulla problematico nella sostanza, non è il caso di discutere il passaggio. A questo proposito si veda lo scetticismo, in misura diversa, di H. DERNBURG, *Über die emptio bonorum. Ein rechtshistorischer Versuch*, Heidelberg, 1850, p. 59; KARLOWA, *Beiträge*, cit., p. 129-131; RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., p. 188 nt. 9; LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit., col. 480 nt. 6; J. BÖHM, *Die missio in bona cum effectu venditionis als Folge der einfachen absentia sine defensione gegenüber der Prozeßeinleitung nach klassischem, römischem Rechte*, Berlin, 1908, p. 135; SOLAZZI, *L'editto*, cit., p. 415 s. (da *ita et*); A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano*, Roma, 1921, p. 137 nt. 1; PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, cit., p. 248; H.G. HEUMANN/E. SECKEL, s.v. *potior*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926, p. 444; LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 416 nt. 4; E. LEVY/E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, 1, Weimar, 1929, p. 58 (Suppl., 75s.); SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 77-80. Per l'autenticità del testo (almeno sul profilo sostanziale), vedi J.C. NABER,

ad un testo molto eloquente, per il quale non è stata ancora fornita una spiegazione soddisfacente.

Alcuni considerano il passo una prova dell'assenza di vendita in un caso di applicazione dell'editto di assenza¹¹⁸. Platschek ribatte giustamente che esso non può in alcun modo provare l'esistenza di un editto relativo all'*absentia*; anzi, sembrerebbe piuttosto curioso che Ulpiano utilizzi una negazione della *latitatio* per definire l'*absentia*, se quest'ultima fosse una condizione per sé sufficiente¹¹⁹. Ma come spiegare una restrizione dell'editto relativo alla *latitatio* a un semplice sequestro?

È qui che il pensiero di Aru è fondamentale. Riteniamo che la giurisprudenza e la prassi pretoria, almeno in epoca severiana, interpretassero l'editto sulla *latitatio* in modo restrittivo sotto il profilo della *restitutio in integrum*, e ritenessero più prudente che fosse consentita soltanto la *missio in bona* (e non la vendita di beni), laddove non fosse certa la clandestinità del debitore. Di conseguenza, quest'ultimo avrebbe potuto essere considerato nel linguaggio giuridico come un *absens indefensus*, approfittando di una sospensione della vendita, e non un *latitans* che rischia la *venditio bonorum*. Il fatto che Ulpiano ritenga che l'*absens* possa subire sia la *missio in possessionem* sia la *venditio bonorum* nella sua *laudatio edicti* sulle disposizioni relative alla *negotiorum gestio*, ci sembra un altro indizio decisivo di questa evoluzione¹²⁰. Il termine *absens*, a causa dell'influenza del regime della *restitutio in integrum* a favore dell'*absens ex iusta causa*, si è poi cristallizzato come concetto importante nel campo della *missio in possessionem*. È dunque falso affermare che non sia possibile l'immissione in possesso nei confronti di un 'semplice' assente; è possibile, ma sempre sulla base dell'editto relativo alla *latitatio*, che si vede interpretato restrittivamente per l'incertezza sulla qualità dell'assente¹²¹.

Le presunte letture della *Pro Quinctio* da parte di Hotman e Lambin hanno tratto in inganno generazioni di romanisti. Un esame delle fonti ci permette di escludere la loro ipotesi fuorviante. Un editto contro l'*absens in iure* non è mai esistito.

Observatiunculae de iure Romano, in *Mnemosyne*, 25, 1897, p. 289; ARU, *Il processo civile*, cit., p. 53-58; anche visibilmente PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 223-225.

¹¹⁸ ARU, *Il processo civile*, cit., p. 53-55; RUFNER, *Gerichtsstand und Ladungszwang*, cit., p. 203 s. (l'autore vede in questa una testimonianza eccezionale l'ipotesi di un editto relativo all'assenza che di solito porta alla vendita dei beni).

¹¹⁹ PLATSCHKE, *Studien*, cit., p. 221-225.

¹²⁰ D. 3.5.1 (Ulp. 10 ad ed.): *Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.*

¹²¹ Sull'interpretazione restrittiva dell'editto contro il *latitans* alla luce della *restitutio in integrum*, vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 544-564.

4. *Ut oportet non defendit*

4.1. Le conseguenze dell'*indefensio* sono un argomento spinoso. La necessità di una *defensio* permanente è un principio fondamentale del procedimento formulare. Dalla *in ius vocatio* alla *litis contestatio*, una difesa *in iure* è un prerequisito inevitabile. Il pretore doveva necessariamente poter minacciare la parte recalcitrante di conseguenze dannose. Ma è vero che la rubrica *Quibus ex causis in possessionem* conteneva un editto contro l'*indefensio*?

Esaminiamo innanzitutto la ricostruzione dell'editto fatta da Lenel. Nella sua prima edizione¹²², l'autore ipotizza l'esistenza di un editto *De confessis et indefensis* (§ 199). Facendo riferimento al caput XXI della *Lex de Gallia cisalpina*, su cui torneremo tra poco, Lenel ipotizza quindi che la persona che non si difende dall'*actio certae creditae pecuniae* sarebbe ritenuta *pro iudicato* e rischia la *ductio*. La ricostruzione della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* non contiene ancora alcun riferimento ad un editto che punisca l'*indefensio* in quanto tale.

