

CORRADO BRANCATI *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*

ABSTRACT

La *missio in possessionem* appare nelle fonti un fenomeno assai differenziato nelle sue ipotesi applicative; tuttavia sembra di poter riscontrare che la temporaneità rappresenti una caratteristica comune alle molteplici clausole edittali. Le varie forme di immissione erano infatti tutte ordinate per offrire una tutela provvisoria; unica eccezione la *missio in rem*, creazione postclassica con finalità esecutive abolita da Giustiniano in modo perentorio.

La temporaneità può essere verificata con una certa agevolezza nella *missio in possessionem rei servandae causa*, fase della *bonorum venditio*, e nella *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* che terminava con la soddisfazione dell'immesso realizzata *in iure* o in altro modo. Ma la temporaneità era presente anche in ipotesi nelle quali a prima vista oggi può sembrare più difficile scorgersela: risulta essere caratteristica della *missio in possessionem Antoniniana* che già presentava elementi di esecutività, come pure caratterizzava la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*, sebbene in questo caso l'immissione poteva protrarsi per un lasso di tempo assai prolungato. La temporaneità appare inoltre elemento essenziale della *missio in possessionem damni infecti nomine* in quanto la vera immissione era limitata al tempo intercorrente tra primo e secondo decreto.

La temporaneità può quindi fornire un primo elemento per un tentativo di ricostruzione unitaria del variegato fenomeno della *missio in possessionem* e una conferma di tale possibilità nasce dall'osservazione che la *missio in possessionem*, in tutte le sue manifestazioni, era un atto *magis imperii quam iurisdictionis*.

CORRADO BRANCATI

IL CARATTERE TEMPORANEO DELLA MISSIO
IN POSSESSIONEM

SOMMARIO

0) *La temporaneità*; 1) *La missio in possessionem rei servandae causa come procedura temporanea volta alla bonorum venditio*; 2) *La missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa come tutela provvisoria dei diritti del legatario e del fedecommissario*; 3) *La missio antoniniana tra esecutività e temporaneità*; 4) *La missio in possessionem ventris nomine, una tutela per il nascituro*; 5) *La missio in possessionem ex Carboniano edicto, una tutela per l'impubere*; 6) *Missio in possessionem damni infecti nomine, la temporaneità tra primo e secondo decreto*; 7) *La missio in rem: eccezione postclassica*; 8) *La temporaneità ed ulteriori elementi base per una ricostruzione unitaria della missio in possessionem, atto magis imperii quam iurisdictionis.*

Ordinato dal pretore in una ampia serie di casi molto differenziati tra loro¹, il provvedimento di *missio in possessionem* ciononostante era

¹ In D. 42, 4, 1 Ulpiano enumera tre casi in cui l'immissione era *in bona* ossia nel complesso dei beni ereditari – *missio in possessionem rei servandae causa, missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa, missio in possessionem ventris nomine* – ed una in cui l'immissione era nel singolo bene, ossia la *missio in possessionem damni infecti nomine*. In realtà Ulpiano in questa enumerazione sembra dimenticare ulteriori casi di immissione di cui si trova traccia nelle fonti. LENEL (*Edictum perpetuum*, Parigi, 1927, p. 72), ritiene, infatti, che l'immissione fosse concessa anche nel caso di *qui iudicio sistendi causa fideiussorem non dedit*; giustamente però SOLAZZI (*Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1937, p. 17, 29), mostra che tale clausola doveva essere ricompresa nella *missio in possessionem rei servandae causa* come nella stessa rientrava anche la *missio dotis servandae causa* di cui si trova traccia in C. 7, 72, 8 (in cui la moglie è appunto equiparata agli altri creditori) e in D. 50, 1, 26, 1 che sembra frutto di interpolazione. Al catalogo delle immissioni ulpianee occorre però aggiungere la *missio in possessionem Antoniniana* e la *missio in rem* concesse anch'esse nell'ambito della tutela dei legati e dei fedecommissi, come ben evidenziato da FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Roma, 1889, p. 413; DE ROBERTIS, *Di una pretesa innovazione di Antonino Caracolla. La "missio in possessionem in bona heredis" e la portata effettiva dell'intervento imperiale*, in *Ann. Bari*, 1, 1938, p. 99 ss.; IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommissi*, Milano, 1967, p. 277 ss.; ARCARIA, *Missio in possessionem e cognitio fedecommissoria*, in *BIDR*, 28, Milano 1986, p. 243 ss.; e da ultima DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria: per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Torino, 1999, p. 11 ss.; e occorre aggiungere ancora l'editto Carboniano, che se NIEDERMEYER (*Studien zum Edic-*

presumibilmente riconducibile ad unità. Forse il più importante degli elementi che possono fondare una tale ricostruzione unitaria del fenomeno è la temporaneità.

Si parla di temporaneità in base all'osservazione che, almeno per tutta l'epoca classica, il pretore concedeva la *missio in possessionem* sempre per un lasso di tempo determinato. Il magistrato ordinava cioè l'immissione quando aveva necessità di offrire al richiedente una tutela provvisoria, in attesa che si verificassero ulteriori circostanze atte a dare completa soddisfazione agli interessi di chi si trovasse nel giusto. La durata dell'immissione a volte era stabilita direttamente dall'editto, a volte era decisa dal pretore, a volte era insita nella situazione che conduceva alla concessione della *missio in possessionem*.

1. Direttamente dall'editto era stabilita la durata della *missio in possessionem rei servandae causa*, ossia dell'immissione che il pretore concedeva, a favore dei creditori, in un'ampia serie di casi² nel com-

tum Carbonianum, in ZSS, 50, 1930, p. 83 ss.), considera essere un caso di *bonorum possessio*, LA ROSA (*Appunti sull'editto Carboniano*, in *Ann. Catania*, 6, 1953, p. 152 ss.), secondo noi giustamente, ritiene essere una *missio in possessionem*.

² Gaio, III, 78 divide le ipotesi di *missio in possessionem rei servandae causa* in due categorie a seconda che siano accordate *inter vivos* ovvero *mortis causa*, ponendo tra le prime l'ipotesi di chi *fraudationis causa latitabit nec absentes defenduntur*, l'ipotesi di *qui ex lege Iulia bona cedunt* e il caso del giudicato ossia *item iudicatorum post tempum quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur*; tra i casi *mortis causa* rimane quello di coloro *quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere*. Nel suo *Edictum perpetuum* (cit. p. 415), LENEL rintraccia nelle fonti, tra le concessioni dell'immissione *inter vivos*, anche quella di chi *cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur* e quella di chi *ut oportet defensum non fuerit*. Merito del SOLAZZI (*op. cit.*, I, p. 90 ss.) è invece, oltre ad aver comunque approfonditamente trattato dei casi di immissione *inter vivos* fornendo alle ipotesi del Lenel un'ancora più vasta base teorica, quello di aver meglio specificato i casi di immissione *rei servandae causa* seguenti la morte del debitore, rilevando che il pretore concedeva tale rimedio anche contro i beni del defunto *cui heres non extabit*, contro l'erede se essendo un *heres suspectus non satisfacit* e contro *qui capitali crimine damnatus erit*, ipotesi ampiamente analizzate anche da CARRELLI (in *Per una ipotesi sulla origine della bonorum venditio*, SDHI, 4, 1938, p. 427 ss. e in *Ancora sulla origine della bonorum venditio*, SDHI, 10, 1944, p. 302 ss.) che sostiene tra l'altro la preesistenza di tali ipotesi a quelle *inter vivos*. Le tesi di LENEL e SOLAZZI, seppure variamente criticate in dottrina (cfr. ARU, *Processo civile contumaciales*, Roma, 1934, p. 48 ss.) hanno finito per prevalere e le loro teorie sono fondamentalmente seguite sia nelle trattazioni enciclopediche

plesso dei beni³ del debitore e, in ipotesi più limitate, nelle azioni *in rem*⁴. Tale immissione era concessa in vista della *bonorum venditio* dei beni del debitore⁵ e quindi durava soltanto per il periodo di tempo necessario a preparare la vendita⁶ del patrimonio del debitore:

[LONGO, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, 6, Torino, 1960, p. 713 ss.; VOCI, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 15, Milano, 1966, p. 422 ss.], sia nella dottrina più recente (ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 60 ss.; GIUFFRÈ, *Sulla origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 315 ss.).

³ Tale immissione era una *missio in bona* (D. 42, 5, 8; D. 50, 16, 49).

⁴ PROVERA (*Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, p. 86 ss., 132 ss.) evidenzia che erano molteplici i casi che conducevano alla concessione della *missio in possessionem rei servandae causa* solo per quanto riguarda le azioni *in personam*, mentre per le azioni *in rem* l'immissione era accordata esclusivamente nelle ipotesi di assenza o latitanza *in iure*, come già rilevato da ARU, *op. cit.*, p. 42 ss., da SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 129, e confermato più recentemente da BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 285 ss. Fuori dai casi di latitanza e assenza l'attore di un'azione *in rem*, in caso di comportamento ostruzionistico del debitore, poteva essere tutelato con un *interdictum quem fundum* in caso di beni immobili o con un *actio ad exhibendum* nel caso di beni mobili, che potevano condurre ad una *translatio possessionis* (PROVERA, *op. cit.*, p. 142 ss.). Giustamente però PUGLIESE (*Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 388, p. 392 ss.) ha sottolineato la differenza tra questa *translatio possessionis* e la *missio in possessionem rei servandae causa*: sempre delimitata nel tempo era la durata dell'immissione, mentre anche definitiva poteva essere la *translatio possessionis*; questa causava infatti un'inversione delle parti processuali costringendo l'ex convenuto che volesse veder soddisfatte le sue pretese, ad agire con una nuova *vindicatio*: qualora ciò non facesse la *translatio possessionis* dava luogo ad una situazione definitiva conducendo all'usucapione.

⁵ La dottrina riconosce in modo praticamente unanime il legame della *bonorum venditio* con la *missio in possessionem rei servandae* e la necessità che il pretore emanasse quest'ultima prima di addivenire alla vendita del patrimonio del debitore: cfr. DERNBURG, *Über die emptio bonorum*, Heidelberg, 1850; SOLAZZI, *op. cit.*, II, 1938, p. 61 ss.; SCHERILLO, *La "bonorum venditio" come figura di "successio"*, in *IURA*, 4, 1953, p. 205 ss.; TALAMANCA, *La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano*, in *Studi P. De Francisci*, Milano, 1956, p. 249 ss.; e da ultimo GIUFFRÈ, *Studi sul debito*, Napoli, 1999, p. 38 sgg., in cui l'autore propone una ricostruzione storica dell'introduzione della *missio in possessionem rei servandae causa*.

⁶ Ben evidenzia TALAMANCA, *op. cit.*, p. 248 ss., sulla scorta di CIC., *Pro Quintio*, 49-50, che la forma di vendita non obbligatoriamente doveva essere quella della vendita ad incanto, ma era rimessa al magistrato la facoltà di scegliere se vendere i beni con procedura privata o con vendita all'asta; come, infatti, ha sottolineato BIONDI (*Appunti intorno alla sentenza nel processo romano*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, p. 74 ss.), la *bonorum venditio* aveva carattere esclusivamente privatistico e non vi erano quindi interessi pubblici da tutelare con una procedura d'asta obbligatoria. Divisa è la dottrina tra chi ritiene che la vendita non potesse compiersi per una som-

Gai. III, 79: Et si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possidere et proscribi; si vero mortui, per dies XV. Postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus v[] fieri iubet, si mortui, in dimidio. Diebus itaque vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici iubet. Quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.

Non è facile ricostruire la durata minima dell'immissione a causa della lacuna presente nel testo veronese. Gaio divide in due momenti il procedimento dal punto di vista temporale; afferma infatti che i beni di un vivo dovevano essere posseduti 30 giorni prima che si potesse nominare il *magister bonorum*, mentre per i beni di un debitore morto bastavano 15 giorni. Nominato il *magister* doveva poi intercorrere un altro tempo minimo prima di poter eseguire la vendita dei beni ereditari: la lacuna presente non permette però di capire con chiarezza né la durata di tale secondo intervallo di tempo, né se tale intervallo fosse propriamente legato all'elezione del *magister* o alla redazione della *lex bonorum vendundorum*; anche in questo secondo momento i termini per la vendita dei beni di un debitore morto erano la metà di quelli necessari per un debitore vivo.

Dubbia è anche l'affermazione finale che vorrebbe che si dovesse attendere almeno 30 giorni prima di poter addivenire alla *bonorum venditio* per i beni di un vivo e almeno 20 per vendere i beni di un debitore morto, in quanto, in questo secondo caso, si opererebbe una somma ($20 = 15 + x$) tra i tempi minimi previsti per i due momenti del procedimento di *bonorum venditio*, somma che non si vede effettuata per l'immissione nei beni di un vivo⁷.

ma maggiore di quella necessaria a coprire i debiti (cfr. SOLAZZI, *op. cit.*, II, p. 109 e KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Monaco, 1966, p. 309 e 310 nt. 20) e chi ritiene invece possibile la presenza di un residuo attivo nella vendita da restituire al debitore esecutato (cfr. DERNBURG, *op. cit.*, p. 151; VOCI, *op. cit.*, p. 427 e da ultimo ORSO, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, in SDHI, 60, 1994, p. 261 ss.).

⁷ Tra le varie ipotesi di integrazione proposte quella maggiormente plausibile ci pare essere quella del Krüger. L'autore rilevando che Gaio per i beni di un morto prevede un tempo finale di 20 giorni e che la prima fase durava 15 giorni, desume che la seconda fase durasse 5 giorni ($20 - 15 = 5$), e, poiché il testo dice che tale periodo è la metà del tempo previsto per la seconda fase della vendita dei beni di un de-

Ciò che appare certo è comunque che la *missio in bona rei servandae causa* aveva carattere provvisorio e che veniva a cessare con l'*ad-dictio* del patrimonio al *bonorum emptor*⁸. È naturale infatti che l'immissione non potesse sopravvivere alla vendita del patrimonio del debitore: la vendita era eseguita per ottenere liquidità da dividere tra i creditori e quindi, una volta effettuata la stessa, non vi erano più diritti creditorii da tutelare, dato che ormai il patrimonio su cui era stata posta l'immissione non apparteneva più al debitore.

Durata non temporanea potrebbe invece aver avuto la *missio in possessionem* qualora fosse vera l'opinione, abbastanza diffusa in dottrina⁹, dell'evoluzione dell'istituto in due momenti progressivi; in un primo momento si avrebbe avuta solo l'introduzione della *missio in possessionem* e solo in un secondo momento sarebbe stata introdotta la *bonorum venditio* per rafforzare l'incisività dell'intervento pretorio. Si potrebbe pertanto ipotizzare che nella prima fase evolutiva la *missio in possessionem rei servandae causa* non avesse durata temporanea, ma potesse proseguire per un lasso di tempo indeterminato fino alla soddisfazione dei diritti dell'immesso. Tuttavia tale prima fase della storia del fenomeno, solo ipotetica non potendosi trovare tracce nelle fon-

ditore vivo, ricostruisce la lacuna dicendo che dall'elezione del *magister* dovessero trascorrere 10 giorni prima di poter procedere alla vendita dei beni di un debitore vivo. Posto ciò propone di emendare il computo finale dei tempi in 40 giorni (40 = 30+10) per la vendita dei beni di un vivo e confermare i 20 giorni per la vendita dei beni di un morto. Non del tutto esauriente ci sembra la ricostruzione di Huschke che integra la lacuna considerando anch'egli in 10 i giorni previsti come secondo intervallo nella vendita dei beni di un debitore vivo e ricollegando questo termine al tempo che deve intercorrere tra l'elezione del *magister* e la compilazione della *lex bonorum vendundorum*, ma non spiegando i tempi finali esposti da Gaio. Sul tema cfr. più ampiamente SOLAZZI, *op. cit.*, II, p. 101 ss. che propende per la tesi di Huschke.

