

La lista comprende un caso incluso nel Titolo V: *De in ius vocando*, concernente il *vocatus* che, avendo presentato un *vindex*, il giorno stabilito non si presenta *in iure* né si difende.

Generalmente, la romanistica considera esatta la lista di casi nella ricostruzione di Lenel. Tuttavia, dinanzi alla mancanza di fonti giuridiche che indichino espressamente una lista esaustiva di fattispecie, si continua a discutere su quale fu il primo caso a cui venne applicata la *bonorum venditio*, sulla redazione precisa di alcune di queste clausole edittali e sul loro ordine di collocazione all'interno dello stesso Editto perpetuo.

In base all'opinione che ci sembra preferibile⁶⁵ – in quanto corroborata dal testo di

⁶⁵ Vd. E. SERAFINI, *Della revoca*, cit., 66 ss.; P.F. GIRARD, *Manuel*, cit., 1064; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 31; E. COSTA, *Profilo*, cit., 93; G. DONATUTI, *Voci dal Nuovo Digesto Italiano: Bonorum possessio, Cessio bonorum, Bonorum venditio*, ora in *Studi Donatuti*, II, Milano, 1977, 1023 (=voci *Bonorum possessio*, *Cessio bonorum*, *Bonorum venditio*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1938); A. ARMUZZI, *Il 'magister'*, cit., 481; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 102 e 119.

⁶⁶ In questo senso, P. GIUNTI sostiene che si sia dovuto applicare per la prima volta al debitore vivo, nel concreto al caso dell'*indefensus*, da cui si sarebbe esteso al caso del latitante, dell'*absens iudicio defensus non*

ORIGINE E PRESUPPOSTI DEL CONCORSO DEI CREDITORI A ROMA

SOMMARIO: I. Considerazioni preliminari II. Origine pretoria della *bonorum venditio* 1. Finalità con la quale sorge tale istituzione 2. Momento della comparsa III. Presupposti della *bonorum venditio* 1. Presupposto soggettivo. 2. Presupposti oggettivi 3. Presupposti formali IV. Conclusioni

I. Considerazioni preliminari

Lo studio dell'origine e dei presupposti del lungo e complesso procedimento concorsuale classico¹ della *bonorum venditio*, implica

¹ La complessità di tale procedimento deriva dalla sua stessa origine, mediante la concatenazione di due diversi strumenti di tutela pretoria. Precisamente la complessità di tale procedimento, oltre al suo carattere speculativo, non essendo necessaria l'insolvenza del debitore e poiché si era soliti speculare con enorme lucro sulla vendita dei beni del debitore, favorisce la comparsa di un altro procedimento, la *distractio bonorum* che, seppur inizi ad essere utilizzata in casi eccezionali, finisce per generalizzarsi e sostituirsi alla *bonorum venditio*, avendo effetti meno gravosi per il debitore, sia dal punto di vista economico, in quanto non interessa la totalità del patrimonio del debitore, bensì solamente la parte necessaria al pagamento dei creditori, sia personalmente, in quanto evita l'infamia. No-

innanzitutto la consapevolezza che esso costituì il prodotto della concatenazione di due strumenti di tutela pretoria distinti e successivi: uno di carattere preliminare e conservativo, la *missio in bona*, ed uno più strettamente esecutivo, la *bonorum venditio*.

In linea di massima, possiamo definire la *bonorum venditio* come uno strumento processuale pretorio a carattere universale, in quanto riguardante l'interessa dei beni del debitore, e collettivo, nel caso in cui vi fosse una pluralità di creditori, nonché mirato all'appropriazione dell'intero patrimonio del debitore su istanza di uno o più creditori immessi nel possesso in forza del decreto magistratuale. Alla scadenza prevista, il magistrato autorizzava l'assemblea dei creditori a nominare tra essi un *magister bonorum*, incaricato di preparare e portare a termine la vendita per pubblico incanto del patrimonio nel suo insieme, aggiudicandolo all'offerente disposto a pagare non un importo in denaro predeterminato, quanto piuttosto l'ammontare più alto dei crediti riconosciuti nelle condizioni di vendita.

nostante tale complessità, alla quale fa riferimento lo stesso Giustiniano (I.3.12.pr.) parlando della derogazione di tale procedimento, esso rimase in vigore per oltre cinque secoli.

di Solazzi⁶⁴ coincidono in gran parte, compresi gli otto casi nel Tit. XXXVIII dell'Editto, sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, che contiene l'elencazione delle ipotesi di *missio in bona* seguita o meno della vendita, nel seguente ordine:

- 1°.- *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit;*
- 2°.- *Qui ex lege Iulia bona cesserit;*
- 3°.- *Quod cum pupilo contractum erit, si eo nomine non defendetur;*
- 4°.- *Qui fraudationis causa latitabit;*
- 5°.- *Qui absens iudicio defensus non fuerit;*
- 6°.- *Cui heres non extabit;*
- 7°.- *Si heres suspectus non satisdabit;*
- 8°.- *Qui capitali crimine damnatus erit.*

'*bonorum venditio*', cit., 207, questa ricostruzione è preferibile a quella di O. Lenel. Cfr. G. ROTONDI, '*Bonorum venditio*', cit., 119 ss.

propri beni successivamente alla *lex Iulia* e quello dello *iudicatus*; nell'ambito della seconda ipotesi (vendita dei beni del defunto) Gaio adduce solamente il caso del defunto senza eredi, senza *bonorum possessor* e senza nessun altro erede legittimo⁶¹.

La lista più recente dei casi in cui il pretore concedeva la *missio in bona* (seguita o meno dalla vendita⁶²) è quella dell'Editto di Giuliano, le cui ricostruzioni da parte di Lenel⁶³ e

⁶¹ Quest'ultimo riferimento all'erede legittimo indica il *bonorum sector* secondo G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 207 ed il *populus* secondo E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 449, nt. 51. Vd. Call. 1 *de iur. fisc.* D.49.14.1.1.

⁶² Bisogna infine segnalare come l'Editto del pretore, sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, menzioni altri casi nei quali il pretore si limitava ad autorizzare l'immissione in possesso senza possibilità di vendita

⁶³ O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 413 ss.

⁶⁴ Solazzi ricostruisce questo titolo come segue: 1°.- *Qui contraxerit, si ita ut oportet non defendetur*; 2°.- *Qui fraudationis causa latitabit*; 3°.- *Qui absens iudicio defensus non fuerit*; 4°.- *Qui ex lege Iulia bona cesserit*; 5°.- *Qui iudicatus prove iudicatus erit*; 6°.- *Cui heres non extabit*; 7°.- *Si heres suspectus non satisdabit*; 8°.- *Qui capitali crimine damnatus erit*. Alle cause previste nel titolo *Quibus ex causis in possessionem eatur* si aggiunge: 9°.- *Qui se alieno iuri subicerit, si defensus non fuerit*, contenuta nel titolo *De restitutionibus*. Vd. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 111. Per G. SCHERILLO, *La*

Gli argomenti prescelti ai fini di questa ricerca, cioè l'origine e i presupposti del procedimento concorsuale, hanno costituito oggetto di diverse controversie dottrinali, a causa della insufficienza e della contraddittorietà delle fonti. Minori lacune si registrano in merito al procedimento, al suo svolgimento e ai suoi effetti, poiché disponiamo di fonti sia giuridiche che letterarie per la sua ricostruzione². Quest'ultima non è tuttavia esente da problemi, in quanto i commissari giustiniani adattarono le fonti giuridiche classiche alla forma di esecuzione collettiva vigente nel VI sec. d.C.: così, la *distractio bonorum*³, cessò di

² Tra le fonti giuridiche che si sono conservate citiamo, in primo luogo, i titoli IV (*Quibus ex causis in possessionem eatur*), V (*De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*) e VII (*De curatore bonis dando*) del Libro 42 del Digesto. In secondo luogo, meritano particolare attenzione le Istituzioni di Gaio, le quali, sin dalla loro scoperta, hanno corroborato e completato un testo della Parafrasi di Teofilo 3.12.pr. che ritengo fornisca indicazioni precise in merito allo svolgimento del procedimento concorsuale classico. Tra le fonti letterarie possiamo ricordare i riferimenti al procedimento di Cicerone nell'*Oratio pro Quinctio*, pronunciata nell'81 a.C. e di capitale importanza per la ricostruzione del procedimento esecutivo e, nel concreto, per il caso del debitore indifeso.

³ I.3.12.pr.: *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emptio,*

essere utilizzata unitamente ai giudizi ordinari. Da ciò emerge l'importanza delle fonti esterne alla compilazione di Giustiniano.

Rispetto all'origine di tale procedimento, le opinioni degli studiosi divergono non solo in merito alla cronologia della sua comparsa, ma anche su quale tra le molteplici fattispecie contemplate nell'Editto pretorio detto procedimento sia stato applicato per la prima volta. Vedremo parimenti che la finalità con la quale è sorto tale espediente è notevolmente diversa dal fine a cui tendono tutti i procedimenti concorsuali, ovvero la soddisfazione di una pluralità di creditori su un patrimonio generalmente insufficiente, sulla base del principio *par condicio creditorum*.

In merito ai presupposti della *bonorum venditio*, pare utile suddividerli, a fini sistematici e didattici, in presupposti soggettivi, oggettivi e formali, come avviene comunemente negli attuali trattati di Diritto commerciale e

quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt...

⁴ Nella nuova Legge spagnola, Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, entrata in vigore il 1° settembre 2004, sono contenuti al cap. I, sotto la rubrica 'De los presupuestos del concurso'.

l'esistenza di una quarta fattispecie edittale dopo *vererit: qui absens iudicio defensus non fuerit*, non citata dal testo a causa dell'errore di un copista⁶⁰.

Un altro testo in cui figura una lista dei casi di *missio in bona* seguita dalla vendita è un brano delle Istituzioni gaiane. L'elenco di Gaio non è completo, come si evince dal termine *velut*, che precede le due enumerazioni dei beni di un vivo e dei beni di un defunto.

Gai 3.78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum velut eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*

Il giureconsulto, dopo aver distinto l'ipotesi della vendita dei beni di una persona viva da quello della vendita dei beni di un defunto, cita come esempi della prima il caso di chi si nasconda in modo fraudolento e dell'assente indifeso, il caso di chi ha ceduto i

rato di aver letto la clausola *QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT* in manoscritti antichi, oggi andati perduti, altra parte degli studiosi⁵⁹ propende invece per

S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 66.

B. BIONDI (*Recensions*, cit., 232) ritiene invece che all'epoca di Cicerone non esistesse l'editto generale: *qui absens iudicio defensus non fuerit* e si basa sullo stesso Cic. *pro Quinct.* 28.86 che menziona solamente il *latitans* e l'*exilii causa*. *Ex edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi, quod neque fraudandi causa latitasset neque exilii causa solum vertisse diceretur*. F. FILOMUSI GUELFI, *Il processo contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873, 25, basandosi sul fatto che la clausola si esprime al passato e che contiene il termine *iudicium*, ritiene che si riferisca all'obbligo di accettazione del processo, ovvero al *vadium desertum*.

⁶⁰ A. FLINIAUX, *Les effets*, cit., 59, completa il finale del testo di Cicerone come segue: ... *QUI EXILII CAUSA SOLUM VERTERIT. Dici id non potest. QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT. Quo tempore existimas*. Fliniaux, seguito da S. SOLAZZI (*Il concorso*, cit., I, 66) ricostruisce il finale del testo per analogia con il caso citato in Cic. *pro Tull.* 20.48: *Mum quem tribunum plebis servi Tullii pulsaverunt? Non opinor. Num furatum domum P. Favii noctu venerunt? Ne id quidem. Num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? Dici non potest.*

nella normativa spagnola⁴. In tale ambito, uno degli argomenti più interessanti e meno studiati è la legittimazione a richiedere (*postulatio*) al pretore l'apertura del procedimento, in quanto, nonostante le fonti – e, su questa base, la dottrina romanistica – siano solite indicare che essa è mirata a tutelare i diritti di credito nei casi contemplati dall'Editto, occorre sottolineare che originariamente era possibile richiedere l'immissione in possesso e la successiva vendita dei beni per realizzare la tutela dei diritti reali.

Tra tutti i procedimenti individuati dall'ordinamento giuridico romano per dare la possibilità ad una pluralità di creditori di riscuotere quanto loro dovuto da un debitore insolvente in base al criterio della *par condicio creditorum*, la *bonorum venditio* costituisce il primo procedimento di esecuzione patrimoniale, in quanto fino alla sua introduzione l'unica forma di esecuzione possibile era l'esecuzione personale, se si eccettua l'eccezionale applicazione della *legis actio per pignoris capionem* in casi particolari e determinati, come alcuni crediti di natura fiscale, militare e sacrale; tale procedimento venne d'altra parte mantenuto in vigore durante l'intera epoca classica, a partire dall'età immediatamente post-decemvirale (se si condivide l'ipotesi dell'appartenenza di tale

rimedio al novero delle *legis actiones*), al II secolo a.C, quando il pretore lo inserì nel proprio Editto, e ancora fino al III secolo d.C, quando, come ci narra Giustiniano, cessò di essere utilizzato unitamente ai giudizi ordinari.

Non bisogna tuttavia dimenticare che tale procedimento coesistette sia con l'esecuzione personale (*manus iniectio*), l'unica forma di esecuzione riconosciuta dal diritto civile, sia con altri procedimenti di esecuzione patrimoniale, quali la *distractio bonorum*⁵ e la *cessio bonorum*⁶, ai quali rimanderemo nella sola

⁵ Forma di esecuzione patrimoniale collettiva, ma non universale, in quanto consisteva nel pubblico incanto di beni concreti del debitore fino al saldo delle pendenze, di applicazione eccezionale (persone di rango senatoriale e pupilli), anche se in seguito si generalizzò e sostituì la *bonorum venditio* quale procedimento di minor complessità ed alquanto meno gravoso per il debitore, in quanto evitava l'infamia e non comportava la vendita del patrimonio nel suo insieme.

⁶ Consiste nella cessione dei beni ai creditori da parte del debitore; ritengo che non sia altro che uno dei casi contemplati dall'Editto come idonei a promuovere l'iter della *bonorum venditio*, pur comportando alcune prerogative, come ad esempio il fatto che il debitore non cada nell'infamia e che goda del principio di competenza.

⁷ F. MILONE, *Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata*, in *AG*, XVI, 1876, 169 ss.; P. HUVELIN, *Droit commerciale; définition et évolution générale*, en *Revue de*

fossero gli unici casi previsti nell'anno 81 a.C., e cioè che Cicerone enumerasse in modo completo e tassativo i casi di *bonorum venditio* contemplati all'epoca dall' Editto pretorio, in ordine cronologico di comparsa. Poiché però l'Arpinate richiamava il problema dell'assenza in giudizio in diverse occasioni, all'interno del proprio discorso⁵⁷, e dal momento che alcuni autori del XVI e XVII secolo⁵⁸ hanno dichia-

Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo iudiciorum privatorum a l'époque de Cicéron (pro Quinctio XIX.60, 'in Verrem' II.2.22-26), in *Études d'histoire juridique offerts à P.F. Girard*, I, Parigi, 1913, rist. Aalen, 1981, 54 ss.; E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, 1899, 13 ss.; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 67.

⁵⁸ Nel XVI secolo LAMBINUS, *M. Tullii Ciceronis opera omnia quae exstant, a Dionysio Lambino Monstroliensis ex codicibus manuscriptis emendata et aucta*, Parigi, 1566, 11 e HOTMAN, *Opera*, III, Lione, 1600, col. 803 (entrambi citati da A. FLINIAUX, *Les effets*, cit., 53, nt. 1) e nel XVII secolo HOTOMANUS, *In omnes M. T. Ciceronis orationes selecta commentaria nota scholia*, Coloniae Agrippinae, 1621, 1-47 (citato da E. COSTA, *Le orazioni*, cit., 3, nt.1.). Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 415, nt. 13; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 68.

⁵⁹M.H. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1865, 560; O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 415; A. FLINIAUX, *Les effets*, cit., 51 e 56; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 29 ss.; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 121; L. ARU, *Il processo*, cit., 46 ss.;

nel possesso e la successiva vendita è quella riportata da Cicerone nella *Oratio Pro Quinctio*, pronunciata dal *rethor* nell'81 a.C.:

Cic. *pro Quinct.*19.60: Recitat 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 EXSILI CAUSA SOLUM VERTERIT. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi absentem Quinctium defendi aut quo modo? tum, cum postulabas, ut bona possideri?...

Il tenore del testo ha indotto parte degli studiosi⁵⁶ ad affermare che le ipotesi elencate

⁵⁶ Vd. O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, 415; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 29 ss.; B. BIONDI, *Recensions des études d'histoire juridique offertes a P.F. Girard*, in *BIDR*, XXIX, 1916, 232.

⁵⁷ Cic. *pro Quinct.*19.61: *Quid aliud sit absentem defendi, ego non intelligo*; 20.62: *Et audes, Sex. Naevi, negare absentem defensum esse Quinctium...*; 20.65: *... probari omnibus necesse est, defensum esse iudicio absentem Quinctium...* 21.66: *... ne quid atrocius in P. Quinctium absentem sine causa facere conetur... se paratum esse omni recta atque honesta ratione defendere...* 22.68: *Quid affertur, quare P. Quinctius negetur absens esse defensus?*, 23.74: *Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat, quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium?* Cfr. A. FLINIAUX,

misura necessaria ai fini di una migliore comprensione del procedimento del quale ci occupiamo.

I diversi procedimenti di esecuzione patrimoniale destinati a dare soddisfazione ad una pluralità di creditori presentano numerose similitudini con i moderni procedimenti concorsuali. Tale constatazione ha indotto un importante indirizzo dottrinale⁷ a sottolineare

synthèse historique, VII/1, nt. 19, 60-85 e VII/2, 198-243, nt. 23.; A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962.

⁸ F. SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Valladolid, 1646, a cui dobbiamo la corrente pubblicista, la quale tratta di un nuovo sistema di cessione di beni che non comporta la precedente carcerazione del debitore ed i cui aspetti caratteristici sono il costante intervento di un giudice e la subordinazione del concorso alle solennità di un giudizio; A. RODRÍGUEZ, *Tractatus de concursu et de privilegiis creditorum in bonis*, 1616. In tal senso vd. J. KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, 24 ss. e ID., *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903, 25 ss., il quale risalta la profonda influenza della dottrina spagnola sulla modifica dei principi del fallimento. Di contro A. ROCCO (*Il fallimento*, cit., 200) ritiene che tale influenza non fu di grande importanza.

come proprio nel diritto romano, modificato in maggiore o minor misura dalle istituzioni germaniche, si trovi l'origine del fallimento così come disciplinato dal diritto statutario italiano, i cui principi e le cui norme, influenzati dalla dottrina spagnola del XVII secolo⁸, si diffusero rapidamente in Europa ed ancora oggi sono alla base delle normative in vigore. Persino gli autori più critici nei confronti di questa impostazione 'continuista'⁹, i quali ritengono che la procedura fallimentare sia caratteristica dell'epoca altomedievale italiana e che sia sorta con connotazioni originali, al fine di rispondere a necessità concrete e proprie di un determinato momento storico, non negano l'influenza del diritto romano, a causa della sopravvivenza dei concetti e dei principi di tale ordinamento durante il periodo di predominio germanico; anche se, a tale riguardo, considerano più corretto parlare di 'precedenti' che non di 'origini', non ravvisando un *trait d'union* tra le due normative¹⁰.

