

DIRITTO SENZA TEMPO

Collana diretta da

A. Palma, F. de Bujan, O. Diliberto e P. Giunti

Valeria Carro

**Autorità pubblica e garanzie
nel processo esecutivo romano**



G. Giappichelli Editore

DIRITTO SENZA TEMPO

Collana diretta da

A. Palma, F. de Bujan, O. Diliberto e P. Giunti

Con la prestigiosa Condirezione degli Amici e Colleghi Federico de Bujan, Oliviero Diliberto e Patrizia Giunti, inauguro la Collana Diritto senza tempo. La Collana intende essere luogo di riflessione di giuristi di diversa formazione su tematiche che per la loro forza e drammaticità si collocano ai confini della riflessione scientifica sul diritto, ovviamente a partire dal diritto romano, inteso come personificazione della crisi e come luogo della costante ricerca della verità.

Ma la verità non può essere posseduta e l'uomo può attingerne solo parte. Il diritto romano studiato presso tutti i popoli del mondo realizza in sé l'universale metamorfico con percorsi mai pienamente individuabili.

Esso ha oggetti sempre rinnovati e rinnovabili, è sempre se stesso, è sempre diverso ed il suo rinnovamento non può mai arrestarsi.

È per essenza diritto senza tempo, è come la Monade parmenidea, ente in entificazione, è nello stesso tempo essere in sé ed essere che si fa essere.

La Collana raccoglie, dunque, scritti di diritto romano e di diritto tout court, raccoglie esperienze storicamente collocabili ma tenta anche di ricostruire i fondamenti di quella lunga memoria identitaria che è il proprium costitutivo della natura umana.

ANTONIO PALMA

Valeria Carro

Autorità pubblica e garanzie
nel processo esecutivo romano



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1430-2

Il presente volume è stato pubblicato previa valutazione scientifica condotta attraverso il sistema della double-blind peer review. Le valutazioni dei revisori sono conservate dalla Casa editrice.

Volume pubblicato con il Finanziamento annuale individuale delle attività base di ricerca e con i Fondi Ricerca Dipartimentale 2018.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Al Professore Antonio Palma
per avermi insegnato
che 'vola solo chi osa farlo' ...*

*“Nulla contribuirebbe da noi alla ripresa dei traffici ed al rinvigoris-
cimento del pubblico costume, quanto una serie di leggi procedu-
rali che colpissero inesorabilmente i debitori inadempienti e che ri-
portassero in onore il principio elementare, e per questo troppe vol-
te dimenticato, che i debiti debbono essere puntualmente pagati”.*

Pietro Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926

Indice

pag.

Introduzione

Un'ipotesi interpretativa in tema di processo esecutivo romano

- | | |
|--|---|
| 1. Processo pubblico/privato e processo penale/civile | 1 |
| 2. Lo stato della dottrina romanistica | 4 |
| 3. I caratteri del processo privato romano: una nuova prospettiva di studio del processo esecutivo | 8 |

Capitolo Primo

Dall'esecuzione personale all'esecuzione patrimoniale. Profili ricostruttivi

- | | |
|--|----|
| 1. Autotutela | 23 |
| 2. La <i>manus iniectio</i> | 32 |
| 3. La <i>pignoris capio</i> | 41 |
| 4. L' <i>actio iudicati</i> | 45 |
| 5. Dall'esecuzione personale all'esecuzione patrimoniale | 49 |

Capitolo Secondo

Le forme di esecuzione patrimoniale:
la bonorum venditio

1. <i>Bonorum venditio</i> e garanzia	59
2. <i>Iurisdictio</i> e <i>iudicatio</i>	61
3. <i>Bonorum venditio</i> e procedura	72
4. La <i>sectio bonorum</i>	86
5. Strumenti privatistici	92

Capitolo Terzo

Il ruolo dell'autorità pubblica

1. Il ruolo dell'autorità pubblica nelle vendite all'asta	95
2. Le <i>cognitiones</i>	115
2.1. Esecuzione della sentenza e autorità pubblica	115
2.2. La <i>pignoris capio</i>	117
2.3. L' <i>actio iudicati</i>	121

Conclusioni	123
-------------	-----

<i>Indice degli Autori</i>	129
----------------------------	-----

<i>Indice delle Fonti</i>	133
---------------------------	-----

Desidero esprimere la mia gratitudine più profonda al mio Maestro Professore Antonio Palma che ha sempre creduto in me, orientando la mia crescita umana e professionale con la sua affettuosa benevolenza e l'ampiezza stimolante dei suoi orizzonti.

Per aver reso possibile l'inserimento della monografia in questa Collana, ringrazio i Condirettori Professori Federico de Bujan, Oliviero Diliberto e Patrizia Giunti, sempre prodighi di preziosi consigli.

Ringrazio i revisori della Collana per i loro indispensabili suggerimenti.

Il mio pensiero grato va, ancora una volta, ai miei affetti più cari dai quali ho imparato che 'l'amore è vita'. Ai miei genitori per il loro esempio di integrità morale e onestà intellettuale.

A Daniela e Vincenzo, modelli di serietà professionale dai quali ho sempre attinto.

A Pietro che alimenta il mio entusiasmo con la forza del suo amore e la sua sapiente intraprendenza.

A Giuliano, splendida ragione della mia vita.

A ognuno di loro devo ciò che sono oggi.

Introduzione

Un'ipotesi interpretativa in tema di processo esecutivo romano

SOMMARIO: 1. Processo pubblico/privato e processo penale/civile. – 2. Lo stato della dottrina romanistica. – 3. I caratteri del processo privato romano: una nuova prospettiva di studio del processo esecutivo.

1. *Processo pubblico/privato e processo penale/civile*

Nell'ordinamento giuridico romano non è teorizzata la distinzione moderna tra processo penale e civile, distinzione che consente di distinguere, da un lato, il processo in cui l'accertamento del fatto antiggiuridico, la determinazione e l'effettiva applicazione della sanzione sono richiesti e controllati da soggetti che rappresentano l'interesse collettivo, cioè funzionari o cittadini che esercitano l'azione popolare e, dall'altro, il processo in cui tali attività sono svolte dal privato titolare del diritto soggettivo violato.

A Roma, infatti, la distinzione esiste tra processo pubblico e processo privato. Ciò sia perché *civilis* assume solo in epoca tarda un significato antitetico a *criminalis*, sia in quanto il mondo romano, a differenza del mondo moderno, in cui la richiesta della pena prevista dal sistema delle sanzioni, parte sempre dalla pubblica autorità, distingue anche le pene in pubbliche e private, secondo che vengano inflitte a pubblica richiesta cioè per iniziativa del magistrato o per azione popolare, o a richiesta

dell'interessato e che il profitto ne vada allo Stato o al cittadino accusatore o all'interessato.

Il processo privato romano appare, dunque, come l'attività svolta dalle parti di un rapporto giuridico privato di natura controversiale, una delle quali affermi la violazione del proprio diritto, per raggiungere, con il concorso di organi terzi, una dichiarazione sull'esistenza o meno della violazione e, nell'affermativa, l'applicazione della sanzione.

L'espressione processo privato si attribuisce, dunque, al processo romano di età arcaica fino a quella classica per l'importanza che l'attività delle parti vi assume rispetto a quella del magistrato giudicante. Questi, infatti, si limita a dirigere le parti nell'impostazione della controversia e a garantire, con la sua autorità, l'esatta formulazione delle loro pretese. La decisione è, invece, rimessa a un *iudex* privato, scelto o almeno accettato dalle parti¹.

In considerazione sia della relazione tra l'attività delle parti e quella del magistrato giudicante, sia del soggetto responsabile dell'attività giurisdizionale, si è contrapposto al processo classico quello dell'epoca successiva, dando a questo il nome di processo pubblico.

¹ Sull'attività del magistrato giudicante v.: F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997. In generale sul *iudex* privato cfr.: L. GAROFALO (cur.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I-III*, Padova, 2015; P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, 61, 2013, 47 ss.; L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in E. CANTARELLA-L. GAGLIARDI (cur.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, 2007, 199. Sul problema della motivazione della sentenza si veda: M. MARRONE, *Sulla struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in L. VACCA (cur.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario Aristec, Perugia 25-26 giugno 1999*, Torino, 2000, 20 ss.; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genova, 1999, 53 ss.

Se nello studio degli ordinamenti attuali il processo civile può essere separato dal diritto privato, dunque, ciò non è possibile per l'ordinamento romano.

L'attuale concezione dei rapporti giuridici, infatti, permette di descrivere gli stessi nel loro stato di godimento e attuazione e di attribuire alla violazione e alla conseguente applicazione della sanzione una portata sussidiaria.

Gli istituti giuridici romani, invece, hanno origine dal mezzo di difesa concesso a chi si trovava in determinate situazioni e non dai rapporti di diritto materiale considerati in sé medesimi². Se nelle XII Tavole sono descritte relazioni di diritto materiale che nascono dall'uno o dall'altro fatto o atto giuridico e i mezzi di difesa contro i trasgressori sono trattati in connessione ad essi, l'editto pretorio, invece, non contempla diritti soggettivi né imposizione di obblighi, ma è fonte di mezzi giudiziari disposti per proteggere i rapporti già riconosciuti dallo *ius civile* o considerati di mero fatto. In questo ultimo caso i mezzi procedurali sono preordinati rispetto alle norme primarie da essi difese. Solo in seguito a una lenta evoluzione della coscienza sociale quelle situazioni di mero fatto assumono, attraverso i mezzi giurisdizionali, l'aspetto di atti e rapporti giuridici e di conseguenti trasgressioni.

Il perfezionamento dei mezzi tecnici apprestati, poi, determina la concentrazione dell'attenzione della giurisprudenza classica nel tentativo di individuare lo strumento giudiziario da applicare in relazione al torto impetrato.

²V. MANNINO, *Il processo e il suo ruolo nella formazione del diritto privato dei Romani*, in *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2008, 95 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, rist. Napoli, 2006, 66 ss. Sul ruolo della giurisprudenza sul punto: M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della "regula iuris"*, in *SCDR*, XXV, 2012, 187 ss.

2. Lo stato della dottrina romanistica

Il sistema procedurale romano è stato oggetto di trattazioni generali della dottrina prevalentemente tra la fine del 1800 e i principi del 1900³.

In Italia, in particolare, risalgono all'inizio del secolo scorso ampie esposizioni d'insieme⁴ cui sono seguite, nella metà dello stesso secolo, lavori per lo più di natura manualistica⁵.

Gli studi dedicati nell'ultimo cinquantennio al diritto processuale romano hanno evidenziato, in numerosi aspetti, il carattere privatistico di alcuni tipici processi relativi a controversie fra privati, rendendo così chiara l'espressione *iudicium privatum* ed introducendo nella scienza del diritto il concetto di processo privato⁶.

Ma sono anche giunti a mettere in luce schemi processuali a cui i Romani davano la qualifica di pubblici.

L'osservazione di una duplicità di tipi e strutture è stata, però, frammentaria, ciò in quanto è mancata una visione d'insieme estesa nello spazio e nel tempo che fosse capace di valutare con un criterio comune i molteplici sistemi processuali in vigore a Roma. Le differenze profonde sussistenti tra i vari tipi storici di processo romano non hanno consentito, infatti, una

³L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925; F.L. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen* (A. WACH cur.), Leipzig, 1883; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess im geschichtlicher Entwicklung*, I-III, Bonn, 1864-1871, rist. Aaalen, 1959.

⁴C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile I-III*, 1913-1915; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1906.

⁵G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le "legis actiones"*, Roma, 1962; II.1 *Il processo formulare*, Milano, 1963; *Il processo formulare. Lezioni* 2 voll. 1948-49, Torino, 1950; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*. I. *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna, 1946; II. *Le "legis actiones"*, Padova 1948; 3. *La genesi del processo formulare s.d. ma 1950; Il problema d'origine del processo "extra ordinem"*, Bologna, 1965.

⁶G. PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in *Scritti giuridici scelti* I. *Diritto romano*, Napoli, 1985, 55 ss.

trattazione unitaria che ne valutasse le caratteristiche nella loro prospettiva evolutiva.

La profonda difformità esistente fra il diritto classico e il giustiniano, inoltre, ha reso difficile la conoscenza dei modi processuali di difesa⁷.

Inoltre, se è vero che per il processo classico le Istituzioni gaiane hanno rappresentato una fonte di conoscenza rilevante, condizionando l'approccio scientifico alle questioni processuali romane, laddove in precedenza si tentava di ricostruire il processo civile romano attraverso i frammenti dei giuristi classici rielaborati dalla codificazione giustiniana, va rilevato che, con la sequenza dettata dal giurista nelle sue Istituzioni, il manuale gaiano ha rafforzato l'impressione dell'esistenza di un rito e di una prassi consolidati al punto da trasformare riflessioni manualistiche in canone processuale, come codice della procedura formulare. Così le Istituzioni di Gaio hanno, in un certo senso, alterato la natura caotica del processo formulare, condizionando lo studio e la trattazione a livello dottrinario⁸.

Da ciò è conseguita una visione sistematica delle fasi processuali che in qualche modo permette di adottare prospettive

⁷ G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, III, Milano, 1968, 1726 ss. ora in *Scritti*, cit., 27 ss.

⁸ Sul ruolo delle Istituzioni di Gaio: M. VARVARO, *La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme*, in *AUPA*, 57, 2014, 389 ss.; F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna, 2012, 55 ss., 131 ss., 208 ss.; ID., *Berthold Georg Niebuhr und die Entdeckung der Gaius-Institutionen-tatsächliche ein "glückstern"*, in *ZSS*, 128, 2011, 263 ss.; M. VARVARO, *Der Gaius der Preußen*, in *ZSS*, 128, 2011, 239 ss.; M. AVENARIUS, *L'autentico Gaio' e la scoperta del Codice Veronese. La Percezione delle Institutiones sotto l'influsso della Scuola Storica*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 2009, 9 ss.; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fal. 308*, in *SCDR*, XXII, 2009, 435 ss.; F. BRIGUGLIO, "Gaius". *Ricerche e nuove letture del Codice Veronese delle "Institutiones"*, Bologna, 2008; C. VANO, *Il nostro autentico Gaio: strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000, 50 ss.

comparatistiche di indagine soprattutto in tema di processo esecutivo.

In tale ottica ho avuto modo, recentemente, di interessarmi proprio al processo esecutivo romano quale archetipo, per alcuni aspetti, della procedura esecutiva moderna⁹.

In tempi recenti, inoltre, la dottrina romanistica, fors'anche condizionata dall'interesse suscitato dalle recenti riforme in tema di esecuzione forzata¹⁰ in alcune nazioni europee e dalle problematiche connesse ai tempi della giustizia¹¹, ha prodotto interessanti contributi in materia di esecuzione soprattutto di natura personale¹².

⁹ Cfr. V. CARRO, *Sulla sussidiarietà della iurisdictio e dell'intervento statale nel processo esecutivo romano*, in *Erga-Logoi. Rivista di storia, letteratura, diritto e culture dell'antichità*, V.1, Milano, 2017, 125 ss.

¹⁰ F. ABETE-R. PELUSO-C. TARASCHI, *Manuale delle esecuzioni*, Napoli, 2016, 100 ss.; A. SALETTI-M.C. VANZ-S. VINCRE, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino, 2016, A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Bologna, 2016, 2262 ss.

¹¹ L. DURELLO, *L'audizione delle parti e degli interessati: attuazione del principio del contraddittorio nel processo esecutivo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2011, 863 ss.; A.M. SOLDI, *Il processo esecutivo*, Bologna, 2008, 10 ss.; G. ARIETA-F. DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in L. MONTESANO-G. ARIETA (cur.), *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2007, 396 ss.; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 1, 2007, 1 ss.; G. VERDE, *Sul principio del contraddittorio nel processo esecutivo e sulla tutela del debitore esecutato di fronte all'intervento dei creditori*, in *Riv. esec. forz.*, 1, 2002, 455 ss.; R. ORIANI, *L'imparzialità del giudice dell'esecuzione e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. esec. forz.*, 1, 2001, 8 ss.; G. BORRÈ, *Incanti immobiliari e delega ai notai*, in Aa.Vv., *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Atti del Convegno Roma 22-23 maggio 1993*, Milano, 1994, 61 ss.

¹² R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale in Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009, 61 ss. (= *Scritti minori*, II, Torino, 2009, 655 ss.); G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Studi Labruna VI*, Napoli, 2007, 4541 ss.; L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale I. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano, 1981.

Ampie monografie hanno avuto, poi, ad oggetto lo studio più mirato dell'*actio iudicati*¹³ e un rinnovato interesse sul tema dell'esecuzione si è registrato a partire dalle ricerche condotte sul debito negli anni '90¹⁴.

Gli studi sull'esecuzione personale sono stati inseriti anche in indagini di più ampio respiro¹⁵, ma il contesto di recente maggiormente analizzato per l'esecuzione personale appare il tardo antico¹⁶ in contrasto con le tesi sostenute dalla manualistica¹⁷.

Il rinnovato interesse per tali tematiche mi ha indotto a riflettere, in particolare, sulla natura della fase esecutiva del pro-

¹³ A. SALOMONE, *Iudicati vel obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007; C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo civile classico*, Milano, 1966; F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963.

¹⁴ A. MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La riforma di Publio Rutilio*, in *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi III*, Napoli, 2007, 1611 ss.; V. GIUFFRÈ, *Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, 1997.

¹⁵ S. TORALLAS TOVAR, *Violence in the Process of Arrest and Imprisonment in Late Antique Egypt*, in H.A. DRAKE (cur.), *Violence in Late Antiquity. Perception and Practices*, Aldershot, 2006, 101 ss.; CH. GABRIELLI, *Contributi alla storia economica di Roma repubblicana. Difficoltà politico-sociali, crisi finanziaria e debiti fra V e III sec. a.C.*, Como, 2003; V. NERI, *I marginali nell'Occidente tardo-antico. Poveri, infames e criminali nella nascente società cristiana*, Bari, 1998; J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römische Reich*, Stuttgart, 1996.

¹⁶ M. L. NAVARRA, *Creditori e debitori nel IV sec. d. C.: un macabro caso di esecuzione personale*, in S. GIGLIO (cur.), *Atti Accademia Costantiniana XVII. Convegno in onore di C. Crifò*, Roma, 2010, 849 ss.; M.L. NAVARRA, *Sul divieto del carcere privato nel tardo impero romano*, in *SDHI*, 75, 2009, 209 ss.; S. SCHIAVO, *Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale dei debitori*, in *Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009, 125 ss.; A.D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati «in ecclesiam confugientes» da Teodosio a Giustiniano*, in *Rivista di diritto romano*, 2, 2002, 305 ss.

¹⁷ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 213 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 347 ss.

cesso civile romano. Da tali riflessioni nasce il presente lavoro, volto ad una meditata analisi del concetto di esecuzione nel processo privato romano, che consente di analizzare il ruolo fino ad ora non sufficientemente rilevato – dell'autorità pubblica.

Ciò nell'ottica di una nuova interpretazione della natura e dell'essenza del concetto di esecuzione.

3. I caratteri del processo privato romano: una nuova prospettiva di studio del processo esecutivo

Il presente lavoro, pertanto, parte dall'esigenza di una valutazione unitaria che metta in luce le conseguenze della discriminazione dei processi privati dai pubblici e indagini, di conseguenza, sulla reale funzione della fase esecutiva del processo romano.

In via preliminare va ricordato che la distinzione tra *iudicia privata* e *iudicia publica*, regolati in modo distinto dalle leggi processuali emanate da Augusto nel 17 a.C.¹⁸, non si limitò al potere di iniziativa, ma riguardò la natura e la composizione dell'organo giudicante nonché il tipo di potere conferito a parti e organi pubblici.

Il carattere negoziale della *litis contestatio*, intesa come accordo delle parti, mette in luce la natura privatistica del processo formulare¹⁹ cui si aggiunge il fatto che il giudice fosse un privato:

Gaio 4.105 *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecumque extra primum*

¹⁸ Vat. Fragm. 197-198. In particolare si veda: F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003.

¹⁹ M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Breslauer Festschrift für Windscheid*, Leipzig, 1889, 81 ss.

urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit.

Fuori dal sistema delle *leges Iuliae* va detto che nel processo *per legis actiones* la qualifica di processo privato scaturisce dalla sua diretta derivazione dalle antiche forme di autodifesa, la quale si rifletteva nell'assoluta prevalenza dell'attività delle parti su quella del magistrato. Tale qualifica deriva, poi, dall'esigenza della collaborazione del convenuto e dalla natura privata dell'organo giudicante²⁰.

Roma, fino a circa la metà del IV secolo a.C., conobbe un processo lasciato ai privati e senza intervento di organi del potere politico, le cui prime manifestazioni si concretizzarono nella predisposizione di rigorosi e formali schemi procedurali (la *manus iniectio* e l'*agere sacramento*), entro i quali doveva incanalarsi l'*agere* dei privati ritualizzato, cioè l'attività auto-satisfattiva dei privati.

Un processo che si svolgeva secondo regole il cui rispetto era assicurato dal controllo sociale, dalla partecipazione 'corale' della comunità²¹, nonché dal fattore religioso, ma senza l'intervento magistratuale. La *iurisdictio* magistratuale o altra forma di intervento 'statuale', pertanto, non è elemento funzionale e strutturale indefettibile del processo privato²².

²⁰ L. VACCA, *Interpretatio e caso concreto*, in L. VACCA (cur.), *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Convegno Aristec, Roma 9-11 giugno 2011*, Napoli, 2013, 29 ss.

²¹ P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 127 ss.

²² G. NICOSIA, *Il processo privato romano I. Le origini*, Torino, 1986, 180. Ampia è la letteratura sul cd. tribunale domestico. In particolare si veda: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, Milano, rist. 1963, 105 ss. F. DE MARTINO, *s.v. Famiglia*, in *NNDI*, VII, Torino, 1961, 45. E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG*, 85, 1948, 144.

La dottrina dominante parla soltanto di collaborazione del creditore, nel processo esecutivo, ma in realtà la situazione mi appare diversa: già in origine la *manus iniectio*, al pari della *vindicatio*, consiste in un atto privato e violento con cui si afferma una potestà assoluta su di una persona²³. Tale atto violento degrada, nella forma della *legis actio*, da violenza effettiva a cerimonia che deve attuarsi dinanzi il magistrato, il quale con l'*addictio* del *iudicatus* si limita a legittimare l'impossessamento della persona del debitore.

La struttura delle più antiche forme di *lege agere*, nonostante l'arcaicità e l'assenza di una carica magistratuale giusdicente, tuttavia, è presentata da Gaio come implicante la presenza di un magistrato. Ma qui è la funzione che genera l'esigenza della creazione di un organo. E non il contrario.

In una con il controllo sociale proteso a svolgere le funzioni del giudice e del magistrato, si passerebbe ad un sistema di giudizi privati, in cui ancora senza alcun intervento formale della *civitas*, le parti, in modo del tutto privato, risolvono le controversie insorte per poi riconoscere quale ultima fase dell'evoluzione l'innesto previo al *iudicium* dell'attività giurisdizionale del magistrato.

Il processo romano classico fu caratterizzato da un forte elemento volontaristico²⁴ che ne pervade logiche e strutture a cui il rito assicura salda rispondenza alle finalità collettive cui il processo, benché 'privato', indirettamente sovrintende.