⁸ Interessante è l'osservazione fatta da SCHERILLO, *op. cit.*, p. 205 ss. e da GIUFFRÈ, *Sull'origine cit.*, p. 315 ss., ossia che il *bonorum emptor* subentrava nel patrimonio del debitore esecutato come un successore dello stesso.

⁹ BETHMANN HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Leipzig, 1883, p. 669; GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* (trad. it. C. Longo), Milano, 1909, p. 1053 ss.; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 4 ss.; GIUFFRÈ, *Sull'origine cit.*, p. 344 ss. Altro problema è invece stabilire quale sia stato l'ordine storico di comprensione nell'editto delle varie ipotesi che potevano condurre alla *missio in possessionem rei servandae causa*, per il quale si rimanda a SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 4 ss.; CARRELLI, *Per una ipotesi cit.*, p. 429 ss. e *Ancora sulla origine cit.* p. 302 ss., BUTI, *op. cit.*, p. 263, GIUFFRÈ, *Sull'origine cit.*, p. 315 ss. e bibliografia ivi citata.

ti, sarebbe durata ben poco, poiché la dottrina ritiene che la *bonorum venditio* sia comparsa già nel II sec. a.C.

Per quel che riguarda invece la *missio in possessionem* per come la conosciamo in epoca classica, discusso è se l'*addictio* che assegnava i beni agli immessi e che poneva fine alla *missio in possessionem* necessitasse di un intervento del pretore o, come ritiene la principale dottrina¹⁰, potesse essere eseguita direttamente dal *magister* se non addirittura da un semplice banditore incaricato dal *magister*, come pensa Solazzi, a opinione del quale nel procedimento della *bonorum venditio* si faceva ricorso a sole due *postulationes* dell'intervento del pretore, l'una per l'autorizzazione a *possidere et proscrivere bona*, l'altra per l'autorizzazione alla nomina del *magister*, alla compilazione della *lex bonorum vendundorum* e alla vendita dei beni¹¹.

A mostrare la presenza di un numero maggiore di *postulationes* rispetto a quello ipotizzato dal Solazzi intervengono però alcuni dati testuali.

Tre sembrerebbero le *postulationes* dell'intervento del pretore evidenziate in un passo della parafrasi di Teofilo alle Istituzioni di Gaio (III, 12) che se il Solazzi spiega come anacronismo dell'autore bizantino, Talamanca¹² considera, invece, degne di attenzione; addirittura quattro sono quelle che si potrebbero leggere in Gaio III, 79 (*iubet possideri et proscribi, iubet magistratum creari, iubet legem bonorum vendundorum fieri, iubet addici*), e ancora tre, secondo la lettura propositane dal Talamanca¹³ (*de bonis possidendis, magistris faciendis, bonis vendendis*), quelle previste da Cicerone nell'epistola *ad Atticum* 6, 1, 15¹⁴ che, al riparo da ogni dubbio di interpolazione, offre un'attestazione della classicità della procedura della *missio in possessionem rei servandae cause* e della *bonorum venditio*, procedure che troviamo ancora valide e sostanzialmente inalterate nell'epoca di Gaio.

¹⁰ Assai dubbio infatti è che in tale fase vi fosse un intervento del pretore volto a ratificare la vendita, come manifestato da SOLAZZI, *op. cit.*, II, p. 107; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 250, ANDOLINA, *op. cit.*, p. 123 n. 132.

¹¹ SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 172 ss.; II, p. 86 ss.; II, 106 ss.

¹² TALAMANCA, *op. cit.*, p. 241 ss.

¹³ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 243; in tale senso già DERNBURG, *op. cit.*, p. 105 ss.

¹⁴ CIC., *Ad Atticum*, 6, 1, 15: *Alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.*

Ora, indipendentemente dal maggior numero di *postulationes* che sembrano leggibili nel testo di Gaio, e che comunque sono dovute alla separazione dell'autorizzazione alla nomina del magistrato dall'autorizzazione a redigere la *lex bonorum vendundorum*¹⁵, pare che le fonti indichino con sufficiente chiarezza la necessità dell'intervento del pretore per operare l'*addictio* dei beni al *bonorum emptor*. Si può quindi ipotizzare che la *missio in bona rei servandae causa* venisse revocata per mezzo di un decreto del pretore, contestualmente all'*addictio* dei beni venduti che il pretore faceva a favore del *bonorum emptor*.

Si potrebbe tuttavia pensare che la *missio in possessionem rei servandae causa* venisse a cessare già con la pronuncia del magistrato volta ad autorizzare, secondo Voci con voto di maggioranza¹⁶, l'elezione del *magister bonorum* o, qualora si considerino fasi distinte, con l'approvazione della *lex bonorum vendundorum* e con l'affidamento al *magister* dei beni che dovevano essere venduti.

Per poter verificare ciò, in assenza di testi che parlino esplicitamente della questione, è utile cercare di capire se il *magister* avesse poteri ulteriori rispetto a quello di preparare la vendita dei beni. Purtroppo i testi di cui si può disporre non sono così chiari e offrono solo qualche indizio:

D. 50, 16, 57 (Paul. I. 59 *ad ed.*): Cui praecipua cura rerum incubit et qui magis quam ceteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus praesunt debere, hi magistri appellantur. Quin etiam ipsi magistratus per derivationem a magistris cognominantur.

Il brano non dà molte informazioni, se non quella che al *magister*, almeno nell'epoca di Paolo, era richiesta una particolare cura delle cose e un alto grado di diligenza e di sollecitudine; fa ben osservare

¹⁵ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 242, mostra vari modi in cui si potrebbe ricomporre l'antinomia presente tra il testo di Gaio e quello di Teofilo per giungere poi, a nostro avviso giustamente, a ritenere che Teofilo consideri come prima *postulatio* la richiesta dell'autorizzazione all'immissione, unisca nella seconda *postulatio* quelle che erano la seconda e la terza fase della procedura indicati da Gaio, ossia la richiesta all'autorizzazione alla elezione del *magister* e alla stesura della *lex bonorum vendundorum*, e identifichi come terza *postulatio* al magistrato la richiesta di *addictio* a favore del *bonorum emptor*; di tal opinione è anche ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano*, in *Jus*, XIX, 1968, p. 105.

¹⁶ Cfr. VOCI, *op. cit.*, p. 426.

però Cannata che con il termine diligenza i giuristi romani tendevano ad identificare un ruolo attivo¹⁷, come qui pare essere quello richiesto al *magister* nella preparazione della *bonorum venditio*. Il brano tuttavia sembra poter valere anche per un'epoca anteriore, infatti si sottolinea che già al momento della creazione del *magister* questa figura era ritenuta tanto importante da avvicinare la sua funzione a quella di un magistrato, se è vero che, come dice il giurista nel suo commento all'editto, anche il nome ha quella derivazione.

D. 17, 1, 44 (Ulp. l. 62 *ad ed.*): Dolus est, aut si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis nolit exegerit solvere.

Anche Ulpiano ci descrive un ruolo attivo del *magister* dicendo che gli era imputabile a titolo di dolo non esercitare le sue competenze. Il verbo *exigere* mostra poi che il *magister* poteva anche agire in giudizio per ottenere quanto dovuto al debitore¹⁸. Secondo Rotondi *persequi* indica che il *magister* aveva il diritto di rivendicare alla massa i beni del debitore che si trovassero in mano ai terzi¹⁹.

Pur nella scarsità degli elementi si può ben supporre che l'attività del *magister* potesse essere abbastanza vasta ed andare dalla custodia dei beni, alla vendita all'occorrenza dei beni deperibili, dall'esercizio delle azioni in seguito a tali vendite, alle azioni per ricomporre la massa del patrimonio del debitore.

Nonostante tali vasti poteri, la *missio in bona rei servandae causa* a favore dei creditori non dovrebbe ritenersi cessare con l'elezione del *magister*. L'immissione era stata infatti concessa dal pretore a favore dei creditori per offrire loro una tutela contro l'inadempimento di un giudicato, contro gli atteggiamenti ostruzionistici, e altre varie situazioni, che non consentivano di giungere ad un accertamento del credito²⁰; tale esigenza di tutela rimaneva però fino al momento della vendita.

¹⁷ CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA*, 42, 1992, p. 38.

¹⁸ In tale senso anche SOLAZZI, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹ ROTONDI, *Bonorum venditio*, in *Enc. giur.*, 2, Milano, 1911, p. 1269.

²⁰ Buona parte della dottrina (cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 1267; RICCOBONO, *Corso di diritto romano*, Milano, 1933, p. 151; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 112; VOCI, *op. cit.*, p. 425) tende ad individuare nella finalità cautelativa l'unico scopo della *missio in possessionem rei servandae causa*: l'immissione sarebbe servita ad assicurare i creditori contro la possibile dispersione del patrimonio ad opera del debitore. Di parere opposto è invece LEPRI (*Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze,

Per quanto il *magister* potesse essere tenuto responsabile in caso di deperimento del patrimonio del debitore²¹, i creditori erano comunque maggiormente tutelati conservando i poteri²² che la *missio in possessionem rei servandae causa* loro destinava e potendo quindi verificare personalmente che tutto si svolgesse regolarmente; d'altra parte

1939, p. 54), la quale ritiene che fine pressoché unico delle immissioni fosse quello coercitivo volto cioè a costringere il debitore a presentarsi in giudizio o comunque a porre in essere comportamenti tali da dare soddisfazione ai creditori; una giusta critica a tale tesi è esposta da BRANCA (Rec. a LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939, in SDHI, 9, I, 1943, p. 130), il quale evidenzia che lo stesso tenore letterale dell'immissione detta *rei servandae causa* rivela in realtà anche una finalità cautelativa. A nostro parere il provvedimento immissorio aveva sia una finalità coercitiva che una finalità cautelare (in tal senso cfr. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1927, p. 144 ss. e BRANCA, *op. cit.*, p. 130): la minaccia di giungere alla vendita del patrimonio del debitore con la conseguente *infamia* che ne derivava aveva certamente lo scopo di far pressione sul creditore affinché questi ritornasse sui suoi passi dando soddisfazione ai creditori, ma d'altra parte offrire ai creditori la custodia del patrimonio e la vigilanza sullo stesso raggiungeva certamente il risultato di garantire ai creditori una tutela immediata, offrendo ad essi gli strumenti necessari ad impedire la dispersione dei beni nell'attesa della *bonorum venditio*, tanto più che con l'emissione del decreto di immissione nei beni il debitore probabilmente perdeva il diritto di disporre dei suoi beni, come ritengono SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 182 ss., e VOGLI, *op. cit.*, p. 425, sulla base di D. 42, 5, 25.

²¹ D. 17, 1, 44.

²² Le fonti a partire dall'epoca di Cicerone (*Pro Quintio*, XXVII, 84) e poi di Pomponio (D. 42, 4, 12), continuando con Paolo (D. 42, 4, 9, 1) e Giuliano (D. 5, 1, 27), fino a Ulpiano (D. 10, 3, 7, 8; D. 36, 4, 5, 1; D. 36, 4, 5; D. 37, 9, 1, 1; D. 41, 2, 3, 23; D. 41, 2, 10, 1; D. 42, 5, 2; D. 43, 17, 3, 8), sembrano mostrare che all'impresso erano concessi solo poteri di *custodia et observatio* dei beni. Di tal opinione è d'altra parte la principale dottrina: cfr. GIRARD, *op. cit.*, p. 1059 ss.; LAURIA, *Iurisdictio*, in *St. Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 525; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 159 ss.; ROCCO, *op. cit.*, p. 138; KASER, *op. cit.*, p. 304; ANDOLINA, *op. cit.*, p. 103; ALBANESE, *op. cit.*, p. 60 ss. Per trovare menzione di poteri più ampi concessi all'impresso bisogna invece risalire fin all'epoca di Quinto Mucio, che Paolo in D. 41, 2, 3, 23 ci dice sostenere che la *missio in possessionem rei servandae causa* fosse un tipo di possesso. Il giurista serviano critica tale affermazione confermando che nella sua epoca all'impresso era riservata solo la *custodia et observatio* dei beni. Per ben poter comprendere l'affermazione del giurista repubblicano occorrerebbe però un'approfondita analisi del concetto di possesso nel mondo romano e della sua evoluzione storica, per la quale si rimanda, tra i molti che hanno affrontato l'argomento, a BRANCA, "Missiones in possessionem" e possesso, in *St. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 484, che trae spunti sull'evoluzione del concetto di possesso proprio dall'analisi di D. 41, 2, 3, 23, ALBANESE, *op. cit.* e ora NICOSIA, *Il possesso*. I. *Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania, 1997, p. 10 ss. al quale si rimanda anche per una ben più completa bibliografia sull'argomento.

non si vede un motivo plausibile per cui il pretore avrebbe dovuto togliere loro tale tutela, non arrecando essa né disturbo ad una regolare vendita dei beni, né costituendo un peso di troppo per il debitore, dato che egli ormai aveva perso il controllo sui suoi beni, essendone già stata decisa la vendita con la compilazione e l'esposizione della *lex bonorum vendundorum*. È logico supporre, pertanto, che la *missio rei servandae causa* venisse normalmente revocata, quanto meno di fatto, solo al momento della pronuncia dell'*addictio* del *magister* a favore del *bonorum emptor*.

Occorre infine esaminare due casi in cui la durata della *missio in bona rei servandae causa* era differente dalla durata ordinaria, cioè non coincideva con il tempo solitamente necessario per giungere alla *bonorum venditio*.

La dottrina sull'argomento²³ ritiene, infatti, che l'immissione *rei servandae causa* potesse essere revocata dal pretore anteriormente al compimento della *bonorum venditio* e alla conseguente *addictio* dei beni a favore del *bonorum emptor*, e quindi potesse avere una più breve durata, nei casi in cui il soggetto, nei cui beni era avvenuta l'immissione, avesse conformato il suo comportamento a quanto il diritto esigeva, ossia qualora il debitore avesse dato esecuzione al giudicato già raggiunto o avesse collaborato al raggiungimento della *litis contestatio* o qualora qualcuno avesse soddisfatto i creditori al posto del debitore stesso o, nel caso di immissioni nei beni di un debitore morto, l'erede *suspectus* si fosse deciso a prestare la *satisfactio*. Un indizio di ciò si può trovare in:

D. 42, 5, 33 (Ulp. l. 3 *regularum*): Defendere debitorem sicut ante, quam bona eius possiderentur, licet, ita post bonorum quoque possessionem eius, sive ipse sui, sive alius defensionem eius suscipiat, debet satisfacere, ut satisfactio interposita iudicium accipiatur et a possessione discedatur.