In ogni caso, e lasciando per ora da parte il cosiddetto 'problema delle origini',

⁸ Vd. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 20 ss.; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano. Storia della procedura civile e criminale*, III.2, Firenze, 1969, 721 ss.

¹⁰ Vd. U. SANTARELLI, *Per la storia*, cit., 24.

stata la soddisfazione di uno o più creditori. Ma la soddisfazione sul patrimonio totale del debitore non aveva tuttavia nulla a che vedere con la necessità di insolvenza, con uno squilibrio economico tra l'attivo ed il passivo: per realizzare una efficace tutela dei diritti dei creditori, il pretore adattò un rimedio i cui fini, in origine, non erano quelli dell'esecuzione sui beni del soccombente o del reo confesso bensì, al contrario, quelli di procurare un soggetto al posto di un altro non collaborativo, per poter pervenire alla *litis contestatio*⁵⁵.

2.2. *Le fattispecie edittali di apertura del procedimento e il loro probabile ordine di comparsa*

Era sufficiente che il debitore si trovasse in una delle situazioni contemplate tassativamente dall'Editto, affinché il pretore autorizzasse l'immissione in possesso poi seguita dalla vendita, indipendentemente dal numero di creditori e dall'entità del passivo.

La più antica lista pervenutaci in ordine alle fattispecie legittimanti la immissione

⁵⁵ Vd. G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 208, seguito più recentemente da V. GIUFFRÈ, *Sull'origine*, cit., 337; V. GIUFFRÈ, *La 'substantia debitoris' tra 'corpus' e 'bona'*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 1992*, Napoli, 1994, 279-280.

precedeva era il mancato adempimento da parte del debitore anche di un solo obbligo, sia che ciò derivasse da un'effettiva insolvenza, che da una momentanea mancanza di liquidità per pagare uno o più creditori (la c.d. insolvenza relativa o mancanza di liquidità transitoria); qualsiasi soggetto legittimato poteva allora richiedere ed ottenere l'apertura del procedimento, la *missio in bona*, che si poneva come presupposto necessario della vendita, nei casi contemplati dall'Editto.

È probabile che un debitore in situazione di mancanza di liquidità si affrettasse, nell'arco del termine di trenta giorni della *missio in bona*, a reperire denaro sufficiente a pagare i suoi creditori, giacché è inverosimile che una persona fosse disposta, potendolo evitare, a subire l'esproprio e la vendita all'incanto del suo intero patrimonio, oltre all'infamia a ciò conseguente. Nel caso invece in cui il debitore fosse deceduto senza eredi testamentari o legittimi, solo un'*hereditas suspecta o damnosa* non avrebbe trovato nessuno disposto ad esercitare l'*usucapio pro herede* per acquisire, per possesso annuale e anche di mala fede, il complesso dei beni ed il *nomen heredis*⁵⁴. L'universalità dell'esecuzione sull'intero patrimonio del soccombente potrebbe sembrare sproporzionata se la finalità perseguita fosse

non vi è dubbio che, in un periodo in cui le esigenze del credito e del commercio erano in qualche misura simili a quelle del Medioevo italiano¹¹, i Romani crearono una serie di procedimenti di esecuzione tendenti a soddisfare una pluralità di creditori su un patrimonio generalmente insufficiente, sulla base del criterio della *par condicio creditorum*.

¹¹ In merito alla condizioni economiche ed ai rapporti commerciali a Roma alla fine della Repubblica. Vd. T. FRANK, *Storia economica di Roma dalle origini alla fine della Repubblica*, trad. it., Firenze, 1924, 201-259; in merito all'ambito del commercio in epoca imperiale, vd. P. BONFANTE, *Storia del commercio*², I, Roma, 1938, 133-149.

¹² Cfr. F. L. KELLER, *De la procedure civile et des actions chez les romains*, trad. franc., Paris, 1870, 403; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 117; I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio 'non inchoandum ob executionem'*, in *Jus*, XIX, 1968, 110 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, rist. 1978, 238; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano. 'Ius', fonti, processo*, Palermo, 1984, 136.

*q*II. Origine pretoria della 'bonorum venditio'

1. Finalità con la quale sorge tale istituzione

La *bonorum venditio* fece la sua comparsa nell'ambito del diritto onorario, nel corso del II secolo a.C., quando il pretore introdusse nel proprio editto, per affiancarla all'esecuzione personale (l'unica ad essere riconosciuta e disciplinata dallo *ius civile*), un'esecuzione sui beni del debitore, che nella pratica finì ben presto per essere utilizzata con maggior frequenza, in quanto più soddisfacente per i creditori. Tale procedimento costituì il prodotto della concatenazione di due strumenti di tutela pretoria distinti e successivi, uno di carattere preliminare e conservativo, la *missio in bona*, ed uno più strettamente esecutivo, la *bonorum venditio*; ciò determinò, come illustreremo più avanti, la fisionomia di questa istituto, diviso in due fasi, durante la sua intera evoluzione successiva.

È necessario chiarire come il procedimento concorsuale classico, che nella pratica venne poi utilizzato nel caso di una pluralità di creditori, sorse in realtà con una finalità diversa da quella tipica di ogni procedimento concorsuale.

tevolmente lucrose, in quanto la vendita del patrimonio era compatibile con l'esistenza di beni sufficienti a soddisfare i creditori, pur se non immediatamente liquidabili.

2. Presupposti oggettivi

2.1. Inosservanza di un obbligo da parte del debitore

Come si è accennato, nel procedimento concorsuale romano, né era essenziale l'esistenza di una pluralità di creditori⁵², né costituiva un requisito indispensabile l'insolvenza⁵³, in quanto l'unico presupposto della *bonorum venditio* e della *missio in bona* che la

⁵³ Nella Legge spagnola, *Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal*, entrata in vigore il 1° settembre 2004, l'art. 2.2, da titolo *Presupposto oggettivo*, e rispetto al precedente sistema concorsuale, determina con chiarezza un unico condizionante oggettivo per il quale possa essere dichiarato il concorso dei creditori: l'insolvenza del debitore comune, definita legalmente come lo stato in cui si trova il debitore «che non è in grado di assolvere legalmente ai propri obblighi esigibili».

⁵⁴ In questo senso alcuni autori ritengono che un presupposto della *bonorum venditio* sia l'irrimediabile insolvenza del debitore, in quanto solo chi è gravato da un irrimediabile passivo preferirà di esporsi alle conseguenze negative della *indefensio*, piuttosto che assolvere i propri obblighi o quantomeno assumere correttamente la *litis*. Vd. P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 422 ss.; P. GIUNTI, '*Ius*', cit., 58 ss.

Alcuni autori⁴⁹ ritengono che il primo caso di *distractio bonorum* fosse stato disciplinato da un Senatoconsulto⁵⁰ a favore delle persone di rango senatoriale e che quindi essa si sia estesa progressivamente a scapito della *bonorum venditio* fino ad escluderla completamente, sia per le gravi conseguenze personali ed economiche che essa produceva a carico del debitore fallito, sia per il carattere speculativo che il procedimento presentava⁵¹; nell'acquisto dei patrimoni sottoposti a *venditio* in blocco, infatti, avevano luogo di sovente speculazioni no-

⁵⁰ In merito alla data di questo Senatoconsulto, la dottrina considera che non sia possibile conoscerla; solo P. RAMADIER (*Les effets*, cit., 142 ss.) si spinge ad affermare che sia dell'epoca di Augusto.

⁵¹ Diversi autori hanno messo in rilievo tale caratteristica, vd. E. COSTA, *Profilo*, cit., 99; G. ROTONDI, *Una nuova ipotesi in materia di 'bonorum venditio'*, in *Scritti giuridici*, III, Pavia, 1922, 6 (= in *Filangeri*, XXXVI, 1911, 164 ss.); G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 125; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., II, 120; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, 120.

⁵² Esattamente come avviene attualmente, né per la dichiarazione di fallimento in base alla normativa vigente, vd. art. 876-1° del C.Co., né per la dichiarazione del concorso dei creditore ai sensi della nuova Legge in materia concorsuale, in quanto è sufficiente l'istanza da parte di un solo creditore affinché il procedimento possa raggiungere i propri obiettivi ed assolvere alle sue funzioni.

Sebbene in epoca classica tale procedimento rappresentasse la forma principale di esecuzione della sentenza – gli attuali manuali e trattati di diritto romano ne includono infatti lo studio all'interno della parte dedicata al processo esecutivo – va rilevato che questa non era né l'unica, né la prima fattispecie a cui la *bonorum venditio* venne applicata; essa cominciò invece ad essere ammessa dal pretore in casi determinati, nei quali l'esecuzione personale sul debitore non risultava possibile: se questi era irreperibile (*latitatio*) o assente (*absentia*), o se era deceduto senza lasciare eredi¹²; successivamente, la *bonorum venditio* venne applicata nell'ipotesi in cui il convenuto, presente dinanzi al magistrato (*praesens in iure*), non rispondesse, non volesse difendersi o si rifiutasse di addivenire alla *litis contestatio*.

In tutte queste ipotesi, l'immissione nel possesso dei beni del convenuto (*missio in bona*) e la successiva vendita (*venditio*) ci appaiono preordinate al fine di individuare un soggetto al quale contestare la *lis* al posto di colui a cui essa non potesse essere contestata, in quanto deceduto senza eredi o *capite minutus*, ovvero nel caso in cui fossero fallite le misure di coercizione per ottenerne la presenza *in iure*

e la difesa¹³. Fu il pretore ad incaricarsi di adattare al caso dello *iudicatus* (condannato) e del *confessus in iure* (reo confesso) di una somma certa di denaro (assimilato al precedente sin dall'epoca decemvirale¹⁴) un rimedio che in origine non mirava alla soddisfazione diretta di uno o più creditori, bensì alla sostituzione del debitore che non pagava, né assumeva

¹³ Cfr. G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di 'successio'*, in *Iura*, IV, 1953, 208; G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto romano*³, Torino, 1991, 366.

¹⁴ Colui che avesse realizzato la *confessio in iure certae pecuniae* veniva equiparato allo *iudicatus*, vd. Ulp. 27 *ad ed. D.42.1.56 ... in iure confessi pro iudicatis habentur*. Alcuni autori affermano che, nel caso in cui la *confessio* avesse un oggetto diverso da una somma certa di denaro, fosse necessario un procedimento di natura particolare incentrato sulla valutazione del debito confessato. Vd. P. VOCI, voce *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, 422 ss., L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1934, rist. 1971, 41.

te i c.d. requisiti materiali, soggettivi ed oggettivi, costituivano pertanto requisiti ineludibili ed indispensabili di carattere processuale o formale della *bonorum venditio* l'istanza da parte di uno o più soggetti legittimati ed il decreto del magistrato che autorizzava la *missio in bona*⁴⁸.

1. Presupposto soggettivo

La *bonorum venditio* era un procedimento applicabile nei confronti del debitore in generale, eccetto il caso di debitori di rango senatoriale (*clarae personae*) e dei pupilli, contro i quali era possibile solo la vendita dei beni 'alla spicciolata' (*distractio honorum*).

pur non comparando esplicitamente tra i presupposti del concorso dei creditori nella nuova Legge in materia concorsuale, costituiscono tuttavia un requisito indispensabile di carattere processuale per l'apertura del procedimento.

⁴⁹ Vd. G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 125; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 142 ss.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli, 1937, 207 ss. e 220 ss.

rato nei confronti non solo dello *iudicatus* o del *confessus in iure*, ma anche dell'indifeso in senso lato.

Era sufficiente che il debitore non adempisse ad uno solo dei propri obblighi affinché il creditore potesse richiedere l'apertura di tale procedimento nelle ipotesi e con i requisiti stabiliti dall'Editto. Come è noto, il pretore autorizzava i creditori ad entrare in possesso dei beni *ex edicto*⁴⁶ al fine di conservarli e, trascorso il termine di 30 o 15 giorni, a seconda che il debitore fosse vivo o deceduto, si considerava fallito il tentativo di coercizione e l'esecuzione assumeva il carattere netto di un 'processo di espropriazione collettivo', nel caso in cui vi fosse una pluralità di creditori, ed 'universale', in quanto rivolto contro l'intero patrimonio del debitore. Si apriva quindi la fase di vendita dell'intero patrimonio del debitore, indipendentemente dall'entità del passivo o del numero di creditori esistenti⁴⁷. A par-

⁴⁶ Il pretore emana il decreto autorizzando l'immissione in possesso senza necessità di conoscenza preventiva della causa (*causae cognitio*). Vd. *infra*.

⁴⁷ Vd. P. GIUNTI, *'Ius controversum' e 'separatio bonorum'*, Cagliari, 1993, 45.

⁴⁸ Nell'ordinamento giuridico spagnolo sono necessarie l'istanza e la dichiarazione di concorso, le quali,

la propria difesa, con un altro soggetto passivo che divenisse titolare di tale obbligo¹⁵. A ciò sarebbe allora riconducibile – a nostro parere – la circostanza che Gaio¹⁶ e Giustiniano¹⁷, nelle loro Istituzioni, non contemplino l'istituto in questione come una forma di esecuzione, né individuale né collettiva, bensì come una figura di successione universale *iure praetorio*, che non presupponeva necessariamente l'insolvenza del debitore.

Se si accettano queste premesse, ben si comprende come il nuovo regime pretorio fosse stato creato con una finalità alquanto diversa da quella propria di ogni procedimento concorsuale (consistente nella soddisfazione di una pluralità di creditori sul patrimonio dell'insolvente sulla base del principio *par condicio creditorum*) e cioè come preordinato ad assicurare il principio del contraddittorio. Su tale principio si incentrava del resto l'intero processo civile romano, pur operando con diverse intensità e modalità durante le sue varie

¹⁵ Cfr. G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 208; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 366.

¹⁶ Gai 2.98 e 3.77

¹⁷ I. 3.12.pr

¹⁸ Come è noto, l'*ordo iudiciorum privatorum* si riferisce alle *legis actiones* ed al procedimento formulare.

tappe. Mentre infatti nell'ambito dei giudizi ordinari (*ordo iudiciorum privatorum*)¹⁸ si richiedeva la presenza fisica delle parti dinanzi al magistrato e la loro attiva partecipazione al rito processuale, nel procedimento straordinario (proprio come in quello attuale, in cui il contraddittorio opera come principio fondante del processo civile)¹⁹ la partecipazione dei due litiganti non sempre si riteneva indispensabile, essendo sufficiente che il convenuto fosse stato messo in condizioni di partecipare al processo e di assumere la propria difesa, condizione che si riteneva soddisfatta con la sua citazione (c.d. procedibilità contumacia-
le)²⁰.

Nel procedimento formulare – l'unico che qui interessa – la presenza fisica del convenuto *in iure* non era sufficiente per evitare l'immissione in possesso e la successiva vendita, occorrendo una concreta attività proces-

¹⁹ Vd. F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*⁶, I, Barcelona, 1992, 339, 458 ss.

²⁰ G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, 5 ss. e 90 ss.; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli, 1978, 11 ss.

²¹ Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.5.1.63; *Lex Rubr. de Gall.Cis.* capp. 21 e 22.

evoluzione propri dell'ordinamento giuridico romano, la *bonorum venditio* si sia dovuta sviluppare in tempi lunghi e per tappe progressive, scandite da due momenti salienti: la fase iniziale, in cui il pretore si limitava a immettere uno o più creditori in possesso del patrimonio del debitore che non si presentava nella fase *in iure* (sia nel procedimento ordinario che esecutivo), con finalità di coercizione o di pressione, in modo da spingerlo a presentarsi in giudizio ed a difendersi (la c.d. *missio in bona*) e la fase successiva, in cui il magistrato prese conferire ai creditori la facoltà di vendere tali beni e di soddisfatti sull'importo ricavato (*bonorum venditio* propriamente detta).

III. Presupposti della 'bonorum venditio'

Sono denominati 'presupposti' della *bonorum venditio* i prerequisiti dalla cui concorrenza dipendeva l'apertura del procedimento e che fungevano da *condiciones iuris* determinanti lo sviluppo del procedimento. I presupposti della *bonorum venditio* possono essere suddivisi, a fini sistematici e per chiarezza espositiva, in presupposti soggettivi, oggettivi e formali.

Come poc'anzi indicato, nel diritto romano non era richiesto un titolo esecutivo per ottenere la *missio in bona* e la successiva vendita⁴⁵, in quanto si trattava di un mezzo adope-

pensiero, Scherillo⁴² affermava che la *bonorum venditio* doveva essere applicata già prima della pretura di Rutilio Rufo, ma solo ai beni del defunto senza eredi o di una persona che avesse subito la *capitis deminutio maxima*. Secondo Scherillo, il *praetor* creatore dell'azione *Rutiliana* si sarebbe limitato ad estenderne l'applicazione alla *missio* sui beni di una persona viva.

Sebbene la dottrina si sia mossa, con riguardo a questo punto, su di un terreno meramente ipotetico⁴³, dal momento che la penuria delle fonti ci impedisce di pervenire a ricostruzioni affidabili, dobbiamo forse propendere per ritenere, con la dottrina maggioritaria⁴⁴, che, secondo quanto consono ai modi di

⁴³ Cfr. U. ALVAREZ SUAREZ, *Curso de Derecho Romano*, I, Madrid, 1955, 476, nt. 512; E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 476.

⁴⁴ Cfr. P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 24; G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 213; E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 436; U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, cit., 476, nt. 512; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 101 ss.; L. DI LELLA, *'Formulae ficticiae'. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, 58; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine*, cit., 344 ss.

⁴⁵ Vd. P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 43; I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., 110 ss.

suale che nelle fonti viene indicata con il termine *se defendere*²¹ e che comportava l'adesione del convenuto alla *litis contestatio*.

Ulp. 49 *ad ed.* D. 5.1.63: Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisfactione: nec ille videtur defendi, qui quod iudicatum est non solvit.

A contrario, il *se non defendere* si verificava con il rifiuto della partecipazione alla *litis contestatio*²².

Ulp. 44 *ad ed.* D. 50.17.52: Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.

Dal testo di Ulpiano, oltre all'equiparazione del *latitans* all'indifeso, si deduce chiaramente che il *vocatus* (citato o chiamato in giudizio) presente dinanzi al magistrato veniva considerato *indefensus* non solamente quando si rifiutava di partecipare al procedimento (*negat se defendere*), ma anche quando rifiutava l'accettazione della formula proposta.

²² Vd. L. ARU, *Il processo*, cit., 41 ss.

²³ Cfr. G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, II, Milano, 1939, 373.