In questa prospettiva se il processo è un modello rituale, dunque non casuale o estemporaneo, di risoluzione dei conflitti, esso è tale anche quando non sia organizzato e gestito da uno Stato in senso moderno. Ha cioè elementi di pubblicità chiari che, seppure sullo sfondo, ne permeano la logica stessa,

²³ E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in *Il Filangieri*, 40, 1915, 321 ss.

²⁴ L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2016, 150 ss.

portandoci a considerare con prudenza l'idea che il processo sia espressione di mera autoregolamentazione degli interessi dedotti in giudizio.

La comunità, pertanto, all'interno della quale viene applicato un qualsiasi sistema di soluzione delle controversie, presenta elementi rilevanti di organizzazione sia pure funzionale. Tale sistema di soluzione delle controversie, quindi, è avvertito in quel contesto sociale e politico come idoneo a risolvere un conflitto privato senza l'uso della forza fisica e nel rispetto della pace sociale, indispensabile pre-requisito perché il gruppo stesso esista come comunità stabile. In sostanza, il riconoscimento sociale suggella, sulla base del senso comune, la giuridicità *de facto* del sistema processuale.

Del resto, nell'esperienza giuridica romana è rilevante non tanto lo Stato-apparato, bensì la *res publica* intesa quale forma politica della comunità. Considerare, invece, il processo stesso come pre-requisito per l'acquisizione di un ordine giuridico da parte di una collettività, significa non valutare come una società strutturata e fondata sul consenso attorno a vincoli pregnanti, ma pregiuridici (siano essi originati da legami parentali, religiosi o ideali, ovvero dall'insieme di essi) sia già, di fatto, ordinata, sia già collettività strutturata ed identificata per il fatto stesso di esistere come tale.

I sistemi di composizione dei conflitti interni hanno peraltro efficacia solo perché una comunità organizzata preesiste ad essi e il ricorso a tali sistemi è solo eventuale e non caratterizzante.

Del resto se consideriamo come Stato una realtà politicamente autonoma con regole condivise e con sistemi che assicurino il rispetto di tali regole, è Stato anche una società arcaica ed è, dunque, tale, senza dubbio, in questa accezione, anche la comunità romana delle origini.

Lo stesso Pugliese, sia pure con prudenza, non considerava affatto l'intervento degli organi pubblici ed i controlli da essi eseguiti come indispensabili per qualificare come processuale il sistema delle *legis actiones*. Tanto è vero che osservava come

nella *legis actio sacramento* la signoria sulla cosa o su una persona vi fosse non solo affermata, ma anche attuata e come nella stessa *manus iniectio* il procedimento incanalato nelle forme e nei riti prescritti (dal costume, prima, dalle XII Tavole, poi), pur prevedendo il controllo del re o del magistrato, non poteva prescindere dal controllo della comunità (forse anche individuabile nella *pignoris capio* benché svolgentesi *extra ius civile*), che diventava così parte integrante della procedura esecutiva, al punto che la presenza dei membri delle *familiae* in contesa, sia anche dei vicini, aveva la funzione di attestare l'eventuale illegittimità dell'azione e di impedire al re o al magistrato di autorizzarla.

La formula che identifica Stato e processo, dunque, non sembra assoluta e non credo possa essere intesa in senso restrittivo, come sostiene chi considera²⁵ possibile parlare di processo solo quando lo Stato, come apparato pubblico in senso moderno, sovrintende alle modalità di soluzione delle controversie. Secondo tale orientamento dottrinario, prima dell'intervento degli organi della comunità, potrebbe essere individuata solo una forma di composizione delle controversie in autotutela dei diritti. Si avrebbe, pertanto, processo solo quando lo Stato sovrintenda alla modalità di difesa dei diritti ed alla soluzione delle relative controversie.

Diversamente ritengo possibile che vi sia processo ogni volta che la comunità intervenga ad impedire che la controversia sfoci in una soluzione violenta, che negherebbe l'essenza stessa della comunità.

D'altro canto, la sintesi di tutto ciò e dell'equilibrio sottile tra pubblico e privato è nel passo gaiano *mittite ambo hominem*, l'ordine del magistrato che è la più evidente delle dimostrazioni di come lo Stato possa intervenire nelle controversie private in quest'epoca, ovvero bloccando la controversia sul filo dello scontro fisico, in una tensione plasticamente rappresen-

²⁵ I. BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, 227 ss. Sul concetto di Stato e relative problematiche cfr. G. VALDITARA, *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008.

tata proprio nella ricostruzione di Gaio in 4.16 ... *praetor dicebat: mittite ambo hominem, illi mittebant*. Non molto di più di questo imperioso ordine ci si può attendere nel processo privato, specie delle origini. Un ordine forte per le sue conseguenze sull'andamento della contesa, ma non risolutivo dell'oggetto del contendere. Un ordine che blocca la controversia e la dirige sui canali delle modalità di soluzione accettate dalla comunità e ritenute accettabili anche dalle parti.

L'osservanza delle formalità anche processuali è imposta da un mero controllo sociale ed è compatibile con i caratteri del diritto arcaico e con l'embrionale presenza dello Stato nei rapporti tra privati. I modelli di risoluzione delle controversie fra privati possono, quindi, prescindere dall'essere controllati da organi della comunità politica e da essi comunque recepiti o determinati autoritativamente.

Un equilibrio certo difficile, che attraversa una tensione di ruoli e poteri, privati e pubblici, che il processo non ha mai dismesso del tutto, come dimostra proprio la discussione dottrinale²⁶ sorprendentemente viva ancor oggi sulla disponibilità del processo fra autonomia privata²⁷ e accordi processuali atipici²⁸.

²⁶ Cfr. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Atti del XIX Seminario di studio "Accordi di parte e processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Suppl. 1.2 luglio/settembre 2010, 42 ss.; A. GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 235 ss.; G. DE NOVA, *Accordi delle parti e decisioni*, in *Atti del XIX Seminario di studio "Accordi di parte e processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Suppl. settembre 2008, 59 ss.

²⁷ Numerosi sono gli istituti del processo moderno la cui applicazione presuppone la disponibilità del diritto controverso quali la conciliazione (art. 2, d.lgs. 4 marzo 2016, n. 28), l'arbitrato (art. 806 c.p.c.), la decisione equitativa su istanza delle parti (art. 114 c.p.c.).

²⁸ Da ricordare sono gli accordi processuali quali il *pactum de non petendo*, il *pactum de non exsequendo*, le clausole limitative alla proponibilità di eccezioni. Del resto anche a livello istruttorio va citata la confessione *ex art.* 2731 c.c., il giuramento *ex artt.* 2737 e 2739 c.c., i patti di inversione dell'onere della prova *ex art.* 2698 c.c. La disponibilità del diritto potrebbe essere

In via preliminare va ricordato che la mancata esecuzione spontanea della prestazione da parte del debitore comporta ovviamente l'insoddisfacimento dell'interesse creditorio, frustrato da una condotta del soggetto passivo non conforme a quanto stabilito nel programma obbligatorio.

All'insoddisfacimento dell'interesse creditorio l'ordinamento giuridico appresta rimedio attraverso la predisposizione di strumenti idonei a garantire prima l'accertamento e poi l'esecuzione dell'obbligo inattuato. L'obbligo può essere eseguito con la forza: di qui l'esecuzione forzata o coattiva. L'uso della forza in un moderno ordinamento giuridico non può che essere riservato allo Stato ed al suo apparato giudiziario.

Ciò premesso, tuttavia, al creditore viene attribuito un potere esecutivo esercitabile privatamente al di fuori delle tradizionali procedure di espropriazione forzata regolate dal codice di rito e sottoposte al controllo degli organi giurisdizionali.

Ancora oggi si individua, quindi, un ruolo dell'autonomia privata rispetto all'inattuazione del rapporto obbligatorio ed alla operatività delle regole legali di tutela coattiva del credito²⁹.

Ma è la stessa esperienza giuridica romana ad insegnare che

considerata anche presupposto per l'operatività del principio di non contestazione, qualora si ritenga che questo abbia fondamento negoziale.

²⁹ Va brevemente osservato che il d.l. 3 maggio 2016, n. 59 conv. in legge dall'art. 1, 1° co., l. 30 giugno 2016, n. 119, introducendo il pegno mobiliare non possessorio delinea un'ipotesi definita di esecuzione stragiudiziale: il creditore al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, ha facoltà di procedere alla vendita dei beni oggetto di garanzia, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito e con l'obbligo di restituire l'eccedenza rispetto alla somma garantita. Nella stessa prospettiva può leggersi il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 ove è data alle parti di un contratto di credito la facoltà di convenire che, in caso di inadempimento del consumatore all'obbligo di pagamento di diciotto rate mensili, il finanziatore possa soddisfare il proprio credito conseguendo direttamente la proprietà dell'immobile ipotecato ovvero alienando a terzi il bene e trattenendo il ricavato della vendita fino alla concorrenza del debito residuo. Quindi senza necessità di premunirsi di un titolo esecutivo o di avviare la procedura espropriativa disciplinata dal libro III del codice di procedura civile. Cfr. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016.

l'esecuzione del giudicato può avvenire senza la partecipazione dell'autorità pubblica³⁰.

Per tale motivo va valutata la reale valenza del concetto di esecuzione nella realtà processuale romana soprattutto nei termini in cui tale concetto è stato posto in relazione con la realtà giudiziaria moderna.

Innanzitutto va considerato che lo stesso termine italiano 'esecuzione' ha una sua corrispondenza con i termini latini *exsecutio* ed *exsequi* utilizzati, però, prevalentemente in riferimento all'esecuzione del giudicato per lo più nella *cognitio extra ordinem*³¹.

In realtà, già in latino come in italiano, il termine *exsecutio* ha molte accezioni oltre all'esecuzione del giudicato.

Nel diritto moderno il termine esecuzione trasmette l'idea della coazione come strumento per il conseguimento della finalità del soddisfacimento del creditore: l'esecuzione è esecuzione forzata. Tale coazione, nel nostro processo esecutivo, trova legittimazione in un provvedimento di un giudice o in documenti privati forniti di particolari qualità formali. Noi associamo all'esecuzione, quale che sia il suo presupposto, due fattori: che essa si ponga al termine di un percorso, ormai comunque giudiziale, e che essa implichi una 'concreta farraginosità processuale' quale appare per esempio nell'articolo 641 del codice di procedura civile italiano fino al momento dell'introduzione del decreto ingiuntivo telematico.

Nell'esperienza giuridica romana, invece, soltanto con An-

³⁰ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 29 ss.

³¹ Per la dottrina moderna vedi: G. VERDE, *Profili del processo civile III. Processo di esecuzione*, Napoli, 2008, 10 ss.; G. LONGO, s.v. *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1968, 713 ss.; F. MAZZARELLA, s.v. *Esecuzione forzata (dir. vig.)*, in *ED*, XV, Milano, 1966, 448 ss.; E. ALLORIO, V. COLESANTI s.v. *Esecuzione forzata (dir. proc. civile)*, in *NNDI*, IV, Torino, 1966, 724 ss.; P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *ED*, XV, Milano, 1966, 422 nt. 1. Per le fonti romane vedi: D. 2.1.19pr. (Ulp. 6 *fid.*); D. 4.8.32.6 (Paul. 13 *ad ed.*); D. 5.1.57 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 16.2.16.1 (Pap. 3 *quaest.*); D. 22.1.41pr. (Mod. 3 *resp.*); D. 42.1.2 (Ulp. 6 *ad ed.*); D. 42.1.4.4 (Ulp. 58 *ad ed.*); D. 43.4.3. 1pr. (Ulp. 68 *ad ed.*).

tonino Pio viene generalizzato il privilegio dell'esecuzione su singolo bene:

D. 42.1.31 (Callistr. 2 *cogn.*) *Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam cassio proconsuli divus pius in haec verba rescripsit: "his, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis superstit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant"*.

E parimenti si afferma anche il principio dell'esecuzione coattiva della sentenza ad opera dell'autorità, con l'introduzione dell'*executor*, antesignano del nostro ufficiale giudiziario, il quale, tuttavia, aveva anche il compito di chiamare al giudizio il convenuto, una funzione certo non strettamente esecutiva³², come si evince da:

D. 2.8.5.1 (Gai 1 *ad ed. prov.*) *Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem vel, si dubitetur, adprobatum fideiussorem iudicio sistendi causa non acceperit: iniuriarum actio adversus eum esse potest, quia sane non quaelibet iniuria est duci in ius eum, qui satis idoneum fideiussorem det. sed et ipse fideiussor, qui non sit acceptus, tamquam de iniuria sibi facta queri poterit.*

e

D. 3.5.3.8 (Ulp. 10 *ad ed.*) *Si executor a praetore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio.*

³² A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sinendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2009, 87 ss.

Va rilevato, inoltre, che la stessa presunta prima forma di procedura di esecuzione patrimoniale, individuata dalla dottrina nella *bonorum venditio*, viene collocata nel corso della fase finale del processo civile. Ma la *bonorum venditio*, come vedremo più avanti, sarebbe nata con il fine di consentire soddisfacimento ai creditori del debitore morto senza eredi. Qui, dunque, non c'è esecuzione, ma solo introduzione di un nuovo strumento a favore dei creditori a superamento di una lacuna. Di questa funzione non esecutiva vi è traccia nella *Tabula* 86 delle *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* nella edizione di Camodeca³³: la procedura per la vendita all'asta di *mancipia* fiduciati a garanzia è ormai avanzata, la data è fissata, quando sopravviene la morte, senza eredi, del debitore: viene avviata la *bonorum venditio* per il defunto senza eredi e la procedura iniziata per i beni fiduciati viene sospesa con prevalenza della prima sulla seconda³⁴. La *Tabula* menziona il debitore *Marcus Egnatius Suaris* e reca una data, il 23 ottobre ... *X Kalendas Novembres* ..., posteriore alla preannunziata *auctio*. Poiché essa si chiude con la clausola *cuius heres non extat*, che evidentemente accerta la mancanza di eredi da parte del debitore puteolano, è stato fondatamente ritenuto che una volta avviata la procedura auzionaria, lo stesso fosse morto.

In Gaio 3.77-78, poi, è evidente che la *bonorum venditio* è strumento generale di acquisto dei beni del creditore, non esclusivo della fase conclusiva di un processo conclusosi con una condanna:

77. *Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptio-
ne bonorum competit.* 78. *Bona autem veneunt aut vivorum aut
mortuorum: vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa lati-*

³³ G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPS Sulp.)*. Edizione critica dell'Archivio Puteolano dei Sulpicii (Vetera 12), Roma, 1999, 194 ss.

³⁴ Vedi sul punto: L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008, 191 ss.

tant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

Sulla base di tale difficoltà identificativa della natura esecutiva, come intesa nel processo moderno, pare opportuno chiedersi quanto sia proprio usare la terminologia dell'esecuzione per il nostro oggetto, anche in considerazione del fatto che la stessa azione sul corpo del debitore ha natura afflittiva e non ha finalità soddisfattoria o ce l'ha solo in via secondaria e mediata.

In base alle stesse XII Tavole (Tab. III.3.1-4), del resto, il creditore che aveva presso di sé l'*addictus* poteva ucciderlo o venderlo al di là del Tevere:

Gell. NA 20.1.46 Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. 47. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant.

Superata la prospettiva secondo la quale l'esecuzione personale fosse una modalità giuridica generatrice di forme di dipendenza conseguenti ad una situazione debitoria personale, nella riflessione contemporanea ha avuto rilevante centralità proprio il fattore corpo, la prospettiva corporale quale prospettiva di condizione personale nella quale la situazione del corpo, appunto, veniva vista come centrale e veicolo delle qualità di concittadino³⁵.

³⁵ Sulle forme di dipendenza si veda: F. REDUZZI MEROLA, *Forme non convenzionali di dipendenza nel mondo antico*, Napoli, 2007. Sulla prospettiva corporale cfr.: *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, L. GAROFALO (cur.), I-II, Pisa, 2016-2017. L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione perso-*

Posta questa relazione originaria tra corpo del singolo e qualità di cittadino, nel momento in cui la *libertas* politica viene affermata quale valore civile, tale relazione si qualifica nel senso che il corpo del cittadino è oggetto della libertà cittadina. Si è liberi se il corpo è libero, non è sottoposto a vincoli, a catene, vincoli fisici prima ancora che giuridici. Del resto, uno dei modi che possono condizionare la libertà è, infatti, la costrizione fisica come si legge chiaramente in

Liv. 8.28.1 *Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius faeneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publilius ob aes alienum paternum nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterant, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt, [ut], florem aetatis eius fructum adventicium crediti ratus, primo, perlicere adulescentem sermone incesto est conatus: dein, postquam aspernabantur flagitium aures, minis territare atque identidem admonere fortunae; postremo, cum ingenuitatis magis quam praesentis conditionis memorem videret, nudari iubet verberaque adferri. Quibus laceratus iuvenis cum se in publicum proripuisset, libidinem crudelitatemque conquerens faeneratoris, ingens vis hominum cum aetatis miseratione atque indignitate iniuriae accensa, tum suae conditionis liberumque suorum respectu, in forum atque inde agmine facto ad curiam concurrat; et cum consules tumultu repentino coacti senatum vocarent, introeuntibus in curiam patribus laceratum iuvenis tergum procumbentes ad singulorum pedes ostentabant. Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.*

nale in diritto romano, in AUPA 53, 2009, 115, in part. 157; ID., *Note minime di metodo intorno alla nozione di homo sacer*, in SDHI, 73, 2007, 429 ss.; L. GAROFALO, *Studi sulla società*, Padova, 2005; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996.

Se si guarda alla relazione debitore creditore, è il corpo del debitore, nella sua materialità, da una parte a sostanziare il potere diretto del creditore del *nexum*, dall'altra ad essere per molti secoli l'unico strumento della rivalsa del creditore sul debitore inadempiente, rimanendone comunque traccia fino alla tarda antichità.

Alessandro Severo, infatti, nel 223 d. C. ancora evidenzia quale sia il reale vantaggio che il ricorso alla *cessio bonorum* comporti per i debitori che non abbiano interamente soddisfatto con la *cessio* stessa i loro creditori:

CI. 7.71.7 *Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit? cum, etsi nihil in suo censu hi qui in potestate sunt parentum habeant, tamen, ne patiantur iniuriam, debet bonorum cessio admitti. si enim et pater familias admittendus est propter iniuriarum timorem ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filiis familias utriusque sexus hoc ius denegamus? cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli.*

Tre secoli dopo, sempre nel contesto della *cessio bonorum* Giustiniano ribadisce che in conseguenza di essa al debitore sia risparmiata qualsiasi sofferenza fisica.

A fronte di questa espressa e richiesta libertà del corpo del cittadino libero, al creditore insoddisfatto è aperta la possibilità di impadronirsi del corpo del debitore in vita e in morte.

Il corpo è, tuttavia, degno di rispetto: in Gellio NA 20.1.45 si legge che l'*addictus*, se non può farlo da solo, deve essere nutrito nei sessanta giorni successivi con una libbra di farro al giorno, mentre con riguardo al processo formulare l'editto del pretore specificava i doveri di mantenimento in capo al creditore. Sembra che si potesse, inoltre, esperire l'*actio iniuriarum*

per il mancato mantenimento a dimostrazione di come in concreto i pretori intervenissero nella materia creditizia:

D. 42.1.34 (Lic. Ruf. 13 reg.) *Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiatur, utilis in eum poenalis actio danda est vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.*

Il potere personale del creditore insoddisfatto non sembrerebbe, a questo punto, poter rientrare pienamente nelle categorie moderne dell'esecuzione.

Già Italo Andolina osservava³⁶ che l'*exsecutio* o esecuzione romana non necessita della sentenza, ma può radicarsi in situazioni processuali precedenti, che possono riassumersi nella *indefensio* come volontaria desistenza del debitore.

La sovrapposizione di una finalità economica in realtà non introduce una vera natura esecutiva dell'assoggettamento perché la finalità primaria rimane la sanzione, quella che Gellio chiama *poena*: l'*addictus* dovrà servire il suo creditore senza un limite temporale.

Pertanto non vi è proporzione tra ammontare del debito e asservimento totale del debitore; non vi è rapporto quantitativo tra il debitore e il valore del corpo del debitore.

Tale prospettiva è confermata, come visto, dalla stessa *bonorum venditio* in cui tutto il patrimonio viene aggredito a prescindere dal valore del debito.

Va aggiunto, poi, che nel processo romano l'espressione *sententia* si riferisce a quel provvedimento con il quale il giudice esprime il suo parere sul fondamento della domanda. Il suo contenuto si basa sui termini della controversia definiti nella *litis contestatio*.

È pronunciata oralmente alla presenza delle parti e, pertanto, nel processo *per legis actiones* la sentenza interviene sulla

³⁶ I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio "non est inchoandum ab executione"*, in *Ius*, 19, 1968, 127 ss.; 101 ss.

giustizia del *sacramentum* dell'attore e solo mediatamente dà luogo alla statuizione del diritto di lui a ottenere dal convenuto la prestazione dovuta o il suo valore. Allorché i termini della controversia definiti nella *litis contestatio* si concretizzano nella formula del magistrato, la sentenza del *iudex* si attiene nella *condemnatio* agli elementi stabiliti nella formula³⁷.

Tutto ciò fa riflettere sull'interessante dualismo che si genera tra i concetti di *ius*-luogo e *ius*-rito³⁸.

A questo punto la fase esecutiva, che nella presente ricerca sarà analizzata nelle sue varie fasi evolutive, si configura come un momento di garanzia processuale che si pone in parallelo rispetto alle garanzie patrimoniali.

L'esecuzione, così, sia nella sua espressione personale sia nella sua espressione patrimoniale, riveste un ruolo integrativo degli strumenti convenzionali di garanzia e appare come forma riconosciuta dall'ordinamento per tenere bloccato il patrimonio.

La sentenza rafforza la garanzia del credito, rende effettivo il credito, ma non sposta sul piano dell'ordine pubblico l'esecuzione.

Il processo rimane privato e l'esecuzione si pone come forma rafforzata di garanzia del credito.

Tale interpretazione trova conferma, a mio parere, dall'analisi dell'evoluzione storica delle procedure poste a tutela dei diritti, dall'autotutela al processo formulare. Su queste il presente lavoro intende soffermarsi al fine di evidenziare la priorità del ruolo dell'attività delle parti e la sussidiarietà della funzione della autorità pubblica.

³⁷ B. BIONDI, *Appunti*, cit. 31 ss.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 81 ss.

³⁸ C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, in L. GAROFALO (cur.), *Il giudice privato*, cit., 61 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., 227; G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve': *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 170 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, Bologna, 1950, 33 ss.

Capitolo Primo

Dall'esecuzione personale all'esecuzione patrimoniale: profili ricostruttivi

SOMMARIO: 1. Autotutela. – 2. La *manus iniectio*. – 3. La *pignoris capio*. – 4. L'*actio iudicati*. – 5. Dall'esecuzione personale all'esecuzione patrimoniale.

1. Autotutela

Il divieto di farsi giustizia da sé senza ricorrere al potere statale e, quindi, il divieto di autotutela nei rapporti privati rappresenta probabilmente uno degli esempi più longevi di principio implicito ricavato dal sistema dalla dogmatica civilistica³⁹.