Secondo la lettura offertane da Buti²⁴, nel brano, infatti, Ulpiano

²³ Concordi in tal caso sono ROCCO, *op. cit.*, p. 144 ss.; LEPRI, *op. cit.*, p. 47 e SOLAZZI, *op. cit.*, p. 68. Tale ipotesi di revoca dell'immissione non va confusa con la revoca dell'immissione dovuta alla constatazione della sua infondatezza, che se come sottolinea ANDOLINA, *op. cit.*, p. 117, era sempre ammessa, non porta però un ulteriore argomento alla dimostrazione della temporaneità della *missio in possessionem rei servandae causa*.

²⁴ BUTI, *op. cit.*, p. 278 che riporta a proposito anche D. 42, 4, 2, 4; D. 42, 4, 5; D. 42, 4, 5, 1; D. 42, 4, 5, 2.

afferma che anche colui che aveva subito l'immissione poteva o difendersi personalmente o essere difeso da un terzo, purché fosse data una *satisfatio*²⁵ ed in tale caso l'impresso doveva abbandonare i beni. Ma accettare il giudizio, prestando la *satisfatio*, significava porre in essere, da parte del debitore o di un terzo per lui, un atto opposto a

²⁵ Per poter però *accipere iudicium* e vedere revocata l'immissione il debitore doveva prestare una *satisfatio iudicatum solvi* poiché era stato colpito da *infamia* conseguentemente alla *proscriptio* dei suoi beni. Tutta l'orazione *Pro Quinctio* di Cicerone è volta appunto a dimostrare che *Quinctio* non doveva essere obbligato a prestare tale *satisfatio*, sostenendosi che l'immissione non era stata regolarmente compiuta; tale orazione a sua volta conferma la possibilità di una difesa del debitore successiva alla *missio in possessionem rei servandae causa* e quindi la revoca anticipata dell'immissione.

Solo pochi, ma in grado di attestare l'antichità della procedura, sono i testi perenutici che parlano di *proscriptio* e *infamia*:

- Lex de Gallia Cisalpina, XXVII, lin. 45 *Praetor que isue de eis rebus Romae iure deicundo praerit in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito eosque duci bona eorum possideri proscribere venireque iubeto...*

- Lex Iulia municipalis, lin. 115 *...quousve bona ex edicto eius, quei iure deicundo praefuit ...possessa proscriptave sunt erunt*

- Gai. IV, 79 *Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, per dies XV*

- Gai. IV, 102 *...si cum eo agitur, qui decoxerit cuisve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt...*

KNIEP (*Zum römischen Konkursverfahren*, in *Mélanges Girard*, Parigi, 1912, I, p. 627), ha sostenuto che la *proscriptio*, con l'*infamia* che ne conseguiva, colpissero il debitore solo una volta trascorsi i 30 giorni necessari prima della nomina del *magister*, interpretando il *ve*, che nei testi (*Lex de Gallia Cisalpina*, XXII, lin. 45; Gai. IV, 79 e 102) unisce i termini *possideri* e *proscribere*, esprimenti insieme al *venire* l'ordine di immissione del pretore, con un senso di alternatività e facoltatività. Contro tale ipotesi si è schierata la maggior parte della dottrina (RAMADIER, *Les effets de la missio in possessionem rei servandae causa*, Parigi, 1911, p. 62 ss.; SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 173; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 244), che ha riconosciuto il *ve* come semplice congiunzione, come confermato in Gai. IV 79, in cui il *ve* è sostituito da un *et*, ed ha sottolineato che la *proscriptio* non era una facoltà del creditore, ma un obbligo imposto dal pretore. In tale senso anche DE SARLO (*Missio in possessionem e proscriptio*, in *Studi Albertario*, 1, Milano, 1953, p. 497 ss.), che ha evidenziato una pluralità di scopi della *proscriptio*: 1) far conoscere agli altri creditori che era stata concessa un'immissione e quindi sollecitarne l'intervento; 2) far conoscere ai terzi che i beni del debitore erano stati assoggettati ad immissione e quindi evitare una dispersione dei beni stessi; 3) stimolare l'intervento di chi avrebbe avuto interesse ad evitare la *bonorum venditio*; 4) valere come possesso quando questo non era ottenibile celermente. Da ultimo sul tema dell'*ignominia* si è espresso GIUFFRÈ (*Studi cit.*, p. 39 ss.), secondo il quale la *bonorum venditio* ebbe in origine solo una portata patrimoniale, mentre le conseguenze infamanti per la persona si sarebbero aggiunte solo nell'età di Cicerone.

quello che lo aveva condotto all'immissione: l'assente o il latitante sarebbe dovuto tornare o essere difeso, chi non aveva accettato il giudizio lo avrebbe dovuto fare, chi non aveva voluto adempiere il giudicato lo avrebbe dovuto pagare, l'erede sospetto avrebbe dovuto *satisfacere*, qualcuno avrebbe dovuto difendere i beni del debitore morto. In ogni caso il brano ben mostra che l'immissione non era definitiva e che neppure conduceva obbligatoriamente alla *bonorum venditio*, ma poteva essere revocata anzitempo qualora venissero meno le cause che all'immissione avevano condotto.

A conferma di ciò si pongono anche D. 42, 3, 3 e D. 42, 3, 5 rispettivamente di Paolo e Ulpiano che, seppure riferibili alla sola *cessio bonorum*, confermano quella che doveva essere una regola generale. Nei testi, infatti, si afferma che, qualora colui che aveva accettato la *cessio bonorum* ed aveva subito l'immissione avesse cambiato idea, poteva evitare la vendita dei suoi beni accettando di difendersi e vedendo revocata l'immissione.

Talvolta, viceversa, la *missio in possessionem rei servandae causa* si protraveva per un periodo più lungo di quello visto nel testo gaiano; infatti non si poteva immediatamente procedere alla vendita dei beni del debitore nel caso in cui il debitore fosse ancora un pupillo, nel caso fosse assente *rei publicae causa sine dolo malo*²⁶ o fosse stato catturato dai nemici o nel caso in cui fosse incerta l'esistenza stessa di un erede del debitore come ci attestano Paolo e Ulpiano nei loro commenti all'editto:

D. 42, 4, 6 (Paul. l. 47 *ad ed.*) ...Cum dicitur: "et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit", intellegimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire. Si ab hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.

D. 42, 4, 8 (Ulp. l. 60 *ad ed.*) Si diu incertum sit, heres extaturus necne

²⁶ Particolarmente interessante è anche l'ipotesi avanzata da WILCHES, *Alcune osservazioni sulla "missio in bona cum effectu venditionis"*, in *Atti cong. Verona 27-28-29 IX 1948*, III, Milano, 1953, p. 483 ss., che, sulla base di alcuni testi forse troppo celermente considerati frutto dell'intervento postclassico e ammettendo un ambito di discrezionalità del pretore, sostiene che nell'epoca Antoniniana sarebbe stato introdotto un esame del pretore onde valutare se la situazione dell'assente fosse stata di tale gravità da condurre alla *missio in possessionem* o se piuttosto questa dovesse essere negata.

sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandae causa possidere et, si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur.

In tali situazioni l'immissione perdurava per il periodo di tempo, anche lungo, necessario al realizzarsi di condizioni idonee alla vendita e quindi rispettivamente la pubertà del pupillo, il ritorno dell'assente *rei publicae causa*, la liberazione del catturato dai nemici o la sua morte, l'identificazione di un erede o la certezza della sua assenza. Ma anche in tali casi il provvedimento immissorio era comunque destinato ad essere revocato.

Perdurando l'immissione per un lungo periodo di tempo, si poneva l'esigenza di compiere sul patrimonio atti di amministrazione di portata superiore a quella normalmente concessa agli immessi *rei servandae causa*: per tale motivo il pretore concedeva ai creditori che lo richiedessero il diritto di eleggere un *curator bonorum*²⁷.

Non sorgono comunque dubbi sul fatto che l'immissione proseguisse nonostante l'elezione del *curator bonorum* e che titolari ne rimasero i creditori, in quanto ciò si può facilmente leggere in D. 42, 4, 6, D. 42, 4, 8, D. 42, 7, 2 e D. 42, 7, 2, 4: in questi testi si dice appunto che i creditori immessi avevano il diritto di eleggere un curatore mentre non si fa il minimo accenno alla cessazione della *missio* in seguito all'elezione stessa; tanto più che, come non vi erano ragioni per la revoca di questa al momento della nomina del *magister*, così ragioni non c'erano per la sua revoca in seguito all'elezione del *curator bonorum*, ed anzi più forti erano le necessità di tutela dei creditori per il lungo periodo che poteva intercorrere tra il provvedimento di immissione e la effettiva vendita dei beni.

Per quanto però la *missio in possessionem rei servandae causa* potesse

²⁷ Ciò si può leggere in D. 42, 7, 2 e D. 42, 7, 2, 4. SOLAZZI (*op. cit.*, II, p. 6 ss.) e di recente D'AMATI (*Curator bonorum, una rilettura*, in BIDR, 33-34, 1991-1992, p. 440 ss.) offrono alcuni spunti per meglio conoscere quella che RAMADIER, *op. cit.*, p. 110 diceva essere "certainement le plus mal connu de tous les personages qui interviennent dans la faillite". Sappiamo infatti che al curatore erano affidati ampi poteri di amministrazione: poteva soddisfare i debiti particolarmente gravosi (D. 42, 7, 1, 2), poteva esercitare le azioni di spettanza del debitore e che questo dopo la *missio in bona* probabilmente non poteva più esercitare (D. 42, 7, 2, 1), poteva provvedere alla vendita dei beni deperibili ed in generale aveva il diritto di compiere tutti gli atti richiesti da situazioni di particolare urgenza (D. 42, 5, 14; D. 42, 7, 2, 1).

essere protratta, questa, salvo forse i primi momenti della sua evoluzione, non era mai definitiva e riempiva, con le sue caratteristiche di coercizione e di cautela, sempre e soltanto il lasso di tempo necessario a raggiungere una soluzione più soddisfacente per i creditori.

2. Di durata limitata era anche la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*²⁸ concessa dal pretore a favore del legatario e del fedecommissario per colpire l'erede che non avesse prestato loro la *cautio*²⁹ a garanzia del legati e dei fedecommissi patrimoniali³⁰ previsti nel testamento:

²⁸ La dottrina (FERRINI, *op. cit.*, p. 409; PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 41; LAURIA, *op. cit.*, p. 166; VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1956, p. 249; IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 277 ss.; SOLAZZI, *Note minime sulla cautio legatorum servandorum causa*, in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 203; e più approfonditamente ARCARIA, *op. cit.*, p. 253 ss.), è concorde nel ritenere che la concessione di tale immissione fu introdotta già in epoca repubblicana per quanto riguarda la tutela dei legatari, essendovi un testo di Ulpiano (D. 36,3,1,15) a testimoniare che Ofilio già trattava diffusamente la questione; solo in epoca più tarda, probabilmente poco prima dell'età di Antonino Pio (D. 36, 3, 5, 3; D. 36, 3, 14, 1), la disciplina a favore dei legati fu estesa a tutela dei fedecommissi, essendo fortemente sospetti di interpolazione quei testi del Digesto che sembrerebbero far risalire l'introduzione dell'immissione a favore dei fedecommissari ad un'epoca ben anteriore [D. 36, 4, 12 (Maecianus); D. 26, 3, 11 (Scaevola)]. Le fonti mostrano che le due forme di *missiones* erano comunque considerate un'unica *missio*, tanto che i titoli dei paragrafi del Digesto che di esse si occupano le prevedono contemporaneamente: D. 36, 3 "Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur" e D. 36, 4 "Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat". Per tali motivi anche i brani che si riferiscono nominalmente ad una sola delle due immissioni, possono essere utilizzati per illustrare la disciplina di entrambe le forme di immissione. Dibattito vi è stato invece tra quanti ritenevano che tale estensione fosse stata il frutto esclusivamente dell'opera della giurisprudenza (FERRINI, *op. cit.*, p. 410; LENEL, *op. cit.*, p. 369; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, p. 369; VOCI, *Diritto ereditario cit.*, p. 249) e chi (SOLAZZI, *Note minime cit.*, p. 203; ARCARIA, *op. cit.*, p. 253 ss.), a nostro parere fondatamente, ha sostenuto sulla base di D. 36, 3, 5, 3 e D. 36, 3, 14, 1 che all'estensione della tutela immissoria a favore dei fedecommissari avessero concorso anche il pretore e gli imperatori.

²⁹ D. 36, 3, 1 (Ulp. I. 79 *ad ed.*) *Legatorum nomine satisdari oportere praetor putavit, ut, quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat dolumque malum futurum stipulentur*. La *cautio*, che Ulpiano ci dice dovesse essere data nelle forme della *satisdatio*, era volta a garantire il legatario e il fedecommissario contro le possibili dispersioni del patrimonio ereditario ad opera dell'erede, come evidenziato da LUZZATTO, *Il problema dell'origine del processo extra ordinem*, Bologna, 1965, p. 302 e DESANTI, *op. cit.*, p. 11. Tale *cautio* deve essere stata introdotta dapprima per i legati per

D. 36, 3, 1, 2 (Ulp. l. 79 *ad ed.*): Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisfabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit.³¹

Il carattere di temporaneità emerge anche solo esaminando quali erano gli intenti che il pretore cercava di perseguire concedendo l'immissione. Il magistrato infatti, per tutelare il legatario ed il fedecommissario, offriva loro l'immissione con i conseguenti poteri³², garantendoli in tal

damnationem sottoposti a termine iniziale o a condizione sospensiva, come ritengono FERRINI (*op. cit.*, p. 409), LENEL (*op. cit.*, p. 539 ss., che ricostruisce la formula di concessione della *cautio* proprio su un legato per *damnationem*), LUZZATTO (*op. cit.*, p. 303), GROSSO (*I legati nel diritto romano*, Torino, 1962, p. 407) e DESANTI (*op. cit.*, p. 12), dato che in tale tipo di legato più forti erano i rischi di pregiudizio dei diritti dei legatari, non potendo questi conseguire in tempi brevi il bene. Successivamente tale *cautio* deve essere stata estesa agli altri tipi di legato e ai fedecommissi (cfr. PALERMO, *op. cit.*, p. 41; LAURIA, *Possessiones*, Napoli, 1959, p. 166).

³⁰ Gran parte della dottrina (FERRINI, *op. cit.*, p. 413, BIONDI, *Successione cit.* p. 369, GROSSO, *op. cit.*, p. 408) basandosi su D. 36, 4, 1, 2 tende ad escludere la *cautio* e quindi la successiva *missio* per i legati di liberazione. Non di questo parere è SANTALUCIA (*I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964, p. 192), che sulla base di un esame più completo dei testi riguardanti questa ipotesi (D. 34, 3, 21, 2; D. 34, 3, 7, 7; D. 34, 3, 7, 5; D. 44, 4, 5; oltre al già citato D. 36, 4, 1, 2) considera necessaria la *cautio* e quindi possibile la *missio* anche per i legati di liberazione sottoposti a condizione.