In questo senso, il concetto di *indefensio*, che originariamente contemplava solo l'ipotesi che una persona presente dinanzi al magistrato non si difendesse, non prestasse le garanzie processuali (la *cautio iudicatum solvi*) nei casi stabiliti o si rifiutasse di concludere la *litis contestatio* (momento processuale in cui le parti accettavano la formula e si sottomettevano alla decisione del giudice), si andò in seguito espandendo²³, fino a comprendere nel proprio ambito il caso del debitore latitante (che si dà alla fuga o si nasconde) o contumace qualora nessuno intervenisse in giudizio per assumere la difesa, l'incapace (pupillo), il caso della persona defunta senza eredi e parimenti il rappresentante che, dopo aver prestato la *cautio iudicatum solvi*, si rifiutasse di assumere la difesa dell'insolvente. Tutta questa casistica ottenne tutela in modo lento e progressivo dal pretore, attraverso l'introduzione delle nuove fattispecie nel suo editto (tra il II ed il I secolo a.C.), e fu ugualmente idonea a promuovere l'iter della *bonorum venditio*.

Quanto appena esposto evidenzia che ove il pretore concedesse l'immissione in possesso senza possibilità di vendita, adottava tale misura come strumento di pressione e di coercizione, al fine di indurre il debitore a pagare o a presentarsi in giudizio ed assumere cor-

Negarlo equivarrebbe a sostenere che Terenzio utilizzò una terminologia riferita ad una istituzione tipicamente romana prima ancora della sua comparsa³⁸.

In questa prospettiva già Carrelli³⁹ affermava che la *bonorum venditio* doveva essere precedente alla legge Euzia sul procedimento formulare e più precisamente che essa avrebbe avuto origine nella *praxis* del *praetor peregrinus* circa un secolo prima della data di creazione, da parte di Rutilio Rufo, dell'azione *Rutiliana*⁴⁰, con riguardo al caso del debitore *cui heres non exstiterit*⁴¹. Sulla medesima linea di

zio si riferiva al Diritto greco, non essendo altro che una trasposizione di Apollodoro Caristo.

³⁸ Vd. E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 441.

³⁹ E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 435 ss. e soprattutto 446 e ss.

⁴⁰ E. CARRELLI (*Per una ipotesi*, cit., 473) ritiene che, fino al momento della creazione di questa azione, sarebbe stata utilizzata l'azione *Serviana* per tutti i casi di *bonorum venditio*.

⁴¹ E. CARRELLI, *Ancora sull'origine*, cit., 313. Contro questa opinione vd. V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della 'bonorum venditio' come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, 345, nt. 99.

⁴² G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 213.

pinione, tuttavia, è quantomeno discutibile, essendo stata dimostrata l'esistenza di alcune figure di diritto pretorio antecedenti all'introduzione del processo formulare per i *cives*: si pensi al richiamo alla *restitutio in integrum ob absentiam*, contenuto nel *Phormio* di Terenzio dell'anno 161 a.C.

Ter. *Phorm.* 450-452: quod te absente hic filius egit, restitui in integrum aequum et bonum et id impetrabis.

Ter. *Phorm.* 455-456: mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse, et turpe inceptum est.

Il riferimento attesta – in modo incontrovertibile, ci pare – come la *restitutio in integrum* fosse applicata antecedentemente all'anno in cui Terenzio scrisse la commedia, e indirettamente, pertanto, come alcuni interventi pretori fossero anteriori rispetto al disposto della *lex Aebutia* circa l'accesso, per i cittadini romani, al procedimento formulare³⁷.

GUES OLIVIER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho romano (Premisas para un estudio de la 'restitutio in integrum')*, Valencia, 1992, 17.

Per M. GIRARD (*La date*, cit., 268), contrario ad accettare che tali espedienti siano sorti durante la vigenza del procedimento delle *legis actiones*, l'opera di Teren-

rettamente la propria difesa (*accipere iudicium*). Successivamente, quando il pretore prese ad autorizzare la vendita dei beni, si verificò una trasformazione della *missio in bona*, perché a partire dal provvedimento di immissione nel possesso ed entro una scadenza stabilita nell'Editto (trenta giorni nel caso di un debitore vivo e quindici nel caso di un defunto²⁴) si poteva procedere alla vendita all'incanto del patrimonio nel suo insieme; si generava, così, l'interesse dei creditori affinché il patrimonio avesse il maggior valore possibile. In tal modo

²⁴ Le scadenze per procedere alla *bonorum venditio* sono contenute in Gai 3.79. Esse rappresentano un *minimum* di durata, in quanto a volte la *missio* viene prolungata per un tempo alquanto più lungo, cfr. E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, I, Pisa, 58 ss.; A. ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, in *AG*, LXXII, 1904, 498, nt. 4; G. ROTONDI, 'Bonorum venditio' (*Lineamenti*), in *Per il XIV centenario delle codificazione giustiniana*, Milano, 1938, 110 (= ID., voce *Bonorum venditio*, in *Enc. giur.*, II.1, Milano, 1911, 1263 ss.); M. TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 247.

In generale, tutti i termini contenuti nell'Editto in relazione a questo procedimento sono dilatori, vd. S. SOLAZZI, *In tema di 'bonorum venditio'*, in *Iura*, VI, 1955, 81 (= ID., *Scritti di S. Solazzi*, V, Napoli, 1947-1956, 609 ss.).

la *missio*, da semplice misura di pressione e di coercizione sul debitore, diveniva fase preliminare ed accessoria dell'esecuzione (*venditio*), destinata alla conservazione del patrimonio (*missio in bona rei servandae causa*); il tutto al fine di assicurare la tutela del diritto dei creditori, anche se neppure la vendita dei beni mirava alla soddisfazione diretta di uno o più creditori sul patrimonio, bensì alla sostituzione del debitore che non pagava o che non accettava la propria difesa con un altro soggetto passivo che assumeva tale obbligo.

2. Momento della comparsa

In relazione al momento preciso di apparizione della *bonorum venditio*, Gaio afferma che l'azione *Rutiliana*²⁵ prende il nome dal

²⁵ Formula con trasposizione di soggetti che viene messa a disposizione dei creditori nei confronti dell'aggiudicatario dei beni (*bonorum emptor*) o viceversa, in cui l'*intentio* è redatta a nome del debitore la *condemnatio* a nome del *bonorum emptor* (o del creditore).

²⁶ P. RAMADIER, *Les effets de la 'missio in bona rei servandae causa'*, Parigi, 1911, 24-25; A. ARMUZZI, II *'magister'*, cit., 486; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶, Parigi, 1918, 1064; P. F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in *NRHD*, XXI, 1897, 273 ss. (= *ZSS*, XIV, 1893, 32 ss. = *Mélanges de droit romain*, I, Paris, 1912, 90 ss.); G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit. 102; E. CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della 'bonorum*

della *lex Aebutia de formulis*, datata verso la seconda metà del II secolo a.C.³⁵) rappresenta un *terminus a quo* rispetto alla data di nascita di qualsiasi istituto di diritto pretorio, in quanto nessuno di questi avrebbe trovato applicazione nel procedimento *per legis actiones*³⁶. Tale o-

³⁵ G. ROTONDI la colloca tra il anno 149 ed il 125 a.C. in *'Leges publicae populi romani'*, Milano, 1922, rist. Hildesheim, 1966, 304; M. GIRARD la data nel periodo 151-126 a.C. in *La date*, cit., 67 ss.

³⁶ Determinati autori indicano come l'origine di alcune istituzioni pretorie, quale la *restitutio in integrum*, debba essere ricercata nell'esercizio dell'*imperium* da parte dei magistrati romani nelle province e del Pretore pellegrino a Roma, e non nei rapporti tra cittadini all'interno del procedimento delle *legis actiones*. Vd. G. CERVENCA, *Per lo studio della 'restitutio in integrum' (Problematica e prospettive)*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 605; M. SARGENTI, *Studi*, cit. 230.

In questo senso G. CERVENCA (*Per lo studio*, cit., 605, nt.11) avverte che le applicazioni più antiche della *restitutio in integrum* sono, in maggior parte, concessioni dei magistrati provinciali o degli organi statali a favore dei pellegrini, come il Senatoconsulto *De Asclepiade sociisque*, pronunciato dal Senato nel 78 a.C., con cui veniva concessa la *r.i.i.* a tre greci come compensazione per la valida collaborazione prestata durante la guerra italica. Cfr. similmente M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 513, nt. 192.

³⁷ Vd. M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, cit., 513, nt. 192; E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 440 ss.; G. CERVENCA, *Per lo studio*, cit., 604; M. SARGENTI, *Studi*, cit., 230; G. BUI-

dopo la (probabile) data della sua prima comparsa. Per questi motivi alcuni autori³³ danno credito solo in parte al testo gaiano, ritenendo che la *bonorum venditio* sia un istituto precedente e che il pretore Rutilio abbia creato unicamente la *formula Rutiliana*, che autorizzava la vendita dei beni di un debitore vivo e che era distinta dall'azione *Serviana*, un'azione con formula fittizia, con cui si invitava il giudice a considerare l'aggiudicatario dei beni come successore del debitore insolvente (*bonorum emptor perinde ac si heres esset*). Tale azione *Serviana* sarebbe stata creata in un momento precedente, per il caso di vendita dei beni di un debitore deceduto.

Tra i sostenitori di quest'ultima ricostruzione, che pone in un momento precedente (rispetto all'azione *Rutiliana*) la creazione della *bonorum venditio*, sussiste peraltro una divergenza di opinioni tra quanti sostengono che tale istituzione sia successiva all'introduzione del procedimento formulare e quanti, invece, la reputano precedente. Per i primi³⁴ il procedimento formulare (formatosi a partire dal 242 a.C. ma esteso ai *cives* solo per mezzo

³⁴ M. GIRARD., *Manuel*, cit., 1064, nt. 2; Id., *La date*, cit., 90 ss.; M. SARGENTI, *Studi sulla 'restitutio in integrum'*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 193 ss. e 230; M. KASER, *Derecho romano privado*⁵, trad. esp., Madrid, 1968, 383.

suo creatore, il pretore Publio Rutilio, il quale *'si dice'* (*dicitur*) avere introdotto anche la vendita dei beni in concorso:

Gai 4.35: Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset vel illi dari opoteret, eo nomine adversarius huic condemnatur. Quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, *Serviana* vocatur.

Il pretore di cui ci riferisce il giurista classico è generalmente identificato, dalla maggior parte della dottrina²⁶, con Publio Ru-

venditio, in *SDHI*, IV, 1938, 431-432; P. COLLINET, voce *Venditio bonorum*, in *DS*, V, Graz, 1969, 711 ss.; F. BAUDRY, voce *Bonorum emptio*, in *DS*, I, Graz, 1969, 734 ss. G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'*. *Contributi allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965, 109.

²⁷ Cic. *pro Flacc.* 7.21.

tilio Rufo, il quale avrebbe ricoperto la carica di console nel 105 a. C.²⁷ e di pretore urbano intorno al 118 a. C.²⁸. Per contro, altri autori²⁹, sulla base di un testo di Livio³⁰, lo identificano con P. Rutilio Calvo, pretore nell'anno 168 a.C.

Se si presta credito alla narrazione di Gaio, l'origine della *bonorum venditio* sarebbe stata opera del pretore Rutilio nel 118 a.C., lo

²⁸ Alcuni autori non hanno dubitato nell'identificare questo personaggio con il pretore Rutilio, menzionato nel frammento ulpiano, Ulp. 42 *ad ed.* D.38.2.1.1, e, poiché i rapporti tra patrono e liberto erano di competenza del *praetor urbanus*, sostengono che P. Rutilio Rufo dovette ricoprire tale carica, vd. E. CARRELLI, *Ancora sull'origine della 'bonorum venditio'*, in *SDHI*, X, 1944, 313, nt. 36.

²⁹ Vd. A. DERNBURG, *Ueber die 'emptio bonorum'*, Heidelberg, 1850, 23 e soprattutto 25, nt. 4; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*⁴, I, Parigi, 1886, 1315, nt. 1; Ch. MAYNZ, *Cours de droit romain*⁵, II, Bruxelles, 1891, 601, nt. 30; E. SERAFINI, *Della revoca*, cit., 74.

³⁰ Liv. *ab urb. cond.* 45.44

³¹ In questo senso si esprime M. GIRARD, *Manuel*, cit., 1064; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 24 ss.

stesso cui veniva attribuita anche la creazione dell'azione *Rutiliana*³¹. Si può tuttavia mettere in discussione la veridicità della notizia gaiana, non solamente a causa del tono dubitativo con cui si esprime lo stesso giureconsulto (*dicitur*)³², ma anche per il fatto che la *bonorum venditio* appare come istituzione già pienamente sviluppata poco tempo dopo, come viene dimostrato dai contenuti di una legge agraria, la *lex (Baebia) agraria* dell'anno 111 a.C.:

Il. 56 e 57: *utei curator eius profiteatur, item utei... ex eo edicto, utei is, quei ab bonorum emptore magistro curatoreve emerit.*

In effetti, occorre chiedersi come un'istituzione tanto complessa si sia potuta elaborare *ex novo* da parte di un solo pretore in un solo anno (118 a.C.) e poi presentarsi completamente formata solamente sette anni

³² Alcuni autori ritengono che Gaio si limitò a recepire un'opinione generalmente accettata all'epoca. Vd. E. SERAFINI, *Della revoca*, cit., I, 74; A. DERNBURG, *Ueber die 'emptio'*, cit., 24; A. GUARINO, *La condanna*, cit., 118, nt. 7; Solazzi, d'altro canto, non si limita a mettere in dubbio il contenuto del testo, ma considera l'intera frase un glossema, vd. S SOLAZZI, *Spigolature gaiane*, in *SDHI*, I, 1935, 267.

³³ E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 473; G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 213.

trovasse applicazione solamente al fine di tutelare i diritti di credito, da un'analisi più dettagliata delle fonti è possibile affermare che, perlomeno durante la prima fase dell'età classica, veniva applicato alle azioni reali il medesimo procedimento (*missio* e vendita del patrimonio) previsto per le azioni personali.

Il regime della *missio in bona*, rispetto all'esercizio delle azioni reali, continuava ad essere preordinato alla garanzia del principio del contraddittorio; bisogna tuttavia rilevare che, in merito all'*indefensio*, vi era una radicale differenza nella posizione processuale del convenuto, a seconda che questo fosse stato chiamato in giudizio per mezzo di un'azione personale o di un'azione reale. Infatti, mentre nel primo caso il convenuto non collaborativo subiva inevitabilmente la *ductio* o la *missio in bona*, che operavano quale sanzione all'obbligo di accettare la lite (*accipere iudicium*), nel secondo caso, invece, la mancanza di adesione alla *litis contestatio* non comportava alcuna sanzione a carico del possessore o detentore della cosa, se il *rem non defendere* si traduceva nell'abbandono' della cosa litigiosa.

A ragione Provera¹⁶¹ affermava che i mezzi processuali attuativi della *traslatio possessionis* non operavano quali sanzioni della mancanza di difesa del convenuto, bensì punivano

Cicerone (*pro Quinct.*19.60), il quale cita in primo luogo il caso del latitante – , la *bonorum venditio* nacque come forma sussidiaria all'esecuzione personale, venendo applicata inizialmente ai casi in cui il debitore impedisse l'esecuzione sulla propria persona fuggendo e nascondendosi per non presentarsi dinanzi al magistrato (*qui fraudationis causa latitabat*); solo successivamente essa sarebbe stata estesa a tutti i restanti casi contemplati dall'Editto⁶⁶.

Diversamente, rispetto a questa ricostruzione, altri autori ritengono che la vendita in blocco dei beni venne applicata in primo luogo al caso del defunto senza eredi. In questo senso si esprimeva Carrelli⁶⁷, il quale sosteneva che, da un punto di vista logico, la *bonorum venditio* dovette essere concessa per la prima volta nel caso di un debitore deceduto senza lasciare eredi (*Cui heres non extabit*) o nel caso in cui gli eredi, testamentari e legittimi, avendo consta-

fuert ('*Ius*', cit., 57, nt. 18).

⁶⁷ E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 450 ss.; ID., *Ancora sull'origine*, cit., 302.

tato che l'*hereditas* era *suspecta* o *damnosa*, avessero rinunciato ad esercitare la *cretio*. La *bonorum venditio* sarebbe nata dunque come un caso particolare di *bonorum possessio*, passando attraverso due fasi evolutive: in un primo momento il magistrato si sarebbe limitato a fare da intermediario tra i creditori del defunto ed il suo potenziale erede, al fine di ottenere che i primi riducessero le loro richieste e che quest'ultimo esercitasse la *cretio*, poi in un secondo momento, presentatosi un soggetto disposto a offrire più di quanto fossero disposti a pagare gli eredi, un pretore avrebbe immesso l'estraneo nel possesso dei beni del defunto⁶⁸.

Non dissimile si presenta la tesi di Scherillo⁶⁹, secondo cui la *bonorum venditio* venne applicata per la prima volta al caso del defunto senza eredi, in base alla convinzione che in una prima fase sarebbe stata concessa solamente la *missio in bona rei servandae causa* senza possibilità di vendita. Al riguardo, il romanista napoletano rilevava che, mentre la

⁶⁸ E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 474 ss.; ID., *Ancora sull'origine*, cit., 302 ss.

⁶⁹ G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 210 ss. Cfr. E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 450 e 477; G. SCHERILLO, *Appunti sulla 'sectio bonorum'*, in *Iura*, IV, 1953, 204.

asserisce che il pagamento veniva effettuato mediante procuratori¹⁵⁷, in quanto risultava vantaggioso per tutti i creditori che il passivo non fosse soggetto ad un incremento in ragione della clausola penale. Neppure riteniamo che costituisca un'eccezione al criterio della *par condicio creditorum* la regola del pagamento dei c.d. crediti privilegiati, i quali avevano diritto ad essere pagati in modo preferenziale ed integrale¹⁵⁸ (dopo i crediti ipotecari), in quanto il principio si applicava ai crediti ordinari.

c) Il titolare di un diritto reale

Sebbene i testi¹⁵⁹ e, nello specifico, i commenti dei giuristi classici all'editto¹⁶⁰, sembrano indicare che il regime della *missio*

¹⁵⁸ P.F. GIRARD, *Manuel*, cit., 1065; A. ARMUZZI, *Il 'magister'*, cit., 485; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 112; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 333.

¹⁵⁹ Vd. Ulp. 50 *ad ed.* D.29.4.1.9. e Ulp. 60 *ad ed.* D.42.4.6.1.

¹⁶⁰ Vd. i testi compilati da O. LENEL, *Das 'Edictum'*, §§ 205 e 206.

¹⁶¹ G. PROVERA, *Il principio*, cit., 171 ss.

Ulp. 56 *ad ed.* D. 42.8.6.7: qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.