³⁹In realtà non esiste nel panorama legislativo italiano un dispositivo contenente in forma esplicita un simile divieto. Al contrario esiste una vasta gamma di ipotesi presenti nel codice civile e nella legislazione speciale, dalle quali si percepisce la regola opposta. Fattispecie tipizzate di autodifesa si individuano: dai poteri di riscatto alla materia dei recessi, dalla caparra confirmatoria all'eccezione d'inadempimento, dalla legittima difesa alle azioni di rilievo del fideiussore, per finire con la recente introduzione delle garanzie finanziarie. Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 3 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, 15 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Encicl. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 1 ss.; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata I*, Milano, 1971, 38 ss.; E. BETTI, s.v. *Autotutela*, in *ED*, IV, Milano, 1959, 529 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 162 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it. S. COTTA-G. TREVES, Milano, 1954, 343. Sulla importanza di una valutazione

Il processo di accentramento in capo alle strutture pubbliche del monopolio dell'uso della forza, si è andato via via consolidando a misura che lo Stato di diritto assume, con sempre maggiore consapevolezza, il ruolo di mediatore dei conflitti interindividuali, sicché la tutela dei diritti privati è diventata col tempo un impegno legislativo non delegabile ai singoli. Per tale via, lo spazio all'interno del quale autorizzare il ricorso alla violenza da parte del privato ha finito col coincidere con il *vim vi repellere licet* e, dunque, con la fattispecie della legittima difesa prevista nelle fonti giuridiche romane:

D. 43.16.1.27 (Ulp. 69 *ad ed.*) *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*

È evidente che questo modo di impostare il problema riflette una caratterizzazione di stampo pubblicistico poiché orienta il divieto verso un obiettivo di dimensione meta-individuale: la salvaguardia dell'ordine pubblico, di cui il divieto stesso finirebbe per diventarne un componente di rilievo. Non a caso chi ha ritenuto di fondare su tali basi le ragioni del divieto ne ha reperito il fondamento normativo all'interno del codice penale⁴⁰.

Ma l'idea del monopolio statale della giustizia risulta oggi ampiamente superata: non c'è alcuna disposizione che in materia di diritti disponibili sancisca l'esercizio esclusivo della giurisdizione da parte dello Stato⁴¹.

dettagliata delle varie forme in cui può articolarsi il farsi giustizia da sé: C.M. BIANCA, s.v. *Autotutela (diritto privato)*, in *ED*, Agg. IV, Milano, 2000, 134 ss.

⁴⁰ Artt. 392-393 c.p. È fin troppo ovvio che nell'attuale società moderna l'unica possibilità di cagionare violenza sia nelle maglie delle disposizioni che prevedono la legittima difesa e lo stato di necessità. Tuttavia che da tali norme possa ravvisarsi un divieto generale di autotutela o che in esse possa riconoscersi traccia del principio opposto, mi sembra eccessivo.

⁴¹ L'arbitrato ne è la dimostrazione più evidente *ex art.* 806 c.p.c. A tanto si aggiunga che l'art. 2907, 1 co., c.c. fa leva sul principio dispositivo come chiave di accesso alla tutela giurisdizionale, cosa ben diversa dal dire che la

Tale premessa, per cui si fa coincidere da un punto di vista dogmatico l'autotutela di stampo pubblicistico con quella di tipo privatistico, ci consente di rintracciare le origini del concetto nell'esperienza giuridica romana⁴².

Nel diritto romano arcaico, l'autotutela era prevista dalle norme di *ius civile*. I *patres*, infatti, applicavano la legge del taglione in base alle XII Tavole.

Queste codificavano la regola secondo cui se una persona mutilava un'altra e non raggiungeva un accordo con essa, si applicava la legge del taglione:

XII Tab. VIII.2. Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto

La debolezza delle strutture statali rispetto alla potenza delle *gentes* e *familiae* non permise l'affermazione di un processo affidato ad organi pubblici e rimasero a lungo operanti da un lato l'autotutela per le offese intercorse tra gruppi gentilizi e familiari e dall'altro lato il c.d. tribunale domestico presieduto dal *pater familias* e composto dagli anziani e autorevoli discendenti maschi.

Successivamente, con l'instaurarsi della monarchia etrusca e

norma costruirebbe una sorta di riserva assoluta in favore dello Stato nella materia della tutela dei diritti privati disponibili. A tali considerazioni va aggiunto che i poteri tradizionalmente ricondotti alla nozione di autotutela sono stati da sempre riconosciuti in capo all'amministrazione e, parallelamente a ciò, si è pervenuti, in ambito dottrinario, ad una sostanziale assimilazione del concetto di autotutela amministrativa con quella di natura privatistica, campo in cui la nozione ha avuto origine. Tutto ciò nel generale rispetto del disposto degli artt. 101 e 102 Cost. i quali affidano al potere giudiziario l'esercizio della funzione giurisdizionale. Cfr. F. BENVENUTI, s.v. *Autotutela (dir. amm.)*, in *ED*, IV, Milano, 1959, 537 ss.; E. BETTI, s.v. *Autotutela*, cit., 529 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, s.v. *Autotutela*, cit., 1 ss.

⁴² D. ROSSI, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in P. GIANNITI (cur.), *La disciplina dell'autotutela, nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Padova, 2010, 17 ss. Sulla legge del taglione si veda in particolare: AA.VV. *Amnistia, perdono e vendetta nel mondo antico* (M. SORDI cur.), in *Vita e Pensiero*, 23, Milano, 1997.

la *res publica*, il *rex* e successivamente i consoli si arrogarono gradualmente il compito di regolare pacificamente le controversie tra privati.

Ciò spiega la ragione per cui alcuni meccanismi processuali propri della fase più antica riflettevano il retaggio dell'antica difesa privata.

Si pensi alla *manus iniectio* stragiudiziale ed esecutiva. Questa costituisce la prima ipotesi di azione esecutiva generale. La differenza rispetto ai puri e semplici atti di autotutela era costituita dal controllo di un organo della *civitas* e dalla subordinazione a un giudizio sulla sussistenza della situazione giuridica da tutelare. Con l'accettazione del *nexum* il debitore forniva come garanzia di un prestito l'asservimento di se stesso – o di un membro della sua famiglia su cui avesse la potestà (un figlio ad esempio) – in favore del creditore fino all'estinzione del debito.

A Roma non si pose mai il principio giuridico del divieto dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni dal momento che teoricamente il ricorso alla tutela statale dei diritti costituiva una mera opposizione per il cittadino, cui rimaneva consentita la strada dell'autotutela.

Malgrado ciò si ebbe consapevolezza della turbativa alla pace sociale della pratica dell'autotutela, come appare evidente in Cicerone:

De leg. 3.18.42 Nihil est enim exitiosius civitatibus, nihil tam contrarium iuri ac legibus, nihil minus et civile et humanum quam composita et constituta re publica quicquam agi per vim.

Sul piano tecnico-giuridico l'applicazione del pensiero di Cicerone ebbe riscontro in un passo di Paolo

D. 50.17.176 (Paul. 13 ad Plaut.) Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi.

e in un provvedimento di Diocleziano

CI. 4.10.9 *Negantes debitores non oportet armata vi terreri: sed petitore quidem non implente suam intentionem vel exceptione submoto absolvi, convictos autem condemnari ac iuris remediis ad solutionem urgueri convenit.*

Ciò avvenne parallelamente al nuovo orientamento, affermatosi solo in età imperiale, inteso a punire gli atti di autotutela.

Sul ricorso alla *vis* intervennero, in particolare, la *lex Plautia* dell'80(70) a.C. e la *lex Iulia de vi publica* e *de vi privata* del 17 a.C. al fine, esclusivo, però di reprimere atti specifici di autotutela e non di introdurre divieti generali.

Marco Aurelio, nel corso di un processo *extra ordinem*, decise che un creditore dovesse perdere il credito dal momento che di sua iniziativa si era impossessato dei beni del debitore per garantirsi l'adempimento:

D. 48.7.7 (Call. 5 *de cogn.*) *Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. "optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es". et cum Marcianus diceret: "vim nullam feci": Caesar dixit: "tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit".*

Una costituzione imperiale del 389 a.C., riportata in CTh. 4.22.3 = CI. 8.4.7, prevede la perdita della lite a carico della parte processuale che, prima della decisione del giudice, si impossessasse con la forza di un immobile posseduto da altri:

Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem re-

rum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

Modestino attesa in D. 48.7.8 (Mod. 2 *de poen.*) che i creditori i quali avessero scelto l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni avrebbero subito l'imputazione di *crimen vis* con conseguente condanna alla confisca della terza parte del patrimonio e all'*infamia*:

Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit.

Nella prima metà del IV secolo d.C. si vietò con Costantino (CTh. 9.10.3) la *clausola vitii* apposta alle formule degli interdetti possessori per consentire al possessore vittima di una usurpazione del possesso effettuata ai suoi danni *vi, clam, precario* di riprendersi con la forza il bene del quale fosse stato spossessato.

Rimase lecita, invece, l'autodifesa se integrante la legittima difesa consistente nel contrastare, anche con la violenza, la violenza altrui *vim vi repellere licet*.

Tale regola nacque in materia di spogli immobiliari e fu enunciata da Cassio, come già visto in D. 43.16.1.27 (Ulp. 69 *ad ed.*), a proposito dell'*interdicum de vi*: *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*

Il principio si intese applicabile, però, a condizione che si impiegasse solo la forza necessaria per difendere il possesso in atto. Ciò quale precedente del principio della proporzione tra offesa e reazione che fu generalizzato e, proprio in tali termini ampi, risulta conservato nei diritti moderni e contemporanei.

La lettura delle Novelle giustiniane, infine, induce a ritene-

re che nel VI secolo d.C. si fosse ormai imposto il principio, non trasfuso in un enunciato normativo, della generale illiceità dell'autotutela. Nei Digesti i bizantini dettero prova di questa convizione, generalizzando un passaggio del giureconsulto Paolo mediante il suo inserimento nel titolo *De diversis regulis iuris antiqui*: non si deve consentire che i privati facciano di propria iniziativa ciò che può essere disposto dal magistrato affinché non si verificchino disordini sociali⁴³.

L'argomento ha implicazioni storiche molto interessanti.

La funzione essenziale del processo è rappresentata dall'accertamento della violazione del diritto e dalla determinazione della sanzione da applicare. L'inflizione della sanzione, che avviene nel processo esecutivo, è solo accidentalmente demandata alla stessa struttura organica competente per il processo di cognizione. In effetti si tratta di un'attività più che altro amministrativa, nel corso della quale si inseriscono procedure cognitive relative all'accertamento della legittimità dell'esecuzione. Questo è uno degli aspetti che giustifica l'attribuzione agli organi giurisdizionali dell'attività esecutiva, la quale trova altresì fondamento nella particolare delicatezza della funzione che ne rende opportuno l'affidamento ad un organo istituzionalmente imparziale.

Tale attribuzione non rappresenta, però, una caratteristica indefettibile del processo.

Anche in società progredite come quella ateniese, tra il V ed il IV secolo a. C., l'esecuzione della sentenza emanata nel processo di cognizione è prevalentemente lasciata all'autotutela del privato.

D'altro canto, l'inflizione della sanzione permette proprio per la sua natura, un'autotutela, garantita e controllata dall'ordinamento, il che accade, per l'appunto, nella *manus iniectio* romana.

Con il passare del tempo, l'acquisizione da parte dell'auto-

⁴³ P. STEIN, *The Digest Title "De diversis regulis iuris antiqui" and the general Principles of Law*, in Aa.Vv., *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-NewYork, 1962, 8 ss.

rità imperiale del monopolio dell'amministrazione della giustizia avrebbe determinato, ma sempre per via implicita, la formulazione del divieto per i privati di tutelare da sé le proprie ragioni.

Tra le ipotesi più antiche di autodifesa lecita, oltre alla nota *manus iniectio*, merita menzione la facoltà del *precario dans* di recuperare il bene che il precarista ricusasse di restituire⁴⁴.

Come già detto, il punto di partenza romano è che la esecuzione del giudicato avvenga al di fuori dell'autorità pubblica⁴⁵.

La dottrina dominante individua solo una forma di collaborazione del creditore⁴⁶, ma a me sembra che la *manus iniectio*, come del resto la *vindicatio*, consista in origine in un atto privato e violento⁴⁷.

Tale atto violento degrada nella forma della *legis actio* da violenza effettiva ad una cerimonia svolta dinanzi il magistrato, il quale con l'*addictio* del *iudicatus* si limita a legittimare l'impossessamento della persona del debitore.

La caratteristica prevalente dell'impossibilità di identificare l'oggetto dell'esecuzione con l'obbligo inadempito e, quindi, di assimilare, anche in termini di proporzionalità, il risultato finale di essa al soddisfacimento del diritto violato, conferma la natura garantista della procedura identificata dalla dottrina come esecutiva.

Ma, in tal senso, gli aspetti più significativi del processo esecutivo romano possono identificarsi nella natura personale e sanzionatoria-repressiva dell'azione esecutiva, in cui nel tempo si attenuarono soltanto le caratteristiche più crudeli proprie di una primordiale vendetta sulla persona e il conseguente predominio dell'attività di parte cui corrispondeva una riduzione dell'intervento dell'organo statale a vantaggio della celerità della procedura.

⁴⁴ L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *AUPA*, 45, 1936, 114 ss.

⁴⁵ B. BIONDI, *Appunti*, cit., 29 ss.

⁴⁶ L. WENGER, *Institutionen*, cit., 212.

⁴⁷ E. BETTI, *La vindicatio*, cit., 321 ss.

Relativamente al carattere personale dell'esecuzione, ritengo che, tuttavia, il rispetto del patrimonio non poté essere sempre maggiore di quello dovuto alla persona e l'ostacolo teorico dell'antica distinzione tra debito e responsabilità sarebbe stato superato presto dal bisogno pratico di veder soddisfatta l'obbligazione in termini patrimoniali⁴⁸.

Sul tema ricordo un lacunoso frammento nei *Fragmenta argenteroratensia* di Ulpiano dal III libro *disputationum*⁴⁹.

In esso due ex mogli agiscono separatamente verso l'ex marito. Se la prima fosse stata soddisfatta con la *bonorum venditio* alla seconda sarebbe rimasta la possibilità della *ductio* dell'ex marito. La descrizione del caso si interrompe per una lacuna nel testo. Continua, poi, con la affermazione che il marito sarebbe *ductus nudus* cioè *amissis bonis*. La soluzione di Ulpiano è l'attribuzione alle due donne di parti uguali nella *bonorum venditio* senza che vi sia *ductio*. Sembra che in linea di stretto diritto la seconda ex moglie fosse esclusa, comunque, dalla *bonorum venditio* e si sarebbe dovuta accontentare della *ductio* di un uomo privo di beni. Nel passo, quindi, si riferiscono entrambe le forme di esecuzione con una evidente valutazione equitativa degli interessi in gioco, suggerendo, quindi, la conclusione che spesso la soluzione era casistica.

Non convince, infatti, l'idea che il sentimento di libertà vietasse sempre di intromettersi nel patrimonio del debitore. L'esecuzione personale, attuata in origine con la *manus iniectio*, in-

⁴⁸ Sul punto: L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., 115, in part. 157. Sul concetto di vendetta, invece, si veda in particolare: AA.VV. *Responsabilità, perdono e vendetta nel mondo antico* (M. SORDI cur.), in *Vita e Pensiero*, 24, Milano, 1998.

⁴⁹ A. LOVATO, *Studi sulle Disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003, 15; E. STOLFI, I "libri *disputationum*" di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani, in *Riv. dir. rom.* 3, 2003, 11; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it. G. NOCERA, Firenze, 1968, 433; P. STRASBURG, *Ulp. disp.*, III, *recto* I^a (L.E. SIERI, *Supplementum alla Palingenesia di O. Lenel*, II, rist. Graz, 1960, 13 FIRA II, 310 s.).

fatti, sebbene ancora oggetto di norme nell'editto adrianeo – in cui, tra l'altro, precedeva l'esecuzione patrimoniale – dovette coesistere con l'applicazione della *legis actio per pignoris capionem* e malgrado in epoca classica rivestisse un ruolo formalmente preferenziale come unica forma riconosciuta dallo *ius civile*, l'esecuzione patrimoniale fu comunque impiegata nella pratica con maggior frequenza in quanto più soddisfacente rispetto all'esecuzione personale per i creditori.

Ciò fa comprendere quanto sia complesso stabilire i termini del passaggio dall'esecuzione personale a quella patrimoniale anche e soprattutto nell'ottica di valutare, in esso, il ruolo rivestito dall'autorità pubblica.

2. *La manus iniectio*

Le caratteristiche della primordiale vendetta sono evidenti nella *legis actio per manus iniunctionem* che aveva effetti alquanto crudeli ed era appena temperata da regole limitanti per lo più solo in termini temporali:

Gaio 4.21. *Per manus iniunctionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum iniicio, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat. Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.*

Il non pagato debito della *iudicatio* conseguente ad una *legis actio per sacramentum* o la *confessio in iure* di un debito di danaro erano i fondamenti più comuni di tale azione.

Tanto ai *iudicati* quanto ai *confessi in iure* venivano concessi trenta giorni per l'adempimento del debito, prima che si inten-

tasse la *legis actio per manus iniunctionem*, come risulta in

PS. 5.5a.2 *Confessi debitores pro iudicatis habentur, ideoque ex die confessionis tempora solutioni praestituta computantur.*

Dunque, se il debitore non assumeva la *defensio* compiendo la *litis contestatio* era equiparato al *damnatus* e contro di lui si procedeva esecutivamente.

In XII Tab. III.1-2, nell'enumerare quelli che noi moderni definiremmo i titoli esecutivi, si anteponeva la *confessio* alla *iudicatio*:

1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt* 2. *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.*

Scaduti inutilmente i trenta giorni concessi al condannato o al *confessus* per pagare il debito, in mancanza dell'intervento di un *vindex*, si prevedeva l'intervento dell'autorità pubblica che, nella persona del pretore pronunciava l'*addictio*. Questa rappresentava un riconoscimento di legittimità dell'operato dell'attore che poteva così procedere nell'azione esecutiva intrapresa, trattenendo in catene l'*addictus* per un periodo di sessanta giorni⁵⁰:

XII Tab. III.3. *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore aut si volet minore vincito. 4. Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habeat, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato. 5. Gell., NA 20.1.46. Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies LX. 47. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.*

⁵⁰ P. NOAILLES, *Manum injicere*, in RHD, 21, 1942, 1 ss.; M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS, 25, 1904, 81 ss.

Durante questo periodo l'*addictus* se impossibilitato, era nutrito dal creditore con almeno una libbra di farro al giorno ed era da lui condotto a tre mercati consecutivi ... *trinis nundinis continuis* ... ove, allo scopo di trovare una persona che eventualmente volesse riscattare il prigioniero, doveva dichiararsi pubblicamente *quantae pecuniae iudicatus esset*. In caso di insuccesso, e sempre che l'*addictus* non riuscisse a riscattarsi o a trovare forme di componimento pattizio con il creditore, l'*addictus* poteva, *tertiis nundinis*, essere ucciso ... *capite poenam dabat* ... ovvero essere venduto come schiavo ... *trans Tiberim peregre venum ibat*⁵¹.

Il corpo dell'*obligatus* diveniva, così, con tutta evidenza, una garanzia per il creditore e il condannato non avrebbe potuto respingere personalmente la *manus iniectio*, ma eventualmente solo offrire un *vindex* che, surrogandosi al debitore, ne avrebbe garantito la liberazione immediata sia dalla presa corporale che rappresentava l'impossesamento del debitore da parte del creditore, sia dalla responsabilità che il debitore aveva verso il creditore stesso.

L'intervento del *vindex* era finalizzato a pagare il debito o a *manum depellere* e *lege agere*; in quest'ultimo caso sembrerebbe che il procedimento ridivenisse dichiarativo nel tentativo di accertare la legalità dell'esecuzione e del titolo sul quale essa si fondava.

L'eventuale intervento di un terzo non era, però, necessariamente un evento positivo, né la conseguenza della compassione della *civitas*, poiché chi pagava lo faceva con l'intento di utilizzare in seguito il debitore come proprio schiavo.

La natura personale e repressiva dell'azione è esasperata soprattutto nella misura in cui alla descrizione di questa parte della procedura Gellio aggiunge che in caso di diversi creditori, era loro permesso dividersi i pezzi del cadavere: un versetto delle XII Tavole provvedeva persino a scagionare chi dei cre-

⁵¹ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 33 ss.; F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, Napoli, 1974, 162 ss.

ditori si fosse impossessato di una parte sproporzionata rispetto agli altri:

Tab. III.6 *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.*

L'efferatezza di tale epilogo stupisce⁵² e lo stesso Gellio, tenta di giustificare la crudeltà della procedura, insinuandone la disapplicazione:

Gellio NA 20.1.45. ... *Dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audivi.*

In altre fonti, del resto, si conferma un intervento mitigatore del costume rispetto al rigore dell'esecuzione personale⁵³:

Quint. *Inst. Oratoriae* 3.6.84 *Hinc illae quaestiones sive actionis sive tralationis. sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed iure concessa, ut in duodecim tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit: et aliquid aecum, sed prohibitum iure, ut libertas testamentorum;*

Tert. *Apologeticum* 4.9 *Sed et iudicatos in partes secari a creditoribus leges erant; consensu tamen publico crudelitas postea erasa est, in pudoris notam capitis poena conversa est. Bonorum adhibita proscriptio suffundere maluit hominis sanguinem quam effundere.*

Il procedimento aveva luogo nel *comitium*, sebbene risulti controverso stabilire con certezza il luogo esatto dove si svolgeva la tripla esposizione e la pubblica proclamazione della situazione debitoria inadempita in virtù della quale si procede-

⁵²J. CAIMI, *Partis secanto nelle Dodici tavole?*, Soveria Mannelli, 2005; G. FRANCIOSI, 'Partes secanto tra magia e diritto', in *Labeo*, 24, 1978, 263 ss. In particolare si veda: O. DILIBERTO, *Contributo alla palingenesi delle XII Tavole. Le "sequenze" nei testi gelliani*, in *Index*, 20, 1992, 229 ss., 250 ss.

⁵³Cassius Dio *Hist. Romanae* 17.8.4.

va. In ogni caso, si doveva trattare di un luogo ben frequentato, come per ogni tipo di asta, per poterne realizzare al meglio lo scopo. Per questo motivo non è da escludersi che il Foro fosse il luogo prestabilito. Il lasso di tempo concesso serviva a trovare qualcuno disposto a pagare e liberare il *iudicatus* e anche a mostrare a tutti i presenti il soggetto che era venuto meno all'impegno preso. Un prestito di denaro ricevuto a fronte della promessa restituzione dello stesso era sufficiente a vincolare giuridicamente il promittente; solo una volta esauritosi il lasso di tempo concesso al debitore per sanare la sua posizione debitoria, avrebbe avuto la funzione di permettere l'intervento di un *redemptor* a favore del *iudicatus*⁵⁴.

Un aspetto peculiare di queste vendite era certamente il possibile intervento degli *adgnati* del debitore, i quali erano maggiormente motivati al riscatto del proprio parente insolvente non tanto per il legame affettivo, quanto per il dovere morale di tutelare la *familia* dal discredito sociale derivato dall'aver un inadempiente tra i propri membri⁵⁵.