Nella seconda e terza edizione¹²³, Lenel sostiene sempre l'esistenza di un editto relativo all'*indefensio* in un'*actio certae pecuniae* con la conseguenza della *ductio*, ma mette in corsivo la menzione dell'*indefensio* nel titolo dei §§ 199, 200¹²⁴, a suggerire incertezza nella ricostruzione. Questo editto sarebbe succeduto al titolo *De re iudicata* (§ 198). Inoltre, l'autore ammette ora un editto 'fuso' '*Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensio non erit*' (§ 202) nella sezione *Quibus ex causis in possessionem eatur*¹²⁵. Questa sorprendente formulazione, avverte Lenel, non si basa direttamente sulle fonti.

Trovare l'origine di questa proposta è un compito difficile. Potrebbe essere una creazione leneliana, che deve appunto trovare un parallelo alla minaccia di esecuzione personale contro il *iudicatus*, il *confessus* e l'*indefensus* (§§ 198-200) nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, che lo studioso assume dedicata all'esecuzione patrimoniale. Tuttavia, non è forse un caso che troviamo una formulazione simile in un'opera oggi dimenticata: il tentativo di ricostruzione dell'editto perpetuo di Brian Walker del 1877. L'autore britannico intitolò la *pars quarta* dell'editto perpetuo (*pars tertia* nella sua opera): *De rebus iudicatis, de confessis et indefensis*¹²⁶. Per Walker, l'espressione non intende fornire i termini di un editto,

¹²² Cf. LENEL, *Edictum perpetuum*¹, cit., p. 329 s., seguendo probabilmente la presentazione di L.F. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*², Leipzig, 1855, § 65; M. BETHMANN-HOLWEG, *Civilprozess*, cit., p. 557.

¹²³ LENEL, *Edictum perpetuum*², cit., p. 394 s.; LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 410.

¹²⁴ LENEL, *Edictum perpetuum*², cit., p. 394: *De confessis et indefensis* (sic).

¹²⁵ LENEL, *Edictum perpetuum*², cit., p. 398 s.; LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 413 s.

¹²⁶ B. WALKER, *The Fragments of the Perpetual Edict of Salvius Julianus*, Cambridge, 1877, p. 98.

ma riassumere l'argomento della parte trattata¹²⁷. Si può sospettare che Lenel si sia ispirato a questa formulazione per creare un editto singolare, evocando la minaccia della *missio in bona* contro il *iudicatus*, il *confessus* e il *indefensus*.

Nonostante il suo carattere insolito, la proposta di Lenel non fu mai oggetto di riesame dopo la sua pubblicazione. La letteratura ritiene unanimemente che una disposizione editale (talvolta accettata in modo indipendente sotto la formulazione *Qui ita ut oportet defensio non fuerit*) contenuta nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* minacci l'*indefensus* di *missio in bona* e di *venditio bonorum*¹²⁸.

4.2. Dobbiamo ora tornare al tema dell'*indefensio*, che abbiamo trattato più a lungo altrove¹²⁹. La principale fonte, se non l'unica, utilizzata per giustificare un editto sull'*indefensio* è la legge cisalpina¹³⁰. Le vestigia di questa legge municipale contengono disposizioni relative all'*operis novi nuntiatio* (*caput XIX*), al *damnum infectum* (*caput XX*), alla *confessio certae pecuniae* e all'*indefensio* nel contesto dell'*actio certae pecuniae* (*caput XXI*), e alla *confessio incertae* e *certae rei* e all'*indefensio* nel contesto dell'*actio incertae* e *certae rei* (*caput XXII*).

Semplificando notevolmente le maggiori difficoltà di comprensione del funzionamento della legge, la pena per il *in iure non respondere*, il *sponsionem non facere* e il *iudicio ut oportet non defendere*¹³¹ (intesa dalla letteratura scientifica

¹²⁷ WALKER, *The Fragments*, cit., p. 98-103; I. *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*; II. *De confessis*; III. *De cessione bonorum*; IV. *Quibus ex causis in possessionem eatur*; V. *De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis*; VI. *De separationibus*; VII. *De curatore bonis dando*; VIII. *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*.

¹²⁸ Cfr. a fini illustrativi SOLAZZI, *Il concorso*, 1, cit., p. 41 s.; KASER/HACKL, *Zivilprozessrecht*², cit., p. 390 s. e nt. 25; L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare. «Indefensio», «absentia», «latitatio»*, Napoli, 2016, p. 69-77 et passim.

¹²⁹ Cfr. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 380-450; e la nostra concomitante pubblicazione A. HÄUSLER, *Indefensio within and without the edictum perpetuum*, in *TR/RHD*, 93, 2025.

¹³⁰ Vedi per il testo M. CRAWFORD (cur.), *Roman Statutes*, 2, London, 1996, p. 461-481. Per un'esposizione più ampia del contenuto della legge cisalpina nel contesto dell'*indefensio*, F.J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina*, Leiden, 1972, p. 134-160, 191-200; G. NEGRI, *Appunti sull'«indefensio» nella «condictio certae creditae pecuniae ex lege Rubria»*, in *Atti del III Convegno di Studi Veleiati (Piacenza-Veleia-Parma 31 Maggio-2 Giugno 1967)*, Milano/Varese, 1969, p. 223-301; G. MAININO, «*Confessio*» e «*indefensio*» nella «*lex Rubria de Gallia Cisalpina*», in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi*, Milano, 2011, p. 161-183; ID., *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Milano, 2012, p. 79-138; HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 351-370.