Su tale principio faceva leva la disciplina del procedimento esecutivo patrimoniale romano e non vi costituiva eccezione nè la fattispecie descritta nel testo di Paolo¹⁵⁵, ove si afferma che i debiti suscettibili di incremento a causa della clausola penale dovevano essere pagati dal *curator honorum*, né quella illustrata da Pomponio¹⁵⁶, il quale, similmente,

¹⁵⁵ Paul. 57 *ad ed.* D.42.7.1.2: *Sed si grave aes alienum sit, quod ex poena crescat, per curatorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat, decerni solet.*

¹⁵⁶ Pomp. 1 *ad Sab.* D.28.5.23.3.: *Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et maxime si publicum debitum inminet: per procuratorem solvendum aes alienum, sicuti cum venter in possessione sit aut pupillus heres tutorem non habeat*

¹⁵⁷ T. MONNSEN- H. KRUEGER correggono *procuratorem* con *curatorem* nell'edizione del *Corpus Iuris Civilis*; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 119, ntt. 1 e 2; O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 420; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., II, 9.

missio sui beni di un vivo avesse, da un lato, un fine cautelare e conservatore⁷⁰, e, dall'altro lato, di coercizione allo scopo di fare pressioni sulla persona del *latitans* o dell'*indefensus* affinché comparisse od assumesse la propria difesa, viceversa la concessione della *missio in bona* sui beni di un defunto senza eredi non valeva ad esercitare né pressioni sul debitore, in quanto defunto, né sugli eredi, i quali certo non avrebbero esercitato la *cretio* di un'*hereditas damnosa*: proprio in tale caso il pretore avrebbe cominciato, pertanto, ad autorizzare la vendita dei beni. Solo successivamente, ad opera del pretore Rutilio Rufo, la *honorum venditio* sarebbe stata per la prima volta autorizzata sui beni di un vivo⁷¹.

⁷⁰ Il fine cautelare risulta evidente nella denominazione della *missio in bona rei servandae causa*. Vd. l'editto *Quod cum pupillo contractum erit si eo nomine non defendatur* ed il commento di Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.3.pr. ed Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.5.2.

⁷¹ Cfr. G. SCHERILLO, *La 'bonorum venditio'*, cit., 210 ss.

⁷² V. GIUFFRÈ, *Sull'origine*, cit., 338 ss.; ID., *La 'substantia'*, cit., 281 ss.

Giuffrè⁷² ha invece messo in relazione la comparsa della *missio in bona* con un'antica istituzione tipica dello *ius civile*, l'*usucapio pro herede*. Secondo tale autore, i primi casi a richiamare l'attenzione dei *veteres iuris prudentes* furono quello del *paterfamilias* defunto *cui heres non extabit* e l'altro in cui vi fossero eredi, ma questi avessero rinunciato alla *hereditas suspecta* o *damnosa*. Il problema dovette presentarsi verso la fine del III o l'inizio del II secolo a.C., poiché precedentemente le evenienze ora segnalate dovettero essere considerate del tutto marginali, a causa della normale presenza di *heredes sui*, ai quali non veniva concessa la possibilità di astenersi dall'*hereditas damnosa*: non si procedeva alla *missio in bona*, ma i creditori potevano appropriarsi dei beni ereditari e, dopo un anno, una volta compiuta l'*usucapio pro herede*, liquidare i restanti creditori⁷³. Questo espe-

⁷³ Si discute se l'*usucapio pro herede*, perlomeno nel momento storico menzionato, determinasse l'acquisizione del titolo di *heres* o solamente l'insieme delle *res hereditarias*. Ammette l'acquisizione del titolo di *heres* G. FRANCIOSI, '*Usucapio*', cit., 155 e 189 e segg. È contrario a questa opinione F. GALLO, *Recensione* a G. FRANCIOSI, '*Usucapio*', cit., in *SDHI*, XXXII, 1966, 422.

⁷⁴ La maggioranza della dottrina sostiene che questa legge sia di creazione augustea, vd. G. ROTONDI, '*Leges*', cit., 451; A. BERGER, '*Bonam copiam iurare*', in '*Syntelesia*'. *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1945, 129;

ro che entravano in possesso (detenzione) dei beni: *qui ex edicto meo in possessionem venerint*¹⁵³.

Tutti i creditori potevano pertanto usufruire della *missio in bona*, con l'unica limitazione costituita dal principio in base al quale a nessuno era consentito acquisire diritti per un altro. Eppure, secondo l'opinione di Labeone, citata da Paolo, il magistrato non creava alcun diritto nuovo, bensì concedeva ai creditori la possibilità di esercitare un diritto da loro già acquistato in precedenza. Colui che otteneva la *missio* non compiva, pertanto, alcun atto di acquisizione, ma solo portava a termine una formalità necessaria all'esecuzione: *aliquid est ordine facit*¹⁵⁴.

Veniva con ciò soddisfatta l'esigenza di equità: tutti i creditori con titoli giuridici equivalenti avevano lo stesso diritto al soddisfacimento dei propri crediti: è questo il principio della *par condicio omnium creditorum*, menzionato da Ulpiano in.

¹⁵⁴ In questo senso M. LAURIA, ('*Iurisdictio*', cit., 525) ritiene che, quando il Pretore concede la *missio in bona*, non crei alcun nuovo diritto per due motivi: 1°.- poiché non pregiudica i presupposti di fatto o di diritti sui quali si fonda la *petitio*, manca la *causua cognitio*; 2°.- perché l'oggetto del decreto non è il semplice possesso, quanto la mera detenzione.

Una volta richiesta la *missio in bona* da parte di uno o più creditori, lo *iussum* concesso dal Pretore beneficiava tutti i restanti creditori¹⁵⁰. Paolo esprime tale regola con la locuzione: *non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem*¹⁵¹. Ed Ulpiano afferma: ... *cum creditores rei servandae causa mittuntur in possessionem: nam is qui possidet non sibi, sed omnibus possidet*¹⁵². Il pretore, inoltre, non indicava chi fosse il beneficiario della *missio*, ma utilizzava nel suo editto termini generali in plurare, per designare colo-

¹⁵⁰ Cfr. A. ARMUZZI, *Il 'magister'*, cit., 484; E. COSTA, *Profilo*, cit., 93-94; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 42-43; G. ROTONDI, '*Bonorum venditio*', cit., 106; E. CUO, *Manuel des institutions juridiques des romains*², Paris, 1928, 902; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, 145; U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, cit., 40; G. E. LONGO, voce *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1968, 714; P. COLLINET, voce *Venditio*, cit.; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 422; I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., 103.

¹⁵¹ Paul. 59 *ad ed.* D. 42.5.12.pr.

¹⁵² Vd. Ulp. 52 *ad ed.* D. 36.4.5.2. Cfr. Cic. *pro Quinct.* 23.73; Paul. 68 *ad ed.* D.42.5.13; bisognerebbe aggiungere inoltre tutti i testi che utilizzano espressioni quali *creditores possident* o *mittuntur in possessionem*.

¹⁵³ Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.5.2.; Cic. *pro Quinct.* 27.84. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 423.

diente servì da modello all'esecuzione sui beni di un debitore vivente, realizzabile mediante la *bonorum venditio*, applicata per la prima volta al caso di *qui uti oportet defensus non fuerit*.

Nel silenzio delle fonti non ci è consentito pervenire a tante risposte certe per quanti sono gli interrogativi suscitati dalla ricostruzione dell'istituto. Segnaliamo, tuttavia, che il testo di Gaio (come le ricostruzioni di Lenel e di Solazzi) colloca al primo posto dell'elencazione le *missiones in possessionem* dei beni di un vivo e solo successivamente quelle relative ai beni di un defunto. Sappiamo anche che queste fattispecie non sono ordinate cronologicamente, in quanto la cessione dei beni introdotta dalla *lex Iulia de cessione bonorum* dell'epoca di Augusto⁷⁴ precede la clausola *cui*

S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., IV, 133 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 334; A. GUARINO, *La condanna*, cit., 38; M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. 'beneficium competentiae'*, in *Studi in onore di A. Arena*, III, Padova, 1981, 1314, nt. 4; W. PAKTER, *The mystery of 'cessio bonorum'*, in *Index*, XXII, 1994, 326.

Alcuni autori ritengono che questa legge sia probabilmente un capitolo della *lex Iulia iudiciorum privatorum* di Augusto, così G. ROTONDI, '*Bonorum venditio*', cit., 116; A. D'ORS, *Derecho*, cit., 119.

heres non extabit, che invece è alquanto più antica, come dimostra la sua conoscenza da parte di Cicerone, che la citava in *pro Quinct.* 19.60.

Per questo motivo, sembra logico pensare che Giuliano seguì un ordine 'razionale' nell'esposizione di queste clausole, come già Gaio, elencando in primo luogo i casi di *bonorum venditio* sui beni di un vivo e successivamente i casi di vendita dei beni di un defunto; mentre l'antico editto, citato da Cicerone⁷⁵, non seguiva, almeno apparentemente, alcun ordine logico. Si prospetta pertanto ragionevole l'opinione di quanti⁷⁶ sostengono che i casi siano stati collocati l'uno di seguito all'altro, in ordine cronologico di comparsa. I casi previsti al titolo XXXVIII dell'Editto,

⁷⁵ Cic. *pro Quinct.* 19.60.

⁷⁶ In questo senso, esplicitamente A. FLINIAUX, *Les effets*, cit., 56 ss.; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 30 ss.

⁷⁷ Ha ragione V. GIUFFRÈ quando afferma che questo caso dovette presentarsi alla fine del III od all'inizio del II secolo a.C., poiché precedentemente il problema dovette essere considerato marginale a causa dell'esistenza di *heredes sui* o *heredes sui et necessarii*, i quali non potevano astenersi dall'*hereditas damnosa* (*Sull'origine*, cit., 338 ss.; ID., *La 'substantia'*, cit., 281 ss).

che risponde a ragioni di logica giuridica, in quanto *pendente condicione* l'azione non sorge, né è legittimamente esercitata fino alla scadenza del termine.

Era altresì essenziale che il richiedente la *missio* fosse un creditore od il titolare di una *petitio*¹⁴⁹, non essendogli richiesto un titolo esecutivo e reputandosi sufficiente un titolo giuridico valido, oltre al possesso dei requisiti stabiliti dall'editto pretorio per la concessione della *missio in bona*. Diversamente, la richiesta si considerava invalida, come si precisa in

Paul. 59 *ad ed.* D.42.5.12.pr. in fine: ...plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio.

Il pretore non tutelava chi fosse stato immesso nel possesso in assenza di detti presupposti, in quanto si riteneva che avesse ottenuto la *missio* senza alcun valido motivo: ...proinde si ob falsum creditor vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoveri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

Cum unus ex creditoribus postulat. Tale espressione, utilizzata in un testo di Paolo¹⁴⁶ ha dato modo di supporre¹⁴⁷ che i creditori potessero richiedere collettivamente la *missio*. La supposizione è confermata, a nostro parere, da un testo di Pomp. 1 *ad Sab.* D.28.5.23.2, ove si afferma: *postulantibus creditoribus constituet praetor... se bona defuncti creditoribus possidere iussurum...*

Era necessario che il creditore richiedente l'immissione in possesso fosse titolare di un credito scaduto, in quanto i titolari di crediti sottoposti a termine o a condizione non potevano richiedere né la vendita, né l'immissione in possesso che la precedeva¹⁴⁸; il

¹⁴⁷ Cfr. P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 41, nt. 3.

¹⁴⁸ Ciò viene provato da due testi del Digesto: uno di Ulpiano, Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.14 ed uno di Papiniano, Pap. 9 *quaest.* D.15.1.50.pr. In merito a questo punto rimandiamo a M^a. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La 'bonorum venditio'*, cit., 140 ss.

¹⁴⁹ La richiesta della *missio in bona* può essere svolta anche dal titolare di un diritto reale (*petitio*), Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.16 e Ulp.[72] <62> *ad ed.* D.43.4.1.5.

Quibus ex causis in possessionem eatur, si troverebbero pertanto in ordine cronologico di comparsa e non di posizionamento:

- *Qui fraudationis causa latitabit.*
- *Cui heres non extabit*⁷⁷.
- *Qui exsilii causa solum verterit.*
- *Qui absens iudicio defensus non fuerit*⁷⁸.

In merito alle altre quattro clausole citate nell'Editto di Giuliano, due sono di facile datazione:

- *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non erit*: gli studiosi situano l'apparizione di questa fattispecie in date diverse⁷⁹. Verosimilmente, essa sarebbe com-

⁷⁸ Questo caso è precedente all'81 a.C. e persino al 47 a.C., anno della *Lex Iulia municipalis*. Vd. *supra*.

⁷⁹ Così, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato. Il processo formulare*, II, Torino, 1982, 188, nt.7, afferma che l'impiego della *bonorum venditio* come procedimento esecutivo sia un'estensione avvenuta nell'ultimo periodo repubblicano. In modo più generale, G. CERVENCA (*Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna, 1983, 127, nt.2), si limita ad affermare che si sarebbe iniziato ad applicarla allo *iudicatus* a partire dal I secolo a.C. Per V. GIUFFRÈ la data più probabile è la seconda metà del II secolo a. C. (*Sull'origine*, cit., 348, nt. 110).

parsa tra l'81 a.C., data dell'*oratio* ciceroniana che non cita tale caso, ed il 49 a.C., data in cui la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* invece lo menziona nel c. 22: "*iudicium det itaque iudicare iubeat*".

■ *Qui ex lege Iulia bona cesserit*: Consideriamo più probabile che la legge sia di epoca augustea, per due motivi: in primo luogo, tutti i riferimenti alla *cessio bonorum* che ci sono pervenuti compaiono sia in fonti letterarie (Vd. Ovid. *Her.* 9.110; Quint. *inst. or.* 6.1.19.), sia giuridiche (il primo giurista che fa riferimento alla *cessio bonorum* è Sabino: Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.3.4.1.) contemporanee o successive al regno di Augusto, ma soprattutto ci sembra decisivo il dato, già segnalato da Biondi⁸⁰ ma scarsamente considerato dalla dottrina successiva, che l'Editto del Prefetto d'Egitto *Tit. Iul. Alex.* dell'anno 68 d.C. menzioni espressamente la *voluntas divi Augusti*.

■ In merito alle altre due fattispecie citate dall'Editto Giuliano, *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur* e *Si heres su-*

⁸⁰ B. BIONDI, VOCE '*Cessio bonorum*', in *Noviss. dig.it.*, Torino, 1967, 137.

⁸¹ P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 30.

la cessione conferisse ai creditori solamente la possibilità di richiedere la *missio in bona*¹⁴², per cui il pretore doveva autorizzare l'immissione nel possesso e la vendita dei beni ceduti per mezzo di un decreto su istanza del debitore stesso¹⁴³ o dei creditori.

b) Un creditore o gruppo di creditori:

L'istanza della *missio in bona (postulatio)* poteva essere presentata da un creditore¹⁴⁴: *Postulat a Burrieno praetore Naevius ut ex edicto bona possidere liceat...*¹⁴⁵, ovvero da un gruppo di creditori:

¹⁴³ Vd. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 49-50; W. PAKTER, *The mystery*, cit., 323 ss.

¹⁴⁴ Cfr. E. BETTI, voce *Processo civile (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1968 [= voce *Processo civile romano*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939]; U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, cit., 479; I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., 102.

¹⁴⁵ Cic. *pro Quinct.* 6.25;

¹⁴⁶ Paul. 59 *ad.ed.* D. 42.5.12pr.: *Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is qui petit possidere potest, an, cum unus petit et praetor permittit, omnibus creditoribus aditus sit. et commodius dicitur, cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri: quod et Labeo putat. nec videbitur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quicquam acquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit: et ideo ceteris quoque prodest...*

tre contare sul c.d. *beneficium competentiae*¹³⁸, che comportava la condanna entro i limiti delle sue possibilità economiche (*in id quod facere potest*¹³⁹).

Ci sembra che la cessione dei beni si possa considerare come un altro caso, oltre a quelli contemplati dall'Editto, in cui il pretore autorizzava la vendita dei beni, come esposto in Gai 3.78. In merito a questa fattispecie, ci si è posti la questione se la cessione sostituisse o meno il decreto pretorio che autorizzava la *missio*¹⁴⁰: la dottrina maggioritaria¹⁴¹ ritiene che

¹³⁹ Mod. 2 *pand.* D.42.3.7.

¹⁴⁰ P. F. GIRARD si pone il problema senza fornire alcuna risposta, né nell'uno, né nell'altro senso (*Manuel*, cit., 1064, nt. 3).

¹⁴¹ M. WLASSAK, voce *Cessio bonorum*, in *RE*, III.2, Stuttgart, 1899, col. 1997 ss.; L. GUENOUN, *La 'cessio bonorum*, Parigi, 1913, 61, nt. 1; S. SOLAZZI, *P.Ryl. 117*, in *Scritti*, cit., III, Napoli, 1960, 43 (già in *Scritti in onore di G. Lumbroso*, Milano, 1925, 246.252); ID., *Il concorso*, cit., I, 49 ss.

¹⁴² In questo senso Gai 3.78 menziona la *cessio* tra i casi di *venditio bonorum* e nel frammento successivo cita le formalità necessarie che precedono la *venditio*.

spectus non satisdabit, Ramadier⁸¹ ritiene che nelle fonti non vi sia alcun riferimento utile a darne la comparsa. Perlomeno in merito al caso del pupillo vi è tuttavia un indizio in un testo di Ulpiano, 59 *ad ed.* D. 42.4.7.pr., in cui, riferendosi al caso in oggetto, si cita un'opinione di Fulcinio, giurista attivo verso la metà del I secolo a.C.⁸².

2.3. *Brevi cenni ad ognuno dei casi menzionati nell'Editto Perpetuo*

Nell'esposizione dei casi di *missio in bona* seguita dalla vendita rispetteremo l'ordine stabilito da Lenel, benché, dato il profondo cambiamento a cui venne sottoposta l'esecuzione in epoca giustiniana, la discussione sul loro ordine di posizionamento all'interno dell'Editto sia ancora aperta. Come già accennato, riteniamo possibile che Giuliano abbia seguito un ordine razionale nell'esposizione delle clausole edittali, menzionando, come poi Gaio, in primo luogo i casi di vendita dei beni di un debitore vivo e, successivamente, di un debitore defunto.

⁸² Vd. Th. KIPP, *Geschichte der Quellen*³, Leipzig, 1909, 120.

1°.- Tra i casi di *missio in bona* seguita dalla vendita troviamo quello che dovette essere il più frequente durante l'epoca classica, anche se, in ordine di tempo, non era stato il primo a comparire: *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit*.

La *bonorum venditio* si applicava nei confronti dello *iudicatus*⁸³, a cui veniva equiparato⁸⁴, come già avveniva nel processo decemvirale, colui che avesse effettuato la *confessio in iure certae pecuniae*⁸⁵. Il rimedio faceva parimenti

⁸³ Vd. Gai 3.78; Scaev. 2 *quaest.* D.15.1.51; Imp. Antoninus A. Varo C.8.17.4 (a. 215). Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 413, nt. 8. Per S. SOLAZZI il testo contenuto in C.8.17.4 si riferisce ad un *pignus in causa iudicati captum* e non ad una *missio in bona* (Il concorso, cit., I, 41, nt. 3).

⁸⁴Vd. Ulp. 27 *ad ed.* D.42.1.56: *in iure confessi pro iudicatis habentur*.

⁸⁵ Senza dubbio era ammesso *pro iudicato* il *certae pecuniae confessus*. Vd. *Lex Rubria* c. 21 e 22.