³¹ L'immissione era concessa anche quando la *cautio* era prestata per una somma inferiore al dovuto come si legge nel 42° libro del commentario all'editto di Ulpiano che ARCARIA (*op. cit.*, p. 287) libera dai dubbi di interpolazione: *Quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, hoc est is a quo legatum fidei commissum relictum est, omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur* (D. 36, 4, 1, 1, Ulp. l. 42 *ad ed.*).

³² Vari sono i testi che mostrano i poteri di custodia dell'immesso, tra gli altri si può leggere la testimonianza di Ulpiano in:

D. 36, 4, 5 (Ulp. l. 52 *ad ed.*) *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non caveatur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.* e in D. 36, 4, 5, 22, mentre D. 42, 4, 12 sembra attestare questi poteri dell'immesso già all'età di Pomponio. Il senso del brano risulta chiaro anche qualora si volesse considerare interpolata la seconda parte di esso (da *neque alla fine*) come ritiene ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere*, in ZSS, 32, 1911, p. 317. Concorde sull'interpretazione fornita è d'altra parte la maggior parte della dottrina: GROS-

modo contro la dispersione dei beni da parte dell'erede³³ e facendo pressione sull'erede, che si vedeva resa più difficile la disponibilità dei beni ereditari, affinché si decidesse a prestare la *cautio*³⁴: naturale quindi che l'immissione venisse a cessare quando di essa, per motivi vari, non vi fosse più bisogno, essendo tali interessi diversamente tutelati.

Ciò poteva in primo luogo avvenire quando l'erede si fosse deciso a prestare la *cautio* richiestagli e a garantire quindi il legatario ed il fedecommissario circa il conseguimento di quanto loro spettava; in tale caso l'immissione era infatti revocata per mezzo di un ordine del pretore, rafforzato, almeno in epoca gaiana, dalla concessione di un interdetto³⁵:

D. 36, 3, 11 (Gai. l. 13 *ad ed. prov.*): Si legatariis, qui adversus me in pos-

SO, *op. cit.*, Parte generale, Torino, 1962, p. 409; LAURIA, *Possessiones cit.*, p. 167, ALBANESE, *op. cit.*, p. 69 ss. e da ultima DESANTI, *op. cit.*, p. 12.

³³ Interessante è quanto nota FINAZZI (*La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 330), ossia che nel caso in cui fossero stati imposti legati e fedecommissi a carico del sostituto pupillare, anche questi era tenuto alla prestazione della *cautio*, ed anzi in caso di mancata prestazione della stessa l'immissione non avveniva soltanto nei beni che all'impubere erano giunti per successione del padre, ma anche in quelli che il pupillo aveva diversamente conseguito e che ora, anch'essi, spettavano al sostituto.

³⁴ La funzione cautelare è sostenuta da FERRINI, *op. cit.*, p. 413; BIONDI, *Successione cit.*, p. 369; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 302; tale funzione si può leggere in particolare nei libri *ad edictum* di Ulpiano: *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, et fructus custodire et cetera debebit. Et pati quidem heredem colere agros et fructus redigere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab herede consumantur... Et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur neque depereant deterioresve fiant* (D. 36, 4, 5, 22, Ulp. l. 42 *ad ed.*).

Altri autori (cfr. in tal senso LAURIA, *Possessiones cit.*, p. 167; LEPRI, *op. cit.*, p. 117; GROSSO, *op. cit.*, p. 409), ritengono viceversa che tale immissione avesse prevalentemente una funzione coercitiva che si può leggere ugualmente nei libri *ad edictum* di Ulpiano: *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non cavetur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. Nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem* (D. 36, 4, 5, Ulp. l. 42 *ad ed.*). A nostro parere ben dice ALBANESE (*op. cit.*, p. 69 ss.) sostenendo che le due funzioni sono facilmente conciliabili e che sembrano entrambe presenti nella *missio* in esame.

³⁵ Non riteniamo che la concessione dell'interdetto, con tutta probabilità di natura restitutoria, fosse una peculiarità della *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*; più probabilmente l'interdetto era il normale sistema che il pretore utilizzava per convincere l'immesso che, pur non avendone più titolo, rifiutava di rilasciare i beni. Tale ipotesi trova però solo scarsa conferma nelle fonti, la più esplicita delle quali rimane comunque questa sull'immissione a favore dei legatari e dei fedecommissari.

sessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi praetor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem.

La *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum gratia* aveva termine inoltre quando il legatario ed il fedecommissario agivano *in iure* per conseguire il loro diritto contro l'erede che si fosse rifiutato di dare adempimento al legato o al fedecommissario:

D. 36, 3, 1, 9 (Ulp. l. 79 *ad ed.*): Plane si quis omitta stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est cessare debere stipulationem.

D. 36, 4, 5, 26 (Ulp. l. 52 *ad ed.*): In possessionem missus legatorum servandorum causa si litem eo nomine contestatus sit, non ante decedere possessione debet, quam ei pro lite fuerit cautum.

Ulpiano attesta che l'impresso poteva però conservare la *possessio* dei beni ereditari fino a quando l'erede, che aveva accettato il giudizio, non avesse promesso di adempiere al giudicato, quindi solo in tale momento veniva a cessare la *missio*³⁶.

Inoltre la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* veniva revocata quando gli impressi giungevano ad ottenere altrimenti i beni a loro spettanti. L'immissione era volta a salvaguardare la possibilità che il legatario e il fedecommissario ottenessero i beni a loro lasciati, ed è evidente quindi come ne cessassero le ragioni una volta che il legatario o il fedecommissario avessero ricevuto dall'erede quanto a loro spettava; Ulpiano e Giuliano ci mostrano che di tale opinione dovette essere sia la dottrina che il pretore:

D. 36, 4, 1, 1 (Ulp. l. 52 *ad ed.*): Non tamen et satisdatio debet offerri legatario, sed sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desideret.

D. 36, 4, 6, 1 (Iul. l. 38 *dig.*): Qui fideicommissi servandi causa in possessionem missus est, non prius de possessione decedere debet, quam ei fideicommissum solutum aut eo nomine satisdatum fuerit: nam quod si integra re fieret, in possessionem non mitteretur, id cum offerretur, discedere a possessione debet.

³⁶ In tale senso cfr. SOLAZZI, *Note minime cit.*, p. 203 ss..

Si può quindi concludere che anche la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* aveva comunque carattere solo temporaneo, volto ad assicurare al legatario ed al fedecommissario una tutela provvisoria, in attesa che questi riuscisse a vedere pienamente assicurati i suoi diritti.

3. Durata temporalmente limitata aveva anche un ulteriore forma di immissione che la dottrina³⁷ sostiene sia stata introdotta a tutela dei legatari e dei fedecommissari nell'epoca dell'imperatore Caracalla, ossia la *missio in possessionem antoniniana*³⁸:

D. 36, 4, 5, 16 (Ulp. l. 42 *ad ed.*): Imperator Antoninus Augustus rescripsit certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.

Anche in questo caso la durata dell'immissione era insita nelle situazioni che ne rendevano necessaria la concessione.

L'imperatore concesse l'immissione quando, trascorsi sei mesi dall'*aditio hereditatis*, l'erede non avesse ancora adempiuto ai legati e ai fedecommissi previsti nel testamento. Il testo mostra che tale immissione non avveniva però solo nei beni ereditari, come nella *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*, ma nel complesso dei beni dell'erede. È ipotizzabile, come noi riteniamo, che ciò sia dovuto principalmente al fatto che, trascorsi sei mesi dall'*aditio hereditatis*, potesse ormai risultare difficile distinguere tra i beni provenienti dall'eredità

³⁷ Cfr. DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 101 ss., il quale ipotizza che tale immissione fosse già stata introdotta dalla dottrina a favore dei fedecommissari e da Caracalla solamente estesa ai legatari; ARCARIA, *op. cit.*, p. 257, il quale ritiene che il rimedio rientrasse sotto la competenza di un *praetor fideicommissarius*.

³⁸ Abbastanza dubbi sono i rapporti tra questa forma di immissione e la preesistente *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*. ARCARIA (*op. cit.*, p. 258) ritiene che tale immissione sia stata introdotta per rafforzare la tutela offerta ai legatari e ai fedecommissari: mentre infatti la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* aveva finalità cautelari-coercitive, in tale forma di immissione, come vedremo, non mancava un aspetto di esecutività.

e i beni preesistenti nel patrimonio dell'erede, essendosi ormai inevitabilmente verificata confusione tra i due cespiti e potendo l'erede aver compiuto, nel frattempo, azioni di dispersione dei beni originariamente derivanti dalla successione.

Se dunque il fine dell'immissione era tutelare i legatari e i fedecommissari, essa veniva necessariamente a terminare quando la tutela non era più necessaria.

In primo luogo la *missio antoniniana* veniva revocata quando l'erede o il fedecommissario si fossero soddisfatti sui frutti delle cose in cui avevano avuto l'immissione fino a compensazione del loro credito; l'immissione comportava infatti il diritto di rifarsi sui frutti, che sarebbero serviti a coprire prima le *usurae*, poi il lascito testamentario³⁹. Ciò è tanto vero che le fonti evidenziano che all'erede era concessa un'*actio utilis* per riavere quanto il legatario od il fedecommissario avesse conseguito in più del dovuto:

D. 36, 4, 5, 21 (Ulp. l. 52 *ad ed.*): Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur. Et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari: quin immo et si amplius quam sibi debetur perceperit legatarius, exemplo pigneraticiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debebit.

Diversamente si poteva porre termine all'immissione nel caso in cui l'erede si fosse deciso a dare esecuzione al legato ed al fedecommissario, a ciò indotto dalla concessione della *missio in possessionem antoniniana* che gli sottraeva la disponibilità dei frutti e che gli imponeva l'immissione del legatario o del fedecommissario anche sui suoi propri beni.

³⁹ Se parte della dottrina ha puntato l'attenzione sulla funzione prevalentemente cautelativa di tale forma di *missio* (FERRINI, *op. cit.*, p. 423-424) e altra parte ne ha sottolineato la finalità eminentemente coercitiva (DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 120 ss.), la maggior parte degli studi sull'argomento (cfr. BIONDI, *Successione cit.*, p. 370; LEPRI, *op. cit.*, p. 128; ARCARIA, *op. cit.*, p. 257) hanno posto in evidenza la natura esecutiva di tale forma di immissione; il potersi soddisfare sui frutti dei beni dell'erede, mostra, secondo noi chiaramente, come al legatario e al fedecommissario fosse dato uno strumento esecutivo. Tuttavia è anche vero quanto sostiene DE ROBERTIS (*op. cit.*, p. 123), ossia che non necessariamente l'immissione conduceva alla soddisfazione sui frutti, ma poteva terminare anche con l'adempimento delle disposizioni testamentarie ed anzi fine principale dell'immissione era proprio quello di giungere a tale risultato.

Si può quindi facilmente constatare che anche la *missio Antoniniana* era caratterizzata dall'offrire una tutela solo provvisoria; questa, infatti, aveva termine quando il legatario o il fedecommissario vedevano soddisfatte le loro giuste pretese, sia che ciò avvenisse direttamente, sia che ciò avvenisse indirettamente per mezzo della rivalsa sui frutti.

4. Carattere certamente temporaneo aveva un'altra immissione probabilmente di origine repubblicana⁴⁰ conseguente alle vicende successorie, ossia la *missio in possessionem ventris nomine*.

La situazione stessa che conduceva alla sua concessione rivela, infatti, la sua provvisorietà: se una donna incinta restava vedova poteva chiedere l'immissione, qualora il nascituro avesse il diritto di succedere nei beni paterni⁴¹. Il pretore, infatti, per evitare che potessero derivare pregiudizi al nascituro, a causa dell'utilizzo che altri avrebbe potuto fare dei beni ereditari, a suo favore concedeva alla madre una serie di poteri sui *bona hereditatis*⁴²:

⁴⁰ D. 37, 9, 1, 5 e D. 37, 9, 1, 28, di Ulpiano, testimoniano che di tale forma di immissione si occuparono già Labeone e Pedio: cfr. METRO, *La datazione dell'editto "De inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, p. 947.

⁴¹ Il Digesto ci riporta una lunga trattazione di Ulpiano (D. 37, 9, 1, 2 e pr. ss.) che evidenzia che al fine di non compromettere la possibile esistenza del nascituro il pretore doveva concedere l'immissione anche qualora vi fossero dei dubbi sull'effettivo diritto di succedere del postumo, sullo stato di gravidanza o sull'effettiva posizione di moglie della donna. Tale norma doveva però risalire ad un'epoca anteriore a quella del giurista poiché lo stesso afferma (D. 37, 9, 1, 14) che l'imperatore Adriano introdusse per il caso di dubbio sullo stato di gravidanza o sulla posizione della moglie una *summaria cognitio* da effettuarsi antecedentemente alla concessione della *missio*, e che qualora nonostante questa il dubbio rimanesse si doveva concedere l'immissione. Inoltre in D. 37, 9, 1, 5 lo stesso Ulpiano riferisce che Pedio riteneva si dovesse concedere l'immissione anche quando il postumo fosse diseredato sotto condizione.

⁴² Buona parte della dottrina riteneva che all'immesso spettasse il vero possesso sui beni ereditari (cfr. LENEL, *op. cit.*, p. 347; RICCOBONO, *op. cit.* p. 138; SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, p. 20 ss.; METRO, *op. cit.*, p. 947); contro si è schierato, secondo noi giustamente, ALBANESE, *op. cit.*, p. 71, che, sulla base di D. 42, 4, 12, D. 41, 2, 3, 23 e D. 37, 9, 1, 17, considerati autentici, evidenzia come anche in questo caso non si trattasse di possesso *suo nomine*, ma di possesso *alieno nomine*. Senza voler scendere ad un esame più analitico del problema, si può osservare che, a supportare le considerazioni di Albanese, si pongono due circostanze che altrimenti non si spiegherebbero. In primo luogo è specificato nelle fonti che la madre aveva il diritto di trarre dai beni gli alimenti a lei necessari (D. 39, 9, 4 e D. 37, 9, 1, 19), laddove di tale specificazione se si fosse trattato di pieno possesso probabilmente non vi sarebbe stato biso-

D. 37, 9, 1 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit, nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

Pur essendo formalmente titolare del bene il nascituro, essendo l'immissione concessa per assicurare che i beni cui avrebbe avuto diritto non subissero pregiudizi⁴³, questo profittava dell'immissione solo indirettamente, in quanto vera immessa nei beni ereditari era da considerarsi la madre ed era ella che poteva disporre dei diritti che da tale immissione conseguivano, tra cui il diritto agli alimenti⁴⁴.