¹³¹ *Lex de Gallia cisalpina*, c. XXI, l. 7-9: *seive is ibei d(e) e(a) r(e) in iure non | responderit, neque d(e) e(a) r(e) sponsionem faciet neque iudicio uti oportebit | se defendet; lex de Gallia cisalpina*, c. XXII, l. 36s.: *aut sei d(e) e(a) r(e) in iure | nihil responderit, neque d(e) e(a) r(e) se iudicio uti oportebit defendet*.

come una descrizione dell'*indefensio*) è la *ductio* pronunciata dal magistrato municipale in caso di un'*actio creditae certae pecuniae* (caput XXI) e la *missio in bona* e la *ductio* pronunciate dal pretore urbano di Roma in caso di un'*actio certae rei* e *incerti*¹³².

L'ammissione di un editto sull'*indefensio* nella letteratura deriva dal fatto che la legge cisalpina rappresenta una sorta di immagine speculare dell'editto del pretore urbano. Il legame morfologico tra la legge cisalpina e l'editto del pretore, anche se da alcuni contestato o relativizzato¹³³, sembra chiaro. La sequenza della *operis novi nuntiatio* e del *damnum infectum* trattati nei capitoli XIX e XX della legge cisalpina segue innegabilmente l'ordine dell'editto¹³⁴. È più difficile trovare un parallelo tra il resto della legge cisalpina e l'editto del pretore. Il capitolo XXI si riferisce alla *confessio certae pecuniae* e alla relativa *indefensio*, mentre il capitolo XXII alla *confessio certae rei* e *incerti* e alla relativa *indefensio*. Questo intreccio enigmatico tra *confessio* e *indefensio* rappresenta il cuore del problema.

Per comprendere la costruzione della legge cisalpina, dobbiamo essere coerenti con la nostra premessa. Se la legge cisalpina segue l'oggetto dell'editto per *operis novi nuntiatio* e *damnum infectum*, deve essere accettato ciò anche per la *confessio* e l'*indefensio*.

Innanzitutto, proviamo a situare la *confessio* nell'editto. In base al suo pregiudizio sulla divisione della materia tra esecuzioni personale e patrimoniale, Lenel ipotizza che una disposizione minacciasse il *confessus* con la *ductio* (§ 199) e un'altra con la *missio* (§ 202). Affidarsi a questa ricostruzione impedisce una corretta comprensione dell'editto. Non c'è motivo di supporre che la *confessio*, che portava molto probabilmente alla *ductio* e alla *missio* in caso di mancato adempimento

¹³² *Lex de Gallia Cisalpina*, c. XXI, 14-15, 19 s.: *Quicque quomque Ilvir IIIIvir praefectusve ibei iure deicundo praeerit, [...], sine fraude sua duci iubeto; quicque eorum quem, ad quem ea res pertinebit, duxerit, id ei fraudi peonaeve ne esto (ductio pronunciata dal magistrato municipale in affari riguardanti pecuniae certae per meno di 15.000 sesterzi); lex de Gallia cisalpina, c. XXII, l. 45-52: pr(aetor)q(ue) isve quei d(e) e(is) r(ebus) Romae i(ure) d(eicundo) p(raeerit) in eum et in heredem eius d(e) e(is) r(ebus) om(nibus) ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri | proscribereve venireque iubeto, ac sei is heresve eius d(e) e(a) r(e) in | iure apud eum pr(aetorem) eumve quei Romae i(ure) d(eicundo) [p.] praeesse<t> confessus es|set aut d(e) e(a) r(e) nihil respondisse<t> neque se iudicio utei oportuis|set defendisset; dum ne quis d(e) e(a) r(e) nisei pr(aetor) isve quei Romae i(ure) d(eicundo) p(raeerit) | eorum quouis bona possideri proscribereve venire duceique | eum iubeat (missio in bona e ductio pronunciate dal pretore in affari riguardanti un incertum o una res certa, il cui valore non superi i 15.000 sesterzi).*

¹³³ Cfr. BRUNA, *Lex Rubria*, cit., p. 303-308; NEGRI, *Indefensio*, cit., p. 266-269; MAININO, *Confessio*, cit., p. 181-183.

¹³⁴ Cfr. i capitoli XIX e XX della legge cisalpina D. 39.1 rubr. e D. 39.2 rubr., ciò che viene notato da T. MOMMSEN, *Ueber den Inhalt des rubrischen Gesetzes*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 2, 1858, p. 319-334; LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 371, 373 e 410, 413 nt. 3, 414 nt. 1 e 3.

entro il tempo stabilito, non fosse menzionata in uno stesso editto. Come indicano i commenti all'editto di Ulpiano e Paolo, la *confessio* è certamente trattata nelle disposizioni edittali che precedono la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*¹³⁵.