Nel caso in cui la *confessio* avesse per oggetto un oggetto diverso da una somma certa di denaro, alcuni autori affermano che fosse necessario un procedimento di natura particolare, incentrato sulla valutazione pecuniaria del debito confessato. Vd. P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 422 ss.; L. ARU, *Il processo*, cit., 41. Altri autori sostengono che la *missio* fosse ottenibile solamente nel caso in cui il *confessus* non rispettasse i propri obblighi di difesa. Vd. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 414; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 112, nt. 82.

¹³⁸ Attualmente, per fare riferimento a questo istituto, si utilizza l'espressione *beneficium competentiae*, ma tale terminologia è estranea alle fonti romane, sebbene i giuristi parlassero già di *beneficium* per riferirsi alla condanna limitata all'*id quod facere potest*. Vd. Paul.7 *ad Sab.* D.24.3.13. Per O. CLERICI (*Sul 'beneficium competentiae' in diritto romano*, Napoli, 1982, 10), detta espressione deriverebbe dal diritto canonico, venendo utilizzata per la prima volta in documenti ecclesiastici risalenti al 1232 con il significato di *id quod competit* (ciò che è necessario per il sostentamento di una vita decorosa). Successivamente venne adottata dai commentatori tedeschi del XVI secolo per il Diritto romano, ed il suo uso divenne generale nel XVII secolo. Vd. P.P. ZANZUCCHI, *Sul c.d. 'beneficium competentiae'*, in *BIDR*, XXIX, 1916, § 90, nt. 3; A. LÉVET, *Le bénéfice de compétence*, Paris, 1927, XV; A. GUARINO, *Studi sulla 'taxatio in id quod facere potest'*, in *SDHI*, VII, 1941, 7, nt. 4; ID., *La condanna*, cit., 19 e 110; M. MARRONE, *Note*, cit., 1313. A. ZIPPERLING (*Das 'beneficium competentiae'*, Marburgo, 1896, 36) ha cercato di giustificare etimologicamente tale espressione, considerando che *competentiae* derivi da *pot* (antitesi di *impotentia*) con il significato *quod fieri potest*. Questa ipotesi è stata tuttavia criticata per due motivi.

la cessione dei propri beni ai creditori, evitando l'esecuzione personale¹³⁶ e l'infamia derivante dalla *bonorum venditio*¹³⁷; egli poteva inol-

distractio bonorum. Vd. Ulp. 22 *ad ed.* D.12.2.9.5; Pap. 9 *quaest.* D.16.3.8; Paul. 3 *ad leg. Ael. Sent.* D.40.9.16.2; Papir. Iust. 1 *de const.* D.42.7.4.; Ulp. 66 *ad ed.* D.42.8.6.9; Ulp. 72 *ad ed.* D.42.8.10.9,12.20. 24; Ulp. 6 *disput.* D.42.8.14; Venul. 6 *interd.* D.42.8.24pr., 1, 4 e 7. Successivamente, durante il Medioevo si presuppose che il fallito fosse un defraudatore (*decoctor ergo fraudator*), in modo che la repressione del fallimento come atto illecito iniziò ad essere di competenza dello Stato, affermandosi così la natura pubblica del procedimento. Vd. G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho Mercantil*⁸, II, Barcelona, 722.

¹³⁶ Imp. Alexander A. Irenaeo C.7.71.1 (a. 223): *ne iudicati detrahantur in carcerem*.

¹³⁷ Imp. Alexander A. Irenaeo C.2.11.11 (a. 223).

seguito ad un'*actio in personam* nei confronti di un convenuto, il quale, pur essendo presente *in iure*, non si difendesse, rendendo impossibile il conseguimento della *lis*⁸⁶. In caso di *actio in rem*, il convenuto non era invece tenuto a *rem defendere*, ma il possesso della cosa litigiosa veniva trasferito all'attore. Solazzi⁸⁷ riteneva perciò che l'Editto menzionasse la *venditio* limitatamente alle azioni personali, e proponeva perciò la seguente redazione per la clausola edittale: *qui contraxerit, si ita ut oportet non defendetur, eius bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo*.

⁸⁶ Per Solazzi questa seconda proposizione (*qui ita ut oportet defensus non fuerit*) costituiva una clausola edittale indipendente. Afferma che, mentre Paul. 57 *ad ed.* D.42.4.6.1, si riferiva al pupillo assente che non veniva difeso, citandolo come un'eccezione alla vendita dei beni del assente indifeso, Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.3 e 5, menziona il caso del pupillo presente *in iure* che non viene difeso, costituendo un'eccezione alla vendita dei beni del debitore presente ed indifeso: Vd. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 43-44.

⁸⁷ S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 46.

⁸⁸ È la terminologia utilizzata da Giustiniano per riferirsi Giuliano come organizzatore o compilatore dell'Editto in Imp. Caesar Flavius Iustinianus ad senatum ad omnes populos C.1.17.2.18.

Nei confronti, invece, di chi si nascondesse o fosse assente non era possibile l'esercizio di un'azione né personale, né reale; nelle fonti sussistono tuttavia indizi che – a mio parere – permettono di sostenere l'applicazione della *missio in bona* e della successiva vendita. Propendo ciononostante per considerare corretta la redazione della clausola editale proposta da Solazzi, dato che, come meglio si illustrerà più avanti, tra i giuristi che presero a sconsigliare l'applicazione di questo rimedio a favore di altri più duttili ed agili vi era Giuliano, *conditor edicti*⁸⁸ per ordine dell'Imperatore Adriano nell'anno 130 d.C.

2°.- Alla *bonorum venditio* si procedeva nel medesimo modo qualora il debitore avesse effettuato la cessione dei beni, in base alla *lex Iulia de cessione bonorum*⁸⁹: *Qui ex lege Iulia bona cesserit*⁹⁰.

⁸⁹ Vd. Gai 3.78: *bona veneunt... eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt*. Cfr. in generale Imp. Alexander a Herennio C.2.11[12].11 (a. 223); C.Th.4.20; D.42.3; C.7.71.

⁹⁰ Sulla cessione dei beni, vd. M. WLASSAK, voce *Cessio bonorum*, in *RE*, III.2, Stuttgart, 1899, col. 1997 ss.; L. GUENOUN, *La 'cessio bonorum'*, Parigi, 1913, 101; G. DONATUTI, *Voci*, cit., 1020 ss.; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., IV, 130 ss.; B. BIONDI, voce *'Cessio bonorum'*, cit., 137 ss.; G. HUMBERT, voce *Bonorum cessio*, in *DS*, I, Graz, 1969, 733 ss. Qualificata da alcuni autori come il

3. *Presupposti formali*

3.1. *Istanza al magistrato (postulatio)*

L'immissione in possesso non era mai pronunciata d'ufficio dal pretore, così come, nell'ordinamento spagnolo, non è attualmente possibile la dichiarazione d'ufficio da parte del giudice o su istanza del Pubblico Ministero, neppure quando l'insolvenza si manifesti per mezzo di azioni delittuose¹³⁴. In diritto romano si richiedeva l'istanza (*postulatio*) al pretore da parte di un soggetto ad essa legittimato, ovvero il debitore stesso, un creditore od un gruppo di creditori che vantassero crediti scaduti, nonché –riteniamo –, in determinati casi, il titolare di un diritto reale.

a) Il debitore

A partire dalla *lex Iulia de cessione bonorum*, il debitore in buona fede¹³⁵ poteva offrire

¹³⁵ In questo senso A. D'ORS (*Derecho*, cit., 118, nt. 14) afferma che a Roma fosse normale distinguere tra il regime di esecutore del debitore in buona e mala fede (vd. Sen. *de ben.* 7.16.3), anche se la qualifica attenuante del debitore non dipendeva dalla causa della sua insolvenza, quanto dalla dichiarazione della stessa al magistrato. In questo senso rileviamo che le fonti denominano *fraudator* al debitore che abbia commesso atti a danno dei suoi creditori, ma anche a chi semplicemente tolleri la vendita del proprio patrimonio o la

*ret Nm Nm, cum ab Ao Ao in ius vocatus esset, neque venisse neque vindicem pro rei qualitatem locupletem dedisse, recuperatores Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia condemna, si non paret absolve*¹³³.

confronti del *vocatus* che, pur avendo presentato un *vindex*, non si presenta *in iure* né si difende nel giorno stabilito. Sullo studio dei procedimenti rivolti ad assicurare la comparsa del convenuto vd. G. PUGLIESE, *Les voies*, cit., 249 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 253 ss.

¹³⁴ L'art. 3 della Legge fallimentare spagnola (*Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concurso*) stabilisce che sono legittimati a richiedere la dichiarazione di fallimento unicamente il debitore, un creditore od i soci, membri personalmente responsabili dei debiti di una persona giuridica, ma esclusivamente al fine di richiedere la dichiarazione di fallimento di tale persona giuridica.

In merito al posizionamento di questa clausola all'interno dell'editto, Solazzi⁹¹ afferma che sia indubbia la sua precedenza rispetto alla clausola *missio ex causa iudicati*; anche Lenel⁹² contempla questa possibilità. Noi riteniamo invece preferibile il posizionamento della *missio ex lege Iulia* successivamente alla *missio ex causa iudicati*, essendo ad essa cronologicamente posteriore. La *cessio bonorum ex lege Iulia* risale all'epoca di Augusto, sebbene, come abbiamo già indicato⁹³, sia possibile individuarne un precedente nel giuramento d'insolvenza (*bonam copiam iurare*) contenuto nella *lex Iulia municipalis* dell'anno 47 a.C. Probabilmente, la cessione *ex lege Iulia* è perciò successiva alla *missio ex causa iudicati*, che compare tra l'81 a.C. (data dell'*oratio pro Quinctio*

precedente romano del fallimento volontario ('voluntary bankruptcy') (Vd. in questo senso W. PAKTER, *The mystery*, cit., 323 e la bibliografia citata dall'autore a p. 337, nt. 2).

⁹¹ S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 47.

⁹² O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 414, nt.7.

⁹³ Vd. M^a. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La 'bonorum venditio'. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico*, Madrid, 2000, 70.

che non la menziona) ed il 49 a.C. (anno della *lex Rubria*, che la cita nel c. 22).

3°.- Si procedeva alla vendita dei beni se il debitore volontariamente si sottraeva alla ricerca del creditore: *Qui fraudationis causa latitabit*⁹⁴. Questa clausola edittale è citata da Ulpiano in

Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.7.1: Praetor ait: 'Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo'.

Lo stesso giurista chiarisce cosa si debba intendere con *latitatio*: *Latitare est cum tractu aliquo latere, quemadmodum factire frequenter face-re*⁹⁵. È latitante colui che si sottrae alla ricerca

⁹⁴ Questa clausola era contenuta nell'Editto già all'epoca di Cicerone (*pro Quinct.* 19.60). Vd. Gai 3.78; Ulp. 2 *de omn. trib.* D.42.5.31.3. Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 415; L. ARU, *Il processo*, cit., 50; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 58 ss.; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit. 423; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 87.

⁹⁵ Papir. *Iust.1 de constit.* D.42.7.4.8

⁹⁶ Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.13 e Ulp.45 *ad Sab.* D.42.5.36. in cui il giurista narra che colui che fugge dalla città per defraudare i creditori si nasconde tanto quanto colui che, pur vivendo a Roma, non si fa vedere, e parimenti colui che, nascondendosi in casa, impedisce la *in ius vocatio* Gai 1 *ad leg. XII tab.* D. 2.4.18 e

Per evitare la *missio in bona*, l'editto stabiliva che colui il quale avesse presentato un *vindex* avrebbe dovuto mettersi a disposizione dell'avversario (*potestatem sui facere*); diversamente, e qualora il *vocatus* non fosse difeso (*neque defendetur*), il pretore avrebbe concesso la *missio in bona*, evitando all'attore l'onere di cercare nuovamente il convenuto¹³⁰.

La *bonorum venditio* non si otteneva neppure nei confronti del convenuto che, citato dinanzi al pretore, non si presentasse né offrisse un *vindex*: come apprendiamo da Gaio 4.46, contro lo *in ius vocatus*, *Qui neque venerit neque vindicem dederit* veniva concessa un'*actio in factum*, di carattere penale¹³¹, la cui formula è stata ricostruita da Lenel¹³² come segue: *Si pa-*

¹³¹ Gai 4.183: *eum qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere.*

¹³² O. LENEL, *Das Edictum*, cit., 52, seguito da L. ARU, *Il processo*, cit., 39-40 e 66 ss.

¹³³ L' *in ius vocatus* è obbligato a comparire (sebbene possa liberarsi presentando un *vindex*); se non compare, l'attore dispone di diversi modi per far rispettare quest'obbligo, quali: 1°.- Un'*actio in factum* nei confronti del *vocatus neque venerit, neque vindicem dederit* (Gai 4.46); 2°.- Un'*actio in factum* nei confronti del *vindex* che non esibisce il *vocatus* nel giorno stabilito (Paul. 4 *ad ed.* D.2.8.4); 3°.- Un'*actio in factum* nei confronti dei terzi che impediscano con la forza la comparsa del *vocatus* (Ulp. 5 *ad ed.* D.2.7.5.pr. e 4°.- La *missio in bona* nei

erede (*Si diu incetum sit, heres extaturus nec ne sit*)¹²⁷.

Al di fuori del titolo XXXVIII, il titolo V, *De in ius vocando*, contiene la promessa di una *missio* nei confronti dello *in ius vocatus* che, avendo presentato un *vindex*, non si presenti *in iure* né si difenda nel giorno stabilito. La clausola edittale è citata da Ulpiano in D.42.4.2.pr.:

Ulp. 5 *ad ed.* D. 42.4.2pr.: Praetor ait: `in bona eius, qui [iudicio sistendi causa fideiusso-rem] <vindicem> dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur¹²⁸, iri iubebo`.

Risulta che la *missio in bona* decretata dal pretore non veniva seguita dalla vendita dei beni del *vocatus*¹²⁹, in quanto quest'ultimo non sarebbe stato obbligato a seguire immediatamente il *vocans*, potendo presentare un *vindex*.

¹²⁸ Questo termine è corretto in *defendetur* da MOMMSEN nell'edizione del Digesto; O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 72; G. PUGLIESE, *Les voies de recours sanctionnant l' 'in ius vocatio'*, in *RIDA*, III, 1949, 249 ss.

¹²⁹ Vd. G. PUGLIESE, *Les voies*, cit., 272; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 88, nt. 7.

¹³⁰ Vd. G. PUGLIESE, *Les voies*, cit., 275.

del creditore e, pertanto, della possibilità di essere *vocatus*, o perché si nasconde o perché fugge dalla città per frodare i creditori. Non importava pertanto il luogo in cui il debitore si trovava⁹⁶, ma era necessaria l'esistenza di un elemento soggettivo, l'*animus latitans* o l'intenzione di defraudare i creditori⁹⁷: in sé, il fatto di nascondersi, precisa Ulpiano⁹⁸, può avvenire senza una *turpis causa*, ad esempio quando lo si fa al fine di sfuggire alla persecuzione di un tiranno, alla violenza dei nemici od alla guerra civile. Era inoltre necessario un elemento oggettivo, ovvero che il debitore non fosse difeso *boni viri arbitrato*⁹⁹.

Paul. 1 *ad ed.* D.2.4.19. Cfr. G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 119; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 58 ss.

⁹⁷ Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.2-7.

⁹⁸ Ulpiano afferma in Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.4 che il fatto di nascondersi possa avvenire per altri motivi onesti: *potest enim quis latitare non turpi de causa, veluti qui tyranni crudelitatem timet aut vim hostium aut domesticas seditiones*.

⁹⁹ Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.1

¹⁰⁰ Vd. *Lex Iulia municipalis*, II, 116 ss.; Gai 3.78; Cic. *pro Quinct.* 19.60 e 17.54, Paul.57 *ad ed.* D. 42.4.6.1.; Ulp.59 *ad ed.* D.42.4.7.17; Ulp.71 *ad ed.* D.43.29.3.14; Imp. Gordianus A. Mastriano C.2.50.4 (a. 236).

4°.- Un altro caso alquanto dibattuto dalla dottrina è quello dell'*absens indefensus*¹⁰⁰. Questa causa di *bonorum venditio* era menzionata già nell'Editto del pretore all'epoca di Cicerone¹⁰¹: *Qui absens iudicio defensus non fuerit*.

Si discute se la semplice assenza *sine defensione* potesse legittimare un procedimento di tale gravità come la vendita all'incanto. La dottrina meno recente¹⁰², anteriormente alla scoperta del manoscritto veronese affermava che la *missio* per causa d'assenza non comportava, diversamente dalla *latitatio*, la vendita dei beni dell'assente. È invece senz'altro preferi-

¹⁰¹ Cic. *pro Quinct.* 19.60.

¹⁰² Gli autori più antichi affermavano che la *missio* per causa d'assenza non autorizzasse la vendita dei beni: J. CUJACIO, *Opera*, III, 1837, 286; U. DONELLO, *Commentaria de iure civili*, XXIII, Parisiis, 13. Tra gli autori successivi alla scoperta del manoscritto veronese: A. DERNBURG, *Ueber die 'emptio'*, cit., 58, nt. 5; F. FILOMUSI GUELFI, *Il processo*, cit., 25; Ch. MAYNZ, *Cours*, cit., I, 543, nt. 47; V. SCIALOJA, *Procedimento civile romano*, trad. esp., Buenos Aires, 1954, 324.

¹⁰³ O. LENEL, *Das Edictum*, cit., 421; A. FLINIAUX, *Les effets*, cit., 59; S. SOLAZZI, *L'editto 'qui absens iudicio defensus non fuerit'*, in *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, 415 ss.; G. ROTONDI, *La 'bonorum venditio'*, cit., 123; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 425; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 88 ss.; L. ARU, *Il processo*, cit., 47 ss.

la prima fase del procedimento si svolgeva durante un prolungato lasso di tempo. Qualora il convenuto fosse un pupillo di cui non veniva assunta la difesa¹²³ (in quanto, in caso contrario, sarebbe cessata la *missio in bona*¹²⁴), la vendita avrebbe potuto aver luogo solamente quando questi fosse arrivato alla pubertà: *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*. Vi era poi l'ipotesi dell'*absens rei publicae causa sine dolo malo*¹²⁵ e, forse, per interpretazione estensiva giurisprudenziale, quella di colui che fosse catturato dal nemico (*ab hostibus captus est*¹²⁶), in relazione alle quali la vendita avrebbe potuto aver luogo solamente a seguito del ritorno dell'assente. Analogamente, non si procedeva alla vendita fintantoché fosse incerta, per un periodo di tempo prolungato, l'esistenza o meno di un

¹²³ Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.3.pr.

¹²⁴ Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.5.2.

¹²⁵ Vd. Paul. 57 *ad ed.* D.42.4.6.1.

¹²⁶ Vd. Paul. 57 *ad ed.* D.42.4.6.2.e Paul. 5 *sent.* D.42.5.39.1.

¹²⁷ Vd. Ulp. 60 *ad ed.* D.42.4.8.

appartenenti a coloro i quali erano assoggettati all'altrui *potestas*, sulla base della finzione che la *capitis deminutio* fosse stata annullata. La medesima regola pretoria si applicava alle persone *in mancipio*¹¹⁹.

7°.- L'editto conteneva una clausola che contemplava la vendita dei beni dei condannati a pene capitali (*capitis deminutio maxima*)¹²⁰: *Qui capitali crimine damnatus erit*.