Tale procedimento esecutivo si estese ai crediti che non fossero stati oggetto di un preventivo accertamento giudiziale e che, con terminologia moderna, diremmo crediti esecutivi. Per alcuni di essi l'azione si modellava sull'esempio della *manus iniectio iudicati* ed era detta, pertanto, *manus iniectio pro iudicato*. Per altri invece, il procedimento era singolarmente snellito nel caso in cui il creditore volesse contestare la legittimità dell'esecuzione. In tale eventualità, invero, non occorre più un *vindex* che si sostituisse al debitore, ma questi poteva egli stesso *manum sibi depellere et pro se lege agere* impugnando la pretesa esecutiva dell'attore. In queste ipotesi, e proprio per siffatta semplificazione, la *manus iniectio* era detta *pura*⁵⁶. In

⁵⁴ A. MATEO, *Manceps, redemptor, publicanus*, Santander, 1999, 53 ss.

⁵⁵ F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006, 455.

⁵⁶ Cfr. R. CARDILLI, *Damnas esto e manus iniecto nella lex Aquilia: un indizio paleografico?* in *Fundamina*, 20, 2014, 110 ss. E. BETTI, *L'antitesi di "iudi-*

Gaio 4.22, fra le ipotesi di *manus iniectio pura*, si ricorda quella *ex lege Furia testamentaria* che sanciva il divieto di legati superiori a mille assi e quella *ex lege Marcia* contenente sanzioni per i *foeneratores* che avessero preteso interessi usurari. Fra i casi di *manus iniectio pro iudicato* quella *ex lege Publilia* e quella *ex lege Furia de sponsu* riguardanti ambedue gli *sponsores*.

Con ulteriore evoluzione apportata da una legge *Vallia*, quest'ultimo regime fu esteso a tutte le azioni *per manus iniectio-nem* che divennero, pertanto, *purae* ad eccezione della *manus iniectio iudicati* e della *manus iniectio depensi* concessa dalla legge *Publilia* a tutela del diritto di rivalsa del garante contro il debitore principale, per le quali restò, dunque, ai fini già visti, la necessità dell'intervento del *vindex*.

Dall'esame della formula riportata in Gaio 4.21 *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia quandoc non solvisti ...* si è ricavato che esistesse, accanto alla *manus iniectio* che trovava il suo fondamento in una *iudicatio*, una *manus iniectio damnati* la quale si sarebbe basata su determinati rapporti per cui il debitore era assoggettato all'azione esecutiva in virtù di una solenne dichiarazione nelle forme di una *damnatio*. Casi tipici ne sarebbero stati il *nexum*, il legato *per damnationem* e il danno aquiliano, anche se nella *damnatio* si può vedere la pronuncia del giudice nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Ma la scarsità delle basi testuali e notevoli ostacoli strutturali fanno sì che queste ipotesi di una *manus iniectio damnati* coeva o anteriore alla *manus iniectio iudicati* costituiscano un problema in dottrina non ancora pienamente risolto.

In generale è chiaramente evidente, in tale procedura, il predominio dell'attività di parte, individuabile già in un versetto delle XII Tavole che si riferisce al convenuto di un'azione dichiarativa che si sottrae alla *in ius vocatio*:

care (pronuntiatio) e "dannare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano, in *RISG*, 56, 1915, 31 ss.

XII Tab. I.1. *Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito. 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.*

Mancano qui sia un *iudicatum* sia un titolo esecutivo ad esso equiparabile: l'attività del manoincidente si svolge in tal caso senza necessità di intervento del magistrato, dal momento che la *in ius ductio* è lo scopo finale ch'essa sanziona e, quindi, non un momento della sua procedura.

Se ciò è vero, la *manus iniectio* sarebbe un mezzo generale di garanzia di difesa privata che la legge disciplinava, ma non sottoponeva necessariamente al controllo giurisdizionale⁵⁷. La conseguenza che ne potrebbe scaturire sarebbe la possibilità di rappresentarsi, dell'antico processo romano, un quadro nel quale l'esecuzione personale era prevalente e generalmente prevaleva l'attività del privato e la quasi completa assenza dell'intervento dell'autorità⁵⁸.

Nei casi ricordati di *manus iniectio*, tuttavia, la procedura si svolgeva sempre con l'intervento del magistrato che doveva accordare l'*addictio*. L'inciso *manum endo iacito*, pertanto, è interpretato⁵⁹ come una mera autorizzazione a condurre di forza in tribunale il convenuto che recalcitrava alla *vocatio* senza alcuna allusione alla procedura della *manus iniectio* come azione esecutiva.

Ma solo successivamente l'intervento dell'autorità statale, rappresentata prima dal *rex* e poi dal magistrato giurisdicente, garantì che la reazione fosse in qualche modo più proporzionata all'offesa e che comunque vi fosse un accertamento, seppur minimo, della fondatezza della pretesa che veniva portata ad esecuzione: l'intervento del magistrato, in altri termini, servì solo

⁵⁷ P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil: Cours de droit romain approfondi 1941-1942*, Paris, 1949, 50 ss.; F. CANCELLI, *A proposito dei "tresviri capitales"*, in *Studi De Francisci*, III, Milano, 1957, 25 ss.

⁵⁸ M. VARVARO, *Gai 4.21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquilia*, in *AUPA*, 59, 2016, 333; B. BIONDI, *Appunti*, cit., 75 ss.

⁵⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1957, 113 ss.

a debrutalizzare ed a regolamentare l'esercizio della *vis*.

La sequenza segnica⁶⁰ che muove dalla *in ius vocatio* e si snoda nell'uso della *manus*, in funzione della resistenza del convenuto, integra un percorso giuridico e simbolico integrato nelle finalità giuridiche che la disciplina processuale, presente nelle XII Tavole, prevede e garantisce. Vi è un preciso *signum* formale connesso al chiamare: XII Tab. I.1. *Si in ius vocat (ito) ... 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito.*

In tale contesto simbolico e gestuale predomina l'uso della *manus* poi ribadito in relazione alla *manus iniectio*: XII Tab. III.1. *Post deinde manus iniectio esto.*

Vocare in ius significa chiamare ad un rito che si svolge *apud praetorem* ed il cui oggetto è il *ius*⁶¹. Un rito che è fenomeno giuridico di cui la *in ius vocatio* è evidente espressione. Un passaggio tecnico attraverso il quale diventa concreto il controllo della comunità⁶² rappresentato dal ruolo del magistrato che deve bloccare il contendere delle parti sul filo del diritto della *civitas* garantendo alla stessa quell'ordine sociale essenziale per la sua esistenza.

Il percorso formale è scandito anche dalla presenza di testimoni.

La valutazione sui profili rituali dell'accesso alla giustizia si intreccia con la valutazione di comportamenti gestuali o verbali che hanno rilievo nel processo romano per la realizzazione di un dato risultato. Al potere di chi chiama qualcuno davanti ad un magistrato, il convenuto non può sottrarsi: tale potere si snoda nelle parole della fase di avvio dell'itinerario giudiziale e nei gesti che ruotano attorno alla mano sia nel processo di co-

⁶⁰ S. RANDAZZO, *Editio actionis e ritualità processuale. Per una semiotica dell'accesso alla giustizia in diritto romano*, in *Scritti per A. Corbino* (I. PIRO cur.), VI, Lecce, 2016, 183 ss.

⁶¹ Gell. NA 20.10.8 ci testimonia come l'*in iure manum conserere* (XII Tab. VI.5a) *fiebat ex XII tabulis apud praetorem*.

⁶² O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess: zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen-Schwartz, 1974, 71 ss.

gnizione che, con simmetria, in quello esecutivo, al punto da caratterizzarlo terminologicamente⁶³.

Predomina così nel processo un'accezione autoritaria, anche se formalizzata, di *manus*. Non è certo casuale che tanto nella *vocatio in ius* quanto nel rituale della *manus iniectio*, alla *manus* sia attribuita una comune valenza, connessa con evidenza all'esercizio del potere che si spinge sino a configurarsi come esecutivo al punto che, proprio attorno alla *manus* ed al suo uso, si definisce in Gai 4.21 l'istituto processuale che si estende all'*addictio* effettuata *sanciendae fidei gratia*.

Ma il fondamento tecnico e definitorio dell'uso segnico della *manus* va rintracciato già attorno all'iniziale procedura di cognizione⁶⁴.

Nell'atto di utilizzare la mano, si incentra la volontà di vincolare la persona, manifestazione plastica di un potere che si innerva nel gesto e si completa con una dichiarazione che ne precisa il significato⁶⁵. Ciò consente al gesto di assumere una specificità teleologica chiara e pubblica. Il tutto nella tensione di equilibrare il ruolo delle parti. Nella *legis actio per manus iniunctionem* l'atto di afferrare qualcuno o la possibilità inversa, nella *manus iniectio pura*, di *manum sibi depellere et pro se lege agere*, integra la dialettica processuale che corre lungo il filo della gestualità produttiva di effetti giuridici.

⁶³ A. CORBINO, *Considerazioni minime sulla manus iniectio*, in K. STLOUKALOVA-J. SEJDL (cur.), *Diritto romano e attualità. La terminologia giuridica nel diritto processuale romano e moderno: la decisione giudiziaria e sua esecuzione*, in *Atti del VII Seminario internazionale in onore di H. Ankum Praga 3-5 ottobre 2011*, Praga-Havlicek, 2013, 10 ss., ritiene però che la *manus iniectio* non è l'azione esecutiva, ma il fatto materiale che la qualifica e le conferisce il nome.

⁶⁴ R. SANTORO, *Manu(m) conserere*, in *AUPA*, 32, 1971, 513 ss. Per le fonti cfr. Gell. NA 20.10.7.

⁶⁵ B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, 50 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 180 ss.

La latitudine degli atti connessi all'uso della mano è ampia nelle sue accezioni⁶⁶ accomunate, però, da una certa bilateralità sbilanciata tra le parti.

Inserendo i riferimenti segnici del processo nel percorso segno-comunicazione-significazione, si possono collocare gli atti del processo in un quadro di riferimento simbolico.

In definitiva il processo privato si avvia per impulso di parte. Tale impulso può portare ad un'azione esperita correttamente e corredata da una *vocatio* del convenuto e, dunque, siamo dentro il processo se esso è un percorso che muove dagli atti introduttivi e finisce con la sentenza.

La circostanza che il processo sia privato non stride con la natura pubblica del procedimento i cui percorsi formali sono predeterminati nell'interesse della collettività di cui il magistrato è interprete e custode.

Il principio dell'intervento di un'autorità superiore e imparziale non si affermò, dunque, attraverso l'imposizione del criterio di subordinare l'esecuzione privata, ancora libera nelle sue forme, ad un previo accertamento arbitrale obbligatorio, ma piuttosto attraverso una disciplina diretta a contenere entro schemi più moderati l'immediata tutela esecutiva.

3. *La pignoris capio*

In tale prospettiva una integrale avversione verso l'esecuzione patrimoniale non è verosimile in quanto già le XII Tavole riconoscevano la *pignoris capio*⁶⁷.

Certamente *extra ius* e, quindi, senza il magistrato giudicante, essa era applicata solo in alcuni casi espressamente pre-

⁶⁶ S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 67 ss.

⁶⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 42 ss.

visti dalla legge quali crediti dei militari per il pagamento dello *stipendium* e i crediti fiscali:

Gai 4.29 *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat legis actionem non esse, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti quis posset quam apud praetorem praesente adversario; praeterea quod nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.*

Essa era prevista contro coloro *qui aes tribuebant*⁶⁸, qualora non avessero corrisposto al soldato lo *stipendium* (*aes militare*) ovvero il danaro necessario per acquistare il cavallo (*aes equestre*) o l'avena per quest'ultimo (*aes hordearium*).

La procedura si svolgeva anche nei *dies nec fasti*, nei quali ordinariamente non poteva essere amministrata la giustizia. Essa si concretizzava nella pronuncia di *certa verba*, di parole solenni, attraverso le quali si legittimava la materiale apprensione di un bene del debitore⁶⁹: si trattò certo di un residuo legalizzato dell'antica difesa privata attuata sui beni del debitore mediante un diritto di sequestro.

Per il fatto che poteva effettuarsi anche in giorno nefasto, nonché in assenza del convenuto, la *pignoris capio* potrebbe considerarsi una *legis actio* vera e propria visto che il *pignus* veniva preso *certis verbis* cioè come nelle altre *legis actiones* con la pronuncia di parole solenni:

Gaio 4.28 *Lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium*

⁶⁸ Per l'*aes militare* i *tribuni aerari*, per l'*aes equestre* e l'*aes hordearium* i contribuenti in un primo tempo, successivamente i *tribuni aerari*.

⁶⁹ F. LA ROSA, *Ricerche sull'origine del pegno*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano, 1988, 75 ss.

redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicani vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent.

Nel passo si menziona l'impiego di tale azione, autorizzato dalle XII Tavole contro colui *qui hostiam emisset nec pretium redderet* e, inoltre, contro chi non avesse corrisposto la mercede pattuita per il nolo di una bestia da soma, *iumentum locata*, a scopo di impiegarne il ricavato *in dapem, id est in sacrificium*. Terzo caso in cui secondo Gaio trovava impiego l'azione era quello dell'esecuzione concessa *ex lege censoria* agli appaltatori delle pubbliche imposte (... *publicani vectigalium publicorum* ...) a tutela del credito tributario⁷⁰. Nel primo caso i dubbi possono risolversi con il ricorso alla testimonianza di Gaio per i crediti militari, *licebat militi pignus capere* e per quelli fiscali *data est pignoris capio publicanis*, rimanendo, invece, di incerta soluzione per quelli di carattere sacrale, in ordine ai quali si crede attribuita ai pontefici o al privato per delegazione di questi. Nel secondo caso, in particolare, non si conoscono quali diritti derivassero al creditore sul bene che formava oggetto dell'esecuzione, e se egli potesse venderlo o appropriarsene persistendo l'inadempienza del debitore e in difetto di un eventuale intervento di garanti⁷¹. Del pari non può dirsi con

⁷⁰ All'infuori di quelli citati nel testo gaiano giova ricordare anche i casi di *pignoris capio* menzionati dal *senatusconsultum de Pago Montano*, II.1, in *FIRA*, I, (S. RICCOBONO cur.), Firenze 1943, 272 e dalla *lex* delle miniere di Aljustrel (*lex Metalli Vipascensis* 15, in *FIRA*, I, cit., 502 ss.).

⁷¹ Nel caso dei *publicani* probabilmente si prevedeva che essi potessero chiedere in giudizio il riacquisto della cosa da parte del debitore poiché secondo quanto riferisce Gaio 4.32 *Contra in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur*. Il sistema del processo formulare apprestava per loro un'azione fittizia intesa a richiedere in giudizio la somma forse superiore all'entità del debito originario

certezza se all'esecutato fosse lecito insorgere contro la presa di pegno, contestandone la legittimità e provocando una procedura incidentale di accertamento. S'ignora, infine, se e quale connessione potesse esservi fra l'oggetto della *pignoris capio* e quello della pretesa creditoria sostanziale.

Mi sembra, tuttavia, ragionevole ritenere che, malgrado si sia sostenuto che la possibilità⁷² di apprensione di un bene del debitore sia sorta storicamente dopo quella dell'apprensione della persona e, quindi, che la *manus iniectio* abbia preceduto la *pignoris capio*, è ipotizzabile una vera e propria coesistenza per cui tale azione sarebbe un residuo legalizzato dell'antica difesa privata, già considerata in ordine alla *manus iniectio*. Le fonti non ci permettono di avere certezze né in ordine alla legittimazione passiva alla *pignoris capio* né alle modalità procedurali.

La *pignoris capio* rappresenterebbe così il simulacro di un *droit de saisie privée* che in regime di autotutela privata sarebbe stata lecita a tutti per tutelare il proprio credito. In realtà attenendoci alla casistica delle fonti sembra presumibile che la presa di pegno così intesa non rimanesse, ormai, in epoca storica che per gli organi dello Stato e rappresentasse uno dei mezzi di coercizione cui erano legittimati i magistrati per far rispettare la propria autorità ai cittadini recalcitranti. I casi che le fonti adducono di *pignoris capio* esperibile dai privati sembrano portare netta l'impronta di un carattere pubblicistico che li fa apparire quasi una proiezione del pubblico interesse da cui indirettamente deriva, quasi per delegazione, la legittimazione del privato.

corrispondente al prezzo di riacquisto del *pignus* immaginando che ci fosse stata la *pignoris capio*. L. MAGANZANI, *La «p.c.» dei pubblicani dopo il declino delle legis actiones*, in *Cunabula iuris. Studi storico-giuridici per Gerardo Broggin*, Milano, 2002, 175 ss.; G. PUGLIESE, *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei pubblicani e Gai 4.32* (1995), in *Scritti giuridici* (1985-1995), (L. VACCA cur.), Napoli, 2007, 885 ss.

⁷²F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino, 2017.

Definitivamente l'esecuzione *in ipsam rem* si registrò solo in epoca giustiniana.

4. L'actio iudicati

Per quanto riguarda il procedimento formulare, si afferma generalmente che l'esecuzione della sentenza si attuasse per mezzo dell'*actio iudicati*, la quale si sarebbe sostituita all'antica *manus iniectio*.

Si è discusso invero se per l'esecuzione della sentenza bastasse una semplice richiesta non formale al magistrato⁷³, ma la necessità dell'*actio iudicati* è stata riaffermata vigorosamente da Wenger, il quale, però, ammette che l'*actio iudicati* poteva anche non condurre alla *litis contestatio*, bensì alla emanazione di un decreto di esecuzione⁷⁴.

Tali affermazioni ed ipotesi contengono una grave confusione di concetti e di epoche storiche.

Per tutta l'epoca formulare l'*actio iudicati* deduce in giudizio sempre ed esclusivamente la *obligatio iudicati* e non ha affatto funzione esecutiva. Il suo esercizio si rende necessario non per dare esecuzione al giudicato, ma piuttosto qualora il reo, sottoponendosi al *periculum dupli* e prestando la *satisfactio iudicatum solvi*, contesti la esistenza o validità del giudicato. Essa, come tutte le formule, conduce o alla condanna *in duplum* od all'esecuzione. Ciò risulta anche dal fatto che nell'*actio iudicati*, come attesta Gaio 4.25, occorre prestare la *satisfactio iudicatum solvi* la quale sarebbe stata superflua se l'*agere iudicati* non avesse portato alla condanna del debitore. Del resto un'*actio* corrispondente ad una formula proposta nell'editto, che

⁷³ F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Reiburg, 1889, 181 ss.

⁷⁴ L. WENGER, *Praetor und Formel*, München, 1926, 84 ss., ID., *Zur Lehre von der Actio iudicati: eine Rechtshistorische*, Leuschner & Lubensky, 1901, 226 ss.

miri non al compimento della *litis contestatio*, ma al rilascio di un decreto, è cosa che non può appartenere al sistema delle formule.

Actio iudicati ed esecuzione sono realtà distinte: la prima è un'azione che, come ogni altra, afferma un diritto, *obligatio iudicati*, e mira alla condanna del reo. La esecuzione si ottiene, invece, per mezzo dell'*addictio* del *iudicatus* o della *bonorum venditio* a seconda che si tratti di esecuzione personale o patrimoniale.

Certamente l'esecuzione non può avere corso qualora sia esercitata l'*actio iudicati*, in cui appunto il reo contesta la esistenza del giudicato e, quindi, da questo punto di vista, si può dire che l'*actio iudicati*, anziché mirare all'esecuzione, la impedisca o sospenda. Ma è chiaro che si può avere esecuzione senza *actio iudicati* e viceversa, appunto perché si tratta di istituti aventi finalità diverse per quanto connesse.

L'*actio iudicati* resta sempre nell'ambito del processo di cognizione giacché mira solo all'accertamento con la conseguenza del *duplum*, del *iudicatum*: nulla ottiene coattivamente il creditore perché un'azione non può che affermare diritti e obblighi.

Va detto che a differenza dell'antica *manus iniectio* ove l'accertamento rivestiva i caratteri di un eventuale processo incidentale, l'*actio iudicati* si introduceva allo stesso modo di una comune azione di accertamento. Presupposto necessario era la sentenza (*iudicatum*) di condanna che ancora nel sistema formulare non era che pecuniaria:

Gaio 4.48 *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*

Alla condanna era equiparata la *confessio* limitatamente a quella di una *certa pecunia*. L'attore non procedeva più a una

materiale apprensione del convenuto bensì, come nelle azioni dichiarative, ad una *in ius vocatio*. Il convenuto poteva decidere o di resistere alla pretesa dell'attore contestando la legittimità dei presupposti o di riconoscerne *in iure* la fondatezza. In tale ipotesi, però, il convenuto doveva fornir garanzia (... *satisfactio iudicatum solvi* ...) per l'esecuzione dell'eventuale condanna⁷⁵ alla quale nel caso di perdita della lite egli andava soggetto per il doppio del debito nascente dal *iudicatum* che aveva inteso contestare ... *lis infitiando crescit in duplum*. Si può dire, dunque, che la contestazione della legittimità dei presupposti dell'azione, come nella *manus iniectio* ad opera del *vindex* o dello stesso *prensus* nella *manus iniectio pura*, trasformava la procedura da esecutiva in dichiarativa. Nell'*actio iudicati* l'effetto era di conservare la natura dichiarativa alla procedura che poteva, invece, sfociare nell'esecuzione⁷⁶. In caso di mancata contestazione da parte del convenuto e, non prestandosi questi a uno spontaneo soddisfacimento, si prevedeva l'intervento del magistrato che con suo provvedimento autorizzava il creditore a condurre con sé il convenuto che scontava il proprio debito prestando, fino ad esaurimento di questo, i propri servizi all'attore. L'intervento del magistrato non si concretizzava più in un'*addictio*, ma in un *duci iubere*⁷⁷. Tuttavia l'effetto di esso non sembra dissimile⁷⁸ da quello che le mitigazioni dell'antica asprezza del costume fecero sortire nel periodo più recente, dall'*addictio* nella *legis actio per manus iniectioem*.

⁷⁵ Gai 4.25; 4.102.

⁷⁶ B. BIONDI, *Appunti*, cit., 75 ss., negava all'*actio iudicati* ogni funzione esecutiva in epoca formulare e asseriva che anche l'*actio iudicati* come ogni azione dichiarativa, portava o alla condanna o all'assoluzione e mai al rilascio di un decreto qual è quello dei *duci iubere* per ottenere il quale doveva esservi una procedura estranea al sistema delle formule.

⁷⁷ *Lex (Rubria) de Gallia Cisalpina*, in *FIRA*, I, (S. RICCOBONO cur.), Firenze, 1941, 169 ss., c. XXII. 46 ss. *Eosque duci bona eorumque possideri proscribere venireque iubeto*.

⁷⁸ *Contra* S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 75, n. 4.