I commenti all'editto relativi alla *confessio* non forniscono altre informazioni per ricostruire l'editto. Invece, la legge cisalpina ci permette di speculare ulteriormente sulle disposizioni dell'editto relative alla *confessio*: l'editto dovrebbe aver trattato due complessi di provvedimenti della *confessio certae pecuniae* e della *confessio incertae vel certae rei*. Questo trattamento separato ha senso se assumiamo che: 1) nel primo caso, la *condemnatio pecuniaria* si vede pronunciata subito e il *confessus*, ormai *pro iudicato*, rischia la *missio in bona* e la *ductio* se non paga in tempo; e 2) nel secondo caso, un altro processo per determinare l'importo della *condemnatio* è necessario ed il comportamento 'recalcitrante' che può adottare il *confessus* è l'*indefensio*. Quindi, l'*indefensio* sarebbe punita con la *ductio* e con la *missio in bona* in una disposizione sulla *confessio incertae vel certae rei*.

Questo, tuttavia, non basta. L'*indefensio* si vede trattata in modo sistematico, ripetitivo e indipendente in entrambi i casi di *confessio* e si può ipotizzare che una disposizione dedicata all'*indefensio* succeda al trattamento edittale della *confessio*. Se esistesse, dovrebbe essere contenuta nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*: sarebbe l'editto *ut oportet non defendit* punendo l'*indefensus* con la *missio in bona*, come suggerisce Lenel?

In contrasto con questo approccio, potremmo considerare il contesto complessivo dell'editto e notare che l'*indefensio* rappresenta, come abbiamo visto, la pietra angolare dei motivi di immissione nel possesso di un bene indicati nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*. La legge cisalpina potrebbe riferirsi non ad una disposizione specifica dell'editto, ma alla rubrica stessa: si tratterebbe di una sintesi di tutte le cause di immissione nel possesso indicate nella rubrica, avendo l'*indefensio* come caratteristica comune¹³⁶. Ciò avrebbe permesso ai redattori della legge cisalpina di evitare di menzionare espressamente le singole cause di immissione nel possesso degli assenti *indefensi*. Gli autori avrebbero così fatto riferimento alle due forme di *confessio* per poi aggiungere la menzione dell'*indefensio*, direttamente derivata dell'*indefensio* del *confessus incertae vel certae rei*, ma anche dalla condizione comune della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*.

Proponiamo quindi di intendere il parallelismo tra la legge cisalpina come segue:

¹³⁵ D. 42.2.2 (Ulp. 58 ad ed.); D. 42.2.1 (Paul. 56 ad ed.); D. 50.17.142 (Paul. 56 ad ed.).

¹³⁶ Vedi HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 444-446.

<i>Lex de Gallia Cisalpina</i> (42/41 a.C.)	<i>Edictum perpetuum</i> (II secolo)
<i>Operis novi nuntiatio</i> (c. XIX)	<i>De operis novi nuntiatione</i> (LENEL, <i>EP</i> ³ , tit. XXVIII)
<i>Damnum infectum</i> (c. XX)	<i>De damno infecto</i> (LENEL, <i>EP</i> ³ , tit. XXIX) [<i>varia</i>] ¹³⁷
<i>Confessio certae pecuniae</i> (c. XXI) et <i>confessio certae rei et incerti</i> (c. XXII)	<i>De confessis</i> (LENEL, <i>EP</i> ³ , tit. XXXVIa, XXXVI) [<i>De cessione bonorum / Neque sequantur, neque ducantur</i> (incorporazione della <i>cessio bonorum</i> nell'editto dopo la redazione della legge cisalpina) ¹³⁸]
<i>Non respondere; sponsionem non facere; se iudicio ut oportet non defendere</i> (c. XXI et XXII)	<i>Quibus ex causis in possessionem eatur</i> (LENEL, <i>EP</i> ³ , tit. XXXVIII); riferimento alla condizione comune della <i>indefensio</i>

Questa frantumazione della materia ha una serie di conseguenze, che hanno reso la legge cisalpina una norma speciale, assai diversa dell'editto del pretore. Il fatto che i redattori della legge abbiano individuato la condizione di *indefensio* come una fattispecie indipendente, ciò ha ampliato la portata della legge cisalpina: sebbene l'editto sia stato preso a modello, la formulazione del diritto cisalpino era destinata a coprire tutti i comportamenti che portavano all'*indefensio*, compreso il rifiuto di collaborare di un avversario presente, e non solo l'*indefensio* causata dall'assenza

¹³⁷ MOMMSEN, *Ueber den Inhalt*, cit., p. 319-334 spiega la lacuna nella legge cisalpina (dalla rubrica *De aqua et aquae pluviae arcendae* alla rubrica *De re iudicata*) col fatto che la legge prevedeva una disposizione generale che regolava tutte le forme di responsabilità, alla quale seguivano le conseguenze in caso di mancata esecuzione della condanna.