Tale previsione corrispondeva ad una clausola più antica, relativa alla vendita dei beni di colui *qui exilii causa solum verterit* e già menzionata da Cicerone¹²¹.

Bisogna infine segnalare che l'editto, sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur*, menzionava altri casi nei quali il pretore si limitava ad autorizzare l'immissione in possesso senza possibilità di vendita¹²², ed in cui

¹²⁰ Vd. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 421; G. ROTONDI, *La 'bonorum venditio'*, cit., 123; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 426.

¹²¹ Cic. *pro Quinct.* 19.60.

¹²² Vd. G. ROTONDI, *Bonorum 'venditio'*, cit., 124; L. ARU, *Il processo*, cit., 48-49; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., II, 61 e 71; ID., *In tema*, cit., 89; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 426; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 332.

bile l'opinione degli autori¹⁰³ che ammettono la *bonorum venditio* nei confronti degli assenti, in quanto solidamente basata sul tenore di numerosi testi: Gai 3.78; Cic. *pro Quinct.* 19.60; Paul. 57 *ad ed.* D.42.4.6.1; Pap. 14 *resp.* D.42.4.13 e Imp. Gordianus A. Mestriano C.2.50.4 (a. 236). Giova analizzare ciascuno di essi in dettaglio.

Gai 3.78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum veluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur...*

Questo testo è suscettibile di due diverse interpretazioni. Da un lato, vi sono coloro¹⁰⁴ i quali, ritenendo che solo il latitante era soggetto alla *bonorum venditio*, interpretano le parole *nec absentes defenduntur* come una clausola condizionale dell'Editto contro il latitante, equivalente all'espressione *Qui fraudationis cau-*

¹⁰⁴Vd. W.HARTMANN, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, Göttingen, 1851, §. 8; F. FILOMUSI GUELFI, *Il processo*, cit., 26, nt.13; H.J. ROBY, *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, II, Cambridge, 1902, rist. Darmstadt, 1975, 471 ss., a cui si è unito L. WENGER, *Litteratur Henry J. Roby, 'Essays on the law of Cicero's Private Orations'*, Cambridge, 1902 (= ZSS, XXII, 1914, 469 ss).

sa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur. Dall'altro lato, secondo una differente lettura, alcuni autori¹⁰⁵ ritengono invece che si tratti di due clausole indipendenti¹⁰⁶ e che, a partire dal ritrovamento del manoscritto veronese nel 1816¹⁰⁷, non sia più possibile dubitare della possibilità di vendita dei beni dell'assente.

È più chiaro, nel senso che l'assente indifeso a cui fosse stata imposta la *missio in bona* potesse subire la vendita dei beni, una volta trascorsi i termini stabiliti, un testo di Paolo, in

Paul. 57 *ad ed.* D. 42.4.6.1: Dicitur 'et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus veniant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publi-

¹⁰⁵M. H. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1865, 560 ss.; G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen. Entstem und Geschichte des römischen Privatrecht*¹⁰, I, Lipsia, 1893, § 160; E. COSTA, *Le orazioni*, cit., 20 ss.; ID., *Profilo*, cit., 95, nt.1; G. ROTONDI, '*Bonorum venditio*', cit., 121 ss.; S. SOLAZZI, *L'editto*, cit., 413; L. ARU, *Il processo*, cit., 49.

¹⁰⁶Vd. Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.17, in cui si parla di tali clausole edittali in modo indipendente.

¹⁰⁷Anno in cui venne ritrovato da Niebuhr nella Biblioteca Capitolare di Verona un manoscritto quasi incorrotto del giurista classico.

¹⁰⁸Cfr. G. PROVERA, *Il principio*, cit., 88; L. ARU, *Il processo*, cit., 49.

6°.- Si procedeva alla *missio* ed alla successiva vendita dei beni quando l'erede sospetto (*heres suspectus*) non ottemperava all'ordine del pretore di prestare garanzia (*satisdatio*): *Si heres suspectus non satisdabit*¹¹⁶.

Al riguardo, nelle fonti sono contemplati due casi particolari: la *missio* nei beni di colui che, avendo prestato la *cautio vadimonium sisti*, successivamente non si fosse presentato¹¹⁷, ed il caso, ricordato da Gai 3.84, della *missio* intesa a sanzionare la responsabilità pretoria a carico di chi si fosse sottoposto ad *adrogatio* e della donna *sui iuris* che fosse passata sotto la *manus* del marito o di un estraneo. In tali casi il pretore concedeva nei confronti dell'*adrogatus* o della *mulier* un'azione utile, l'*actio utilis rescissa capitis deminutione*¹¹⁸, e, qualora i convenuti non si fossero difesi, autorizzava la vendita dei beni, che si consideravano

¹¹⁶Ulp. 2 *de omn. trib.* D.42.5.31.3. Vd. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 421; G. ROTONDI, *La 'bonorum venditio'*, cit., 123.

¹¹⁷Ulp. 12 *ad ed.* D.42.4.2.pr.: Vd. P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 426.

¹¹⁸Vd. Gai 4.83.

¹¹⁹Vd. Gai 4.80.

trovandosi a Roma, non si fosse presentata dinanzi al Tribunale, rifiutando la *in ius vocatio*. Ci pare tuttavia più corretta la prima opinione: in merito all'ultima tesi esposta, occorre infatti segnalare come la clausola edittale in questione non trovasse applicazione una volta effettuata la *in ius vocatio*, poiché l'Editto prevedeva, per il caso del *vocatus neque venerit neque vindicem dederit*, un'*actio in factum* e, per il caso del *vocatus* che avesse prodotto un *vindex* e non si fosse presentato, una *missio in bona* non seguita dalla vendita.

5°.- Si procedeva parimenti alla vendita dei beni nel caso in cui si trattasse di un'eredità *cui heres non exstabit*¹¹³ (dunque in mancanza di erede o di altro successore¹¹⁴), a cui il Fisco avesse rinunciato¹¹⁵.

¹¹⁴ V. GIUFFRÈ afferma che questo caso dovette presentarsi alla fine del III od all'inizio del II secolo a.C., poiché precedentemente il problema dovette essere considerato marginale a causa dell'esistenza di *heredes sui* o *heredes sui et necessarii*, i quali non potevano astenersi dall'*hereditas damnosa* (*Sull'origine*, cit., 338 ss.; ID., *La 'substantia'*, cit., 281 ss.).

¹¹⁵ Vd. Call.1 *de iur. fisc.* D.49.14.1.1. Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 416; G. ROTONDI, *La 'bonorum venditio'*, cit., 122; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 426.

cae causa sine dolo malo afuit', intelligimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire.

Non riteniamo possano sussistere dubbi sulla menzione nell'editto dell'assenza *sine defensione*, tra le cause di vendita del patrimonio del debitore. Diversamente, non si comprenderebbe il testo di Paolo, da cui risulta che il pretore vietava espressamente la vendita dei beni del pupillo e dell'*absens rei publicae causa sine dolo malo*¹⁰⁸. La medesima eccezione viene ricordata nella *lex Iulia municipalis* del 47 a.C.:

l.116 ss.: praeterquam sei quouis quom pupillus esset reive publicae causa abesset neque dolo malo fecit fecerit, quo magis rei publicae causa abesset...

nonché in una Costituzione dell'Imperatore Gordiano dell'anno 239 d.C:

Imp. Gordianus A. Mestriano C.2.50.4: (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.

Dai testi riportati si ricava che i beni di quanti, senza dolo, siano assenti *rei publicae causa* potevano essere unicamente posseduti, e non venduti; deduciamo pertanto, *a contrario*, che fosse possibile vendere i beni dell'assente con dolo. Si può ritenere, quindi, che il ricorso alla *venditio* contro gli assenti ebbe applicazione a partire dal momento dell'emanazione di questo editto, quindi prima dell'81 a.C. (data dell'*oratio pro Quinctio* che lo menziona) e probabilmente anche della *lex Iulia municipalis*¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Alcuni autori (S. SOLAZZI, *L'editto*, cit., 413; ID., *Il concorso*, cit., I, 77 ss.; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 133-134) ritengono che questo caso fosse soppresso dai compilatori del *Corpus Iuris*. Ciò spiegherebbe il motivo per cui le *Pandectae* non riproducano la clausola edittale: *qui absens iudicio defensus non fuerit*. L. ARU, *Il processo*, cit., 47 ss., sostiene invece che, sebbene gli assenti indifesi potessero soffrire in linea di principio la vendita dei propri beni, questa pratica cadde rapidamente in disuso per lo sviluppo di determinate istituzioni pretorie, la *in integrum restitutio* (Ulp. 12 *ad ed.* D.4.6.1.1) e la *negotiorum gestio* (Ulp. 10 *ad ed.* D.3.5.1) animate da un *favor absentiae*, in modo tale che in epoca classica solo al latitante veniva imposta la *bonorum venditio*.

¹¹⁰ Si basano particolarmente su Ulp. 39 *ad Sab.* D.50.16.173.1; Ulp. 7 *ad ed.* D.3.3.5; Paul. 6 *ad ed.* D.3.3.6. Vd. A. DERNBURG, *Ueber die 'emptio'*, cit., 56; M.H. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, cit., 560; A. FLINIAUX, *Les effets*, cit., 46 e 59; G.

Ammessa l'esistenza di detta clausola edittale, si pone la questione di determinare quali ipotesi sarebbero rientrate in questa previsione: secondo alcuni studiosi¹¹⁰, la clausola si sarebbe riferita all'ipotesi che la parte processuale, priva di un procuratore o non difesa da un amministratore¹¹¹, si trovasse lontano da Roma o dal luogo in cui aveva sede l'organo dotato di giurisdizione per la vertenza che lo coinvolgeva. Altri autori¹¹² sostengono invece che la clausola trovava applicazione anche al caso di assenza *in iure* (escludendo il latitante), sia perché la parte convenuta fosse lontana da Roma, sia perché, pur

ROTONDI, *La 'bonorum venditio'*, cit., 120; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 87.

¹¹¹ Ulp. 10 *ad ed.* D.3.5.1.

¹¹² Sulla base di Ulp.1 *ad ed.* D.39.2.4.5.; Marc. 9 *inst.* D.40.5.51.5. e Ulp.8 *de omn. trib.* D.50.16.199. Vd. F. FILOMUSI-GUELFU, *Il processo*, cit., 24; S. SOLAZZI, *L'editto*, cit., 411 ss.; ID., *Il concorso*, cit., I, 69 ss.; B. BIONDI, *Recensions*, cit., 232 ss.; O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 415; G. PUGLIESE, *Il processo civile. Il processo formulare*, II.1, Milano, 1963, 376.

¹¹³ Vd. Cic. *pro Quinct.* 19.60; Gai 3.78.

il comportamento di chi, nonostante l'*indefensio*, pretendesse di conservare il possesso della cosa litigiosa.

Mentre, pertanto, nessuno era tenuto a difendersi di fronte all'esercizio di un'*actio in rem*, in quanto la cosa veniva in detta ipotesi trasferita all'attore mediante l'interdetto *quem fundum* o *quam hereditatem*¹⁶², nei confronti di chi si nascondeva (latitante) o era assente, ovvero dello *in ius vocatus* che non compariva dinanzi al magistrato, non era possibile esercitare alcun tipo di azione, né reale, né personale. Il procedimento della *missio in bona* poteva così essere autorizzato sia da crediti, sia da *petitiones*¹⁶³; ciò viene confermato dal già citato passo ulpiano in

¹⁶² Cfr. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 45 ss.; M. MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1987, 206 ss. In generale, in merito alla disciplina dell'*indefensio* in rapporto alle azioni *in rem*, Vd. G. PROVERA, *Il principio*, cit., 136 ss.

¹⁶³ Questo termine fa riferimento alle azioni reali: vd. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 128, nt. 2.

¹⁶⁴ Nell'*inscriptio* del testo si rimanda al libro 72 dei Commenti all'Editto di Ulpiano, si ritiene tuttavia che si tratti di un errore del copista e che il testo sia stato estratto dal libro 62 della medesima opera del giurista. O. Lenel propone la correzione dell'*inscriptio* del testo ed afferma che il frammento proviene dal libro 62,

Ulp. 57 *ad ed.* D. 43.4.1.5¹⁶⁴ ... proinde si ob falsum creditum vel of falsam petitionem mis-

invece che dal libro 72 *ad edictum* di Ulpiano; egli stima che il frammento 1 di D.43.4 abbia dovuto riferirsi alla medesima materia del frammento successivo, proveniente dal libro 59 *ad edictum* di Paolo e relativo alla procedura concorsuale. Vd. O. LENEL, *'Palingensia Iuris civilis'*, II, Lipsia, 1889, rist. Graz, 1960, Ulp. 1418, col. 790, nt. 2; ID., *Das 'Edictum'*, cit., 424, nt. 11. La dottrina in generale, seguendo questo autore, ammette la correzione: vd., tra gli altri, T. MOMMSEN *ad leg.* nell'edizione del Digesto; P. RAMADIER, *Les effets*, cit, 74, n. 2; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 25, nt. 2 e 163, nt. 2; P. BERETTA, *La annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in *RISG*, III, 1949, 324; G. WESENER, *'Actiones ad exemplum'*, in *ZSS*, LXXV, 1958, 233; F. BETANCOURT, *La difesa pretoria del 'missus in possessionem'*, in *AHDE*, LII, 1992, 461 ss.; X. D'ORS (*El interdicto fraudatorio en derecho romano clásico*, Pamplona, 1974, 98 e 99, nt. 8) ammette la correzione, pur indicando che sarebbe parimenti possibile pensare ad un'attrazione del testo a questa sede per effetto della riorganizzazione dell'editto di Giuliano. È necessario in ogni caso rilevare, come già F. BETANCOURT (*La defensa*, cit., 463, nt. 211), che, conservando l'*inscriptio* attuale come proveniente dal libro 72 *ad edictum* di Ulpiano, questa *actio in factum* si troverebbe alla fine del libro 43 dell'Editto perpetuo, dove sono menzionate azioni complementari ad interdetti.

¹⁶⁵ Nerazio fu consigliere imperiale all'epoca di Traiano ed in seguito formò parte del *consilium imperiale* di

sus est in possessionem vel si exceptione summo veri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

Il regime edittale applicabile alle azioni personali (la *missio in bona* e la conseguente *bonorum venditio*) veniva infatti applicato anche nei confronti di chi si nascondeva o era assente, qualora venisse chiamato *in ius* con un'*actio in rem*. Tanto risulta da un testo di Ulpiano, il quale accoglie l'opinione di Nerazio¹⁶⁵, già ratificata da un rescritto dell'Imperatore Adriano:

Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.7.16: Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint. extat Neratii sententia existimantis bona esse ven-

Adriano. Vd. V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e valori in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo*, XXIII, 1977, 197, nt. 136.

¹⁶⁶ *Contra*, M.F. Lepri ritiene che, per le azioni reali, i classici menzionassero la *missio in bona* senza conoscere la *bonorum venditio*, che sarebbe stata estesa al latitante dai compilatori [*Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet*]: M.F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle 'missiones in possessionem'*, Firenze, 1939, 49.

denda: et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur¹⁶⁶.

Da questo testo, considerato genuino dalla maggioranza della dottrina, si evince che in caso di *latitatio* o di assenza¹⁶⁷ il procedimento era, per le azioni reali, identico a quello applicabile per le azioni personali¹⁶⁸.

Bisogna tuttavia rilevare come la concessione della *missio in bona* per le azioni reali non costituisca una soluzione pacifica tra i giuristi classici. Lo stesso Ulpiano, proseguendo nel proprio commento, riferisce l'opinione contraria di Celso, il quale consi-

¹⁶⁷ Sebbene il brano di Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.16, si riferisca unicamente al latitante, la medesima soluzione dovette essere applicata all'assente; ciò viene confermato *a contrario* dal frammento successivo, D.42.4.7.17.

¹⁶⁸ Vd. in questo senso S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR*, VIII, 1985, 194; J.L. MURGA, *Derecho romano clasico II. El proceso*, Zaragoza, 1980, 254 ss.; M. MARRONE, *A proposito*, cit., 206 e 207.

¹⁶⁹ Vd. S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 195; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 133; M. MARRONE, *A proposito*, cit., 207, nt. 86.

tio) al pretore l'apertura del procedimento, in quanto, nonostante le fonti e la dottrina romaniste siano solite indicare che essa è mirata a tutelare i diritti di credito nei casi contemplati dall'Editto, riteniamo che, al meno fino al tempo di Adriano, fosse possibile richiedere la *missio in bona* e la successiva vendita per la tutela dei diritti reali.

MARIA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ

Professoressa titolare della Cattedra di Diritto romano presso l'Università Autonoma di Madrid
E-mail: pilar.perez@uam.es

mento e suo posteriore sviluppo. Li dividiamo, a fini sistematici e didattici, in presupposti soggettivi, oggettivi e formali, come avviene comunemente negli attuali Trattati di Diritto Commerciale e nella normativa spagnola stessa.

Si applica nei confronti del debitore. È sufficiente che il debitore non adempia ad uno solo dei propri obblighi sia che ciò derivi da un'effettiva insolvenza o da una momentanea mancanza di liquidità (la denominata insolvenza relativa o mancanza di liquidità transitoria) affinché qualsiasi soggetto legittimato possa richiedere ed ottenere, nei casi e con i requisiti stabiliti dall'editto, l'apertura della *bonorum venditio* e della *missio in bona*, precedente necessario della vendita. Pertanto, nel procedimento concorsuale romano, né è essenziale l'esistenza di una pluralità di creditori né un requisito indispensabile è costituito dall'insolvenza del debitore. A parte i denominati requisiti materiali (soggettivi ed oggettivi), costituiscono requisiti ineludibili ed indispensabili di carattere processuale o formale l'istanza (*postulatio*) da parte di uno o più soggetti legittimati ed il decreto del magistrato che autorizza la *missio in bona*. All'interno di tale ambito, uno degli argomenti più interessanti e meno studiati è la legittimazione a richiedere (*postula-*

gia, per il caso dell'azione di rivendica esercitata nei confronti di un assente, la *missio in fundum* che costituiva l'oggetto della richiesta, e lo qualifica come il rimedio più comodo (*commodius*) e preferibile all'espropriazione di tutti i beni. Sebbene il giurista si riferisse ad un caso di assenza, la sua teoria, ispirata a motivi di utilità pratica ed efficacia, doveva verosimilmente includere l'ipotesi della *latitatio*¹⁶⁹.

Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.7.17: 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]¹⁷⁰.

Nel paragrafo successivo, Celso si riferisce al caso della *petitio hereditatis* nei con-

¹⁷⁰ La frase finale [da *Hoc adnotandum* alla fine] è un glossema: Vd. S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 195; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 129; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 133, nt. 58; L. CHIAZZESE, *'Jusurandum in litem'*, Milano, 1958, 139. M. F. LEPRI (*Note*, cit., 50), invece, coerentemente con la propria tesi che nel diritto classico si applicasse per le azioni reali la *missio in bona*, considera interpolata la frase [*commodius se existimare in fundi possessionem mittendum*].

fronti del latitante, consigliando a beneficio del creditore l'immissione nel possesso dei beni ereditari. Nel caso in cui il latitante *dolo fecit quo minus possideret*, Celso suggerisce l'applicazione della *missio in possessionem* e la conseguente vendita di tutti i beni del debitore¹⁷¹, non essendo possibile in questo caso una *trasmisso possessio* dei beni, o perché non se ne ha più il possesso, o perché non se ne è mai avuto il possesso per dolo.