La *missio* cessava quindi quando non era più utile al nascituro:

D. 37, 9, 1, 27 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem.

D. 37, 9, 2 (Paul. l. 41 *ad ed.*) Sed et si eum ediderit qui repulsus est, discedere debet.

gno; inoltre le fonti attestano che essa poteva chiedere un curatore (sul punto si veda SOLAZZI, *Il concorso cit.*, III, p. 12 ss. e Curator ventris, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, p. 67 ss.; D'AMATI, *op. cit.*, p. 440 ss.), per porre atti di amministrazione che lei non poteva compiere (D. 37, 9, 1, 17); ciò ci fa dedurre appunto che essa non avesse il pieno possesso dei beni. Non riteniamo che la nomina del curatore si rendesse necessaria per l'incapacità delle donne nel mondo romano, in quanto, se così fosse, non vi sarebbe stata la necessità di introdurre la figura del curatore, bastando all'uopo il *tutor mulieris*. In realtà la donna immessa nel possesso dei beni aveva su questi solo un limitato potere di amministrazione, sia che esso fosse esercitato personalmente sia che lo fosse per il tramite del tutore, ed al curatore era affidato, per così dire, il compito di tutelare l'interesse del patrimonio e di compiere gli atti di amministrazione di volta in volta indispensabili e non rientranti nei limitati poteri della donna.

⁴³ Della funzione cautelare della *missio ventris nomine* è giustamente convinto BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 147; ed ora ARCARIA, *op. cit.*, p. 250.

⁴⁴ Il Digesto offre un'ampia e puntuale trattazione di quella che doveva essere la disciplina degli alimenti che ci giunge principalmente per bocca di Ulpiano (D. 37, 9, 1, 17; D. 37, 9, 1, 19; D. 37, 9, 1, 21; D. 37, 9, 1, 26; D. 37, 9, 9), ma che trova una conferma anche dalla voce di Gaio (D. 37, 9, 5).

L'immissione doveva avere perciò termine in caso di nascita, in caso di sopravvenuto aborto o qualora divenisse certo che la donna non era incinta; la *missio in possessionem ventris nomine* era poi revocata quando era appurato che il nascituro non era erede del defunto.

Il pretore concedeva quindi la *missio in possessionem ventri nomine* per il breve tempo strettamente necessario alla tutela del concepito erede e quindi mai per più di nove mesi, e la revocava immediatamente quando, per vari motivi, l'immissione si mostrava non più necessaria⁴⁵.

5. Durata ben più lunga, seppure anch'essa conseguente alla situazione che all'immissione conduceva, poteva avere un altro caso di immissione legato alle vicende successorie, anch'esso risalente alla tarda età repubblicana⁴⁶: la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*⁴⁷; questa era or-

⁴⁵ Vari erano gli esiti della situazione a seconda dei motivi per cui l'immissione veniva a cessare: se l'immissione terminava a seguito della nascita il pupillo poteva ottenere la *bonorum possessio* dei beni ereditari (Ulp. D. 37, 9, 1), negli altri casi invece si apriva la normale successione ereditaria, ma la madre, qualora avesse richiesto l'immissione in mala fede, era tenuta a restituire quanto speso: *Et si sciens prudensque se praegnatem non esse consumpserit, de suo eam id consumpsisse Labeo ait* (D. 37, 9, 1, 28, Ulp. l. 41 *ad ed.*).

⁴⁶ Se D. 37, 10, 9 di Neratio ci attesta che il provvedimento era già presente nell'editto del pretore all'epoca di Labeone, il nome del provvedimento ha fatto ritenere possibile, alla maggior parte della dottrina (GIRARD, *op. cit.*, p. 926 n. 1; QUADRATO, *Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio carboniana*, in BIDR, 77, 1974) una datazione ben anteriore ricollegabile ai *Papirii Carbones*, pretori tra il II ed il I a.C. LA ROSA (*op. cit.*, p. 166) ha creduto di poter meglio identificare il *Carbo* dell'editto Carboniano pensando a *Papirius Carbo* pretore nel 123 a.C.

⁴⁷ A lungo controversa è stata la natura dell'editto Carboniano. NIEDERMEYER (*op. cit.*, p. 83) e GIRARD (*op. cit.*, p. 926, n.1), poi seguiti dalla maggior parte della dottrina, hanno sostenuto sulla scorta di alcuni testi del Digesto – D. 37, 10, 1, 9, D. 37, 10, 3, 3, D. 37, 10, 3, 4; D. 37, 10, 7, 6; D. 37, 10, 14; D. 37, 10, 15 – , che l'editto Carboniano desse luogo non ad una *missio in possessionem*, ma ad una *bonorum possessio*. Secondo noi giustamente, LA ROSA (*op. cit.*, p. 152 ss.), approfondendo un'ipotesi già presente in RICCOBONO (*Corso cit.*, p. 139 ss.) e basandosi su altri testi del Digesto (D. 37, 20, 5, D. 37, 10, 5, 3; D. 37, 10, 6, 4; D. 37, 10, 1, 1; D. 37, 10, 3, 13), ha identificato nell'editto Carboniano un'ipotesi di *missio in possessionem*. L'autrice spiega i numerosi passi in cui tale editto viene a delinearsi come *bonorum possessio* pensando ad una evoluzione dell'istituto. La dimostrazione del carattere di temporaneità dell'editto Carboniano, può aggiungere un argomento alla tesi dell'autrice: se infatti la temporaneità abbiamo visto essere una caratteristica essenziale delle *missiones in possessionem*, non lo era della *bonorum possessio*, che viceversa aveva carattere definitivo. A spiegare poi l'evoluzione postclassica dell'istituto hanno concorso, se-

dinata nel caso in cui qualcuno contestasse il diritto di un pupillo di succedere ai beni paterni come si trova descritto nel 41° libro *ad edictum* di Ulpiano⁴⁸:

D. 37, 10, 1 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differatur.

D. 37, 10, 3, 5 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat, alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio an repraesentari.⁴⁹

Il rinvio della discussione ad un momento successivo, pensato per tutelare il pupillo garantendogli la possibilità di ben difendersi, si sarebbe

condo noi, i maggiori poteri che, rispetto agli altri immessi, erano concessi all'immeso *ex Carboniano edicto*; egli (D. 37, 10, 6, 5; D. 37, 10, 15) aveva, infatti, non solo diritto agli alimenti, ma a tutto ciò che gli era necessario, aveva diritto di perseguire quanto a lui dovuto e di esigere il pagamento dei debiti (cfr. QUADRATO, *op. cit.*, p. 85). Tali maggiori poteri se da un lato possono essere spiegati con la lunga durata che vedremo possibile per tale forma di immissione, dall'altro potrebbero aver indotto i giuristi postclassici o i compilatori ad intervenire sui testi al fine di avvicinare tale istituto alla *bonorum possessio*.

Di particolare interesse e ben plausibile è però anche l'ipotesi di QUADRATO, *op. cit.*, p. 61 ss., il quale ritiene che l'editto Carboniano prevedesse sia la possibilità di giungere alla *bonorum possessio*, sia quella di giungere alla *missio in possessionem*, a seconda che il pupillo avesse prestato o meno la *satisdatio* che, come vedremo, gli era richiesta. Sul tema si è espresso anche STIEGLER (*Statusstreit und Kindererbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz, 1972, p. 17, nt. 1) il quale ha anch'egli ipotizzato una compresenza tra *bonorum possessio* e *missio in possessionem*, la prima riservata al *bonorum possessor*, la seconda all'*heres*. Anche ammettendo tali ipotesi, e quindi restringendo i casi di applicazione della *missio in possessionem*, questa rimane comunque temporalmente limitata, non andando ciò ad incidere sulle considerazioni che si porranno.

⁴⁸ Indifferente era se la successione avvenisse *ex intestato, secundum tabulas* o *contra tabulas* (D. 37, 10, 1, 3; D. 37, 10, 3).

⁴⁹ Il termine *possessio*, non altrimenti qualificato, come evidenziato da SCHERILLO, *op. cit.*, p. 205 e QUADRATO, *op. cit.*, p. 82, può designare sia la *bonorum possessio* che la *missio in possessionem*.

però rivelato un detrimento dei suoi interessi qualora il pretore non gli avesse concesso la *missio in possessionem*; senza questa, infatti, il pupillo non avrebbe potuto disporre dei suoi beni per un periodo anche lungo di tempo. È evidente quindi che l'immissione veniva a cessare quando di essa non vi era più bisogno, ossia quando, svoltosi il processo, fosse risultato che l'immesso *ex Carboniano edicto* aveva diritto ai beni ereditari o fosse viceversa risultata infondata la sua pretesa; nel primo caso la *missio in possessionem ex Carboniano edicto* diveniva inutile perché con la sentenza favorevole il pupillo poteva prendere possesso dei beni ereditari ad altro titolo, nel secondo caso doveva essere rimossa poiché egli non aveva più diritto ad essere tutelato.

Sulla durata della *missio in possessionem ex Carboniano edicto* occorre innanzitutto dire che non incide il particolare regime di tale immissione⁵⁰. Il pupillo immesso, infatti, era tenuto a prestare una *satisdatio* volta a garantire contro la dispersione del patrimonio ereditario; qualora il pupillo si fosse rifiutato di offrire tale garanzia, il pretore avrebbe offerto l'immissione anche a chi contestava il diritto successorio del pupillo, in contitolarietà con il pupillo, disciplina che troviamo esposta nei commenti all'editto di Ulpiano e di Paolo.

Si vedano:

D. 37, 10, 5, 2 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Quotiens impubes satis non dat, mittitur in possessionem adversarius eius, sive satis det sive non det. Si velit adversarius committi sibi administrationem, satis dare debet pupillo: ceterum si satis non det, debet curator constitui, per quem bona administrantur. Adversarius autem si satis dederit, res, quae tempore periturae aut deteriores futurae sint, distrahere debet: item a debitoribus, qui tempore liberabuntur, exigere debet: cetera cum pupillo possidebit.

D. 37, 10, 6, 4 (Paul l. 41 *ad ed.*): Qui pupillo controversiam facit, si simul cum eo in possessionem missus est, alii ex bonis defuncti non debebit nec quicquam de bonis deminuerit: haec enim possessio pro satisfatione cedit.⁵¹

⁵⁰ Tale disciplina non influisce sulla dimostrazione della temporaneità dell'immissione neppure se si consideri, come il QUADRATO, *op. cit.*, p. 61 ss., che questo fosse il momento discriminante tra *bonorum possessio* e *missio in possessionem*.

⁵¹ Una volta immesso l'avversario del pupillo era tenuto a prestare una *satisdatio*; facendo ciò otteneva poteri di amministrazione sui beni ereditari. Quando viceversa si rifiutava di *satisdare* si rendeva necessaria la nomina di un curatore cui erano affidati i poteri di amministrazione sui beni (D. 37, 10, 5, 5). Il fatto che colui che eccitava

Tuttavia né l'immissione dell'avversario del pupillo nei beni ereditari, né la nomina del curatore facevano cessare la *missio in possessionem ex Carboniano edicto* concessa a favore del pupillo; infatti in entrambi i casi il pupillo e il suo avversario (nominato appunto in caso di mancata prestazione della *satisdatio* da parte del pupillo) erano contestualmente immessi nei beni ereditari ed al curatore, eventualmente nominato, erano affidati solamente poteri di custodia sui beni. La *missio in possessionem* durava per tutta la durata del processo, in quanto essa era concessa per coprire il tempo indispensabile all'instaurazione e allo svolgimento di questo.

Sull'estensione temporale della *missio in possessionem ex Carboniano edicto* ha invece influenza quanto Ulpiano afferma in D. 37, 10, 1 e D. 37, 10, 3, 5, ove risulta che il pretore, nell'ambito della procedura di concessione dell'immissione *ex Carboniano edicto*, operava due *causae cognitiones*: una per valutare la legittimità alla concessione dell'immissione, una per decidere se risultasse utile al pupillo prolungare l'immissione fino al tempo della pubertà. Se così fosse quindi l'immissione poteva o avere il suo termine quasi immediatamente, se non era necessario il differimento del processo, o, in caso contrario, vedere allungata la sua vita anche per diversi anni sino alla pubertà del pupillo.

La Rosa però ritiene tali passi inattendibili e sostiene che originariamente il pretore operasse solo una *causae cognitio* nella quale avrebbe valutato se rimandare la decisione della questione e se concedere quindi l'immissione⁵². L'autrice sostiene ciò basandosi sulla interdipendenza dei due provvedimenti, interdipendenza che perciò le fa ritenere che non fosse possibile concedere l'immissione senza differimento del processo: sulla scorta del Niedermeyer⁵³, ritiene che la seconda *causae cognitio* sia stata introdotta solo dopo che una costituzione di Costantino⁵⁴ statuí che non vi potesse essere rinvio del processo senza *causae cognitio*.

la legittimazione a succedere del pupillo fosse tutelato dal pretore o per mezzo di una *satisdatio* o con la possibilità di divenire contitolare dell'immissione, trova spiegazione nella durata solitamente lunga di tale immissione, ben oltre quella che doveva essere nelle altre forme di immissione (cfr. sul tema QUADRATO, *op. cit.*, p. 73).

⁵² LA ROSA, *op. cit.*, p. 163, n. 42.

⁵³ NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁵⁴ C. 3.11.4.

Benché la tesi dell'autrice appaia abbastanza credibile, riteniamo possibile che già originariamente vi potessero essere due esami della causa; infatti, come sostiene Martini⁵⁵, le due cognizioni potevano servire a valutare due diversi aspetti della controversia e potevano permettere la concessione dell'immissione anche senza il differimento del processo. D'altra parte in caso di originaria presenza di una sola *causae cognitio*, non necessariamente la costituzione di Costantino avrebbe imposto l'inserimento nell'editto di una seconda cognizione. Se infatti vi fosse stata prima di Costantino una sola *causae cognitio*, in questa il pretore avrebbe dovuto valutare se rimandare il processo a dopo la pubertà del pupillo ed in seguito a tale decisione concedere l'immissione nel possesso; ma se così fosse stato il processo sarebbe stato già differito sulla scorta di una cognizione e quindi non sarebbe stato necessario aggiungerne una seconda.

È ipotizzabile quindi che con il primo esame della causa il pretore dovesse valutare se il pupillo avesse i requisiti per richiedere l'immissione, ossia se non fosse certo che questi mai avrebbe potuto succedere al defunto; l'immissione era tuttavia comunque concessa anche nel caso in cui la situazione fosse dubbia:

D. 37, 10, 3, 4 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): *Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam: si vero ambigam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem.*⁵⁶

Con il secondo esame della causa il pretore doveva viceversa verificare se fosse utile all'impubere rimandare la discussione della contro-

⁵⁵ MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, p. 148, il quale ipotizza che la seconda *causae cognitio* potesse essere presente dapprima solo nella pratica, introdotta magari da rescritti imperiali.

⁵⁶ Troppo radicali paiono le critiche di BIONDI (*Summatim cognoscere*, in BIDR, 30, 1921, p. 240) e di GUARNIERI CITATI (*Rec. a Lévy-Brubl, La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, Lille, 1924, in *Arch. Giur.*, 9, 1925, p. 141 n. 1) che ritengono il passo frutto esclusivo della mano dei compilatori.

versia al momento del raggiungimento della pubertà, e per fare ciò consultava i parenti della madre o il tutore del pupillo:

D. 37, 10, 3, 5 (Ulp. l. 41 *ad ed.*): Hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis, et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli debet. .. aut stulti aut iniqui praetoris erit rem in tempus pubertatis differre cum summo eius incommodo, cui consultum velit.⁵⁷

Risulta quindi che la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*, temporanea come tutte le ipotesi di immissione concesse dal pretore, poteva avere differente durata: poteva, infatti, durare per il breve spazio di tempo necessario allo svolgimento del processo o poteva prolungarsi fino al raggiungimento della pubertà, in caso vi fosse l'opportunità di differire il processo⁵⁸. Tale differente durata era decisa da una valutazione del pretore, che solo poteva verificare quale delle due soluzioni potesse meglio assicurare quella che era la finalità dell'immissione, ossia la tutela del pupillo⁵⁹.