¹³⁸ La legge cisalpina è datata tra 49 e 41 a.C. (vedi U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum*, 64, 1986, p. 10-22; W. SIMSHÄUSER, Rec. di U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *ZSS*, 105, 1988, p. 814-817). La data di promulgazione della *cessio bonorum* è dibattuta. Una minoranza della dottrina lo attribuisce a Giulio Cesare (M. FREDERIKSEN, *Caesar, Cicero and the Problem of Debt*, in *JRS*, 56, 1966, p. 135-141; V. GIUFFRÈ, *La c.d. lex Iulia de bonis cedendis*, in *Labeo*, 18, 1972, p. 178-191; M. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, 2, London, 1996, p. 386); una maggioranza ad Augusto (M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, in *RE*, 3.2, 1899, col. 1995 s.; L. GUENOUN, *La cessio bonorum*, Paris, 1920; F. WOESS, *Personalexekution und cessio bonorum im römischen Reichsrecht*, in *ZSS*, 43, 1922, p. 486; KASER/HACKL, *Zivilprozessrecht*², cit., p. 405 [«in einer lex Iulia des Caesar oder eher des Augustus»]; S. SEGURA, *La cessio bonorum. Étude comparée de droit romain et de droit suisse*, Zurich, 2005, p. 16s.). La testimonianza più rilevante è senza dubbio l'editto del prefetto d'Egitto Tiberio Giulio Alessandro del 68 (*OGIS* II 669=*M.Chr.* 102; *BGU* VII 1563), che vuole abolire l'esecuzione personale in Egitto, per il verificarsi di abusi, menziona un atto conforme alla volontà del 'divino Augusto', che sembra riferirsi alla *cessio bonorum* istituita dall'imperatore.

senza difensore (sull'esempio dei casi previsti dalla rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*). Il diritto cisalpino si applicava quindi anche a chi non collaborava nel processo, ed è forse per questo motivo che la *confessio* e l'*indefensio* venivano trattate contemporaneamente, poiché la *ductio* diventava allora una possibile conseguenza contro l'*indefensus*. Il fatto che l'*indefensio* sia menzionata due volte, dopo la *confessio certae pecuniae*, da un lato, e dopo la *confessio incerti vel certae rei*, dall'altro, si spiega con la scelta di aggiungere la menzione dell'*indefensio* alle due forme di *confessio*.

È importante notare che la nostra interpretazione, se accettata, non spiega tutti i dettagli della legge cisalpina: non sappiamo che sanzione rischiasse l'*indefensus absens* nel *caput XXI*. Ciò è dovuto al fatto che la *ductio* è la sola sanzione prevista, impraticabile in caso di assenza. Se l'*indefensio* cisalpina deriva effettivamente dai termini della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, è difficile capire perché gli autori della legge non abbiano previsto una conseguenza patrimoniale (una *missio in bona* pronunciata dal pretore) contro l'*indefensus* del *caput XXI*. Tuttavia, questa incongruenza sembra essere una conseguenza della concezione della legge stessa, che non doveva necessariamente essere vista come un vuoto giuridico. Se i redattori della legge volevano dividere le competenze del magistrato municipale e del pretore in due capitoli dedicati sia alla *confessio* sia all'*indefensio*, il caso dell'*absens indefensus* nel caso di una *actio certae pecuniae creditae* era destinato a diventare un'aporia giuridica, in quanto il magistrato municipale non può essere dotato del potere di decretare la *missio in bona*, una prerogativa derivante dell'*imperium*. In ogni caso, un creditore non poteva fare altro che chiedere l'aiuto di Roma per ottenere una *missio* dei beni di un *absens indefensus*.

L'esposizione della nostra interpretazione della legge cisalpina ci porta a concludere che essa non può rappresentare un'indicazione conclusiva dell'esistenza di un editto autonomo relativo all'*indefensio* in generale. Questo suggerimento, formulato in un quadro eminentemente speculativo, deve essere considerato alla luce di altre argomentazioni.

4.3. Per avvalorare il nostro rifiuto di un editto sull'*indefensio* in generale, possiamo aggiungere argomenti di ordine strutturale.

Vorremmo prima sottolineare l'insostenibilità logica della sua esistenza sotto il titolo *Quibus ex causis in possessionem eatur*¹³⁹. Se accettiamo che l'*indefensio* sia una caratteristica comune a diverse cause di consegna del possesso indicate nella rubrica, non è affatto ragionevole accettare un ipotetico editto che abbia come condizione principale l'*indefensio* stessa, senza altre qualifiche¹⁴⁰. Inoltre, il com-

¹³⁹ Vedi anche HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 439-444.

¹⁴⁰ L'editto avrebbe allora all'incirca la seguente formulazione, del tutto insoddisfacente: *Qui se ut oportet non defendit (lex de Gallia cisalpina, c. XXI, l. 6-8; lex de Gallia cisalpina, c. XXII, l. 35-*

portamento descritto condividerebbe solo in parte la caratteristica comune a tutti gli altri editti, ossia l'assenza del convenuto. L'*indefensio* può infatti consistere nell'assenza (situazione già contemplata dalle altre disposizioni dell'editto), ma anche nella mancanza di cooperazione da parte di un soggetto presente. Quest'ultimo caso non corrisponde in alcun modo alle altre ipotesi trattate nella sezione che ci interessa e un editto generale contro tutti tipi di *indefensus*, presenti o assenti, sarebbe l'unica disposizione della rubrica con la conseguenza della *ductio*. La natura asimmetrica dell'ipotetico provvedimento edittoale lo rende improbabile.