L'esecuzione personale non aveva luogo necessariamente a seguito di *confessio in iure*, bensì poteva essere legittimata anche da una pronuncia giudiziale, la quale legittimava l'*actio iudicati* a seguito di un'azione di accertamento, definita come una sentenza che imponeva al condannato il pagamento di una somma di danaro al proprio creditore, costituente appunto l'*obligatio iudicati*. Dunque, l'*actio iudicati* necessitava in primo luogo di un soggetto, legittimato passivo, che avesse un debito in danaro nei confronti di un altro, il legittimato attivo all'azione in causa, e che il debito derivasse da pronuncia giudiziale. In effetti tale azione poteva scaturire anche dalla *confessio in iure* del debitore, la quale, però, escludeva l'intervento del giudice. Sebbene in età classica dall'*actio iudicati* conseguisse principalmente l'esecuzione personale sul debitore inadempiente, la dottrina si è posta il problema se gli effetti dell'azione si esaurissero nell'esecuzione personale senza produrre alcuna conseguenza dal punto di vista patrimoniale, e, dunque, fra *actio iudicati* e *bonorum venditio* non sussistesse alcun legame.

Non sono chiari⁷⁹ gli effetti dell'*actio iudicati* classica, poiché il procedimento esecutivo in vigore in età giustiniana si basava su principi completamente diversi da quelli classici. Infatti nella Compilazione domina il sistema dell'esecuzione patrimoniale, differente dalla *bonorum venditio* classica. Dunque, a causa di tale mutamento, non ci sono state tramandate molte testimonianze circa gli effetti dell'*actio iudicati* classica, il che ha fatto sì che si diffondesse la convinzione dell'esistenza di una cesura tra i due sistemi di esecuzione: l'esecuzione personale di lontanissime origini civilistiche e quella patrimoniale introdotta in epoca più recente dal pretore.

⁷⁹F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit. 63, nonché C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit. 80.

5. Dall'esecuzione personale all'esecuzione patrimoniale

Una iniziale coesistenza, tuttavia, potrebbe ipotizzarsi in quanto è incerta la collocazione temporale dell'introduzione della esecuzione forzata dei beni quale la *bonorum venditio*.

Nell'esecuzione patrimoniale romana i rapporti tra creditori e *magister* erano regolati in base a schemi e modelli ancora una volta schiettamente privatistici, che valutavano realisticamente e immediatamente l'effettiva titolarità degli interessi tutelati dal *magister*. Questi, incaricato dagli stessi creditori di dar corso alle operazioni di esecuzione, rispondeva direttamente a essi del suo operato, secondo le regole del mandato ovvero della *negotiorum gestio* nei confronti dei creditori assenti o ancora sconosciuti al momento della sua nomina.

Non vi era spazio, dunque, per una responsabilità di tipo pubblicistico alla stregua di quella modernamente concepita per il curatore o liquidatore, incaricato di una pubblica funzione dal giudice delegato all'esecuzione, il quale in primo luogo ha una responsabilità di tipo penale e risponde solo indirettamente ai creditori. Ancora una volta appare ripetersi quel modello consolidato nell'ordinamento giuridico romano attraverso il quale la tutela di situazioni che coinvolgono interessi dei singoli, ma al contempo, e per altri versi, anche della collettività, era garantita per mezzo del ricorso a strumenti privatistici, restando il momento autoritativo e pubblico-statale in un ambito di mera eventualità e comunque di sussidiarietà.

Per il *bonorum emptor* l'acquisizione del patrimonio aveva carattere speculativo, giacché concluso il negozio al quale partecipavano principalmente gli *argentarii*, i banchieri dell'epoca, e realizzata l'*addictio*, il debitore non aveva nessun diritto sul patrimonio e perdeva tutte le azioni *ex ante gesto*.

Occorre considerare che il grosso potenziale speculativo insito nelle *bonorum venditiones*, non fu rilevato dagli autori romani, i quali non individuarono tale aspetto debole dell'istituto. Si pensi ad esempio alla *Pro Quinctio* in cui Cicerone indica le numerose e disastrose conseguenze morali ed econo-

niche per il debitore, ma non nomina il beneficio del compratore.

Non sono chiare, quindi, le modalità del passaggio dall'esecuzione personale a quella patrimoniale, malgrado il riferimento all'emanazione della *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 a.C., la quale avrebbe stabilito, tra le altre cose, che fosse abolita la facoltà di uccidere o tenere *in vinculis* sul debitore, per cui a partire da quel momento sarebbe iniziata la decadenza dell'esecuzione personale su quest'ultimo a favore di quella patrimoniale.

Una testimonianza importante è:

Liv. 8.28: *Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est quod nequi desierunt; mutatum autem ius ob unius faeneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publilius ob aes alienum paternum nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterant, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt...et cum consules tumultu repentino coacti senatum vocarent, introeuntibus in curiam patribus laceratum iuvenis tergum, procumbentes ad singulorum pedes ostentabant. Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necerentur.*

Ma l'attribuzione di Livio alla legge *Poetelia Papiria* del principio che *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset* non è certa, come, del resto, anche dubbia è la narrazione (2.24) della disposizione del console Servilio con un editto secondo cui *ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet*.

Dubbio è anche il riferimento di Gaio 4.35 in cui si legge: *a praetore P. Rutilio qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est*.

Affermare poi che la *bonorum venditio* fosse costruita ad immagine della *bonorum sectio*, il procedimento contro i debitori dello Stato, non giustifica il fatto che la *venditio* fosse stata organizzata in modo che i creditori intentassero un giudizio contro il *bonorum emptor* se questi non pagasse la *portio* convenuta. La *bonorum venditio* rivelerebbe così il suo riacciarsi all'esecuzione personale o meglio l'originaria incapacità del pensiero antico di concepire un diretto soddisfacimento dei creditori sui beni del proprio debitore⁸⁰.

In realtà la *bonorum venditio* fu introdotta volendo sostituire un'altra persona al debitore il quale non compariva dinanzi al magistrato o non si difendeva regolarmente, concretizzando così una vera e propria procedura di garanzia.

Sotto molti aspetti appare più verosimile che il procedimento esecutivo patrimoniale fosse sorto prima nei confronti del patrimonio di un debitore morto senza lasciare eredi e successivamente nei confronti di un debitore irreperibile. Essendo, poi, probabilmente tale procedimento coesistito con l'esecuzione personale, ed essendosi plasmato su questo, cercando di distaccarsene il meno possibile, se si considera che per i Romani era l'esecuzione personale l'unico, prima, e poi il più valido metodo di soddisfacimento di crediti, è probabile che l'esecuzione patrimoniale fosse nata in relazione a casi di inesistenza assoluta di un soggetto passivo da rendere oggetto dell'esecuzione personale. L'esecuzione sulla persona era possibile solo nella misura in cui questa fosse viva e reperibile, dunque, in caso di morte o latitanza è chiaro che non fosse esperibile e si rendesse necessaria un'esecuzione sul patrimonio. In questo modo, concedendosi il procedimento esecutivo sul patrimonio del debitore che latitava, il pretore frustrava il tentativo fraudolento di questi di lasciare il creditore insoddisfatto, mentre, concedendolo nel caso di debitore morto senza eredi, il procedimento assumeva un carattere di maggiore urgenza, onde evitare l'estinzione del diritto di credito. Proprio per

⁸⁰ P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1959, 456.

questo carattere di urgenza, pare che il pretore si limitasse a concedere la *missio in possessionem rei servandae causa*, a carattere conservativo, per poi rendere esperibile la vendita, di natura soddisfattoria, solo successivamente:

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

Il dubbio è se in età classica un sistema escludesse l'altro. La coesistenza delle due modalità esecutive sembra anche qui la tesi più probabile malgrado parte della dottrina⁸¹ ritenga che il debitore avesse facoltà di scelta se essere sottoposto all'esecuzione personale o a quella patrimoniale, mentre altra parte ipotizza la possibilità che la scelta dipendesse dal pretore.

Secondo un orientamento⁸², inoltre, la *bonorum venditio* sarebbe stata provocata necessariamente dall'*actio iudicati*. Non è chiaro se la regola fosse un'esecuzione combinata personale e patrimoniale (*actio iudicati* e *bonorum venditio*) o se invece dovesse procedersi a una scelta fra le due. Ma è certo che l'esecuzione sui beni poteva aver luogo anche senza l'esecuzione sulla persona. Si ravvisano⁸³ casi in cui, infatti, si prescinde non solo dall'esecuzione sulla persona, ma anche dall'esistenza del *iudicatum*: il caso del debitore *qui fraudationis causa latitat*, quello dei *convenuti qui absentes iudicio non defenduntur* o, sebbene

⁸¹ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem* II, Leipzig, 1857, 244 ss.

⁸² G. ROTONDI, *Bonorum venditio (Lineamenti)*, in P. CIAPESSONI (cur.), *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, 96 ss.

⁸³ S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano* I, Napoli, 1937.

presenti, mirano ad evitare la *litis contestatio*, il caso del debitore morto senza lasciare eredi.

Si prende, così, in considerazione la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, ove si indicava che a seguito di *confessio certae pecuniae* il magistrato municipale ordinava la *ductio* del debitore inadempiente in quanto questi era considerato *damnatus*, e ove era anche indicato che negli altri casi di *confessio* si fingeva che quanto avvenuto *in iure* fosse avvenuto a Roma davanti al pretore, per cui, conformemente ai principi edittali, il pretore ordinava in questo caso la *ductio* e la *bonorum venditio*. Dunque, nel primo caso le disposizioni della legge si basavano sullo *ius civile* ed il magistrato poteva, dunque, ordinarle direttamente, mentre nel secondo caso le disposizioni provenivano dall'Editto del pretore, per cui dovevano essere da quest'ultimo ordinate. Sia nel caso dei *rei confessi* e *indefensi* che nel caso di quelli *iudicati*, si ritiene che fossero ugualmente applicate la *ductio* e la *bonorum venditio*. La conferma sarebbe riportata in una costituzione di Caracalla⁸⁴ del 213 in cui si parlava dell'*actio iudicati* intentata nei confronti di tale *Iuliana*, la quale *actio* era rivolta "*adversus ipsam bonaque eius*".

Ciò che ha determinato il formarsi di opinioni discordanti sulla possibilità di applicare esecuzione personale e patrimoniale allo stesso tempo è principalmente il fatto che nei *Digesta* nel caso degli *indefensi* si accennasse alla sola *ductio* e non già alla *bonorum venditio*: ma probabilmente questo dipendeva dal fatto che successivamente alla *lex Rubria de Gallia Cisalpina* furono emanate costituzioni imperiali che abolirono l'esecuzione personale, per cui fu soppressa la menzione della *ductio*.

Ulteriore conferma della coesistenza delle due forme di esecuzione del resto potrebbe trovarsi nel fatto che nei papiri di età romana fossero citate entrambe.

Si ritiene, in via d'ipotesi, pertanto, che la *bonorum venditio* contro il *iudicatus* presupponesse sempre l'esperimento dell'*actio iudicati*; dunque non solo dall'*actio iudicati* conseguivano

⁸⁴ CI. 5.39.1.

l'esecuzione personale e la *bonorum venditio*, ma contro chi avesse subito una sentenza di condanna si poteva iniziare l'esperimento della *bonorum venditio* solo dopo l'*actio iudicati*, esclusi i casi degli assenti non difesi e di chi morisse senza eredi. Solo accettando questa ipotesi si spiega il passo che segue:

Gai. 3.78 *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum. Vivorum veluti eorum, qui fraudationis causa latitant ... item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.*

In effetti il *tempus* di cui si parla non può che essere il tempo disposto dalle XII Tavole per il giudicato, che deve intercorrere tra la chiusura del procedimento di cognizione e l'esperimento dell'azione esecutiva. Mentre il *tempus* disposto nell'editto del pretore è quello relativo al procedimento di *bonorum venditio* che varia a seconda che i beni siano di un vivo o di un defunto. Si desume, inoltre, che il tempo stabilito nelle XII Tavole sia da sommarsi a quello stabilito nell'editto dal pretore per la vendita dei beni. Un'ulteriore conferma della contemporanea esperibilità dei due tipi di esecuzione si trova, indirettamente in:

CI. 7.71.1. *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem.*

Un evidente vantaggio derivava dalla *cessio bonorum* disposta dalla *lex Iulia*. Anzitutto poteva affermarsi che la *cessio* impedisse l'esecuzione personale in quanto prima dell'introduzione della *cessio* stessa non era possibile evitare questa esecuzione: quindi è da ritenere che la *bonorum venditio* non impedisse l'esecuzione personale. Non si sarebbe potuto certamente insistere sul vantaggio apportato dall'introduzione della *cessio*, ossia sul fatto che evitasse l'esecuzione personale, se anche la *bonorum venditio* l'avesse evitata. È evidente che la *bonorum venditio* si accompagnasse all'esecuzione personale dei soggetti

iudicati e solo con la *cessio* si diede loro la possibilità di sottrarsi all'esecuzione personale. In conseguenza, contro chi fosse stata pronunciata una sentenza di condanna a pagare una certa somma bisognava sempre procedere con l'*actio iudicati* e contro di lui si disponeva l'esecuzione personale assieme a quella patrimoniale. Solo in caso di mancanza di eredi o di assente non difeso si procedeva alla sola esecuzione sui beni patrimoniali.

Nel nuovo procedimento, che dal IV secolo d.C. divenne esclusivo, rimase in vigore l'*actio iudicati*, ma solo come domanda d'iniziare l'esecuzione non più come azione che potesse portare a una nuova condanna in caso di opposizione della controparte⁸⁵.

Del pari rimase in essere la possibilità di un'esecuzione personale attuata con arresto del debitore. Questo istituto fu attenuato dalla legislazione e dalla prassi giudiziaria, nei particolari, ma non venne mai eliminato.

In CI. (*qui bonis cedere possunt*) 7.71. si accordò in via generale la possibilità che il debitore si avvallesse di una decisione coattiva della maggioranza dei creditori la quale sostituiva alla *bonorum cessio* una moratoria di cinque anni. I debitori, così, potevano sottrarsi alla prigionia personale. E inoltre alla fine del IV secolo Teodosio⁸⁶, Valentiniano e Arcadio stabilirono che il debitore potesse essere detenuto solo nelle pubbliche prigioni e mai in un carcere privato del creditore, anche se Giustiniano⁸⁷ ridusse le pene intese a reprimerlo nella speranza di eliminare le esitazioni che i giudici avevano dimostrato nel condannare. Sebbene stretti nella loro applicazione dai sopra ricordati intralci legali, rimasero ipotesi di esecuzione sulla persona, ma erano limitati a situazioni d'indigenza del debitore.

Assistiamo così all'abolizione del principio della necessaria

⁸⁵ E.T. LIEBMAN, *L'actio iudicati nel processo giustiniano*, in *Studi Bonfante III*, Milano, 1930, 404.

⁸⁶ CTh. 9.11.1.

⁸⁷ CI. 9.5.2

pecuniarietà della condanna e al fatto che lo Stato comincia ad affermare maggiormente la sua autorità. L'esecuzione patrimoniale, così, diventa una più misurata sanzione: non più esecuzione che sembra attenere al patrimonio, mentre colpisce la personalità del debitore con l'*infamia*, come si legge in Cicerone *Pro Quinctio* 15.49, ma procedura concentrata, come garanzia, direttamente sui beni.

La procedura esecutiva per concorso ormai realizzabile solo con la *distractio* preceduta da *missio in bona*⁸⁸ fu riservata solo ai casi in cui le attività del debitore apparissero insufficienti a soddisfare la totalità dei crediti. Della *missio*, cui conseguiva l'*infamia*, beneficiavano tutti i creditori compresi quelli che vantavano crediti non ancora esecutivi e ai quali si accordava un termine di due o quattro anni a seconda che essi risiedessero o meno nella stessa provincia degli altri creditori immessi nel possesso. Anche, qui, il curatore nominato dal magistrato provvedeva alla vendita dei beni al dettaglio e sul ricavato di essa si soddisfacevano direttamente i creditori. Ma la vendita era sospesa se si veniva a constatare che la somma raggiunta bastava a tacitare interamente i crediti per cui si procedeva. Il procedimento esaminato era, invece, evitato se il debitore era solvibile e malgrado ciò non adempiva il giudicato, o comunque mancando una pluralità di creditori, la procedura concorsuale appariva un'inutile e pesante complicazione. In tali casi si applicava il procedimento del *pignus ex causa iudicati captum*⁸⁹ in forza del quale, su istanza del creditore, speciali *apparitores* (detti poi *executores*) del magistrato pignoravano a garanzia dell'esecuzione del giudicato singoli beni del debitore. Qualora questi, trascorsi due mesi, non avesse ancora soddisfatto il creditore, detti beni potevano essere venduti all'asta. Ma se il ricavato eccedeva l'ammontare della condanna la differenza doveva re-

⁸⁸ G. LONGO, s.v. *Missio in bona (in possessionem, in rem)*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, 767 ss.

⁸⁹ M. FLEISCHMANN, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, 1896, 50 ss.

stituirsi al debitore. Nel caso in cui non si trovassero compratori della cosa pignorata era ammessa anche l'assegnazione in proprietà della cosa al creditore⁹⁰.

E, infine, per il caso che la condanna cui il convenuto non avesse ottemperato (non più necessariamente pecuniaria) contenesse l'ordine di consegna, restituzione o esibizione di una cosa determinata, l'attore poteva costringere il soccombente all'esecuzione in forma specifica avvalendosi, in caso di riluttanza dello stesso, dell'intervento della forza pubblica.

Va precisato che il trapasso patrimoniale non era parte essenziale del procedimento che era qualificato da altri effetti, quali la successione universale che investiva il *bonorum emptor* della legittimazione attiva e passiva di rapporti obbligatori già facenti capo al *decoctor* e la conseguente responsabilità dell'acquirente con il patrimonio nei limiti dei beni acquistati, da una parte, l'*infamia* e la spoliazione di ogni bene o rapporto patrimoniale che colpisce il fallito, dall'altra. Gli effetti della procedura dei creditori non incidevano solo sui beni del *decoctor*, ma anche sul suo *status*. Perciò le operazioni sui beni materiali del debitore avevano incidenza strumentale e un valore consequenziale nella seconda fase della procedura, ma non una fisionomia dominante. La *bonorum venditio* colpiva ancora così la persona del debitore non materialmente, ma anche sotto l'aspetto personale, in quanto il debitore subiva l'*infamia* e la 'rovina economica'⁹¹.

⁹⁰ CI. 8.33.

⁹¹ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 243.

Capitolo Secondo

Le forme di esecuzione patrimoniale: la *bonorum venditio*

SOMMARIO: 1. *Bonorum venditio* e garanzia. – 2. *Iurisdictio* e *iudicatio*. – 3. *Bonorum venditio* e procedura. – 4. La *sectio bonorum*. – 5. Strumenti privatistici.

1. *Bonorum venditio* e garanzia

Nel sistema formulare il *iudicatum* del *iudex privatus* impone al reo l'*obligatio* di pagare una somma di danaro. L'*obligatio* deve essere adempiuta dal debitore come ogni altra obbligazione e, per questo, si parla di *iudicatum facere* o *solvere*. L'adempimento dell'*obligatio iudicati*, dunque, per sua natura è sempre un atto privato e libero del *iudicatus*.

Il *iudicatum* consistente in una *absolutio* non richiede alcuna esecuzione in quanto il *reus* viene sciolto dal vincolo derivante dalla *litis contestatio*.

Non si può parlare, ovviamente, neppure di esecuzione in ordine alle formule prive di *condemnatio*. Ed ecco perché il problema della esecuzione si presenta solo relativamente alla sentenza di condanna.

Al sistema formulare è estraneo il concetto di esecuzione giudiziaria della sentenza, intesa come esecuzione coattiva ad opera dell'autorità dello Stato.

Talvolta la giurisprudenza parla di *exsecutio iudicii* o *iuris* nel senso comune di prosecuzione od espletamento del giudizio

D. 36.1.80.15 (Scaev. 21 dig.) *Rogatus hereditatem restituere Septicio, cum erit annis viginti, interea fundos, quos defunctus pignori acceperat, vendidit et propterea pigneraticia iudicio a debitore conventus decessit herede relicto Sempronio et iudicio nondum finito restituit hereditatem Septicio. quaesitum est, an iudicio nihilo minus ipse condemnari debeat, cum potuerit retinere (vel caveri sibi) id, quod ex causa iudicati praestaturus esset, respondit iudicii executionem nihilo minus adversus heredem et post restitutam hereditatem mansisse;*

D. 50.16.178.2 (Ulp. 49 ad Sab.) *“Actionis” verbum et speciale est et generale. nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque “actiones” personales solemus dicere. “petitionis” autem verbo in rem actiones significari videntur. “persecutionis” verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem.*

oppure di *exsecutio iudicati* nel senso di adempimento dell'*obligatio iudicati*

D. 16.2.16.1 (Pap. 3 quaest.) *Cum intra diem ad iudicati executionem datum iudicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.*

Nessuna sentenza è eseguita coattivamente, come nessuna obbligazione viene adempiuta con la forza. I mezzi di esecuzione mirano non tanto e in primo luogo a dare soddisfacimento coattivo alla pretesa del creditore, ma piuttosto ad influire sulla volontà del *damnatus*, inducendolo ad eseguire spontaneamente l'*obligatio iudicati*. Ciò è evidente non soltanto in ordine all'esecuzione personale, ma altresì nella *bonorum venditio*. Infatti il creditore ottiene il soddisfacimento non in virtù dello stesso *iudicatum* o per l'intervento dell'autorità pubblica,

ma sempre per atto volontario del *bonorum emptor*, il quale, come successore universale, subentra nella stessa *obligatio* del defunto, salvo la deduzione della percentuale. Dunque, è sempre il debitore (od il suo successore universale), che esegue spontaneamente la *obligatio iudicati*. Lo Stato interviene solo per imporre la *bonorum venditio* cioè per sostituire un terzo al posto del defunto, così da rendere possibile, per mezzo della defalcazione, l'adempimento dell'obbligazione. La *successio* del *bonorum emptor* è certo un espediente artificioso e sproporzionato allo scopo da raggiungere, ma sta a dimostrare come i Romani fossero ben lontani dal concetto di esecuzione in forza dell'autorità dello Stato.

Questo conferma l'ipotesi avanzata: non vi è esecuzione in senso moderno nell'ordinamento romano, ma soltanto una previsione di garanzia del credito. E ciò trova fondamento anche nella circostanza che è sempre l'idea privatistica che domina. Si può dire che il concetto di esecuzione coattiva, in natura o per equivalente, è così contrario alle idee del mondo antico, che nonostante l'introduzione della *cessio* e *venditio bonorum*, ancora in epoca tarda nelle varie parti dell'impero l'esecuzione personale restò il modo di esecuzione ordinario.

Lo Stato interviene non per dare esecuzione all'obbligazione, ma piuttosto per garantire il credito rendendo inattivo il debitore. Ciò affinché questi non opponga alcuna resistenza a quella difesa privata che con vari mezzi è l'unico modo con cui il creditore possa realizzare il suo diritto e ciò non può che portare alla considerazione che non di processo esecutivo si può parlare, bensì di garanzia.

A riprova di ciò la descrizione delle procedure, pertanto, è indispensabile all'economia di questo lavoro.

2. *Iurisdictio e iudicatio*

È importante valutare preliminarmente il concetto di giuri-

sdizione e di conseguenza il rapporto tra *iurisdictio* e *iudicatio* ampiamente trattato in dottrina⁹².

‘Diritto’ e ‘fatto’ esistono esclusivamente attraverso il giudizio e si presentano come inscindibilmente tra loro legati in esso.