⁵⁷ LA ROSA (*op. cit.*, p. 163, n. 42), ritiene che in tale punto Ulpiano in realtà consigliasse ai parenti del pupillo di valutare, prima di chiedere l'intervento del pretore, se un differimento della causa gli fosse stato utile. Per il nostro esame particolari problemi non pongono i dubbi di BIONDI (*Summatim cit.*, p. 241) sulla classicità dell'espressione "*diligentissime praetori examinandum est*", in quanto seppure si volesse ammettere un intervento giustiniano volto a meglio descrivere l'attività del pretore, lo stesso BIONDI (*Summatim cit.*, p. 241) ammette che già in epoca classica sia riscontrabile la necessità di un duplice esame della questione (D. 37, 10, 3, 1).

⁵⁸ D. 37, 10, 3, 3.

⁵⁹ Di ciò troviamo conferma sempre in Ulpiano che però qui riporta utilmente un rescritto dell'imperatore Adriano, con il quale l'imperatore non sembra introdurre una novità nella disciplina dell'istituto, ma confermare e chiarire una regola già esistente: *Divus etiam Hadrianus ita rescripsit: "Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint. Ceterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum intersit mature de ea iudicari, et tutores eorum iudicio experiri volunt: non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est, et pendere status eorum, cum iam possit indubitatus esse* (D. 37, 10, 3, 5, Ulp. l. 41 *ad ed.*).

Nel passo Ulpiano sembra riferire che l'imperatore Adriano indicasse appunto che era competenza del magistrato valutare l'opportunità del provvedimento; solo il pretore, infatti, poteva decidere se lo svolgimento immediato del processo, magari richiesto dal tutore, potesse nuocere al pupillo, dato che come dice l'imperatore, la procedura innanzi tutto non doveva danneggiare i pupilli essendo concessa a loro favore.

6. Il carattere di temporaneità era proprio anche della *missio in possessionem damni infecti nomine*. Come illustra la principale dottrina sull'argomento⁶⁰ il procedimento di tutela del danno temuto si dovette comporre già in piena età repubblicana⁶¹ di due successivi decreti del pretore: con il primo il pretore ordinava al proprietario del bene minacciante di prestare una *satisdatio* volta a garantire colui che temeva il danno e, qualora vi fosse stato un rifiuto, decretava la *missio in possessionem damni infecti nomine*; con il secondo decreto, in presenza di una *iusta causa*, concedeva il possesso *ad usucapionem* a favore di colui che temeva il danno.

Non vi è dubbio sul carattere provvisorio del primo decreto con cui il pretore concedeva la *missio in possessionem damni infecti nomine*; questo infatti era destinato in ogni caso ad esaurire la sua utilità in brevissimo tempo.

Il termine dell'efficacia del primo decreto veniva meno in primo luogo se, una volta ordinata l'immissione, il proprietario del bene minacciante avesse prestato la *satisdatio*; concessa la quale l'interesse del soggetto minacciato veniva raggiunto, avendo ricevuto la promessa di risarcimento in caso di danno⁶², e l'editto gli imponeva quindi di *decedere* dalla *possessio*, sancendo il termine della *missio in possessionem damni infecti nomine*:

⁶⁰ Cfr. BRANCA, *Danno temuto* cit.; BRUNO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Nuovo Dig. It.*, 4-2, Torino, 1938, p. 713 ss.; PALERMO, *op. cit.*; MOZZILLO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Nov. Dig. It.*, 4, Torino, 1960, p. 457 ss.; MASI, *Denuncia di nuova opera*, in *Enc. dir.*, 12, Milano, 1966, p. 163 ss.

⁶¹ Se Plinio (*Hist. nat.* 36, 2, 2) ricorda un caso di *cautio damni infecti* già del 123 a.C., altre due testimonianze sull'uso della *cautio* vanno fatte risalire ai *Topica* di Cicerone (44 a.C.) e ad una *sententia* di Servio riportata da Ulpiano (D. 39, 2, 24, 4). Il primo testo però a parlare di una conseguenza giuridica alla mancata prestazione della *cautio* è la *Lex de Gallia Cisalpina* (XX), che tuttavia cita la concessione di un'*actio ficticia* e non della *missio in possessionem damni infecti nomine*, circostanza che SERRAO (*La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, p. 140) ha giustamente spiegato con il fatto che i magistrati municipali non dotati di *imperium* non potevano comminare la *missio in possessionem*, che secondo l'autore doveva essere conosciuta nell'editto urbano già dalla prima metà del I a.C. (in tal senso cfr. anche BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 61 ss.).

⁶² Che il contenuto della stipulazione consistesse nella promessa di risarcire il danno sembra emergere chiaramente da quanto afferma Ulpiano in D. 39, 2, 28: su tale punto d'altra parte la dottrina non mostra incertezze (cfr. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1894, p. 389; BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 375; BRUNO, *op. cit.*, p. 716; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 332).

D. 39, 2, 15, 31 (Ulp. l. 53 *ad edictum*) Item videamus, si ei cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat, quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contingit, posteaquam missus est in possessionem? quod quidem magis probatur: repetita igitur die promittendum erit. Hoc amplius de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum.

Ma il primo decreto era destinato a vedere esaurita la sua funzione anche in caso di emanazione del *secundum decretum*, che andava a modificare sostanzialmente le situazioni giuridiche preesistenti generando a favore del minacciato un possesso che poteva condurre all'usucazione⁶³.

Perché si giungesse all'emissione del *secundum decretum* era necessario che vi fosse una *iusta causa*:

D. 39, 2, 7 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) ...eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo.

Le fonti attestano che configuravano ipotesi di *iusta causa* il non aver prestato la *satisfatio* per un lungo periodo di tempo⁶⁴, la *derelictio* della cosa pericolante da parte del proprietario⁶⁵ e, secondo il Branca⁶⁶, il verificarsi del danno associato al rifiuto di risarcirlo da parte del proprietario della cosa danneggiante, l'assenza in mala fede e la *latitatio in iure* nel procedimento di danno temuto.

Occorre però evidenziare che le conseguenze che seguivano l'emissione del secondo decreto erano ben diverse e ben più gravi di quelle legate al primo decreto: colui a favore del quale era concesso il *secun-*

⁶³ D. 39, 2, 12; D. 39, 2, 7.

⁶⁴ In tal senso sembra esprimersi Ulpiano nel 53° libro del suo commento all'edicto, che seppure in alcune espressioni mostra la mano di successivi interventi, riteniamo possa nella sostanza considerarsi classico. *Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa videbitur (ergo intervallum aliquod debebit intercedere), quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse aut emisso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat* (D. 39, 2, 15, 21, Ulp. l. 53 *ad ed.*).

⁶⁵ Ciò può leggersi sempre in D. 39, 2, 15, 21.

⁶⁶ BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 200 ss. e più recentemente VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae*, Milano, 1984, p. 143.

dum decretum, non aveva sulla cosa soltanto la *custodia et observatio* come l'immesso *ex primo decreto*, ma diveniva vero e proprio possessore⁶⁷, aveva il diritto di scacciare il proprietario⁶⁸ e con il passare del tempo poteva usucapire il bene per usucapione⁶⁹. Le fonti d'altra parte differenziano chiaramente le due situazioni, parlando in seguito al primo decreto di *in possessionem esse damni infecti nomine* e descrivendo la situazione successiva al secondo decreto con il termine *possidere* senza ulteriori specificazioni⁷⁰.

⁶⁷ Ben evidenzia ALBANESE (*op. cit.*, p. 62 ss.) che all'immesso *damni infecti nomine* in conseguenza del primo decreto pretorio spettavano poteri di *custodia et observatio* del bene minacciante. In tal senso si può leggere quanto affermato già da Pomponio nel suo commentario all'opera di Quinto Mucio e quanto ribadito da Ulpiano:

D. 42, 4, 12 (Pomp. l. 23 *ad Q. Mucium*) *Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit.*

D. 39, 2, 15, 20 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *Si quis autem in possessionem missus, nondum possidere iussus sit, an dominus decedere possessione debeat, videamus. Et ait Labeo non decedere, sicuti nec cum creditores vel legatarii mittuntur: idque est verius.*

In conseguenza del *secundum decretum* si aveva, viceversa, come evidenzia ALBANESE (*op. cit.*, p. 61), un pieno possesso, del quale si trova riferimento nell'opera di Ulpiano:

D. 39, 2, 15, 21 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa videbitur...*

D. 39, 2, 7 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *...Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo.*

Sottolineano, inoltre, SCIALOJA (*op. cit.*, p. 410), BRANCA (*Danno temuto cit.*, p. 230 ss.) e ALBANESE (*op. cit.*, p. 62), che nel primo caso la tutela contro le turbative era assicurata soltanto da un interdetto *ne vis fiat* (D. 43, 4, 4); nel caso di turbative dopo la concessione del secondo decreto erano concessi invece proprio l'*actio publiciana* e gli interdetti possessorii (D. 39, 2, 18, 15). Chiarificatore può essere leggere NICOSIA (*Il possesso cit.*, p. 10 ss.) che proponendo un'approfondita ricostruzione delle dottrine classiche intorno al possesso getta una nuova luce sull'istituto ed offre interessanti spunti per la comprensione di tale differenza.

⁶⁸ D. 39, 2, 15, 23 (Ulp. l. 53 *ad ed.*) *Ubi autem quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit possessione.*

⁶⁹ D. 39, 2, 12 (Paul. l. 48 *ad ed.*) *His qui pignori rem acceperunt potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permisum fuerit.*

⁷⁰ Una tale differenziazione si trova sia nell'opera di Paolo (D. 39, 2, 12) sia, in maniera più massiccia, in quella di Ulpiano (D. 39, 2, 7; D. 39, 2, 15, 21; D. 39, 2, 15, 23; D. 39, 2, 15, 31; D. 39, 2, 15, 32) come ha notato ALBANESE, *op. cit.*, p. 60 ss.

A proposito del *secundum decretum* non si può quindi parlare di temporaneità tanto più che il secondo decreto, una volta emanato, non risulta revocabile neppure nel caso in cui il proprietario del bene minacciato avesse voluto prestare la *cautio*⁷¹.

Tuttavia ciò non deve indurre a negare il carattere temporaneo della *missio in possessionem damni infecti nomine*.

A nostro parere, infatti, la *missio in possessionem damni infecti nomine* era soltanto quella legata al primo decreto del pretore, mentre il secondo decreto non costituiva una ulteriore fase dell'immissione, bensì un provvedimento del tutto diverso, volto a concedere al soggetto minacciato il possesso pretorio, l'*in bonis habere*, del bene minacciante.

Primo decreto e secondo decreto a tutela del danno temuto sono collegati soltanto perché il primo legittimava l'emissione del secondo e ciò poiché nella *missio in possessionem damni infecti nomine* il soggetto proprietario del bene minacciato era immesso nella cosa minacciante pur non avendo sulla stessa alcun diritto o pretesa.

Ciò non avveniva nelle altre forme di immissione. Infatti se i creditori immessi nei beni del debitore potevano vantare sui beni il diritto loro derivante dalla loro situazione creditoria, il legatario ed il fideicommissario che ottenevano la *missio in possessionem legatorum fideicommissorum servandorum gratia* potevano vantare il diritto successorio derivante dal testamento; anche il *venter*, a favore del quale era ordinata la *missio in possessionem ventris nomine*, poteva vantare un titolo per l'immissione, ossia l'aspettativa sui beni ereditari, mentre il pupillo che chiedeva l'immissione *ex Carboniano edicto* aveva un vero e proprio diritto alla successione legittima.

Nessun titolo aveva invece l'impresso *damni infecti nomine* sulla cosa da cui era minacciato, ma la necessità di essere tutelato contro un danno probabile. Ed il pretore effettivamente lo tutelava assegnandogli la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Tale immissione però, come ogni altra immissione, non poteva essere protratta in eter-

⁷¹ *Posteaquam autem quis possidere iure domini a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo: ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur: et est hoc verissimum seposito eo, quod quibusdam vel aetate vel qua alia iusta causa subvenitur* (D. 39, 2, 15, 32, Ulp. l. 53 ad ed.).

no e d'altra parte da sola non sarebbe stata pienamente soddisfacente per gli scarsi poteri che comportava; la sola *custodia et observatio* a poco sarebbe servita, infatti, una volta verificatosi il danno se il pretore non avesse trovato una forma di tutela più intensa.

Ma tale tutela, mancando a favore del minacciato un effettivo titolo sulla cosa minacciante, poté essere introdotta, come è dimostrato in modo illuminante dal Branca⁷², soltanto sotto forma "penale". Il pretore decise infatti di sanzionare il rifiuto di prestare la *cautio*, reiterato nonostante l'immissione, con un secondo decreto che dal primo traeva legittimazione, un *secundum decretum* che costituiva una *poena* per la trasgressione all'ordine pretorio e che privava definitivamente il punito della disponibilità della cosa.

Si può quindi concludere che anche la *missio in possessionem damni infecti nomine* era un provvedimento temporaneo e provvisorio, in quanto era destinata a terminare o con la prestazione della *cautio* da parte del proprietario del bene minacciante o con l'emissione del secondo decreto, che, punendo l'ostinazione del proprietario del bene minacciante, andava a modificare definitivamente la situazione giuridica preesistente eliminando la *missio in possessionem damni infecti nomine* e costituendo un possesso pretorio.

7. Il carattere di temporaneità deve, invece, essere escluso per una

⁷² Il merito di aver evidenziato la funzione penale della *missio in possessionem damni infecti nomine* è stato del BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 139 ss.; accanto alla consueta funzione cautelare, già identificata da SCIALOJA, *op. cit.*, p. 390 e a quella coercitiva, per cui propendeva la maggior parte della dottrina precedente (cfr. KARLOWA, *Der römische civilprocess zur Zeit der legis actiones*, Berlino, 1872, p. 1240 ss.; BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 662 ss.), proprie di tutte le forme di immissione, nella concessione della *missio in possessionem damni infecti nomine* lo studioso ha ampiamente dimostrato l'esistenza di un principio sanzionatorio legato alla trasgressione all'ordine imposto dal pretore, evidenziando che: 1) varie fonti testuali parlano di pena a proposito di tale immissione; 2) è concessa in parti uguali anche se più sono i ricorrenti e per beni di diverso valore, a prescindere quindi dalla valutazione del danno; 3) ha carattere personale a differenza delle altre immissioni; 4) ha un'ampia contiguità con la *legis actio damni infecti* che aveva carattere penale. Tale funzione sanzionatoria era propria sia del decreto con cui il pretore ordinava l'immissione, sia di quello con cui ordinava il possesso del bene minacciante. Tale funzione penale è ora riconosciuta dalla maggior parte della dottrina che talora rischia però di dimenticare la compresenza dei tradizionali fini cautelari-coercitivi propri di tutte le ipotesi immissorie, cfr. PALERMO, *op. cit.*, p. 95 ss.; MASI, *op. cit.*, p. 164; LUZZATTO, *op. cit.*, p. 340 ss.

forma di immissione a tutela dei fedecommissi introdotta, secondo la dottrina dominante⁷³, in epoca postclassica: la *missio in rem*.