In aggiunta a questo, l'editto del pretore contiene diversi altri editti che prevedono l'immissione in possesso di beni a causa di una *indefensio*: ad esempio l'editto *Si neque potestatem*, l'editto che prevede l'immissione in possesso di beni contro una corporazione *indefensa* o un municipio indifeso o ancora quello relativo all'*indefensio* del *sui iuris* ad un processo per un debito del *capite minutus* generato prima della degradazione del suo statuto personale¹⁴¹. Non si può escludere a priori che diversi editti coprano campi di applicazione simili e che l'editto del pretore presenti una certa 'ridondanza' giuridica. Tuttavia, dobbiamo chiederci se sia ragionevole ammettere l'esistenza di un editto che punisca l'*indefensio* in generale, quando l'editto prevede specificamente la *missio in bona* in casi particolari di *indefensio*. Si dovrebbe piuttosto dedurre da questi editti specifici l'esistenza di lacune nell'ambito dell'*indefensio*, che sono state colmate dalla loro promulgazione. Uno studio di questi provvedimenti speciali mostra che il pretore è intervenuto in casi di *indefensio* che richiedevano un chiarimento giuridico delle conseguenze di certi tipi di *indefensio* problematici dal punto di vista del sistema giuridico romano (assenza, relazioni trilaterali o deadlock procedurali)¹⁴².

Infine, non esiste alcun frammento della compilazione giustiniana da cui sia possibile dedurre l'esistenza di un editto riguardante l'*indefensio* che preveda la *missio in bona* e la *ductio* contro l'*indefensus*. La spiegazione comunemente avanzata per questa lacuna è un intervento giustiniano su larga scala. Riteniamo tale spiegazione insufficiente a colmare l'evidente mancanza di informazioni su tale

37), *si boni viri arbitrato non defendetur* (D. 42.4.7.1), *eius bona possideri proscribi venire ducique eum iubebo*.

¹⁴¹ Sull'editto *SI NEQUE POTESTATEM*: D. 42.4.2 pr.-4 (tra le tante interpretazioni esistenti dell'editto, quella di Lenel resta la più convincente e la più accettata in dottrina; vedi O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictskommentare*, in *ZSS*, 2, 1881, p. 44-54; O. LENEL, *Der vindex bei der in ius vocatio*, in *ZSS*, 25, 1904, p. 232-254; ID., *Edictum perpetuum*³, cit., p. 72). Sull'editto contro i municipi o le corporazioni in stato di *indifensio*, vedi D. 3.4.8; D. 3.4.1.2 (LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 99-101). Sull'editto relativo all'*indefensio* di un *sui iuris* per un debito dell'*adrogatus*, dell'*uxor in manu* e di colui che è in *mancipio*, creato prima della *capitis deminutio*, vedi Gai. 3.85; Gai. 4.80 (LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 116-118). Probabilmente la dottrina applicava quest'ultimo editto in modo analogo allo schiavo *indefensus* (D. 4.5.7.2).

¹⁴² Vd. HÄUSLER, *Indefensio*, cit.

editto ed a giustificare i riferimenti sparsi nella compilazione sull'*indefensio*. Infatti, diversi frammenti richiamano la misura della *missio in possessionem* contro un convenuto *indefensus*, senza mai fare riferimento a un editto relativo all'*indefensio*¹⁴³. L'esempio più eclatante è forse D. 42.5.5 (Ulp. 60 ad ed.), che difende l'applicazione dell'editto relativo alla *latitatio*, quando non è presente un *ideoneus defensor* per difendere un *minor XXV annis*. Il giurista stesso indica che la misura è giustificata anche «se l'interessato non si nasconde, perché non è in grado di nascondersi dolosamente» (*etsi non latitet, licet non fraudationis causa latitare videatur*). Ci si può legittimamente chiedere perché Ulpiano non faccia riferimento all'ipotesi relativa all'*indefensio*, se ha escluso la condizione di *latitatio* in questo caso. D'altra parte, non c'è motivo di ammettere alcuna manipolazione del testo, essendo la riflessione ovviamente incentrata sull'editto relativo alla *latitatio*, i cui commenti sono stati conservati nella compilazione giustinianea.

Queste osservazioni non significano che il pretore fosse impotente di fronte all'*indefensus*. La *defensio* era una condizione assolutamente necessaria per la corretta applicazione complesso di norme redatto dal pretore urbano. È indiscutibile che il pretore avesse il potere di punire l'*indefensio*, come rifiuto di collaborare da parte di un soggetto costituito e presente, non solo con una *missio in bona*, ma anche con una *ductio* e forse con altri mezzi pretori. Tuttavia, il pretore non doveva prevedere nel suo editto una punizione contro i molteplici comportamenti dannosi che saranno ovviamente rimproverati; tutti sanno che il magistrato si assicurava che chiunque si opponesse alla collaborazione fosse costretto a rispettare i requisiti pretori. Per questo motivo, l'editto stesso, i giuristi e la letteratura si riferiscono all'obbligo di difendersi non come un atteggiamento per evitare una sanzione definita, ma come un dovere soggetto a coercizione: un *iudicium accipere cogere*¹⁴⁴. Ci riserviamo, comunque, di presentare le nostre riflessioni sull'argomento dell'arsenale giuridico del pretore contro l'*indefensus* e il fondamento dei suoi poteri in un'altra sede¹⁴⁵.

5. *Iudicatum, confessio, cessio bonorum*

I nostri risultati appaiono ancora confliggenti con altri aspetti della ricostruzione proposta da Lenel. Quest'ultimo ipotizza che le *missiones* contro il *iudicatus*, il *confessus* e il debitore offrendo la *cessio bonorum* siano state esposte sotto la rubrica

¹⁴³ Cfr. D. 42.5.5 (Ulp. 60 ad ed.); D. 42.4.13 (Pap. 14 resp.); D. 43.29.3.14 (Ulp. 71 ad ed.).