Questo comporta l'immediata conseguenza che non esiste storicamente un ordinamento senza la giurisdizione. Se ne può, quindi, inferire che la giurisdizione è l'affermazione o concretizzazione dell'ordinamento nel caso concreto e, al contempo, in tale affermazione la stessa viene ad esplicarsi⁹³.

Procedendo in via di prima approssimazione, nel *dicere ius*, modernamente inteso, può vedersi l'esercizio di un potere volto a dettare la regola del caso concreto, dando così attuazione all'ordinamento giuridico.

Non così nell'esperienza giuridica romana, fatta eccezione per l'ultima fase, ovvero a partire dal 342 d.C., quando una Costituzione di Costanzo e Costante elimina definitivamente il processo formulare, sancendo il definitivo trionfo del sistema unificato della *cognitio*⁹⁴. Quest'ultima, caratterizzata dall'es-

⁹² G. NICOSIA, s.v. *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 120. Per la dottrina più recente sul diritto moderno cfr.: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Apunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 415 ss.; P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; A. SEGNI, s.v. *Giurisdizione*, in *NNDI*, VII, Torino, 1961, 988; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile* I, Napoli, 1960, 10 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 92 ss.; A. SEGNI, *Tutela dei diritti. Art. 2909*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (cur.), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1953, 305 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* I, Padova, 1936, 49; E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, 496 ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 227 ss.

⁹³ S. SATTA, s.v. *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *ED*, XIX, Milano, 1970, 218.

⁹⁴ Cfr. in part. N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1991, 93 ss.; I. BUTI, *La 'cognitio ex-*

re interamente statale, è dominata dalla figura del giudice-funzionario, il quale è rivestito della funzione di istruire i processi e di emanare la sentenza in nome dell'imperatore. La giurisdizione esercitata da quest'ultimo, dunque, viene ad estendersi all'intero giudizio. Nel corso, invece, della pregressa esperienza romana, al fine di giungere all'attuazione dell'ordinamento nel singolo caso è necessario non soltanto l'esercizio della *iurisdictio* da parte del soggetto a cui la stessa è conferita dall'ordinamento, ma anche una successiva fase definita *iudicium*, dominata dalla figura dello *iudex*. È di immediata evidenza come un'analisi dei rapporti che intercorrevano tra il magistrato, ovvero il titolare della *iurisdictio*, e lo *iudex* può essere condotta sia in riferimento al processo *per legis actiones* sia con riferimento al successivo processo formulare, entrambi fondati su una rigida bipartizione in fasi, ovvero quella *in iure* e quella *apud iudicem*, in cui vengono ad esplicitarsi la *iurisdictio* e il *iudicium*. L'angolo visuale migliore, tuttavia, appare essere quello del processo formulare. Soltanto in relazione a questo schema processuale, infatti, risultano pienamente 'formate' le due differenti attività di *ius dicere* e *iudicare*.

Al riguardo mi sembra che sia da escludere un rapporto di pari ordinazione tra attività di *ius dicere* e attività di *iudicare*. La definizione dell'ambito operativo dello *iudex* non può essere colta in modo autonomo rispetto ad una corretta individuazione della *iurisdictio*. In altre parole, il ruolo del giudice non è che un riflesso di quello del magistrato, con la conseguenza che qualsiasi rapporto tra magistrato e giudice non può essere valutato se prima non si tenti di definire il potere esercitato dal

tra ordinem: da Augusto a Diocleziano, in ANRW, II.14, Berlin-New York, 1982, 29 ss.; R. ORESTANO, La 'cognitio extra ordinem': una chimera, in SDHI, 46, 1980, 236 ss. ora in ID., Diritto. Incontri e scontri, Bologna, 1981, 469 ss. In relazione all'effettivo impatto di CI. 2.57.1 sulle sorti della procedura ordinaria si veda: G. BASSANELLI SOMMARIVA, Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?, in Rivista di diritto romano, 1, 2001, 1 ss. che ridimensiona l'importanza della costituzione di Costanzo e Costante.

magistrato, ovvero la *iurisdictio*. Quest'operazione, a sua volta, può essere compiuta soltanto in diverse fasi in quanto la nozione di *iurisdictio* può essere colta soltanto nella dinamicità che ne connota l'evoluzione storica; la stessa presenta limiti esterni non facilmente perimetrabili nei confronti sia dell'*imperium* sia della cosiddetta *iurisdictio voluntaria*. Un primo riscontro della necessità di un simile percorso di analisi è rinvenibile, del resto, se si ferma l'attenzione sull'espressione *ius dicere*.

Le incertezze che connotano il periodo più antico non permettono di formulare ipotesi ricostruttive plausibili sul piano logico, ma prive di riscontri testuali, sulle origini della *iurisdictio* e sul suo iniziale operare. Chiaro indice di queste incertezze è il divario cronologico⁹⁵, tra i più risalenti schemi processuali, quali la *legis actio sacramenti in rem* e la *legis actio per manus iniunctionem*. Essi, infatti, sembrano presupporre per il loro stesso funzionamento la presenza di un magistrato munito di *iurisdictio*⁹⁶, ma la prima attestazione sicura di una magistratura dotata della medesima risale al 367 a.C., data di creazione del *praetor*. Al riguardo appaiono individuabili nella dottrina tradizionale⁹⁷ due opposti orientamenti. Il primo riconduce la *iurisdictio* alle competenze sin dalle origini attribuite al capo politico della *civitas*, il *rex*, e poi successivamente attribuita ai magistrati, che ne presero il posto⁹⁸. Il secondo, valorizzando

⁹⁵ G. NICOSIA, *Il processo civile romano*, cit., 29 s.

⁹⁶ Si pensi, in via esemplificativa, per quanto concerne la *l.a. sacramento in rem*, alla *datio iudicis*, che, secondo la testimonianza gaiana, concludeva la fase *in iure* o all'*addictio* della *res* nel caso in cui il convenuto decidesse di non continuare la controversia. Per quanto riguarda, invece, la *l.a. per manus iniunctionem*, si può richiamare l'*addictio*, che legittimava al compimento della *ductio* del convenuto ad opera dell'attore.

⁹⁷ B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 22 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, cit., 118 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., 155 ss.

⁹⁸ F.L. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. it., Napoli, 1872, 5 ss. All'interno di questo primo orientamento si è specificato come la

l'origine privatistica del processo civile romano, ritiene che l'intervento pubblicistico in materia, *sub specie iurisdictionis*, possa essere cronologicamente inteso come successivo⁹⁹.

iurisdictionis originariamente attribuita al *rex* avrebbe avuto un contenuto più ampio di quella successivamente riconosciuta ai magistrati repubblicani, poiché al *rex* sarebbe stato riconosciuto anche il potere di giudicare, ovvero di emettere la sentenza conclusiva del processo. Osserva, infatti, in modo estremamente chiaro Wenger, come rispetto al *rex* «in quanto si tratta di un sovrano assoluto, quale certo è stato un re etrusco, noi non possiamo rappresentarci il suo *imperium* senza la giurisdizione piena e quindi dobbiamo pensarlo munito di *iudicatio*» (così in L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 48). Con la conseguenza che la struttura bifasica del processo andrebbe intesa come strumento limitativo del potere successivamente attribuito ai magistrati repubblicani (in questo cfr. F.L. KELLER, *Il processo*, cit., 5 ss.). Più di recente Cannata, partendo dall'assunto dell'immediata esistenza della struttura bifasica del processo, ritiene che fin dall'inizio al *rex* fosse riconosciuta la facoltà di delegare la fase del giudizio ad uno *iudex* privato: C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, 19 ss.

⁹⁹M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I-II, Leipzig, 1888-91, in part. I, 1888, 100 ss. Com'è noto l'autore fonda la sua ricostruzione sulla natura della *litiscontestatio* nel processo formulare, che, insieme al persistere di taluni elementi privatistici, quale, ad esempio, l'indubbio rilievo che mantiene l'accordo delle parti nelle dinamiche processuali, potrebbero giustificarsi esclusivamente ammettendo una diretta derivazione del processo romano dall'arbitrato privato. In altre parole su quest'ultimo si sarebbe innestato l'intervento statale, che sarebbe rappresentato dalla scansione processuale della fase *in iure*. Se il carattere privatistico del processo romano difficilmente può negarsi, specie per quanto riguarda la fase *in iudicium*, appare un salto logico ritenere che da tale connotazione possa direttamente inferirsene anche l'origine arbitrale. Al riguardo le obiezioni sollevate in dottrina appaiono assolutamente fondate (cfr. la rassegna in G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 50 ss.). In particolare si è evidenziato come ben difficilmente risulta ipotizzabile una fase iniziale, in cui la risoluzione delle controversie risulti, in buona sostanza, rimessa alla buona volontà dei contendenti, senza alcuna possibilità di intervento autoritativo statale. Allo stesso modo ben difficilmente potrebbe ipotizzarsi la sopravvivenza dell'arbitrato privato se questo fosse stato sostituito dall'intervento statale: in realtà, il ricorso ad una forma alternativa di giudizio, che si risolve nell'affidarsi ad un arbitro privato e che risulta presente in tutta l'esperienza romana, più che precedere il giudizio pub-

Come intermedio tra i due ora ricordati, si colloca il pensiero di Albanese, che distingue tra bipartizione ‘funzionale’, «tra un’attività intesa all’espressione rituale delle prese di posizione dei litiganti ed un’altra attività intesa, invece, alla decisione»¹⁰⁰, e bipartizione ‘strutturale’, sostanziatesi nella distinzione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*. Partendo da questa premessa, se ne trae la conseguenza che, ferma fin dall’inizio la bipartizione funzionale del processo, quella strutturale può anche essere considerata un’acquisizione successiva, essendo, quindi, plausibile che davanti al *rex* si svolgesse in un unico contesto l’intero processo. È rimasta, invece, isolata la tesi di De Martino, centrata sul pontefice massimo quale primo soggetto titolare di un potere di decidere le controversie¹⁰¹.

Le tesi, che si sono ora richiamate come esempio del forte contrasto che continua a caratterizzare il dibattito dottrinario sulla fase genetica del potere di *ius dicere*, risultano accomunate da una scarsa possibilità di verifica sul piano delle fonti, che giustifica evidentemente anche l’estrema varietà dei risultati cui gli autori pervengono. Le poche testimonianze che posso-

blico, lo presuppone e si pone come sua alternativa. Da ultimo, per quanto concerne il periodo ora in esame, insuperabile appare la critica che evidenzia come alla base della ricostruzione in commento vi sia un’equiparazione non sostenibile: quella tra *litiscontestatio* del processo formulare, base di partenza dell’argomentare di Wlassak, e *litiscontestatio* del processo *per legis actiones*.

¹⁰⁰ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 24.

¹⁰¹ F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 17 ss. L’autore parte dalla premessa che non si possa parlare in senso tecnico di *iurisdiction* prima delle leggi *Licinae Sextiae* del 367 a.C.: fino a tale data sarebbe stato allora il pontefice massimo, e non il *rex*, ad impedire il ricorso all’autotutela privata, spingendo le parti a sottoporsi, mediante il *sacramentum*, al giudizio di un soggetto terzo. Proprio la connotazione, proposta dall’autore, del *sacramentum* quale strumento per la sottoposizione delle parti al giudizio di un arbitro, costituisce uno dei punti di maggiori criticità della ricostruzione proposta. Come, infatti, evidenziato dalla dottrina più autorevole, il *sacramentum* «pur non fornendo esso stesso la soluzione della lite, ... verteva direttamente sul merito della controversia».

no, infatti, essere ricondotte a questo argomento si collocano tutte cronologicamente in periodi più recenti e la genericità delle stesse non sembra che possa condurre oltre a mere supposizioni¹⁰².

Ciò premesso, la testimonianza forse più precisa, tenuto conto dell'espresso riferimento ad un avvenimento concreto, è

¹⁰² Al riguardo particolare attenzione deve essere posta sulle seguenti testimonianze: D. 1.2.2.14 (Pomp. *l.s. enchir.*) *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*; Cic., *De rep.* 2.21.38 *Sed cum Tarquinius insidiis Anci filiorum interisset, Serviusque ut ante dixi regnare coepisset, non iussu sed voluntate atque concessu civium, quod cum Tarquinius ex vulnere aeger fuisse et vivere falso diceretur, ille regio ornatu ius dixisset obaeratosque pecunia sua liberavisset, multaue comitate usus iussu Tarquinii se ius dicere probavisset, non commisit se patribus, sed Tarquinio sepulto populum de se ipse consuluit, iussusque regnare legem de imperio suo curiatam tulit*; Cic., *De rep.* 5.2.3 *Regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusti et pascui lati atque uberes definiebantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis. et mihi quidem videtur Numa noster maxime tenuisse hunc morem veterem Graeciae regum. Nam ceteri, etsi hoc quoque munere fungebantur, magnam tamen partem bella gesserunt et eorum iura coluerunt; illa autem diuturna pax Numae mater huic urbi iuris et religionis fuit, qui legum etiam scriptor fuit quas scitis extare, quod quidem huius civis proprium de quo agimus*; Liv. 1.41.5 *Tullio iubere populum dicto audientem esse; eum iura redditurum obiturumque alia regis munia esse. Servius cum trabea et lictoribus prodit ac sede regia sedens alia decernit, de aliis consulturum se regem esse simulat*. L'affidabilità di tali testimonianze è sostanzialmente confermata dalla dottrina tradizionale (cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 121), mentre è stata posta in discussione da una parte della dottrina più recente, secondo cui «si riducono ad affermazioni sporadiche piuttosto vaghe e generiche, che obiettivamente non possono essere considerate affidanti» e a cui non può attribuirsi valore probante tenuto conto del loro stesso tenore nonché della considerazione «che esse mostrano come non esistesse in proposito una tradizione storica coerente; si tratta di tarde elucubrazioni e ricostruzioni razionalistiche dell'età repubblicana, quando ormai nulla di certo si sapeva sulle istituzioni regie», così G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 44 s.

ricavabile da Dionigi d'Alicarnasso 4.25.1-217 e 4.36.1-218.

In entrambi i passi si fa espressamente riferimento all'attività del re Servio Tullio in campo giuridico. Per quanto qui rileva, merita evidenziare come in entrambi i frammenti Dionigi ricordi come sia stato appunto Servio Tullio ad introdurre la possibilità che il re nominasse dei giudici privati ai fini della risoluzione di controversie di natura privata. Da tale riferimento non sembra che possa evincersi nulla di più della conferma dell'esercizio da parte del *rex* di una forma di potere giurisdizionale. In merito ai limiti e alle modalità attraverso cui fosse in concreto esercitato il suddetto potere, non mi pare si possa andare al di là di mere congetture.

Appare condivisibile l'intuizione di De Martino, secondo cui una nozione di *iurisdictio* in senso tecnico, intesa come attività propria dei magistrati e distinta da quella propria degli organi giudicanti, non si sia, in realtà, formata in un periodo eccessivamente risalente. Ciò naturalmente non esclude che fin dall'inizio fosse esercitata una funzione che potremmo definire di *ius dicere* dagli organi preminenti della nascente *civitas*. Presumibilmente, come sopra visto, prima dallo stesso *rex*¹⁰³, successivamente dai supremi magistrati repubblicani¹⁰⁴ e, infine, dai pretori¹⁰⁵, a meno che non si ritenga, Nicosia, che l'idea stessa di 'processo' come modernamente intesa fosse, in realtà, estranea alla realtà giuridica romana più antica. Non si è, infatti, mancato di identi-

¹⁰³ G. NICOSIA, *Il processo*, cit., 181.

¹⁰⁴ Come sembrerebbe potersi ricavare dalla tarda testimonianza di D. 1.2.2.16 (Pomp. *l.s. enchir.*) *Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est: dicti sunt ab eo, quod plurimum rei publicae consulerent. qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi: solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent.*

¹⁰⁵ I motivi della cui introduzione sono spiegati in D. 1.2.2.27 (Pomp. *l.s. enchir.*) *Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

ficare il fenomeno processuale con la mera predisposizione di schemi procedurali «entro i quali doveva incanalarsi l'*agere* dei privati». Nello specifico, quindi, «si trattò di un 'processo' che – in coerenza alla mentalità e alle esigenze della società romana di quell'epoca (il cui carattere patriarcale non è un mistero per nessuno), nonché alla struttura stessa dell'organizzazione politico-sacrale della comunità e ai 'valori' che stavano alla base di essa – del tutto naturalmente si svolgeva, e continuò a svolgersi per secoli, secondo regole precisamente stabilite e rigorose formalità rituali – il cui rispetto era assicurato dal controllo sociale, dalla partecipazione quasi 'corale' della comunità (che resterà caratteristica fino a tardi), nonché dall'interferenza del fattore religioso – ma senza alcun intervento di organi politici».

«La lite privata era, dunque, faccenda privata delle parti; e tale essa restava malgrado il processo: malgrado, intendo dire, l'intervento del magistrato, che obbligava bensì le parti a smettere di battersi, ma non indicava loro alcuna soluzione. Erano sempre le parti a scegliere la scommessa giurata, e il magistrato non aveva nulla su cui provvedere in proposito, non era suo compito accordare alcunché: egli sorvegliava, lasciava fare, approvava semmai; era il moderatore di un dibattito, che egli, propriamente, neppure dirigeva, ma che si svolgeva sotto i suoi occhi, nella direzione impressagli dalle parti. Sotto i suoi occhi attenti, certo: ma attenti solo a scorgere e rimuovere ogni degenerazione della contesa in rissa. In altri termini, la presenza del magistrato trovava giustificazione unicamente nel pericolo che le parti si facessero guerra: egli era presente al solo scopo di impedire questa eventualità»¹⁰⁶. La lunga citazione si giustifica perché, a mio avviso, permette di cogliere l'essenza di tale prima forma processuale e, di riflesso, il ruolo dello *ius dicere* del magistrato. Esso è volto ad impedire che la controversia

¹⁰⁶ C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 154 ss., ora in L. VACCA (cur.), *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2011, 375 ss.

privata degenerassero in ‘rissa’, ovvero che le parti continuassero a far ricorso all’autotutela privata. Il ‘momento’ della statuizione del diritto passa in secondo piano: non a caso, come già ricordato, Pugliese¹⁰⁷ evidenzia che la *iurisdictio* veniva a sostanziarsi in un’attività spesso ‘indiretta’. Questo tratto che originariamente connota uno degli schemi più antichi di *legis actiones* si attenua, come visto, negli schemi processuali più recenti, come la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nella quale anche la figura del magistrato comincia ad acquistare una certa importanza. L’evoluzione ora segnalata permette di evidenziare come soltanto nelle forme più recenti di *legis actiones* il momento della statuizione del diritto assuma centralità, cominciando, invece, a diventare recessivo il carattere originario del processo *per legis actiones* sopra richiamato con le parole di Cannata. Sono evidenti anche le immediate ricadute concernenti l’attività del giudice, la cui attività di *iudicare* inizia ad assumere centralità soltanto quando il magistrato riesce ad essere di più che un mero arbitro dello ‘scontro’ condotto tra le parti private. Per questo, a mio avviso, se è impossibile valutare i rapporti tra *ius dicere* e *iudicare* senza un riferimento al processo *per legis actiones* è anche vero che soltanto in relazione al processo formulare è possibile cogliere il significato di tale dicotomia.

Strettamente connessa a tali valutazioni è la considerazione che non è chiaro se la nozione di giurisdizione volontaria risalga al diritto romano classico o ad età successiva.

Si attribuisce a Marciano la paternità di un passo dove si legge che le funzioni che non appartengono alla giurisdizione contenziosa, ma a quella volontaria, sarebbero spettate ai proconsoli per effetto della potestà che dal loro ufficio derivava:

D. 1.16.2pr. (Marcian. 1 *inst.*) *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam ...*

¹⁰⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 161.

È probabile, tuttavia, che la distinzione tra giurisdizione volontaria e giurisdizione contenziosa fosse più tarda, quindi, riscontrabile nel diritto romano postclassico, sicché la compilazione giustiniana avrebbe consacrato la distinzione tra manifestazioni di *imperium* volte a dirimere le controversie tra i privati e le attribuzioni *extra iudicium* relativamente alle quali non si trattava di *ius dicere* in senso proprio ossia di risolvere controversie.

In epoca imperiale nelle province dell'impero, divenne uso abituale trascrivere determinati atti privati quali donazioni e testamenti dinanzi al magistrato assistito da un cancelliere il quale redigeva processo verbale. Ai magistrati spettavano, quindi, anche funzioni che in alcun modo attenevano alla *iurisdictio*, ma che li avvicinavano, da questo punto di vista, a pubblici notai.

In modo particolare si notava che la giurisdizione volontaria adempiva alla funzione di imprimere forma solenne e garanzia giuridica ad atti e manifestazioni concordi di privata volontà o anche ad atti e manifestazioni unilaterali che dovevano ottenere forza e sanzione giuridica mercè l'intervento della potestà pubblica.

Ma il concetto di giurisdizione volontaria, così come è oggi inteso¹⁰⁸, non è raffigurabile nell'esperienza giuridica romana¹⁰⁹.

¹⁰⁸L. MORTARA, *Manuale di procedura civile*, Torino, 1916, 363 ss.; F.U. DI BLASI, s.v. *Giurisdizione volontaria*, in *NNDI*, VII, Torino, 1961, 1095 ss.

¹⁰⁹S. SOLAZZI, '*Iurisdictio contentiosa*' e '*voluntaria*' nelle fonti romane, in *AG*, 98, 1927, 3 (= *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 163 ss); F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 279 ss.; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in E. ALBERTARIO-P. CIAPESSONI-P. DE FRANCISCI (cur.), *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano, 1930, 479 ss. Una tendenza alla rivalutazione dell'espressione c'è in M. TALAMANCA, *Rec. a F. DE BUJAN, Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, 1986, in *BIDR*, 91, 1988, 795. Interessante interpretazione c'è in T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, 18, 1990, 127 s. secondo il quale Marciano nella *iurisdictio voluntaria*

L'espressione è giunta a noi attraverso il processo italiano medievale ove il termine *iurisdictio voluntaria* indicava quel complesso di atti che gli organi della giurisdizione compivano di fronte ad un solo interessato o sull'accordo e quindi in *volentes* di più interessati.

3. Bonorum venditio e procedura

Ciò premesso occorre ritornare alla già citata procedura della *bonorum venditio*.

La marginalità della *iurisdictio* è carattere particolarmente evidente della procedura esecutiva romana proprio nella *bonorum venditio*¹¹⁰.

In essa il pretore¹¹¹ interveniva in numerosi momenti nei

avrebbe incluso anche “altre funzioni giurisdizionali in senso ampio” come la *datio tutoris*. La qualificazione stessa avrebbe, perciò, rappresentato solo “un'altra denominazione per gli atti *neque imperii neque iurisdictionis*”. In definitiva ci si riferisce alla *iurisdictio voluntaria* in relazione a quegli atti che, come la *manumissio vindicta*, prevedevano l'intervento del magistrato: N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure tra 'certezze di tutela' e 'diritto alla difesa'*, Milano, 2011; A. WACKE, *Zur 'iurisdictio voluntaria'*, in ZSS, 105, 1989, 180 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Diferencias entre los actos de 'iurisdictio contenciosa' v los actos de la denominada 'iurisdictio voluntaria' en derecho romano*, in *Estudios en honor de A. D'Ors*, I, Pamplona, 1987, 427 ss.