Ulp. 59 *ad ed.* D. 42.4.7.18: Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt¹⁷².

¹⁷¹ M. MARRONE, *A proposito*, cit., 204 ss.

¹⁷² Per M. MARRONE la frase finale [*sed si dolo* fino alla fine] recepisce un'opinione del medesimo Ulpiano: *A proposito*, cit., 204.

¹⁷³ Vd. S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 196; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., II, 130.

fonti, sia giuridiche che letterarie, per la sua ricostruzione. Quest'ultima non è tuttavia esente da problemi in quanto Giustiniano ci informa che la *bonorum venditio* cessò di essere utilizzata unitamente ai denominati giudizi ordinari e ciò portò i compilatori ad adattare le fonti giuridiche classiche alla forma di esecuzione collettiva vigente all'epoca: la *distractio bonorum*.

Da ciò emerge – a mio parere – l'importanza delle fonti che ci sono pervenute esterne alla Compilazione di Giustiniano. Rispetto all'origine di tale procedimento, gli autori non solo divergono in merito al momento cronologico della sua comparsa, ma anche su quale tra i molteplici casi contemplati dal pretore nell'Editto sia stato applicato per primo. Risulta interessante chiarire come il procedimento concorsuale classico, che termina per essere utilizzato nel caso di una pluralità di creditori, nasca con una finalità diversa da quella principale di ogni procedimento concorsuale, ovvero la soddisfazione di una pluralità di creditori su un patrimonio generalmente insufficiente, sulla base del principio *par condicio creditorum*.

In merito ai presupposti della *bonorum venditio*, chiamiamo così i requisiti, dalla cui concorrenza dipende l'apertura del procedi-

concursal clásico no es precisa ni la existencia de una pluralidad de acreedores ni es requisito indispensable la insolvencia del deudor.

A parte los llamados requisitos materiales (subjetivos y objetivos), son requisitos ineludibles y inexcusables de carácter procesal o formal la petición (*postulatio*) de alguno de los legitimados y el decreto del magistrado autorizando la *missio in bona*. Dentro de este último apartado, uno de los temas más interesantes y menos estudiados es la legitimación para solicitar al pretor la apertura del procedimiento pues, a pesar de que las fuentes y la doctrina romanista suelen señalar que se dirige a tutelar los derechos de crédito en los casos recogidos por el edicto, consideramos que hasta la época de Adriano podía pedirse la *missio in bona* y subsiguiente venta para la tutela de los derechos reales.

Nel presente articolo ci limitiamo allo studio dell'origine e dei presupposti del procedimento della *bonorum venditio*. Gli argomenti prescelti, origine e presupposti, sono di interesse in quanto pongono diverse controversie dottrinali, a volte di difficile soluzione a causa dello stato attuale delle fonti. Le minori lacune si hanno in merito al procedimento, al suo svolgimento ed effetti, poiché disponiamo di

I §§ 17 e 18 esprimono dunque chiaramente la dottrina di Celso con riguardo alle azioni reali: il giurista suggerisce un procedimento più veloce ed agile (*commodius*) mediante la *missio in possessionem* della cosa controversa, senza distinguere tra latitanza ed assenza¹⁷³.

La dottrina di Celso fu adottata in un rescritto di Antonino Pio, citato da Ulpiano nel § 19¹⁷⁴:

Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.19: Divus quoque Pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum: in quo rescripto et fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat, in possessionem inductus est rerum hereditarium¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Vd. M. MARRONE, *A proposito*, cit., 205 e nt.82; L. CHIAZZESE, *'Jusiurandum'*, cit., 140.

¹⁷⁵ Alcuni autori hanno segnalato la frase [*per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat*] come interpolata. Vd. E. VOLTERRA, *Osservazioni sull' 'ignorantia iuris' nel diritto penale romano. Appendice: Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, XXXVIII, 1930, 139; M. F. LEPRI la ritiene probabile, (*Note*, cit., 50 ss.); Cfr. L. CHIAZZESE, *'Jusiurandum'*, cit., 139.

¹⁷⁶ La dottrina ritiene che il testo trattasse di un caso di

Il rescritto si riferiva al caso di latitanza¹⁷⁶ da parte dell'*hereditatis possessor*, anche se probabilmente – rilevava Solazzi¹⁷⁷ – l'imperatore avrebbe dato la medesima soluzione in caso di assenza. Si concedeva, a chi intentasse la *petitio hereditatis*, di entrare in possesso dei beni ereditari, utilizzando la *missio in fundum* o *in hereditatem* come misura di pressione affinché il latitante (o l'assente) si presentasse ed assumesse la propria difesa.

Neanche Giuliano¹⁷⁸ era propenso, come Celso, a consigliare nei confronti di chi si

latitanza sulla base della locuzione *copiam sui non faciebat*. Vd. L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum*', cit., 139; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 132, nt. 2. Quest'ultimo autore fonda inoltre tale opinione sul testo di Bas. 9.6.7.

E. VOLTERRA lo relaziona invece ad un caso di assenza: *Osservazioni*, cit., 139.

¹⁷⁷ S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 132, nt. 2.

¹⁷⁸ La risposta contenuta in questo testo è attribuita da O. LENEL dubitativamente a Minizio, '*Palingenesia*', cit., I, 879, c. 489. Per S. RICCOBONO non vi è dubbio che il testo contenga un'opinione di Giuliano; ciò sarebbe provato dal verbo *respondi*, che necessariamente si riferisce al giurista: *Studi*, cit., 192 e 197.

¹⁷⁹ Vd. J. CUJACIO, *Opera*, cit., VI, 50; A. DERNBURG, *Ueber die 'emptio'*, cit., 90; S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 194.

edicto, el primero al que se aplicó. Es interesante aclarar que esta institución, que termina siendo utilizada para el caso en que exista una pluralidad de acreedores, nace con una finalidad muy distinta de aquella a la que tiende todo procedimiento concursal, a saber, la satisfacción de una pluralidad de acreedores sobre un patrimonio generalmente insuficiente sobre la base del principio *par condicio creditorum*.

En cuanto a los presupuestos de la *bonorum venditio*, denominamos así a aquellos requisitos previos de cuya concurrencia depende la apertura y posterior desarrollo del procedimiento. Los dividimos a efectos sistemáticos en presupuestos subjetivos, objetivos y formales, tal y como lo hacen, en general, los actuales Tratados de Derecho Mercantil y la propia legislación española.

Se aplica frente al deudor. Basta con que éste incumpla una sola de sus obligaciones ya sea por insolvencia absoluta o por una momentánea falta de liquidez (la llamada insolvencia relativa o iliquidez transitoria) para que cualquier legitimado pueda solicitar, en los casos y con los requisitos establecidos en el Edicto, la apertura de la *bonorum venditio* y de la *missio in bona* que la precede. Por tanto, en el procedimiento

forza del quale veniva autorizzata l'apertura del procedimiento.

ABSTRACT

En el presente artículo nos limitamos al estudio del origen y los presupuestos del procedimiento de la *bonorum venditio*. Los temas elegidos presentan interés porque plantean varias controversias doctrinales que, en ocasiones, son de difícil solución debido al estado actual de las fuentes. Menos lagunas presenta lo referente al procedimiento, tramitación y efectos, pues contamos con fuentes, tanto jurídicas como literarias, para su reconstrucción. Aunque estos textos no están exentos de problemas, pues según informa Justiniano, la *bonorum venditio* dejó de utilizarse junto con los juicios ordinarios, lo que llevó a los compiladores a tratar de adaptar las fuentes jurídicas clásicas al procedimiento vigente en su época, la *distractio bonorum*. De aquí, la gran importancia que – en mi opinión – tienen los textos que han llegado a nosotros fuera de la Compilación de Justiniano.

Respecto al origen de este procedimiento, la doctrina no sólo discrepa sobre el momento cronológico en que apareció sino también sobre cuál fue, de los múltiples supuestos, que fue recogiendo el pretor en su

nascondesse la *missio in bona* seguida dalla vendita (misura invece raccomandata da Nerazio):

lul. 6 *ex Min.* D.8.5.18: Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. respondi oportere praetorem [causa cognita] iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam actori ius aquae ducendae [constituisset] <restituisset> et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, vel uti prata arboresve exaruisset.

Il brano tratta dell'esercizio di un'*actio in rem*¹⁷⁹, in concreto una *vindicatio servitutis*¹⁸⁰, che diviene impossibile per la latitanza¹⁸¹ del

¹⁸⁰ A. DERNBURG (*Ueber die emptio*, cit., 90, nt. 2) la riferisce a una *actio negatoria* o *confessoria*.

Tra gli autori che indicano una *vindicatio servitutis*. Vd. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 131; M. F. LEPRI, *Note*, cit., 48; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 135.

¹⁸¹ Le parole *sui potestatem non faciebat* si riferiscono ad un caso di *latitatio*. Vd. S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 182; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., 131; M. F. LEPRI, *Note*, cit., 48. Per P. RAMADIER il testo si riferiva al caso del *vocatus* che, presentato un *vindex*, non si fosse presentato il giorno stabilito; in questo caso il pretore concedeva la *missio in bona* (*Les effets*, cit., 35 ss.).

proprietario del fondo servente. In questo caso, Giuliano consiglia la *missio in bona adversarii*, escludendo la successiva *bonorum venditio* e utilizzando la *missio* come misura coattiva o di pressione¹⁸².

Nel testo spicca la precisazione che il possesso si doveva prolungare non fino alla comparsa del convenuto, bensì fino alla costituzione della servitù. Tale anomalia dà modo di pensare¹⁸³ che il testo possa essere interpolato: un indizio in questo senso potrebbe essere costituito dal verbo *constituisset*, da sostituire¹⁸⁴ con *restituisset*, in quanto l'obiettivo era di far cessare la turbativa dell'esercizio della servitù già costituita, e non di costituirla.

Risulta parimenti inusuale il fatto che la *missio in bona* si concedesse previa *causae cognitio*, in quanto l'immissione nel possesso si accordava solitamente quando erano soddisfatti i presupposti contemplati dal pretore nel suo editto, senza necessità di ulteriori approfondimenti.

¹⁸² Vd. S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 194; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 36.

¹⁸³ S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 132; M. F. LEPRI, *Note*, cit., 49.

¹⁸⁴ Vd. P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 35.

Sette: L'immissione in possesso (*missio in bona*) e la successiva vendita non erano mai concesse d'ufficio dal magistrato, ma erano necessarie o la cessione dei beni da parte del debitore (in ipotesi di *cessio honorum*), oppure l'istanza (*postulatio*) da parte di un singolo creditore o di una pluralità di creditori, i cui crediti fossero venuti a scadenza. Sebbene le fonti e, in conformità ad esse, la dottrina romanistica sembrano limitare il regime della *missio in bona* alla finalità della tutela e della realizzazione dei diritti di credito, riteniamo che originariamente il regime edittale riferito al latitante ed all'assente si estendesse alle azioni reali.

Otto: In merito al ruolo del pretore nel procedimento romano in esame, segnaliamo che la sua funzione era fondamentalmente limitata all'assistenza dei creditori nelle diverse richieste che questi gli presentassero; ciò era dovuto all'impronta privatistica che dominava l'*ordo iudiciorum privatorum*. Nonostante tale posizione tendenzialmente 'passiva' del magistrato romano, nel procedimento della *bonorum venditio* erano numerosi i momenti nei quali il suo intervento risultava assolutamente necessario, come l'emanazione del decreto, in

esecuzione (personale) di quest'ultima. Fu il pretore ad incaricarsi, successivamente, di adattare a fini esecutivi un istituto processuale che tendeva non alla soddisfazione diretta di uno o più creditori dell'insolvente, bensì alla sostituzione del debitore che non pagava, né assumeva la propria difesa, con un altro soggetto passivo che assumesse tale obbligo. La finalità originaria di questo rimedio potrebbe forse spiegare il dato che sia Gaio (Gai 2.98 e 3.77), sia Giustiniano (I.3.12.pr.) lo citino non come forma di esecuzione, ma come forma di successione universale *iure praetorio*, assimilata alla *bonorum possessio*.

Sei: La *bonorum venditio* si applicava nei confronti del debitore comune: era sufficiente il mancato rispetto di uno solo dei suoi obblighi e che egli si trovasse in una delle condizioni contemplate tassativamente dall'Editto del pretore, affinché uno o più creditori potessero richiedere la *missio in bona* e la successiva vendita dei beni. Per l'apertura del procedimento non era pertanto essenziale l'esistenza di una pluralità di creditori, né dell'insolvenza; bastava che il debitore non pagasse un solo creditore per semplice mancanza di liquidità affinché questi potesse richiedere l'apertura del procedimento.

dimenti. La dottrina ha fornito diverse spiegazioni di questa anomalia: Ramadier¹⁸⁵ ha sostenuto che la *causae cognitio* era necessaria, trattandosi di una fattispecie particolare e non contemplata nell'editto, mentre Riccobono¹⁸⁶ riteneva trattarsi di un caso eccezionale, in cui il pretore doveva valutare i danni derivanti dall'impedimento della servitù, per giudicare se l'interesse del danneggiato richiedesse la *missio in bona* o se fosse sufficiente la *missio in fundum*, consigliata da Celso per le azioni reali. A nostro avviso, è più probabile che l'espressione [*causa cognita*] sia frutto di una interpolazione¹⁸⁷, in quanto numerosi altri testi, nella forma in cui si presentano attualmente, ci informano che l'assente, chiamato in giudizio mediante un'azione reale, in diritto giustiniano subiva la *missio in fundum* o *in hereditatem*, mentre in ipotesi di *latitatio* il pretore poteva, in base alle circostanze, concedere la *missio in bona* od il possesso della cosa controversa¹⁸⁸; in quest'ultimo caso era necessario che

¹⁸⁵ P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 36.

¹⁸⁶ S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 196 ss.

¹⁸⁷ In questo senso si esprime M. F. LEPRI, *Note*, cit., 48.

¹⁸⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 131; G. PROVERA, *Il principio*, cit., 134.

l'organo giudiziario autorizzasse, *causa cognita*, la *missio in singulas res* o la *missio in bona*.

In conclusione, possiamo affermare che originariamente il regime edittale riferito al latitante ed all'assente si estendesse alle azioni *in rem*, dando adito alla *missio in bona* ed alla conseguente *bonorum venditio* dei beni¹⁸⁹; successivamente, Celso e Giuliano, contemporanei ed entrambi appartenenti al *Consilium Hadriani*, smisero di consigliare la *missio* e la vendita dei beni, così come Nerazio, cominciando ad utilizzare la *missio* dell'intero patrimonio, o solamente della cosa controversa, quale misura di pressione e di coercizione¹⁹⁰. Probabilmente, con il passare del tempo si generalizzò la tendenza ad assoggettare l'assente ed il latitante alla *missio in singulas res* del bene rivendicato¹⁹¹; ciò spiegherebbe il fatto che i commenti all'editto dei giuristi classici successivi facciano riferimento all'applicazione della *missio in bona* esclusivamente per le *actiones in personam*.

¹⁸⁹ Ulp. 57 *ad ed.*D.42.7.4.16. e Ulp. [72] <62> *ad ed.* D.43.4.1.5.

¹⁹⁰ Tesi sostenuta da S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 197; J.L. MURGA, *Derecho*, cit., II, 255.

¹⁹¹ Cfr. G. PROVERA, *Il principio*, cit., 135.

risultava possibile, operando come misura di pressione e di coercizione nei confronti del debitore indifeso *latu sensu*, al fine di indurlo a rispettare gli ordini del magistrato, ovvero a procedere al pagamento o a presentarsi in giudizio e difendersi, assumendo correttamente la *lis*; riteniamo, pertanto, che tale procedimento nacque per garantire il principio del contraddittorio che governava l'intero processo civile romano, e che nell'ambito delle procedure formulari culminava con la *litis contestatio*.

Cinque: In epoca classica, la *bonorum venditio*, nella sua applicazione principale e più frequente, venne utilizzata come modalità di esecuzione patrimoniale della sentenza; è per questa ragione che il suo studio viene inquadrato attualmente all'interno della più generale tematica del processo esecutivo romano. Non bisogna tuttavia dimenticare che tale procedimento venne introdotto dal pretore, mediante il suo editto, per determinati casi in cui l'esecuzione personale non risultava possibile, perché il debitore si nascondeva, era indifeso o ancora era deceduto senza lasciare eredi. La *bonorum venditio*, quindi, non nacque come forma di esecuzione (patrimoniale) della sentenza, bensì per ovviare all'ipotesi di mancata

brare pertanto meglio argomentata l'opinione maggioritaria, secondo la quale, conformemente ai modi propri di sviluppo del diritto privato romano, il procedimento della vendita in blocco dei beni comparve, si perfezionò e si diffuse in modo lento e progressivo, ma con due momenti salienti: uno iniziale, in cui il pretore si limitò a immettere uno o più creditori nel possesso del patrimonio del debitore senza però autorizzarli a venderlo, ed un secondo momento, in cui il magistrato concesse loro di vendere il patrimonio e di incassarne il corrispettivo. La *missio* si trasformò con l'introduzione della possibilità di vendita; così, da strumento di pressione, inteso a indurre il debitore ad *accipere iudicium* o a *solvere*, la *missio in bona* si trasformò in misura accessoria dell'esecuzione, destinata alla conservazione del patrimonio del debitore.

Quattro: La finalità per la quale è nato l'istituto all'esame è alquanto diversa da quella cui tende ogni procedimento concorsuale, ovvero la soddisfazione di una pluralità di creditori su un patrimonio generalmente insufficiente, sulla base del principio *par condicio creditorum*. La *bonorum venditio* sorse nella Roma repubblicana come misura sussidiaria all'esecuzione personale, quando quest'ultima non

3.2. *Concessione della missio in bona per decreto del magistrato*

a) La funzione del magistrato

Bisogna rilevare che, mentre nel vigente diritto spagnolo il giudice è considerato l'organo rettore del processo con ampi poteri di direzione, supervisione e controllo sulle azioni dei restanti organi del fallimento, nonché di decisione sulle questioni di fondo che gli vengano poste, siano esse principali od incidentali¹⁹², e che al giudice è demandato l'impulso del processo¹⁹³, coadiuvato, naturalmente, dal Cancelliere¹⁹⁴, in diritto romano

¹⁹² Vd. G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho*, cit., 843.

¹⁹³ Art. 186 Legge fallimentare spagnola (*Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal*).

¹⁹⁴ Legge fallimentare spagnola (*Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal*) disp. fin. 6.