¹⁴⁴ Vd. per esempio D. 3.3.8.3 (Ulp. 8 ad ed.); D. 5.1.22 (Paul. 3 ad Plaut.); D. 12.1.42.1 (Cels. 6 dig.); D. 16.3.1.37 (Ulp. 30 ad ed.); D. 36.1.51.pr. (Pap. 3 quaest.); D. 46.7.18 (Ven. 7 disp. [stip. ?]); e ancora Plin. *epist.* 5.10.

¹⁴⁵ Vd. HAÜSLER, *Indefensio*, cit.

Quibus ex causis in possessionem eatur e che le sanzioni giuridiche relative all'adempimento da parte del *iudicatus* e del *confessus* siano state collocate a monte, rispettivamente sotto le rubriche *De re iudicata* e *De confessis*¹⁴⁶. Come abbiamo già ripetuto, questa duplice esposizione della materia si basa sul pregiudizio di una separazione tra conseguenze personali e patrimoniali in caso di inadempimento da parte del *iudicatus* o del *confessus*. Inoltre, lo studioso presuppone che la *cessio bonorum* sia stata necessariamente trattata nella rubrica dedicata ai casi di *missio in bona*¹⁴⁷. A nostro avviso, nessuna delle scelte di Lenel regge a un'analisi attenta.

Le nostre conclusioni sulla caratteristica dell'assenza di un *defensor* nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* sono incompatibili con la collocazione delle cause di esecuzione contro il *iudicatus*, il *confessus* o il *debitor cessus bonorum* sotto la stessa rubrica.

Inoltre, la scelta di Lenel di separare le conseguenze personali da quelle patrimoniali può essere vista come una vera e propria innovazione da parte sua, in quanto sia Rudorff che Walker avevano riunito queste conseguenze dell'inadempimento nella parte del *De re iudicata*¹⁴⁸. Lo studioso tedesco mantenne questa linea nelle sue edizioni successive, forse incoraggiato dall'appoggio dell'illustre Girard, che pure ipotizzava che la parte del *De re iudicata* contenesse esclusivamente disposizioni relative all'adempimento personale¹⁴⁹; tuttavia, nessuno degli autori fornisce una chiara spiegazione di questa scelta.

Lenel sembra essere stato fuorviato dalla sua classificazione palinogenetica di D. 50.16.49 (Ulp. 59 ad ed.)¹⁵⁰: il frammento, interpretando il termine '*bona*' (o meglio '*bonorum*'), avrebbe aperto le disposizioni relative all'esecuzione patrimoniale di cui alla rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*¹⁵¹. Questa linea di pensiero ci sembra influenzata da un pregiudizio positivista, che divide l'oggetto

¹⁴⁶ LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 404-410, 413 s.

¹⁴⁷ LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 413.

¹⁴⁸ RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., p. 182, che cita Gai. 3.78 sotto la rubrica *De re iudicata* e non menziona altrove la *missio iudicati servandi causa*; WALKER, *The Fragments*, cit., p. 98 nt. 1, che presuppone che la condanna conduce prima all'esecuzione patrimoniale e, in caso di insolvenza, all'esecuzione personale.

¹⁴⁹ Cf. P.F. GIRARD, *L'édit perpétuel de Julien*, in *Mélanges de droit romain I. 1. Histoire des sources*, Paris, 1912 (= NRHDFE, 28, 1904, p. 117-164), p. 287-291 nt. 1.

¹⁵⁰ D. 50.16.49 (Ulp. 59 ad ed.): «*Bonorum*» appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequè bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.

¹⁵¹ LENEL, *Edictum perpetuum*³, cit., p. 413: «Einleitung zu diesem Abschnitt gibt Ulp 59 (50.16) 49 – Begriff der bona [...]»; seguito da GIRARD, *L'édit perpétuel*, cit., p. 290 nt. 1: «[...] et ensuite seulement la théorie de l'exécution sur les biens en tête de laquelle Ulprien définit les bona [...]». Vedi anche PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio*, cit., p. 157.

delle esecuzioni in un modo artificioso e conforme alla mentalità moderna: da un lato, le conseguenze delle esecuzioni contro la persona e, dall'altro, le conseguenze contro i *bona*. In realtà, D. 50.16.49 (Ulp. 59 ad ed.), che tratta dell'esegesi del termine '*bonorum*', commenta le disposizioni dell'editto relative non alle *missiones* '*in bona*', ma alla *cessio* '*bonorum*', come è già stato giustamente sottolineato da Cuiacio, e più recentemente da Sturm¹⁵². L'unico indizio addotto da Lenel sulla separazione tra conseguenze personali e patrimoniali non è affatto tale.

La scelta palinogenetica di Lenel è tanto più sorprendente in quanto il fatto che l'editto si riferisca contemporaneamente alle conseguenze della *ductio* e della *venditio bonorum* non sembra in alcun modo problematico. Numerose fonti classiche collegano le due conseguenze, che sembrano essere 'due facce della stessa medaglia'¹⁵³. La prova più eloquente, che Lenel sembra ostinatamente non voler prendere in considerazione, è quella della legge cisalpina, che indica chiaramente la prerogativa pretoria come segue: *bona possidere proscirei venire duceique* [⁵² *eum iubeat* (*lex de Gallia cisalpina*, c. XXII, l. 51s.)]. Questo passaggio ci sembra sufficiente per respingere l'ipotesi di Lenel e ammettere che le disposizioni relative all'esecuzione contro il *iudicatus* e il *confessus* menzionavano sia la *ductio* che la *missio in possessionem*.