¹¹⁰ S. SOLAZZI, *In tema di bonorum venditio*, in *Scritti di diritto romano V*, Napoli, 1972, 609 ss.

¹¹¹ M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com>, 4, 2011; M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano Clasico*, Madrid, 2000; O. CARRELLI, *Ancora sull'origine della bonorum venditio*, Roma, 1944, 440; ID., *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in SDHI, 4, 1938, 429 ss.; G. ROTONDI, *Bonorum venditio (Lineamenti)*, cit.; G. ROTONDI, *Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio*, Milano, 1911; B. COURTOIS, *De la bonorum venditio on de la vente en masse de biens du debiteur a Rome*, Parigi, 1894; A.

quali il suo intervento risultava necessario – quale l’emanazione del decreto in forza del quale veniva autorizzata l’apertura del procedimento – ma aveva per lo più una funzione limitata all’assistenza dei creditori nelle diverse richieste che questi gli presentassero data l’impronta privatistica che dominava l’*ordo iudiciorum privatorum*.

La *bonorum venditio* era il risultato della combinazione delle *auktiones*, sorte già a partire dal V secolo a.C., con il procedimento esecutivo di vendita del patrimonio dei debitori, del tutto nuovo a Roma ed in fase sperimentale¹¹². È verosimile che essa coesistesse sia con l’esecuzione personale – *manus iniectio* – sia con altri procedimenti di esecuzione patrimoniale quali la *distractio bonorum* che evitava l’*infamia* e non comportava la vendita dell’intero patrimonio e la *cessio bonorum*¹¹³.

Non aveva carattere soddisfacente delle pretese dei creditori, i quali non ottenevano un *pretium* su cui rivalersi del dovuto, ma conseguivano solo l’effetto di sostituire (a capo del complesso patrimoniale che costituiva la loro indiretta garanzia) un nuovo debitore al vecchio detratta l’eventuale differenza fra l’ammontare dei crediti e la *portio* nei limiti della quale il *bonorum emptor* si era obbligato. La *bonorum venditio* era, dunque, un complesso strumento processuale pretorio a carattere universale e collettivo mirato ad ottenere l’intero patrimonio del debitore su istanza di uno o più creditori immessi nel possesso in forza del decreto magistratuale.

In un periodo in cui le esigenze del credito e del commercio erano simili a quelle del Medioevo italiano, i Romani crearono una serie di procedimenti tendenti a soddisfare una pluralità di

UBBELOHDE, *Über das Verhältniss de bonorum venditio zum ordo iudiciorum*, Marburg, 1890.

¹¹² V. GIUFFRÈ, *Sull’origine della ‘bonorum venditio’ come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo*, 39, 1993, 317 ss.

¹¹³ M. WLASSAK, s.v. *Cessio bonorum*, in *PWRE*, III/2, Stuttgart, 1899, 1996 s. G. HUMBERT, s.v. *Bonorum cessio*, in CH. DARENBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines: d’après les textes e les documents*, I, Graz, 1969, 733 ss.

creditori su un patrimonio generalmente insufficiente sulla base del criterio della *par condicio creditorum*¹¹⁴.

Va sottolineato, per inciso, che con la caduta dell'impero romano d'Occidente e l'insediarsi dei popoli germanici, la sopravvenuta assenza di un potere statale centrale forte, condusse ad un sostanziale ritorno ad un sistema privato di risoluzione delle controversie in cui chi assumeva di essere stato lesa in un proprio diritto, non si rivolgeva all'autorità, ma procedeva alla concreta attuazione delle proprie pretese direttamente contro colui che riteneva essere colpevole. In particolare il pignoramento di privata autorità era l'atto con cui si conseguiva coercitivamente dal debitore quanto da questi dovuto. Nel sistema medievale il creditore che per primo aveva chiesto l'esecuzione e aveva ottenuto la *missio in possessionem* e il primo decreto, doveva essere soddisfatto preferibilmente ai creditori che avevano chiesto dopo di lui il pignoramento del bene¹¹⁵.

La *bonorum venditio* rimase in vigore durante l'intera epoca classica, dall'età post-decenvirale al II secolo a.C., quando il pretore la inserì nel proprio editto e ancora fino al III secolo d.C. quando cessò di essere utilizzata unitamente ai giudizi ordinari.

Tra tutti i procedimenti che fornivano la possibilità ad una pluralità di creditori di riscuotere quanto loro dovuto da un debitore insolvente, in base al criterio della *par condicio creditorum*, la *bonorum venditio* costituisce il primo procedimento di esecuzione patrimoniale, in quanto fino alla sua introduzione nell'editto nel II secolo a.C. l'unica forma di esecuzione

¹¹⁴ A. MORACE PINELLI, *Vicende e declino della par condicio creditorum*, in *Civitas e Iustitia*, 2004, 161 ss.

¹¹⁵ Le principali fonti in tema di *bonorum venditio* sono i titoli IV (*Quibus ex causis in possessionem eatur*), V (*De rebus auctoritate iudicis possidentis seu vendundis*) e VII (*De curatore bonis dando*) del Libro 42 del Digesto; le Istituzioni di Gaio (3.77-81) e di Giustiniano (3.12pr.) e l'*Oratio pro Quintio* pronunciata da Cicerone nell'81 a.C., emblematica testimonianza sulla ricostruzione del procedimento esecutivo per il caso del debitore indifeso.

possibile era l'esecuzione personale¹¹⁶, se si eccettua l'applicazione eccezionale della *legis actio per pignoris capionem* in casi particolari e determinati come alcuni di natura fiscale, militare e sacrale¹¹⁷.

La *bonorum venditio*, pertanto, cominciò a essere ammessa dal pretore in casi determinati nei quali l'esecuzione personale sul debitore non risultava possibile: se questi era irreperibile (*latitatio*) o assente (*absentia*) o se era deceduto senza lasciare erede. In seguito, la *bonorum venditio* venne applicata nell'ipotesi in cui il convenuto presente dinanzi al magistrato (*praesens in iure*) non rispondesse, non volesse difendersi o si rifiutasse di addivenire alla *litis contestatio*¹¹⁸. In tali ipotesi, l'immissione nel possesso dei beni del convenuto (*missio in bona*) e la successiva vendita (*venditio*) appaiono preordinate al fine di individuare un soggetto al quale contestare la *lis* al posto di colui a cui essa non potesse essere contestata, appunto, in quanto deceduto senza eredi o *capite minutus*, ovvero nel caso in cui fossero fallite le misure di coercizione per ottenerne la presenza *in iure* e la difesa¹¹⁹.

Cicerone nella *Pro Cluentio* (43.120) ricorda che *Neminem voluerunt maiores nostri ... ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset*. Mancando il debitore occorreva far iniziare il giudizio ai creditori. Lo consentiva, quindi, tale procedimento che sostituiva il debitore con una persona che subentrava nei rapporti patrimoniali di

¹¹⁶ L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., 10 ss.

¹¹⁷ P. BONFANTE, *Storia del commercio*, I, Roma, 1938, 133 ss.; T. FRANK, *Storia economica di Roma dalle origini alla fine della Repubblica*, tr. it., Firenze, 1924, 201 ss.

¹¹⁸ I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio 'non inchoandum ob executionem'*, in *Jus*, 19, 1968, 110 ss.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, 117; F.L. KELLER, *Il processo*, 403.

¹¹⁹ G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 50 ss.; G. SCHERILLO, *La bonorum venditio come figura di successio*, in *Iura*, 2, 1953, 205 ss.

quello, ne sosteneva gli oneri giudiziari, ne pagava i debiti nei limiti di una percentuale determinata.

Il pretore adattava al caso del *iudicatus* e del *confessus in iure* di una somma certa di denaro¹²⁰ un rimedio che in origine non mirava al soddisfacimento diretto di uno o più creditori, bensì alla sostituzione del debitore che non pagava, né assumeva la propria difesa, con un altro soggetto passivo che divenisse titolare di tale obbligo. La procedura escogitata prima nei casi di *indefensio*, si estese, così, al *iudicatus* e al *confessus in iure* se il debito era pecuniariamente determinato. A ciò sarebbe riconducibile la circostanza che nelle *Institutiones* gaiane¹²¹ e giustinianee¹²² non si contemplava l'istituto come una forma di esecuzione, ma come una figura di successione universale *iure praetorio* che non presupponeva l'insolvenza del debitore.

Il nuovo regime pretorio, pertanto, era stato creato con una finalità diversa da quella di ogni procedimento concorsuale consistente nel soddisfacimento di una pluralità di creditori sul patrimonio dell'insolvente sulla base del principio *par condicio creditorum* e cioè come preordinato ad assicurare il principio

¹²⁰ D. 42.1.56 (Ulp. 27 ad ed.) ... *in iure confessi pro iudicatis habentur.*

¹²¹ Gai 2.98 *Si cui heredes facti sumus sive cuius bonorum possessionem petierimus siue cuius bona emerimus sive quem adoptaverimus sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt. 3.77 Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit.*

¹²² Inst. 3.12 pr. *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. qualis fuerat bonorum emptio quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et, pro ut eis utile visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit. erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus.*

del contraddittorio. Su tale principio si incentrava l'intero processo civile romano, pur diversamente operando durante le sue varie tappe. In particolare nell'*ordo iudiciorum privatorum* si richiedeva la presenza fisica delle parti dinanzi al magistrato, mentre nel procedimento straordinario la partecipazione dei litiganti non era sempre indispensabile, essendo sufficiente che il convenuto fosse stato messo in condizioni di prendere parte al processo e assumere la propria difesa, condizione soddisfatta con la sua citazione: si tratta della cosiddetta procedibilità contumaciale¹²³.

Nel procedimento formulare la presenza fisica del convenuto *in iure* non era sufficiente ad evitare l'immissione in possesso e la successiva vendita, occorrendo una concreta attività processuale che nelle fonti viene indicata con il termine *se defendere* e che comportava l'adesione del convenuto alla *litis contestatio*¹²⁴. E questo è un forte elemento di discriminazione rispetto al processo ordinario. Di contro il *se non defendere* si verificava con il rifiuto della partecipazione alla *litis contestatio*¹²⁵. Del resto da Ulpiano comprendiamo non soltanto l'equiparazione del *latitans* all'indifeso, ma che il *vocatus* presente dinanzi al magistrato era considerato *indefensus* non solo quando si rifiutava di partecipare al procedimento (*negat se defendere*), ma anche quando rifiutava l'accettazione della formula proposta.

In questo senso, il concetto di *indefensio*, che inizialmente significava non difendersi, non presentare le garanzie processuali (*cautio iudicatum solvi*), rifiutare di concludere la *litis con-*

¹²³ G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, 50 ss.; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1975.

¹²⁴ D. 5.1.63 (Ulp. 49 *ad ed.*) e *Lex (Rubria) de Gallia Cisalpina*, in FIRA, I, (S. RICCOBONO cur.), Firenze, 1941, 169 ss., c. XXI, XXII.

¹²⁵ M. DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *Origine e presupposti*, cit. Cfr. 50.17.52 (Ulp. 44 *ad ed.*).

*testatio*¹²⁶, si estese a comprendere anche il caso del debitore latitante o contumace qualora nessuno intervenisse in giudizio per assumerne la difesa, l'incapace, il caso della persona defunta senza eredi e parimenti il rappresentante che, dopo aver prestato la *cautio iudicatum solvi*¹²⁷, si rifiutasse di assumere la difesa dell'insolvente. Tali casi furono tutelati progressivamente dal pretore attraverso le nuove fattispecie nel suo editto tra il II ed il I secolo a.C. e furono ugualmente idonei a promuovere l'*iter* della *bonorum venditio*.

Il pretore, pertanto, concedeva l'immissione in possesso senza possibilità di vendita come strumento di pressione e di coercizione al fine di indurre il debitore a pagare o a presentarsi in giudizio ed assumere correttamente la propria difesa (*accipere iudicium*). Successivamente, quando il pretore autorizzava la vendita dei beni, si verificava una trasformazione della *missio in bona* perché a partire dal provvedimento di immissione nel possesso ed entro una scadenza stabilita nell'editto¹²⁸ si procedeva alla vendita all'incanto del patrimonio nel suo insieme.

In tal modo la *missio*, da semplice misura di pressione e di coercizione sul debitore, diveniva fase preliminare ed accessoria dell'esecuzione (*venditio*) destinata alla conservazione del patrimonio (*missio in bona rei servandae causa*). Il tutto al fine di assicurare la tutela del diritto dei creditori, anche se neppure la vendita dei beni mirava al soddisfacimento diretto di uno o più

¹²⁶ Nelle *legis actiones* è presumibile, infatti, che il *non defendere* implicasse la perdita della lite per implicito riconoscimento del buon diritto dell'attore: Val. Prob. 4.3 *quando neque ais neque negas*.

¹²⁷ F. LA ROSA, *La struttura della cautio iudicatum solvi*, in *Labeo*, 2, 1956, 160 ss.

¹²⁸ G. ROTONDI, *Bonorum venditio (Lineamenti)*, cit., 96 ss.; A. ARMUZZI, *Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)*, in *AG*, 72, 1904, 481 ss.; E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, I, Pisa, 1887-1889, 30 ss.

creditori sul patrimonio, bensì, come visto, alla sostituzione del debitore che non pagava o che non accettava la propria difesa con un altro soggetto passivo che assumeva tale obbligo.

La legittimazione a richiedere al pretore, *postulare*, l'apertura del procedimento era fondamentale in quanto con la *postulatio* era possibile richiedere l'immissione in possesso e la successiva vendita dei beni. Alla scadenza prevista, il magistrato autorizzava l'assemblea dei creditori a nominare tra essi un *magister bonorum* che realizzasse la vendita per pubblico incanto del patrimonio nel suo insieme. Il procedimento aveva inizio con un atto d'autorità del magistrato che, anche su *postulatio* di uno solo, concedeva la *missio in bona rei servandae causa* immettendo i creditori nella detenzione delle *res* con l'onere della *custodia et observatio rerum*. La *missio* poteva essere anche concessa su istanza del debitore.

Una *lex Iulia de bonis cedendis* augustea aveva permesso al debitore di sottrarsi all'esecuzione personale derivante dall'*actio iudicati* con l'offerta di tutti i beni ai creditori: nasce così la *bonorum cessio*, cui segue un procedimento quasi identico a quello iniziato con *postulatio* dei creditori. La *bonorum cessio* è il precedente storico del concordato preventivo per la cessione dei beni. Questa comportava che il fallito non fosse tacciato di *infamia* e, quindi, ebbe ampia diffusione. Tale istituto era affine alla *distractio bonorum* che introdusse, oltre che la vendita dei beni al dettaglio, anche la figura del curatore. I creditori ammessi nel possesso dovevano rendere nota tale immissione con una *bonorum proscriptio*, cioè mediante pubbliche affissioni nei luoghi più frequentati della città. Tale pubblicazione aveva lo scopo di permettere agli altri creditori di associarsi ai primi nella procedura o eventualmente ad un terzo di intervenire a favore del debitore. Attraverso la *missio*, anche se ottenuta da uno solo, si garantiva così l'esecuzione concorsuale a tutti i creditori. Il pretore tutelava coloro che aveva autorizzato al possesso concedendo un'*actio in factum* contro chiunque tentasse con dolo di impedire l'*in possessionem esse*. Dopo tren-

ta giorni dalla *proscriptio*, durante i quali si poteva chiedere al magistrato la nomina di un *curator*, il debitore si considerava fallito¹²⁹ e *infamis*, salvo che avesse effettuato la *bonorum cessio*. Questi doveva garantire l'avversario per un eventuale inadempimento: la stipulazione di garanzia era detta *cautio iudicatum*.

Scaduto il termine predetto i creditori autorizzati dal pretore, che con suo decreto li convocava in assemblea, eleggevano un *magister* che avrebbe curato la vendita dei beni. Teofilo nella Parafraresi di Inst. 3.12 pr. afferma che la *bonorum venditio* si svolgeva mediante l'addizione, ripetuta tre volte, del pretore.

La prima volta i creditori domandavano la concessione di possedere i beni; successivamente si ripresentavano per avere il permesso di eleggere a *magister* uno di loro con l'incarico di preparare la vendita; infine aveva luogo una terza adizione nella quale veniva autorizzata la *lex bonorum vendendorum*. Non è chiara, tuttavia, la circostanza¹³⁰ che l'assemblea fosse presieduta dal pretore¹³¹ e che in tale sede potesse procedersi ad una sommaria verifica dei crediti, ma anche che potessero parteciparvi titolari di crediti condizionali o, con qualche minore incertezza, a termine¹³². Con la *lex bonorum vendendorum* il *magister* curava la redazione e la pubblicazione di un programma della vendita per cui si faceva sapere l'entità dei beni, il nome del debitore e del *magister*, l'ammontare dei crediti, il prezzo base che rappresentava la percentuale minima che dai

¹²⁹ G. HUMBERT, s.v. *Decoctor*, in CH. DARENBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines: d'après les textes e les documents*, III, Graz, 1969, 36 s.

¹³⁰ Sul punto v. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli, 1938, 50 ss.

¹³¹ P. RAMADIER, *Les effets de la 'missio in bona rei servandae causa'*, Parigi, 1911, 30 ss.

¹³² M. VOIGT, *Über die Geschichte des römische Executionsrechts*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, Philologisch-Historische Klasse*, 34, Leipzig, 1882, 76 ss.

crediti si sperava di realizzare, la data della vendita e le eventuali garanzie che l'aggiudicatario avrebbe dovuto prestare. Non conosciamo i dettagli sulla pubblicazione della *lex* e i preparativi per curarla.

In Gaio 3.79 leggiamo: *Et si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri 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 X legem bonorum vendendorum fieri iubet, si mortui, in dimidio. diebus tandem vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici iubet. quare autem tardius viventium bonorum venditionem compleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur.*

Certo è che, allo scadere di un breve periodo di tempo decorrente, secondo alcuni dallo scadere del termine di trenta giorni dalla *possessio* e dalla *proscriptio*, secondo altri dalla *lex bonorum vendendorum*, i beni del debitore si vendevano in blocco ai pubblici incanti. Il *praeco* o banditore annunciava il prezzo di apertura, poi, man mano, le offerte e l'*addictio* dei beni a chi avesse offerto di pagare la più alta percentuale delle passività dell'esecutato.

Il *magister* procedeva poi alla suddivisione proporzionale del ricavato tra i vari creditori, come ci riferisce Paolo in D. 17.1.22.10 (Paul. 32 *ad ed.*).

Il passo che in origine doveva riferirsi al *magister* e non al *curator*, che come tale non è nominato dai creditori¹³³, indica chiaramente come i rapporti tra creditori e *magister* fossero regolati sulla base di schemi e moduli schiettamente privatistici, che tengono realisticamente e immediatamente conto della effettiva titolarità degli interessi tutelati dal *magister*: questi, in quanto incaricati dagli stessi creditori di dar corso alle operazioni di esecuzione rispondeva direttamente ad essi del suo o-

¹³³ P. VOCI, s.v. *Esecuzione forzata*, cit., 422.

perato, secondo le regole del mandato ovvero della *negotiorum gestio* nei confronti dei creditori assenti o ancora sconosciuti al momento della nomina del *magister*. Non vi è spazio, dunque, per una responsabilità di tipo pubblicistico alla stregua di quella modernamente concepita per il curatore o liquidatore, incaricato di una pubblica funzione dal giudice delegato all'esecuzione, il quale, ha in primo luogo, una responsabilità di tipo penale e risponde solo indirettamente ai creditori.

Il compratore (*bonorum emptor*) acquistava in blocco il patrimonio dell'esecutato e pagava i debiti nei limiti della percentuale offerta nell'asta. L'istituto era, infatti, un caso di successione universale e concedeva a difesa del *bonorum emptor* e contro di lui, mezzi processuali analoghi a quelli che il pretore aveva creato a favore dell'erede pretorio (*bonorum possessor*) e contro il medesimo. Così, a somiglianza dell'*interdictum quorum bonorum*, accordato al *bonorum possessor*, il *bonorum emptor* godeva di un interdetto che *quidam vocant possessorium*¹³⁴ e con il quale egli si impossessava dei beni del *decoctor* che non gli fossero stati trasmessi con l'*addictio* e che fossero in possesso di terzi o dello stesso esecutato. Parimenti, a somiglianza delle azioni utili, concesse all'erede o contro di lui rispettivamente per crediti o debiti del defunto, il *bonorum emptor* poteva agire o essere convenuto per diritti o obblighi dell'esecutato con due azioni: l'*actio Serviana*, che mediante *fictio* lo parificava all'erede¹³⁵ o una formula con trasposizione di condanna, l'*a-*

¹³⁴ Gai 4.145. *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.*

¹³⁵ Tale azione fu, probabilmente, applicabile solo all'esecuzione riguardante i beni di un defunto. Certo era applicabile all'esecuzione sui beni dell'esiliato: Cic., *Pro Quinctio* 19.60. *Docui quod primum pollicitus sum, C. Aquili, causam omnino cur postularer non fuisse, quod neque pecunia debebatur et, si maxime deberetur, commissum nihil esset qua re ad istam rationem perveniretur. Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse. Recita edictum. Qui fraudationis causa latitarit. Non est is Quinctius; nisi si latitant qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. Cui heres non exstabit. Ne is quidem. Qui exsili causa solum verterit ...*

*ctio Rutiliana*¹³⁶, che portava nell'*intentio* il nome del *decoctor* e nella *condemnatio* quello del *bonorum emptor*¹³⁷. In ogni caso i terzi convenuti con tali azioni beneficiavano della *deductio*, potevano cioè far detrarre, dall'ammontare della *condemnatio* dell'azione che il *bonorum emptor* intendeva per i crediti del *decoctor*, eventuali controcrediti da essi vantati verso quest'ultimo¹³⁸.

Correlativa alla concessione delle predette azioni utili a favore del *bonorum emptor* e contro di lui era la *denegatio* da parte del pretore delle corrispondenti azioni dirette nei riguardi del debitore esecutato. Tuttavia, per la parte che eccedeva la *portio* che il *bonorum emptor* aveva offerto di pagare, i creditori conservavano l'azione nei confronti del debitore e le fonti provano che questi, per i beni da lui acquistati dopo la *bonorum venditio*, potevano nuovamente domandare la *missio in bona*¹³⁹. La procedura era poi integrata da particolari mezzi processuali che ponevano rimedio a diminuzioni che il patri-

¹³⁶ M. BRETONI, *Finzioni e formule nel diritto romano*, Bologna, 2011, 118; F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, 84; E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, 68.

¹³⁷ Gai 4.35 *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. sed interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnatur. Quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.*

¹³⁸ Gai 4.65 *Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnatur, quod superest deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.*

¹³⁹ Gai 2.155. *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit acquisitum, velut si ex eo, quod Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire soleant; D. 42.3.*

monio del debitore avesse sofferto per atti da lui compiuti in frode dei creditori mediante alienazione di cespiti: un *interdictum fraudatorium*, una *restitutio in integrum* e un'azione revocatoria o *Pauliana*.