Ciò si può facilmente constatare evidenziando in primo luogo, come fa in modo unanime la dottrina⁷⁴, che tale immissione era in *singulam rem*, ossia nella sola cosa che il testatore aveva lasciato per fedecommissato:

C. 8, 17, 2 (*Imp. Antoninus A. Chresto*): Si decreto praetoris, qui de fideicommissio ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi condicionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequabatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore. (*PP. v id. Mai. duobus Aspris cons.*)

Esaminando il caso di una sentenza che regolava una questione di poeriorità tra un soggetto immesso nel possesso ed uno che deteneva la cosa a titolo di pegno l'imperatore Caracalla afferma che l'immissione era avvenuta in una singola cosa, cioè in un fondo; pur trattando di una immissione in *singulam rem* il brano tuttavia non parla di *missio in rem* ma di *missio in possessionem fideicommissorum servandorum gratia*. Giustamente è stato però osservato da Arcaria⁷⁵ che questo deve essere stato il frutto del lavoro dei compilatori: venuta infatti meno la *missio in rem*, in quanto abolita, come vedremo, da Giustiniano, i compilatori per salvare il brano mutarono la menzione della *missio in rem* con quella della *missio fideicommissorum servandorum gratia*. Ciò appare chiaro osservando che il brano parla di una immis-

⁷³ Seppure non precisamente databile, ARCARIA (*op. cit.*, p. 279 ss.) ritiene che l'introduzione della *missio in rem* sia da collocare in età postclassica, visto che essa fu da subito di competenza del *praetor fideicommissarius*, come confermato da C. 8, 17, 2; su posizioni differenti si pone IMPALLOMENI (*L'efficacia del fedecommissato pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, in BIDR, 70, 1967, p. 85 ss. e 95-96), il quale, se sostiene che la sua compiuta applicazione è ascrivibile alla tarda età degli Antonini, ipotizza che potesse trovare applicazione addirittura prima; riteniamo dubbia tale anticipazione, in quanto non saremmo così sicuri che siano effettivamente riferibili alla *missio in rem* alcuni testi su cui l'autore fonda la sua analisi.

⁷⁴ In tale senso FERRINI, *op. cit.*, p. 414; IMPALLOMENI, *Prospettive cit.*, p. 309; ARCARIA, *op. cit.*, p. 255, DESANTI, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁵ ARCARIA, *op. cit.*, p. 279 ss.

sione *in fundo* cioè *in singulam rem*, mentre la *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum gratia* era una *missio in bona*.

La *missio in rem* aveva poi effetti reali, era cioè accordata anche nel caso in cui la cosa fosse stata acquistata scientemente da un terzo⁷⁶:

Pauli Sent. 4, 1, 15: *Rem fideicommissam si heres vendiderit eamque sciens compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.*

Infine, a differenza di quanto avveniva nella *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* ed in ogni altra ipotesi di immissione, l'impresso poteva esercitare l'*actio Publiciana* e poi, per mezzo dell'*usucapio*, divenire *dominus* della cosa⁷⁷.

Risulta quindi evidente che, lungi dall'aver funzione cautelare-coercitiva, come in genere avevano le altre immissioni, la *missio in rem* aveva una funzione per lo più esecutiva, che le è riconosciuta in modo unanime dalla dottrina⁷⁸: con la *missio in rem* a favore del fedecommissario, infatti, il pretore non mirava a concedere al richiedente una tutela limitata nel tempo, in attesa che gli interessi dello stesso fossero tutelati compiutamente nell'ambito delle ordinarie procedure del *ius civile* e del *ius pretorium*, ma voleva far conseguire direttamente e definitivamente al fedecommissario quanto a lui spettava a titolo successorio. Per tale forma di immissione non si può quindi parlare di temporaneità.

Tuttavia tale caso non può condurre a negare che la temporaneità fosse un elemento comune ed unificante delle varie forme di immissione.

La *missio in rem*, infatti, delle altre forme di immissione aveva sol-

⁷⁶ FERRINI, *op. cit.*, p. 414; BIONDI, *Successione cit.*, p. 370; VOCI, *Diritto ereditario cit.*, II, p. 233; IMPALLOMENI, *L'efficacia cit.*, p. 55, il quale ipotizza che il fedecommissario perdesse la legittimazione alla *missio* qualora avesse prestato il consenso all'alienazione dei beni operata dall'onerato.

⁷⁷ ARCARIA, *op. cit.*, p. 255, DESANTI *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ ARCARIA, *op. cit.*, p. 256; VOCI, *Esecuzione forzata cit.*, p. 250; IMPALLOMENI, *L'efficacia cit.*, p. 76 ss.

tanto il nome: sorse in epoca ben più tarda; concedeva molto probabilmente all'immesso poteri ben maggiori se è vero che in questo caso, unico tra tutti, l'immesso poteva giungere all'usucapione del bene; perseguiva finalità non cautelari ma esecutive.

La *missio in rem* è in realtà, a nostro parere, il caduco frutto di quel processo di trasformazione che, secondo la principale dottrina⁷⁹, l'istituto della *missio in possessionem* conobbe nell'età postclassica. In tale periodo, infatti, la *missio in possessionem* fu sempre più avvicinata ad uno strumento esecutivo ed al concetto di *pignus praetorium*, snaturandone le caratteristiche proprie, che consistevano nell'attribuire la custodia dei beni, per un periodo di tempo limitato, a fini cautelari-coercitivi⁸⁰.

Ma tale processo di snaturamento della *missio in possessionem* fu condannato da Giustiniano che seppure non eliminò ogni traccia di questo mutamento, trovandosene ancora segni nel Digesto, lo ridimensionò a partire proprio dalla *missio in rem*, abrogata per le ambiguità della sua regolamentazione e definita "*tenebrosissimus error*":

⁷⁹ BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 385 ss.; LUZZATTO, *In tema di origine nel processo "extra ordinem"*, Studi E. Volterra, Milano, 1971, p. 710 ss. Un primo segnale di tale processo si avverte già nella *missio in possessionem Antoniniana*, che, seppure non può essere definita un procedimento esecutivo, tuttavia aveva già un ambito di esecutività nel concedere all'immesso la possibilità di rivalersi sui frutti.

⁸⁰ Ciò è talmente vero e talmente forti ne sono i segni rimasti nel Digesto, che a lungo la dottrina dominante (NABER, *De pignore praetorio*, in *Mnemosyne*, 1897, p. 307; RAMADIER, *op. cit.*, p. 130 ss.), ha ricostruito la *missio in possessionem* come *pignus praetorium*. Con il concetto di *pignus praetorium* si indicarono forme di pegno giudiziale, ossia pegni non convenzionali, ma concessi dal magistrato. Tra questi tipi di pegno sono stati fatti rientrare il *pignus ex causa iudicati captum* e le *missiones in possessionem* (cfr. PAGGE, v. *Pegno*, in *Nuovo Dig. It.*, IX, 1939, p. 612; BOVE, v. *Pegno*, in *Nov. Dig. It.*, XII, 1957, p. 764). Se il *pignus ex causa iudicati captus* è generalmente riconosciuto come strumento esecutivo proprio della procedura *extra ordinem* (cfr. BOVE, *op. cit.*, p. 764; BURDESE, v. *Pegno*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, p. 666), per quanto concerne la *missio in possessionem* va ascritto al SOLAZZI (*Il concorso* cit., I, p. 243 ss.) il merito di aver ampiamente dimostrato che i testi che equiparano la *missio in possessionem* al *pignus praetorium* sono il frutto di interpolazioni postclassiche, come alla stessa epoca deve essere fatto risalire lo stesso concetto di *pignus praetorium*. In linea con le posizioni del Solazzi si è poi espressa la principale dottrina tra cui BURDESE, *op. cit.*, p. 666. Il concetto di *missio in possessionem* come forma di pegno giudiziale ha recentemente trovato una voce in GUARINO (*Diritto privato romano*, Napoli, 1999, p. 778), seppure l'autore affermi sembrare non classica l'espressione *pignus praetorium*.

C. 6, 43, 1 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni.*): Quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare. (*D. xv k. Oct. Chalcedone decio vc. cons*)

C. 6, 43, 3, 2 (*Imp. Iustinianus A. Iobanni.*): Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit et actiones tam personales quam in rem et hypothecarias dedimus et in rem missionis tenebrosissimus error abolutus est, et ad hanc legem pervenimus. (*D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.*).

La *missio in rem* ebbe dunque breve vita e fu il prodotto di una momentanea tendenza allo snaturamento dei principi fondamentali della *missio in possessionem*, tra i quali primo la provvisorietà dell'immissione. Perciò non poter riscontrare un carattere di temporaneità nella *missio in rem*, non ci sembra incidere sulla convinzione che la temporaneità fosse una caratteristica fondamentale di tutte le ipotesi di *missio in possessionem*.

8. Dall'analisi svolta sulle singole ipotesi di concessione della *missio in possessionem* si può concludere che questa costituiva una fattispecie unitaria almeno sotto il profilo della temporaneità.

Salvo, infatti, il caso anomalo e postclassico della *missio in rem*, ogni qual volta il pretore concedeva l'immissione questa era temporanea e provvisoria. La nuova regolamentazione degli interessi, la nuova situazione giuridica, che con essa si instaurava non poteva mai essere definitiva, ma solo temporaneamente valida, e sempre e comunque era destinata a vedere esaurita la sua funzione ed estinti i suoi peculiari effetti.

Tuttavia la lettura di alcune fonti ha potuto suscitare il sospetto che l'unitarietà della *missio in possessionem* non sia forse basata soltanto sulla temporaneità di tale rimedio, ma anche su ulteriori elementi che richiederebbero essi stessi una più approfondita analisi. È parso infatti di scorgere nella *missio in possessionem* un rimedio per lo più volto a finalità cautelari-coercitive, indipendentemente dalla varietà delle sue manifestazioni. È sembrato, inoltre, di intuire che la *missio*

in possessionem oltre ad essere limitata temporalmente, fosse limitata anche sostanzialmente; tale tutela non era cioè mai piena, offrendo un insieme di poteri generalmente ristretto. Sarebbe quindi ben utile un'indagine volta a cercare di approfondire quegli elementi, qui intravisti, che oltre all'aspetto della temporaneità potrebbero fondare una ricostruzione unitaria dei vari fenomeni di *missio in possessionem*. Per l'intanto, e nei ristretti limiti di una semplice annotazione, è qui interessante l'osservazione che a rafforzare l'ipotesi di una *missio in possessionem* come istituto unitario può concorrere l'esame di quali fossero i magistrati competenti alla sua emanazione.

D. 50, 1, 26 (Paul. I. 1 *ad ed.*) Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

Poiché la *missio in possessionem* non poteva essere ordinata dai magistrati municipali, la dottrina ha concluso in modo unanime che tale provvedimento potesse essere preso sempre e solo dal pretore o dal preside della provincia⁸¹. D'altra parte si può osservare che ancora nel Digesto si fa riferimento al pretore non solo come a colui che con l'editto ha regolamentato la *missio in possessionem*, ma anche come a colui che deve emanare i decreti necessari alla concessione della stessa⁸². Unica eccezione è rappresentata dalla *missio in rem* concessa a tutela del fedecommissario: infatti C. 8, 17, 2⁸³ mostra che tale prov-

⁸¹ In tale senso LAURIA, *Iurisdictio cit.*, p. 524; DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 221 ss.; SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, p. 143 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 119 ss.; ARCARIA, *op. cit.*, p. 248.

⁸² Solo a titolo esemplificativo si possono osservare tra gli altri D. 42, 4, 7, 1, D. 42, 5, 12 e D. 42, 5, 31 a proposito della *missio in possessionem rei servandae causa*. A proposito della *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* si può leggere D. 36, 4, 1, 1; D. 37, 9, 1, 15 per la *missio in possessionem ventris nomine* e D. 37, 10, 1, 1 per la *missio in possessionem ex Carboniano edicto*. Tuttavia anche ove il nome del pretore è omissso il tenore del discorso sembra indubbiamente riferirsi a tale magistrato.

⁸³ *Si decreto praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequeretur, tempore potiores estis* (C. 8, 17, 2, *Imp. Antoninus a Chresto*, PP V *id. Mai. Duobus Aspris cons.*) [a. 212].

vedimento era preso *extra ordinem* dal *praetor fedecommissarius*. Tuttavia questa non va considerata che l'ennesima differenza tra tale caso del tutto particolare e i principi generali della immissione classica.

Ma se i brani dedicati dal Digesto alla *missio in possessionem* fanno riferimento genericamente al pretore, l'unica volta che si trova una trattazione specifica sull'argomento è nella lettura del libro 39° titolo 2° del Digesto, dedicato al danno temuto. Tale particolare trattazione è dovuta al fatto che, a differenza dalle altre ipotesi di immissione, nella *missio damni infecti nomine* erano affidati ambiti di competenza ai magistrati municipali. Nel suo libro primo *ad edictum* Ulpiano trattava la questione evidenziando che il pretore e il preside della provincia delegavano ai magistrati municipali il potere di ordinare la *cautio* e di emettere il decreto di *missio in possessionem ex primo decreto* quando reputavano che la situazione necessitasse di un intervento di urgenza⁸⁴:

D. 39, 2, 4, 3 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) Duae ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit.

D. 39, 2, 1 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit.

Il pretore e il preside della provincia conservavano però il potere di revocare l'immissione già concessa (*ex primo decreto*) o di ordinare la *missio in possessionem ex secundo decreto*:

D. 39, 2, 4, 4 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) Si forte dureretur non caveri, ut possidere liceat (quod causa cognita fieri solet) non duumviros, sed praetorem vel praesidem permissuros: item ut ex causa decedatur de possessione.

La situazione di particolare urgenza che in determinati casi poteva venirsi a configurare nella *missio in possessionem damni infecti nomine* giustificava quindi l'eccezione alla regola generale che veniva poi a riprendere vigore quando l'urgenza veniva meno, ossia nel caso di revoca dell'immissione o di *secundum decretum*. La giustificazione di tale

⁸⁴ Cfr. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 221; SERRAO, *op. cit.*, p. 91 n. 18; MASI, *op. cit.*, p. 164.

norma ci è fornita oltre che da Ulpiano anche da Paolo che ugualmente trattava della questione nel primo libro *ad edictum*:

D. 2, 1, 4 (Ulp. l. 1 *ad ed.*) Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.

D. 50, 1, 26 (Paul. l. 1 *ad ed.*) Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

Poiché la *missio in possessionem* era ordinata in forza dell'*imperium* del magistrato più che della sua *iurisdictionis*, l'immissione non poteva essere disposta dai magistrati municipali, essendo questi sforniti di *imperium*⁸⁵.