Possiamo quindi ricostruire la *pars quarta* dell'editto in modo molto più soddisfacente. La rubrica *De re iudicata* conteneva le conseguenze del mancato pagamento da parte del *iudicatus* entro il termine stabilito, cioè la *missio in bona* e la *ductio*¹⁵⁴. La rubrica *De confessis* conteneva le conseguenze del mancato paga-

¹⁵² Cfr. il luminoso commento di F. STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, Munich, 1972, p. 173 s., il che ricorda che Cujas aveva già difeso questa opinione. Vedi anche HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 459-461.

¹⁵³ Cfr. C.I. 5.39.1 *Ant. A. Septimo* (a. 213); C.I. 7.71.1 *Alex. A. Irenaeo* (a. 223); P.Strasb. Ulp. disp. III recto Ia. Sull'alternanza tra le due forme di perseguimento, vedi F. LA ROSA, *L'«actio iudicati» nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 108 s.; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica Romana*, Milano, 1981, p. 104 nt. 43; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, p. 264 s.; L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi*, in A. CORBINO / M. HUMBERT / G. NEGRI (cur.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010, p. 480 s.

¹⁵⁴ Cfr. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit. p. 314-450. Le conseguenze del mancato pagamento del debito fissato in uno *iudicatum* furono sistematicamente eliminate dalla compilazione giustinianea. I commenti all'editto perpetuo ci informano tuttavia che l'editto prevedeva un obbligo di eseguire (D. 42.1.4.3 [Ulp. 58 ad ed.]: *condemnatus ut pecuniam solvat*) e le conseguenze dell'assenza di esecuzione sotto forma di *ductio* (D. 50.16.43 [Ulp. 58 ad ed.]; D. 50.16.44 [Gai. 22 ad ed. provinc.]: commentario di '*victus*'; D. 50.16.45 [Ulp. 58 ad ed.]: commentario di '*stratu*'). Gai. 3.78 comunica l'esistenza di una *missio in bona* contro il *iudicatus*; vedi anche C.I. 8.17.4 *Ant. A. Silvano* (a. 215), che potrebbe contenere l'unica denominazione del corpus giuridico noto all'immissione che ci interessa (*occupatio iudicati servandi causa*).

mento da parte del *iudicatus* entro il termine stabilito, ossia la *missio in bona* e la *ductio*¹⁵⁵. Infine, non c'è motivo di supporre che l'immissione contro il debitore *cessus bonorum* fosse contenuta nella rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*. Considerando il contesto palinogenetico dei frammenti dei commentari all'editto, la *cessio bonorum* doveva essere menzionata dopo la *confessio*, ma prima della rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* in una rubrica specifica *De cessione bonorum* o generica *Qui neque sequantur neque ducantur*, che riunisce i casi per i quali la *ductio* non è tollerata¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cfr. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 371-480. Il *confessus* è menzionato nei libri 58 del commento all'editto di Ulpiano (D. 42.2.2) e nel libro 56 di quello di Paolo (D. 42.2.1; D. 50.17.142). Questi stessi libri trattano della *solutio* dopo un giudizio, della *ductio* e, come abbiamo dimostrato, della *missio in bona* contro il *iudicatus*. Alcune prove suggeriscono che l'editto contenesse una sezione speciale dedicata esclusivamente alle confessioni. Le rubriche D. 42.2 rubr. e C.I. 7.59 rubr. sono intitolate *De confessis*. Il *Codex*, invece, contiene una sola costituzione (C.I. 7.59.1 *Ant. A. Iuliano* [a. 211]). Ci sembra quindi probabile che l'editto contenesse una rubrica dedicata ai *confessi* dopo la sezione *De re iudicata* e prima della sezione *Neque sequantur neque ducantur*.

¹⁵⁶ Cfr. HÄUSLER, *Missio in possessionem*, cit., p. 452-469. I libri 58 e 59 di Ulpiano (D. 42.3.3, 4; Ulp. 59 ad ed. D. 42.3.4.1) evocano la *cessio bonorum* dopo la *confessio* (D. 42.3.3) e prima delle altre cause di *missio in possessionem* (D. 42.4.3, 5, 7 [Ulp. 59 ad ed.]). Identicamente, D. 42.3.5 (Paul. 56 ad ed.), richiamando la possibilità per il *debitor cessus* di avviare una difesa, tratta della *cessio bonorum* dopo la *confessio* (D. 42.2.1, D. 50.17.142 [Paul. 56 ad ed.]) e prima di altre cause di immissione (Paul. 57 ad ed.). Il Digesto contiene il titolo D. 42.3 rubr. *De cessione bonorum*, che non è attestato altrove. Il commento all'editto del pretore urbano di Gaio (D. 40.16.48) menziona il nome di una rubrica *Qui neque sequantur neque ducantur*. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., p. 183 e LENEL, *Edictum perpetuum*¹, cit., p. 35, 331 collocava sotto questa rubrica la *cessio bonorum*.