¹⁹⁵ Non è questa la sede per affrontare nel dettaglio il carattere pubblico o privato del processo romano, in merito vd. E. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, 114 ss. e 233 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, 75 ss.; J.L. MURGA, *Derecho*, cit., 49 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini (corso di diritto romano)*, Torino, 1986, 16 ss.

la funzione del magistrato era limitata fondamentalmente ad assistere i creditori nelle diverse richieste che essi gli rivolgevano. Riteniamo probabile che ciò fosse dovuto all'impronta privatistica del procedimento, quando esso gravitava nell'orbita dell'*ordo iudiciorum privatorum*: nel processo civile romano due erano infatti gli elementi che incidevano nell'organizzazione processuale per la difesa dei diritti, ovvero l'elemento privatistico, rappresentato dall'azione, e l'intervento statale dell'organo dotato di giurisdizione.

A nostro parere, tuttavia, nel processo formulare romano-classico la sfera privata prevaleva rispetto a quella pubblica; particolarità che si avverte chiaramente non solo ove si pensi alla sentenza emanata da un giudice privato o all'accordo tra le parti nel momento della *litis contestatio*, ma anche dalla sopravvivenza di alcune istituzioni, conservate come vestigia di autotutela, quali la *manus iniectio* e l'extraprocessuale ed il *vadimonium*¹⁹⁵.

Nonostante questo ruolo relativamente 'passivo' del magistrato romano, nel procedimento della *bonorum venditio* erano numerose le fasi in cui il suo intervento risultava assolutamente necessario. Il pretore doveva infatti emanare necessariamente tre diversi decreti: un primo decreto che, su istanza dei creditori,

eccezionale della *legis actio per pignoris capionem*. Successivamente, durante l'epoca classica, l'esecuzione personale continuò a rivestire un ruolo formalmente preferenziale, come unica forma riconosciuta dallo *ius civile*; l'esecuzione patrimoniale, basata sull'*imperium* del magistrato, dovette tuttavia essere impiegata nella pratica con maggior frequenza, essendo più soddisfacente per l'attore rispetto all'esecuzione personale.

Tre: La *bonorum venditio* nacque nell'ambito del diritto pretorio nel II secolo a.C. e venne mantenuta in vigore nell'epoca repubblicana e per tutta l'epoca classica, fino al III secolo d.C. Essa costituiva il risultato della concatenazione di due strumenti di tutela pretoria diversi e successivi: uno di carattere preliminare e conservatore, la *missio in bona*, ed un altro realmente esecutivo, la *bonorum venditio*.

Nonostante le affermazioni di Gai 4.35, riteniamo che non sia possibile determinare con certezza il momento della comparsa di tale strumento processuale; possiamo solo affermare che il procedimento in questione ci appare completamente sviluppato nell'anno 111 a.C. (*lex Baebia agraria*). In merito all'introduzione della *bonorum venditio*, continua a sem-

sto²²⁸, mentre nei confronti di chi occupava ingiustamente il patrimonio di un'altra persona, si concedeva l'azione di ingiuria²²⁹.

IV. Conclusioni

Uno: La *bonorum vendito* era un istituto di creazione pretoria, a carattere universale, e, nel caso in cui vi fosse una pluralità di creditori, collettivo; esso era mirato all'appropriazione del patrimonio del debitore su istanza di uno o più creditori, immessi nel possesso dei beni dell'inadempiente. Rispettando determinate scadenze, il *magister bonorum* procedeva alla vendita all'incanto del patrimonio nel suo insieme e lo consegnava a chi si offriva di pagare la maggior quota percentuale dei debiti del fallito.

Due: La *bonorum venditio* fu il primo procedimento di esecuzione patrimoniale riconosciuto dall'ordinamento giuridico romano, in quanto, fino al momento della sua comparsa, l'unica forma possibile di esecuzione era quella personale, attuabile mediante l'esercizio della *manus iniectio*, salvo l'applicazione

²²⁸ Gai 4.177.

²²⁹ Vd. Ulp. 77 *ad ed.* D.47.10.15.31.

autorizzava la *missio in bona* ed ordinava di rendere pubblicamente nota l'immissione nei beni (*proscriptio bonorum*) e la notizia della loro imminente vendita, un secondo decreto con cui si autorizzavano i creditori a nominare un *magister bonorum* con l'incarico di procedere alla vendita ed un terzo decreto con il quale approvava le condizioni della vendita e ne ordinava la pubblicazione al *magister bonorum*¹⁹⁶. A

¹⁹⁶ Sulle fonti e la dottrina che trattano i diversi decreti emanati dal magistrato ed i termini per procedere alla *bonorum venditio*, vd. M^a.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La 'bonorum venditio'*, cit., 231 ss. e soprattutto 234-236.

¹⁹⁷ Si tratta di funzioni di custodia, ovvero reintegro e riduzione della massa attiva, come pure di amministrazione: 1°.-La vendita di beni che potrebbero deperire od andare persi con il trascorrere del tempo. 2°.- L'esercizio delle azioni del debitore soggette a termini preclusivi; ciò non avviene perché i creditori od il debitore non possano difendersi, in quanto si riconosce loro la possibilità di nominare un procuratore, bensì perché per essi risulta estremamente gravoso obbedire alle norme della rappresentanza processuale. 3°.- Parimenti, nei confronti del curatore possono rivolgere le proprie azioni i creditori del debitore; egli però non deve rispondere nei confronti di tutti i creditori, in quanto così si violerebbe il principio della *par condicio creditorum*, bensì solamente nei confronti delle azioni reali e delle azioni personali privilegiate. 4°.- Viene legittimato per l'esercizio delle risorse processuali

parte tali interventi assolutamente necessari per il corretto svolgimento del procedimento, l'attività del magistrato era prevista anche in altri casi, ad esempio qualora si dovesse nominare un *curator bonorum*, per le funzioni di amministrazione dei beni che l'ordinamento attribuiva in esclusiva a tale figura¹⁹⁷. Parimen-

contemplate dall'editto e rivolte alla revoca degli atti eseguiti a danno dei creditori. 5°.- Soddisfare alcuni debiti particolarmente gravosi, che tendono ad incrementare per via penale. 6°.- Le facoltà del curatore dei beni si completano con quelle relative al *curator ventris nomine*: in concreto, dovrà riscattare i beni che superino il valore del credito garantito per evitare che vengano vendute dal creditore pignoratizio con danno per la massa attiva, nonché evitare che i beni si perdano per usucapione e che i debitori si liberino con il trascorrere del tempo. 7°.- Infine, il curatore una volta nominato sostituisce i creditori nelle funzioni di custodia.

¹⁹⁸Vd. Ulp. 5 *ad ed.* D.42.4.2.pr. e 1; Ulp. 2 *de omn. trib.* D.42.5.31.3; Paul. 8 *ad Plaut.* D.39.2.7.pr.; Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.1; Paul.1 *ad ed.* D.50.1.26.1; Val. Prob. 5.24; Cic. *pro Quinct.* 6.25.

volti ad evitare la proposizione dolosa o arbitraria dell'istanza di *missio in bona*. Nel caso in cui un creditore avesse addotto una causa erronea od inesistente, la *postulatio* – secondo quanto già esposto – sarebbe stata considerata nulla, con conseguente invalidazione di tutti gli atti da essa dipendenti (*consequens erit dicere venditionem bonorum secutam nullius momenti esse*²²⁵).

E ciò persino nel caso in cui la *postulatio* del *falsus creditor* giocasse a favore dei veri creditori: *...si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio...*, poiché il vizio iniziale era insanabile²²⁶. Del pari, quando il decreto della *missio* era ottenuto ingiustificatamente, il pretore non tutelava il possesso dei soggetti che l'avessero richiesto²²⁷; in tale ipotesi, quando il *missus* avanzava richieste dolose o temerarie esercitando un'*actio in factum* (promessa dall'Editto – e descritta in Ulp. 72 *ad ed.* D.43.4.1.pr. – contro colui che, con dolo, avesse impedito l'entrata in possesso di uno o più creditori), poteva a sua volta essere sottoposto ad un *iudicium contrarium* e quindi condannato a pagare un quinto del credito richie-

²²⁶ Vd. Paul. 59 *ad ed.* D.42.5.12pr.

²²⁷ Vd. Ulp. 62 *ad ed.* D.43.4.1.5.

vrebbe concesso la *missio in bona* senza verifiche preliminari, e non sarebbe perciò corretto pensare ad una vera e propria *causae cognitio*: il magistrato non accertava le circostanze addotte dal creditore, limitandosi ad immetterlo in possesso in base al proprio Editto²²².

È quest'ultima l'opinione che trova nelle fonti un più significativo supporto: mediante il riferimento all'Editto²²³, il pretore si esonerava da una *causae cognitio*, limitando la validità e l'efficacia della *missio* all'effettiva sussistenza dei presupposti elencati nell'editto²²⁴. Più precisamente, dal momento che il Pretore si limitava a constatare la corrispondenza formale tra le ragioni addotte dal creditore e le condizioni poste dall'Editto, l'ordinamento contemplava diversi espedienti

²²³ Ulp. 2 *de omn. trib.* D.42.5.31.3: *bona possideri venumque dari ex edicto suo iubebit*; Cic. *pro Quinct.* 6.25: *... postulat a Burrieno praetore Naevius, ut ex edicto...* e 19.60: *Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse* Cic. *ad Att.* 6.1.15: *... de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis quae ex edicto et postulari et fieri solent...*; Val. Prob.: *Bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo.*

²²⁴ Cfr. S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 138-139; I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., 114 ss.; V. SCIALOJA, *Procedimento*, cit., 290.

²²⁵ Ulp. 58 *ad ed.* D.42.4.7.3: *... Si quis possiderit bona alicuius quasi latitantis, qui non latitabat, et vendiderit, consequens erit dicere venditionem bonorum secutam nullius momenti esse.*

ti, il pretore doveva intervenire nel caso in cui si rendesse necessaria l'autorizzazione ai creditori di preservare beni mobili mediante l'apposizione di sigilli, oppure ove vi fosse l'esigenza di conoscere l'entità del passivo; in quest'ultima eventualità il magistrato autorizzava uno dei creditori (*ne corrumpantur rationes*) a consultare e a copiare i libri contabili.

b) *Decreto del magistrato*

Nessuno dei documenti pervenutici ha conservato nella sua interezza la formulazione originaria dell'ordine pretorio (*iussum*), ma da espressioni utilizzate dall'editto o negli scritti dei giuristi¹⁹⁸ si può desumere che essa recitava semplicemente: *bona NiNi ex edicto possidere proscribi venerique iubebo*¹⁹⁹. Sulla base del codice Ambrosiano di Val. Prob. 5.24, in cui si menziona la sigla: B.E.E.P.P.V.Q.P.P., alcuni autori affermano che l'aggiunta finale (P.P.) non sia l'errore di un copista al posto

¹⁹⁸ Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 413; P. F. GIRARD, *Manuel*, cit., 1065; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 106; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 36; M. KASER, *Derecho*, cit., 380.

dell'originario I, come ritiene la dottrina maggioritaria, ammettendo *pro portione iubebo*²⁰⁰.

Mediante questo primo decreto il pretore autorizzava i creditori sia al possesso dei beni, sia alla pubblicazione (*possideri et proscribi*²⁰¹),

²⁰⁰ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum*, cit., 413, nt. 1 e la bibliografia citata. Per P. RAMADIER la formula sarebbe *BONA NINI EX EDICTO POSSIDERE VENERIQUE IUBEBO*, in cui si menzionerebbero congiuntamente gli ordini di possedere, pubblicare e vendere i beni (*Les effets*, cit., 33).

²⁰¹ Questa è l'opinione sostenuta dalla dottrina maggioritaria: F. L. KELLER, *De la procedura*, cit., 406; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 64; Ph. E. HUSCHKE, *Über das Recht des 'Nexum' und das alte römische Schuldrecht*, Lipsiae, 1846, rist. Darmstadt, 1980,151; A. ARMUZZI, *Il 'magister'*, cit., 483; G. ROTONDI, *'Bonorum venditio'*, cit., 106; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 172; S. SOLAZZI, *In tema*, cit., 77; M. TALAMANCA, *La vendita*, cit., 242; G. DONATUTI, *Voci*, cit., 1024; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 135; U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, cit., 480.

²⁰² Vd. Cic. *pro Quinct.* 6.27; 15.50; Sen. *de ben.* 4.11-13.

gono invece che il pretore potesse, a propria discrezione, accordare la *missio in bona, causa cognita*, al di fuori dei casi previsti nell'*album*; sarebbe questa la c.d. *bonorum possessio decretalis*²¹⁸, ben differente rispetto alla *bonorum possessio edictalis*²¹⁹, consistente in ipotesi di *missiones* contemplate dall'Editto e che venivano perciò accordate senza necessità di preliminarne *causae cognitio*. Per Accarias²²⁰, il magistrato era tenuto ad effettuare la *causae cognitio* ogniqualvolta l'immissione nel possesso non venisse accordata *ex causa iudicati*.

3°.- Infine, la posizione dalla dottrina maggioritaria²²¹, è quella secondo cui il pretore a-

²¹⁹ Ulp.44 *ad ed.* D.38.6.1.4.

²²⁰ C. ACCARIAS, *Précis*, cit., II, 766.

²²¹ F. L. KELLER, *De la procedura*, cit., 406; S. RICCOBONO, *Studi*, cit., 193; P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 33 ss.; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 137 ss. e II, 122; M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, cit., 525; V. SCIALOJA, *Procedimento*, cit., 290; I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., 112 ss.; P. VOCI, voce *Esecuzione*, cit., 422.

²²² Vd. Ulp. 2 *de omn. trib.* D.42.5.31.3: *Quod si suspectus satisdare iussus decreto praetoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri venumque dari ex edicto suo permittere iubebit.* Cfr. Cic. *pro Quinct.*10.26.

ce privo di rappresentante, testo che però generalmente è stato considerato interpolato²¹³. Secondo Ramadier²¹⁴, la *causae cognitio* per la concessione della *missio in bona* sarebbe stata necessaria solamente agli albori del processo formulare, fino al momento in cui l'editto fissò la lista definitiva delle cause legittimanti l'immissione nel possesso.

2°.- Per un secondo gruppo di autori²¹⁵ la *causae cognitio* si imponeva con riferimento esclusivo ad ipotesi particolari e tassative, quali i casi in cui la *missio* fosse invocata nei confronti del pupillo presente *in iure* e che non fosse difeso²¹⁶ o contro il patrimonio del debitore defunto, qualora l'incertezza sull'esistenza dell'erede sussistesse per un periodo di tempo oltremodo prolungato. Altri²¹⁷ sosten-

²¹³ Vd. *Index interp. ad leg.* Cfr. G. ROTONDI, 'Bonorum venditio', cit., 115; P. GIUNTI, 'Ius', cit., 51.

²¹⁴ P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 26.

²¹⁵ P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 36 e 37, nt. 2; I. ANDOLINA, *I presupposti*, cit., 118; S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 50, 93 e 140.

²¹⁶ Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.5.1.

²¹⁷ Vd. P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 34; M. LAURIA, 'Jurisdictio', cit., 525; V. SCIALOJA, *Procedimento*, cit., 290, nt. 12.

²¹⁸ Vd. Ulp. 49 *ad ed.* D.38.15.2. 1 e 2.

subordinando la vendita dei beni alla condizione di *bona per dies continuos XXX (XV) possideri et proscribi* (Gai 3.79); o congiuntamente concedeva l'immissione nel possesso ed ordinava la pubblicazione (*proscriptio bonorum*) ai creditori.

La *proscriptio* consisteva nell'affissione di cartelli, denominati *libelli*²⁰², in prossimità dei luoghi più frequentati della città, dove quindi potessero essere letti da tutti²⁰³: *Libellis in celeberrimis locis proponuntur*²⁰⁴. La *proscriptio* veniva effettuata dai creditori²⁰⁵ immessi nel possesso

²⁰³ Vd., sulla possibilità che l'affissione si svolgesse sulla *columna Maenia*, C. CASCIONE, 'Bonorum proscriptio apud columniam Maeniam', in *Labeo*, XLII, 1996, 455.

²⁰⁴ Cic. *pro Quinct.* 15.50.

²⁰⁵ Non mancano tuttavia autori che ritengono che la notifica spettasse al *curator bonorum* come rappresentante dell'insieme dei creditori, vd. E. COSTA, *Profilo*, cit. 94; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., 145; G. SCHERILLO, *Corso*, cit., 261. Non lo riteniamo probabile, in quanto il curatore dei beni è una figura eventuale del procedimento, nominata solamente nel caso in cui sia necessario svolgere le funzioni attribuitele in esclusiva dall'ordinamento. Sul curatore vd. M^a. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La 'bonorum venditio'*, cit., 194 ss.

²⁰⁶ Vd. Gai 3.79: *iubet ea praetor... possideri et proscribi*.

per ordine del magistrato²⁰⁶, ed annunciava l'immissione dei creditori nel possesso dei beni, che sarebbero stati venduti²⁰⁷. Questi passaggi del procedimento trovano – a nostro avviso – conferma nei testi contenenti l'ordine pretorio e che utilizzano l'espressione *bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo* od altre espressioni equivalenti²⁰⁸.

In dottrina si discute – come già segnalato – se la concessione del decreto fosse preceduta da una *causae cognitio*. Le opinioni degli studiosi possono essere suddivise in tre gruppi.

²⁰⁷ Opinione sostenuta da S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 175 ss.; ID., *In tema*, cit., 88-89; L. DE SARLO, 'Missiones in possessionem' e 'proscriptio', in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 499 ss.

²⁰⁸ Vd. Val. Prob. 5.24; *Lex Rubr. de Gall. Cis. c. 22.47*: ... *bona eorum possideri proscribere venerique iubebo*; Cic. *ad Att.* 6.1.15: *de bonis possidendis vendundis magistris faciendis*.

²⁰⁹ E. CARRELLI, *Per una ipotesi*, cit., 433; V. GIUFFRÈ, *Sull'origine*, cit., 346, nt. 105. Questi autori si limitano ad indicare la necessità di un esame sommario previo.

1°.- Un primo gruppo di autori²⁰⁹ ritiene che il pretore operasse in ogni caso *causa cognita*, per la concessione della *missio in bona rei servandae causa*. In questo senso, Jobbé-Duval²¹⁰ afferma che il pretore conservava un diritto di controllo su tutte le *missiones in possessionem* che avesse promesso nel proprio Editto, in quanto la *missio* e la *bonorum venditio* – a cui la prima portava – erano provvedimenti di estrema gravità; il pretore poteva infatti negare l'immissione nel possesso qualora, al termine di un esame sommario, sorgessero ragionevoli dubbi in merito alla correttezza della domanda. Lemosse²¹¹ deduce l'esigenza di un controllo da parte del magistrato da un testo di ulpiano (Ulp. 59 *ad ed.* D.42.4.7.11²¹²) relativo al regime particolare disposto per il debitore incapa-

²¹⁰ E. JOBBÉ-DUVAL, *Les decrets des magistrats pourvus de la iurisdictio contenciosa inter privatos (Interdits, 'missiones in possessionem', 'bonorum possessiones', 'stipulationes' prétoriennes, 'restitutiones in integrum')*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 207 ss.

²¹¹ M. LEMOSSE, 'Cognitio'. *Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris, 1944, rist. Roma, 1971, 198 ss.

²¹² Cfr. Ulp. 62 *ad ed.* D.42.5.15.pr.