A porre in dubbio la classificazione della *missio in possessionem* tra gli atti *magis imperii quam iurisdictionis* si pongono alcuni testi che parrebbero parlare al proposito di *iurisdictionis*⁸⁶. L'aver osservato che potevano di norma comandare l'immissione solo il pretore e il preside della provincia, magistrati forniti di *imperium*, e mai i magistrati municipali, dotati solo di *iurisdictionis*, può fornire forse un ulteriore argomento a chi, come De Martino⁸⁷, ritiene tali testi interpolati o frutto di espressioni atecniche. Di parere diverso è invece Luzzatto⁸⁸, il quale ritiene che tali testi rivelino una perplessità sorta già in epoca repubblicana sull'essere la *missio* frutto dell'*imperium* o della *iurisdictionis*,

⁸⁵ Nell'ambito di un ampio dibattito svoltosi in dottrina sui contenuti dell'*imperium* e della *iurisdictionis* (per il quale cfr. LAURIA, *Iurisdictionis cit.*; DE MARTINO, *op. cit.*; LUZZATTO, *Il problema cit.*, Bologna, 1965; e specificatamente sulla *iurisdictionis* NICOSIA, *Nascita ed evoluzione della iurisdictionis. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1991-1992*, Catania, 1993) la dottrina si è mostrata pressoché concorde nel ritenere la *missio in possessionem* un atto *magis imperii quam iurisdictionis*, cfr. LAURIA, *Iurisdictionis cit.*, p. 524; DE MARTINO, *op. cit.* (che a p. 223 afferma "È tanto poco un atto giurisdizionale, che serve solo a creare uno stato di fatto, tutelato dall'*imperium* del magistrato, ma non a trasmettere comunque diritti, né a creare diritti nuovi da quelli preesistenti"); SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, p. 143; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 132; CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1982, II, p. 25, il quale prende in esame proprio D. 2, 1, 4; ARCARIA, *op. cit.*, p. 248; NICOSIA, *Nascita ed evoluzione cit.*, p. 116.

⁸⁶ *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* lin. 13 ss., 41 ss.; D. 39, 2, 4, 3-7; D. 43, 4, 1.

⁸⁷ DE MARTINO, *op. cit.*, p. 223.

⁸⁸ LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 119 ss.

perdurata per tutto il primo periodo imperiale e risolta solo nell'età dei Severi, epoca a cui risalgono il maggior numero dei testi che parlano di *missio in possessionem* come frutto dell'*imperium* pretorio.

Il fatto che, come sembra del tutto probabile dall'esame delle fonti, la *missio in possessionem* fosse un atto *magis imperii quam iurisdictionis*, oltre a fornire un ulteriore elemento di unitarietà dell'istituto, è elemento⁸⁹ assai importante che inquadra l'immissione nell'ambito dei rimedi basati sull'*imperium* del pretore, tra i quali sono fatti rientrare gli interdetti, la *restitutio in integrum* e le stipulazioni pretorie.

Assai interessante sarebbe verificare se il punto di contatto tra gli atti *magis imperii quam iurisdictionis* risieda soltanto nel potere da cui essi sono generati o se siano riscontrabili maggiori punti in comune. Far ciò partendo dal punto di vista della *missio in possessionem*, angolo prospettico da cui abbiamo affrontato l'argomento, significherebbe verificare se oltre alla temporaneità e all'essere atto *magis imperii quam iurisdictionis*, vi siano ulteriori elementi unificanti le singole ipotesi immissorie e quindi constatare se tali elementi siano specifici della *missio in possessionem* o se si estendano all'intera categoria dei rimedi pretori. La nostra indagine ci permette di considerare solo l'aspetto della temporaneità, dovendo rimandare a futuri approfondimenti il confronto tra la finalità cautelare-coercitiva dell'immissione, i poteri limitati concessi da questa, elementi che sono emersi in questa ricerca come possibili punti di contatto tra le singole figure immissorie, ed

⁸⁹ Un esame unitario degli atti *magis imperii quam iurisdictionis* è fornito da LAURIA, *Iurisdictio cit.*, p. 524 ss.; DE MARTINO, *op. cit.*, p. 224 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 118 ss. Specificatamente per quanto riguarda gli interdetti come atti fondati sull'*imperium* del magistrato si può leggere CAPOGROSSI COLOGNESI, *v. Interdetti*, in *Enc. Dir.*, XXI, 1971, p. 904 ss.; fanno risalire la *in integrum restitutio* all'*imperium* del magistrato SARGENTI, *Studi sulla "restitutio in integrum"*, in *BIDR*, 69, 1966, p. 201 ss.; FABBRINI, *Per la storia della "restitutio in integrum"*, in *Labeo*, 13, 1967, p. 201 ss.; contra CERVENCA, *Per lo studio della restitutio in integrum*, in *Studi Biondo Biondi*, Milano, 1965, p. 622 ss. che ritiene che nel periodo dell'*ordo iudiciorum* la concessione della *restitutio in integrum* sarebbe stata legata alla *iurisdictio* del magistrato, mentre sarebbe stata imputata all'*imperium* solo in epoca di *cognitio extra ordinem* (ma vedi a proposito le critiche mosse da FABBRINI, *op. cit.*, p. 202). Ritengono ricollegabile all'*imperium* del pretore le *stipulationes pretoriae* PALERMO, *op. cit.*, p. 62 ss. e LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 251; contra è il MOZZILLO, *Contributo allo studio delle "stipulationes praetoriae"*, Napoli, 1960, p. 10 che evidenzia che tali *stipulationes* dette pretorie potevano essere previste anche in leggi e senatoconsulti; sull'argomento cfr. anche l'esauriente nota di GIOMARO, *Ulpiano e le "stipulationes praetoriae"*, in *Studi A. Biscardi*, IV, 1983, nota 6, p. 417.

eventuali analoghe caratteristiche degli altri rimedi basati sull'*imperium* del magistrato.

Per quanto riguarda l'interdetto⁹⁰, la cui natura è aspetto particolarmente dibattuto in dottrina ed essenziale per evidenziarne il rapporto con la *missio in possessionem*, si può subito chiarire che esso non va definito temporaneo se si considera esito di un processo, sia esso amministrativo su richiesta della parte⁹¹, sia esso *extra ordinem*⁹². In tale caso, infatti, l'interdetto avrebbe la forza di instaurare una nuova situazione giuridica tendenzialmente permanente, al contrario dell'immissione che ciò non poteva mai fare. Da tali considerazioni non si differenzia troppo neppure l'opinione di Biscardi⁹³, il quale ritiene l'interdetto sempre riesaminabile, ma non per questo ne nega l'eseguitività né la possibile definitività.

E temporaneo l'interdetto non è neppure qualora lo si consideri, come il fa Gandolfi⁹⁴, un comando concreto e definitivo, preceduto da *cognitio*, seppure emesso in bianco ed integrato successivamente per mezzo di una *formula arbitraria*. Come non lo è neppure quando si creda, come il Luzzatto⁹⁵, che consista in un comando con in sé insita una possibilità di definitività, seppure questa limitata all'ipotesi di non contestazione dell'interdetto stesso.

Una forma di vicinanza tra interdetto e *missio in possessionem* sotto il profilo della temporaneità non si può infine riscontrare neppure considerando l'interdetto un giudizio ipotetico, ossia condizionato alla

⁹⁰ Per una più compiuta analisi delle posizioni dottrinali in materia cfr. LUZZATTO, *Il problema* cit., p. 198 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 901 ss.; GIOMARO, v. *Interdica*, in *Dig.* IV, IX, 1983, p. 504 ss., ai quali si rimanda anche per una più completa bibliografia.

⁹¹ BETHMANN HOLLWEG, *op. cit.*, II, p. 344; RICCOBONO, v. *Interdicta*, con aggiornamento bibliografico di Riccobono jr., in *Nov. Dig. It.*, 1963, p. 792 ss.

⁹² Cfr. KELLER, *Der römische Civilprozess*, Leipzig, 1883, p. 352 ss. e PERNICE, Panerga VI, *Frieden und Friedenswahrung in römischegriechischen Rechte*, in ZSS, 1896, p. 195, per i quali in tale procedimento sarebbe l'origine della *cognitio extra ordinem*.

⁹³ BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 232 ss.

⁹⁴ GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955, p. 80 ss.

⁹⁵ LUZZATTO (*Il problema* cit., p. 227 ss. e *Idem*, *In tema* cit., p. 687 ss.), il quale ritiene l'interdetto come esito di una sommaria cognizione del pretore volta ad accertare l'esistenza di un *fumus boni iuris* e a dare così forza ad un atto di difesa privato.

verifica *in iure* dell'esistenza e della giustezza dei suoi presupposti⁹⁶ o addirittura un mero mezzo processuale volto a trasportare nell'*ordo iudiciorum* situazioni altrimenti non tutelate dal *ius civile*⁹⁷; non ha senso infatti parlare di temporaneità se si nega ogni efficacia all'interdetto. Nuovamente non temporaneo è l'interdetto se si sposa una versione più moderata della teoria dell'intervento pretorio come giudizio ipotetico, quale quella espressa dal Capogrossi Colognesi⁹⁸, il quale ritiene l'interdetto un comando ipotetico, ma a carattere concreto, ossia avente la capacità di modificare definitivamente le situazioni giuridiche preesistenti, mediante la sua esecuzione da parte del destinatario.

Ugualmente non temporanea era la *restitutio in integrum* che, seguendo la definizione che ne dà il Fabbrini, è un intervento del pretore che si avvale "di un potere esorbitante i limiti della *iurisdictio*, per tutelare, contro il rigore dello *ius*, le esigenze dell'*aequitas*, e temperare ogni deformazione causata dall'eccessivo formalismo, ponendo nel nulla di volta in volta le situazioni formalmente valide ma sostanzialmente inique, e facendo compiere un salto indietro nel tempo, riportando il tutto ad una situazione giuridica anteriore, facendo sì che tutto potesse ricominciare da capo. La *restitutio in integrum* era così un'efficace strumento per creare diritto nuovo, dietro la spinta di considerazioni equitative..."⁹⁹. La *restitutio in integrum* andando quindi ad annullare gli effetti di un atto giuridico, riportava la situazione al mo-

⁹⁶ Di tale opinione era la dottrina a lungo dominante a partire dall'ottocento, tra cui WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Munchen, 1925 (traduzione italiana di Orestano, Milano, 1938), p. 244 ss.; KASER, *op. cit.*, p. 319; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, p. 141 ss.; GIOFFREDI (*Osservazioni sul processo interdittale*, in *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1947, p. 85 ss.) che in particolare tenta una conciliazione tra le varie ipotesi dottrinali: ritiene, infatti, che l'interdetto, dapprima comando concreto, si sarebbe venuto trasformando con il tempo in giudizio ipotetico legato ad un successivo e necessario pronunciamento processuale.

⁹⁷ Tale era la dottrina dominante soprattutto in epoca pandettistica: cfr. UBELLOHDE, in *Glück, Commentario alle Pandette*, XLIII-XLIV, pt. I-II, p. 636 ss. (traduzione italiana di Pouchain, Milano, 1899); JOBBE' DUVAL, *Etudes sur la procédure civile chez les Romains*, I, Parigi, 1896, p. 281 ss.

⁹⁸ CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, p. 902 e 914.

⁹⁹ FABBRINI, *op. cit.*, p. 204. Le considerazioni dell'autore non fanno che accogliere la concezione dell'istituto espressa in modo unanime dalla dottrina, cfr. tra gli altri CERVENCA, *op. cit.*, p. 601 ss., RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, p. 15 ss., SARGENTI, *op. cit.*, p. 193, e l'ampia bibliografia citata da tali autori per quanto riguarda la dottrina anteriore.

mento anteriore al suo compimento, operando una mutazione non temporanea, ma definitiva della realtà giuridica su cui interveniva¹⁰⁰.

Abbastanza evidente è anche che non si possono porre parallelismi a riguardo della temporaneità neppure tra la *missio in possessionem* e le *stipulationes praetoriae*. L'aspetto più dibattuto nella dottrina delle *stipulationes praetoriae*, sulla base dei famosi testi di Pomponio (D. 45, 1, 5) e di Ulpiano (D. 46, 5, 1), è stato quello riguardante una loro possibile classificazione unitaria o meno¹⁰¹: lungi dall'essere una mera questione accademica, alla base di tale esame si poneva l'esigenza di vedere se fosse possibile riscontrare, tra le molteplici ipotesi di *stipulationes praetoriae*, degli elementi simili. Indipendentemente dai risultati di tale ricerca, che ha portato alcuni¹⁰² ad ammettere un'unitarietà della categoria, altri¹⁰³ a negarla, è stata evidenziata da tutti una caratteristica minima comune: attraverso l'imposizione della stipulazione il pretore offriva una tutela a rapporti che altrimenti ne sarebbero stati privi, e il rapporto usciva quindi dall'intervento del pretore ben definito e fornito di coazione. In conclusione le stipulazioni non ponevano in essere alcuna regolamentazione provvisoria degli interessi, ma fornivano tutela con definitività a situazioni altrimenti non tutelabili¹⁰⁴.

Particolarmente interessante è quindi osservare come il pretore, che aveva creato la *bonorum possessio* e la aveva tutelata con gli interdetti, che aveva pesantemente corretto il *ius civile* con l'introduzione delle *stipulationes* e della *restitutio in integrum*, sia stato capace, nel caso della *missio in possessionem* di utilizzare il suo *imperium* per of-

¹⁰⁰ A mutare tali considerazioni non è sufficiente neppure osservare che in epoca imperiale la *restitutio in integrum* era soggetta ad appello: seppure, infatti, con la concessione dell'appello si ammetteva la possibilità di revocare l'ordine del pretore, la *restitutio in integrum* rimaneva comunque un atto che aveva in sé tutti i requisiti per poter essere definitivo (cfr. sul tema RAGGI, *op. cit.*, p. 117 ss.; FABBRINI, *op. cit.*, p. 220).

¹⁰¹ Contributi importanti su tale specifico argomento, ma anche sulle caratteristiche delle *stipulationes praetoriae* sono quelli forniti anche da PALERMO, *op. cit.*, p. 1 ss.; MOZZILLO, *Contributo cit.*, p. 1 ss.; GUARINO, *La classificazione delle "stipulationes praetoriae"*, in *Labeo*, 8, 1962, p. 214 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 253 ss. e *In tema cit.*, p. 696; GIOMARO, *Ulpiano cit.*, p. 413 ss., ai quali si rimanda anche per una più ampia bibliografia.

¹⁰² Cfr. ad es. LUZZATTO, *loc. ultt. citt.*

¹⁰³ MOZZILLO, *Contributo cit.*, p. 2, p. 28 ss.

¹⁰⁴ PALERMO, *op. cit.*, p. 3 ss.; MOZZILLO, *Contributo cit.*, p. 41 ss.; LUZZATTO, *Il problema cit.*, p. 379, 384 ss. e *In tema cit.*, p. 700.

frire una tutela solo temporanea. Tuttavia se si può quindi concludere che la *missio in possessionem* era l'unico atto in cui il pretore, intervenendo *magis imperii quam iurisdictionis*, lo faceva per un lasso di tempo determinato, ciò non toglie che forse tali rimedi potessero avere un ulteriore punto in comune nella funzione, o nei poteri concessi a coloro che dell'intervento del pretore beneficiavano.