La procedura subì alcune modifiche nella stessa epoca classica dietro la spinta di esigenze sorte in alcuni casi nei quali si voleva evitare l'*infamia* ed altre conseguenze della *bonorum venditio*. Queste esigenze si avvertirono nell'esecuzione contro i membri dell'ordine senatorio (*clarae personae*) ai quali un senatoconsulto di età incerta evitò la *bonorum venditio*¹⁴⁰ consentendo la vendita dei beni alla spicciolata (*bonorum distractio*), per opera di un curatore nominato dal magistrato sino alla concorrenza dei crediti per cui si procedeva:

D. 27.10.5 (Gai 9 *ad ed. prov.*) *Curator ex senatus consulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant: nam ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distractendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside.*

Tale specifica procedura era caratterizzata da pluralità di acquirenti, assenza di successione nella totalità dei rapporti del debitore, inapplicabilità della sanzione dell'*infamia* e conservazione di un eventuale residuo attivo al debitore stesso, dopo la spartizione fra i creditori del ricavato della vendita.

I caratteri della *distractio ex senatusconsulto* si trovano identici nella *distractio* prevista nell'editto pretorio relativa all'esecuzione sui beni del pupillo, del furioso e *ceterorum qui curatorum ope iuvantur*¹⁴¹ e si rinvencono accentuati nella cosiddetta

¹⁴⁰S. SOLAZZI, *Un caso di distractio bonorum nel diritto romano classico*, *BIDR*, 16, 1904, 89 ss. in part. 106, sostenne che non fosse chiaro se la *distractio* fosse obbligatoria contro le *clarae personae* o se i creditori avessero in tale ipotesi solo la facoltà di concedere al debitore il trattamento più benevolo che la *distractio* importava.

¹⁴¹D. 42.5.6pr.-2 (Paul. 58 *ad ed.*) *Si non expedierit pupillo hereditatem*

*distractio ex privato consilio*¹⁴², che i creditori stessi concedono al debitore come più benevola per lui, ma anche più conveniente per loro:

D. 42.7.5 (Iul. 47 dig.) *Si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox extiterit alius, qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus curatorem habebit, sed bona debitoris una cum curatore vendere poterit, ita ut, quae a curatore et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarentur.*

parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituatur; 1. Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit 2. Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Iulianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Iulianus ait. apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate? Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia: sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti; D. 42.4.7.11 (Ulp. 59 ad ed.) Plane interdum bona eius causa cognita vendenda erunt, si urgeat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus: ita autem vendenda, ut quod supersit, furioso detur, quia hominis eius status et habitus a pupilli condicione non multum abhorret: quod quidem non est sine ratione. 12. Idemque et in prodigo dicendum est ceterisque, qui curatorem ope iuvantur: nec enim quisquam proprie latitare eos dixerit.

¹⁴²D. 17.1.22.10 (Paul. 32 ad ed.) *Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.*

Un ruolo fondamentale dei creditori sussiste anche nella cosiddetta *bonorum distractio ex privato consilio* allorché essi, eventualmente anche solo quelli intervenuti nella procedura, concedono al debitore, in quanto più benevola per lui e più conveniente per loro, la possibilità di vendere beni del proprio patrimonio alla spicciolata sino a concorrenza dei crediti per cui si procedeva.

In tal caso non vi era successione dell'acquirente nella totalità dei rapporti, con conseguente conservazione di un eventuale residuo attivo al debitore, ed era inapplicabile la sanzione dell'infamia.

Anche nel caso della *bonorum distractio* i creditori eleggevano nel proprio seno un *curator* che aveva il ruolo di vero e proprio mandatario dei creditori. I creditori sopravvenuti, tuttavia, potevano impetrare dal magistrato che si applicasse il procedimento ordinario della *bonorum venditio*.

Come è evidente, il ruolo dell'autorità è sempre sullo sfondo: sostanzialmente esso è volto a regolare ed inquadrare l'attività dei privati che intendono porre rimedio da sé alla lesione dei propri diritti.

Ovviamente non erano del tutto esclusi procedimenti esecutivi ad accentuata connotazione pubblicistica: si pensi alla *publicatio bonorum* e alla conseguente *bonorum sectio* di cui diverse indagini anche recenti hanno messo in luce la specialità e la non corrispondenza agli schemi privatistici in particolare per la loro difficile riconducibilità alla *bonorum venditio* ed ai suoi effetti¹⁴³.

4. *La sectio bonorum*

Una procedura esecutiva a carattere patrimoniale prima della *bonorum venditio* già esisteva, ed era la *bonorum sectio*, mediante la quale si liquidavano i patrimoni dei cittadini condan-

¹⁴³ F. SALERNO, *Dalla consecratio alla publicatio bonorum*, Milano, 1990, 161 ss.; S. SOLAZZI, *La bonorum venditio come figura di successio*, in *Iura*, 4, 1953, 206 ss.

nati a pene che comportavano la *publicatio bonorum* e le eredità devolute all'erario. Nel caso della *sectio*, a differenza della *venditio*, non si può dire mancasse un titolare al patrimonio messo all'asta, in quanto a seguito della confisca esso diveniva di proprietà dell'erario, né tantomeno poteva parlarsi di irreperibilità del debitore, giacché la liquidazione avveniva per mezzo del *sector* solo per ragioni pratiche.

Nella *venditio* il passivo prevaleva sull'attivo, mentre nella *sectio* accadeva il contrario, il che giustificava appunto l'immissione dello Stato nella proprietà del patrimonio. La *venditio* era un istituto sempre e soltanto privatistico, mentre la *sectio* nasceva sul terreno pubblico per trasferirsi su quello privato solo nel momento in cui iniziava la fase della liquidazione dei rapporti creditorî gravanti sul patrimonio. Ciò che più interessa al nostro studio sono però le similitudini intercorrenti tra i due istituti: anzitutto in entrambi i casi ci troviamo di fronte ad un complesso di diritti in cui un soggetto si sostituisce ad un altro, sebbene nel caso della *sectio* il primo proprietario sia scomparso, nel senso di aver cessato di essere titolare di quei diritti, e nella *venditio* può essere tanto morto quanto irreperibile. Mentre nella *bonorum venditio* il pretore interveniva in un rapporto tra privati, nella *sectio* non vi era un rapporto diretto tra il condannato e l'acquirente. Non vi era, anzi, alcun rapporto, giacché fra di loro si inseriva lo Stato che confiscava i beni non a nome del creditore, ma a nome proprio. Al *sector* non spettava l'*in bonis* spettante al *bonorum emptor*, ma il *dominium ex iure Quiritium*. Se si prescinde da questi elementi di differenziazione, si può comunque considerare come la *sectio* abbia funto da modello per la *venditio*. La volontà del pretore di distaccarsi il meno possibile dalla struttura della *sectio* ha, peraltro, fatto sì che quella della *venditio* fosse inutilmente macchinosa. Sappiamo, infatti, che una volta entrato il *bonorum emptor* in possesso dei beni, avendo offerto la più alta percentuale di debiti, si iniziava una serie di liquidazioni fra lui ed i creditori, lunghe e tra loro indipendenti, anziché adottare un metodo più snello col quale il *magister bonorum* cedesse il

patrimonio in cambio di una determinata somma da ripartire immediatamente tra i creditori.

La volontà di non discostarsi tanto dalla *sectio* non spiega, comunque, la nascita di un istituto così bizzarro per cui i creditori non possono essere soddisfatti sul patrimonio se non dopo la sostituzione di un nuovo soggetto all'insolvente.

Ovviamente per poter giustificare la nascita di un istituto così simile alla *sectio* occorre supporre che lo spunto al pretore sia stato offerto da un caso che presentava molte analogie con quelli in cui si applicava la *sectio*, quindi sicuramente un caso di debitore morto senza eredi e non già un caso di reo senza difesa o latitante, il che giustificherebbe anche la macchinosità (più nel caso di latitanza e mancanza di difese che non nel caso di morte senza eredi) del nuovo istituto preferita ad una maggiore rapidità e snellezza. Si tenga, inoltre, presente che il magistrato romano era abituato all'esecuzione personale e compiva con questo istituto i primi timidi passi di distacco da questo tipo di procedimento in favore dell'esecuzione patrimoniale.

I questori nel caso della *sectio* mettevano all'incanto un patrimonio confiscato e sostituivano il morto o *capite minutus* col suo acquirente, mentre il pretore, che erede *facere non potest*¹⁴⁴, non poteva trasferire all'acquirente il *dominium ex iure Quiritium* ma poteva tutelarlo come se egli fosse *dominus*; non è dunque difficile immaginare perché il pretore abbia deciso da un lato di riallacciarsi ad un istituto civilistico già in vigore e dall'altro di cercare una analogia di situazioni.

L'innegabile parallelismo tra la pretoria *bonorum venditio* e la civile *bonorum sectio* indurrebbe a proporre, per la *successio* che si attua nella *bonorum venditio*, una spiegazione. Innanzitutto il parallelismo elimina la difficoltà che si potrebbe scorgere nel fatto che il trapasso non avvenga direttamente tra chi subì la *missio in bona* e l'acquirente dei beni, bensì per il tramite di altri soggetti. In secondo luogo si potrebbe ritenere che, come nella *sectio bono-*

¹⁴⁴ Gai 3.32.

rum, la vendita all'asta del patrimonio in blocco fosse preordinata al fine di collocare, con l'intermediazione di organi statali che restavano estranei al rapporto, un nuovo soggetto nella posizione giuridica di un altro venuto meno, così nella *bonorum venditio* la vendita all'incanto fosse parimenti orientata a collocare, con l'intermediazione di terzi rimasti estranei al rapporto, un nuovo soggetto nella posizione giuridica altrui. La spiegazione della *successio* sta proprio in questo *sub* ingresso, in questo caso nel solo terreno del diritto onorario, nella posizione giuridica altrui.

La *sectio* si connota per una spiccata finalità latamente punitiva più che per l'esigenza di provvedere alla liquidazione di un determinato patrimonio che non a caso, infatti, appartiene ad un proscritto o ad un condannato.

Una volta immessi dal pretore nel possesso dei beni di coloro che erano stati assoggettati alla *publicatio* in seguito a proscrizione o a condanna che comportasse la *capitis deminutio*, i questori procedevano alla loro vendita a mezzo di pubblici incanti, versando il corrispettivo all'*aerarium*.

I beni venivano venduti in blocco, ma gli acquirenti (*sectores*) erano soliti rivenderli per lotti separati lucrando sulla differenza. Il *sector* diveniva *dominus ex iure Quiritium* del patrimonio *publicatum* ed era tutelato nel possesso dei beni acquisiti da uno speciale *interdictum sectorium*.

Fino alla *lex Aebutia* i rapporti obbligatori facenti capo al proscritto soggetto alla *publicatio* si sarebbero trasferiti all'*aerarium*, ma non al *sector*: dunque, i creditori del condannato avrebbero dovuto agire contro l'erario così come questo poteva escutere i debitori. Successivamente il pretore concesse un'*actio utilis* nei confronti del *sector* e a quest'ultimo contro i debitori del proscritto qualora la *lex addictionis* avesse autorizzato il trasferimento anche dei crediti del condannato¹⁴⁵.

La *publicatio bonorum* e la successiva *addictio* al *sector* era-

¹⁴⁵G. ROTONDI, s.v. *Bonorum sectio*, in *Enc. Giur. It.* II/I, Milano, 1911, 1263 ss.

no, dunque, fasi di uno speciale procedimento, a connotazione autoritativa e pubblicistica, che realizzava una successione al condannato, prima dello Stato e, poi, del *sector* al di fuori degli schemi del diritto privato.

L'intervento del *sector* in tale caso non è finalizzato ad una migliore realizzazione degli interessi coinvolti nella vicenda esecutiva in atto, bensì rappresenta nient'altro che un momento volto al perseguimento di finalità meramente speculative.

Non sembra casuale, del resto, la connotazione chiaramente negativa della figura del *sector* che traspare dalle parole dello Pseudo Asconio *In act. II in Verrem* 1 § 52 (p. 236 Stangl).

Questi trae evidentemente l'etimologia del termine *sector* da *sectans spem lucri* pur essendo sicuramente più attendibile quanto allo stesso proposito ci dice Festo (337 L.) *Sectores et qui secant dicuntur et qui empta sua persequuntur* evidenziando così la particolare influenza che sulla denominazione ha assunto l'aspetto dello smembramento del patrimonio del condannato in seguito alla rivendita dei suoi beni. Affermatasi la *cognitio extra ordinem*¹⁴⁶ lo Stato come in tutte le manifestazioni del diritto afferma più energicamente la sua autorità, così nel processo non sembra più affiancare il privato che vendica l'offesa ricevuta, ma appare sostituirsi in via generale ad esso assumendo l'amministrazione della giustizia come funzione esclusivamente sua propria.

La procedura esecutiva, così, perdendo ogni residua traccia di personalità, si trasforma in vera e propria esecuzione sui beni, ormai realizzabile solo nella forma della *distractio* preceduta dalla *missio in bona*. Essa è ora diretta da un curatore nominato dal magistrato che provvede alla vendita dei beni al dettaglio e sul ricavato di essi si soddisfano direttamente i creditori.

Tuttavia ove il debitore fosse solvibile o comunque mancasse una pluralità di creditori, essendo la procedura concorsuale un'inutile e pesante complicazione, su istanza del creditore, si ricorreva al procedimento *ex causa iudicati captum*: speciali ap-

¹⁴⁶ E.T. LIEBMAN, *L'actio iudicati*, cit., 404.

paritores nominati dal magistrato procedevano al pignoramento di singoli beni del debitore a garanzia dell'esecuzione del giudicato. Trascorsi due mesi senza che l'obbligazione fosse stata adempiuta i beni pignorati potevano essere venduti all'asta ed il ricavato era attribuito al creditore fino a concorrenza del suo credito.

L'intervento della forza pubblica soccorreva l'attore anche nel caso in cui intendesse ottenere l'esecuzione in forma specifica di un obbligo di consegna, di restituzione o esibizione di una cosa determinata.

La lista più recente dei casi in cui il pretore concedeva la *missio in bona* seguita o meno dalla vendita è quella dell'editto di Giuliano le cui ricostruzioni da parte di Lenel e di Solazzi¹⁴⁷ coincidono in gran parte, compresi gli otto casi nel Tit. XXXVIII dell'editto, sotto la rubrica *Quibus ex causis in possessionem eatur* che contiene l'elencazione delle ipotesi di *missio in bona* seguita o meno dalla vendita nel seguente ordine:

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

¹⁴⁷ O. LENEL, *EP.*, Leipzig, 1883, 414, rist. 1927, S. SOLAZZI, *Il concorso*, cit., I, 111 ricostruisce questo titolo come segue: 1. *Qui contraxerit si ita ut oportet non defendere* 2. *Qui fraudationis causa latitabit* 3. *Qui absens iudicio defensus non fuerit* 4. *Qui ex lege Iulia bona cesserit* 5. *Qui iudicatus prove iudicatus erit* 6. *Cui heres non extabit* 7. *Si heres suspectus non satisdabit* 8. *Qui capitali crimine damnatus erit*. Alle cause previste nel titolo *Quibus ex causis in possessionem eatur* aggiunge 9. *Qui se alieno iuri subicierit si defensus non fuerit* contenuta nel titolo *De restitutionibus*.

5. Strumenti privatistici

Ancora una volta appare ripetersi quel modulo consolidato nell'ordinamento giuridico romano, attraverso il quale la tutela di situazioni che coinvolgono interessi dei singoli, ma al contempo e per altri versi anche della collettività, viene garantita per mezzo del ricorso a strumenti privatistici, restando il momento autoritativo e pubblico-statale in un ambito di mera eventualità e comunque di sussidiarietà. Si pensi alla preservazione della *salubritas*, alla speciale tutela interdittale riconosciuta a coloro che provvedevano allo spurgo o alla riparazione di fognature o di edifici in rovina¹⁴⁸, o anche con riguardo alla disciplina in materia di distanze tra le costruzioni e alla tutela dei luoghi pubblici, all'*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* in alcune delle sue applicazioni¹⁴⁹.

Senza trascurare, poi, il fatto che la stessa tutela di interessi e bisogni collettivi passava, spesso, attraverso l'impiego di schemi sostanzialmente riconducibili al mandato: basti pensare per tutte alle *curae publicae* affermatesi particolarmente nell'età del principato.

Va qui specificato che alle tre *curae* istituite da Augusto, *aquarum*, *viarum* e *operum locorumque publicorum* se ne sommò una quarta, la *cura riparum et alvei Tiberis*, introdotta da Tiberio nel 15 d.C. (Cass. Dio *Hist. Romanae* 57.14.7-8), incaricata del mantenimento delle rive e dell'alveo del Tevere, al fine di prevenirne le disastrose alluvioni ed in seguito agli inizi del II secolo, e addetta al mantenimento delle cloache pubbli-

¹⁴⁸ A. DI PORTO, *Salubritas e forme di tutela in età romana*, Torino, 2014; S. MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali*, Napoli, 2009; A. DI PORTO *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza*, Milano, 1990.

¹⁴⁹ R. MAZZON, *I rapporti di vicinato e le distanze legali*, Bologna, 2013; F. MELUCCI, *Rapporti di vicinato*, Milano, 2006; G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Bologna, 2001; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, 111 ss.

che ... *curator alvei Tiberis et riparum et cloacarum urbis*. Ad esse se ne vengono ad aggiungere successivamente altre, come quella dei *curatores regionum* per occuparsi delle quattordici regioni e dei più di duecento *vici* (quartieri) in cui era stata ripartita la città. I *procuratores* vengono adibiti alle più svariate mansioni e le loro attività sono considerate come se fossero compiute dallo stesso principe al punto che Ulpiano in D. 1.19.1 pr. (16 *ad ed.*) non manca di affermare: *Quae acta gesta que sunt a procuratore Caesaris sic a beo comporbantur, atque si a Caesare gesta sunt*: le cose che sono compiute e gestite da un procuratore di Cesare, cioè dell'imperatore, sono così approvate da lui come se fossero gestite da Cesare stesso. Di conseguenza, anche in ambito giudiziario, alle sentenze da essi pronunciate è riconosciuta la medesima efficacia di quelle emanate dall'imperatore.

Tale ricorso agli strumenti privatistici conferma ed avvalorava, la connotazione privatistica dell'ambito processuale.

Ritornando a questo, infatti, va ricordato ancora una volta che la funzione del magistrato era limitata ad assistere i creditori nelle diverse richieste che essi gli rivolgevano. Ritengo probabile che ciò fosse dovuto all'impronta privatistica del procedimento quando esso gravitava nell'orbita dell'*ordo iudiciorum privatorum*.

Nel processo formulare romano classico¹⁵⁰ la sfera privata prevaleva rispetto a quella pubblica; particolarità che si avverte chiaramente non solo ove si pensi alla sentenza emanata da un giudice privato o all'accordo tra le parti nel momento della *litis contestatio*, ma anche dalla sopravvivenza di alcune istituzioni conservate come vestigia di autotutela quali la *manus iniectio* extraprocessuale ed il *vadimonium*¹⁵¹.

Nel procedimento della *bonorum venditio*, comunque, in alcune fasi l'intervento del pretore risultava necessario. Questi

¹⁵⁰ O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, 114 ss., 233 ss.

¹⁵¹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, cit., 16 ss.

emanava tre diversi decreti ma sempre nell'ottica di sostituire il debitore insolvente con un altro soggetto: un primo decreto, che su istanza dei creditori autorizzava la *missio in bona* ed ordinava di rendere pubblicamente nota l'immissione nei beni *proscriptio bonorum* e la notizia della loro imminente vendita; un secondo decreto, con cui si autorizzavano i creditori a nominare un *magister bonorum* con l'incarico di procedere alla vendita ed un terzo decreto con il quale approvava le condizioni della vendita e ne ordinava la pubblicazione al *magister bonorum*.

Nessuno dei documenti pervenutici ha conservato nella sua interezza la formulazione originaria dell'ordine pretorio, ma da espressioni utilizzate dall'editto o negli scritti dei giuristi¹⁵² si può desumere che essa recitava semplicemente: *bona NiNi ex edicto possidere proscribi enerique iubebo*.

Sulla base del codice Ambrosiano di Val. Prob. 5.24 in cui si menziona la sigla B.E.E.P.P.V.Q.P.P. alcuni autori affermano che l'aggiunta finale non sia l'errore di un copista al posto dell'originario I, come ritiene la dottrina maggioritaria ammettendo *pro portione iubebo*¹⁵³. Mediante questo primo decreto il pretore autorizzava i creditori sia al possesso dei beni sia alla pubblicazione *possideri et proscribi*¹⁵⁴, subordinando la vendita dei beni alla condizione di *bona per dies continuos XXX (xv) possideri et proscribi*¹⁵⁵, o congiuntamente concedeva l'immissione nel possesso ed ordinava la pubblicazione (*proscriptio bonorum*) ai creditori.

¹⁵²D. 39.2.7pr. (Ulp. 53 *ad ed.*); D. 42.4.2pr.-1 (Ulp. 5 *ad ed.*); D. 42.4.7.1 (Ulp. 59 *ad ed.*); D. 42.5.31.3 (Ulp. 2 *de omn. trib.*); D. 50.1.26.1 (Paul. 1 *ad ed.*); Cic., *Pro Quintio* 6.25; Val. Prob. 5.24.

¹⁵³Per P. RAMADIER, *Les effets*, cit., 67 ss. la formula sarebbe *bona Ni Ni ex edicto possidere venerique iueo* in cui si menzionerebbero congiuntamente gli ordini di possedere pubblicare e vendere i beni.

¹⁵⁴PH. E. HUSCHKE, *Über das Recht des 'Nexum' und das alte römische Schuldrecht*, Lipsiae, 1846, rist. Darmstadt, 1980, 151.

¹⁵⁵Gai 3.78-79.

Capitolo Terzo

Il ruolo dell'autorità pubblica

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'autorità pubblica nelle vendite all'asta. – 2. Le *cognitiones*. 2.1. Esecuzione della sentenza e autorità pubblica. – 2.2. La *pignoris capio*. – 2.3. L'*actio iudicati*.

1. *Il ruolo dell'autorità pubblica nelle vendite all'asta*

L'assenza nel mondo antico di strumenti che nell'età moderna garantiscono l'incontro tra la domanda e l'offerta¹⁵⁶ era ovviato dal diffuso impiego delle vendite all'incanto nel cui procedimento un ruolo fondamentale era giocato dalla pubblicità e dall'ampio raggio della vendita e delle sue condizioni.

Nell'Egitto tolemaico l'incanto era diffuso per la vendita degli *adespota*, dei beni confiscati per insolvenza fiscale, l'appalto di imposte e lavori pubblici e l'affitto delle terre della Corona.

L'esiguità delle fonti pervenute non permette di ricostruire con chiarezza il procedimento d'asta: probabilmente lo Stato

¹⁵⁶In Italia oggi la vendita forzata può essere eseguita con o senza incanto *ex art. 503 c.p.c.* con l'espresso limite che la vendita con incanto può essere disposta solo quando il giudice ritiene probabile che la vendita con tale modalità abbia luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene, determinato *ex art. 568 c.p.c.* Il limite posto al giudice di disporre la vendita con incanto è stato introdotto dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162.

manifestava l'intenzione di alienare determinati beni¹⁵⁷, generalmente d'ufficio, non escludendosi però che il privato potesse presentare un'offerta d'acquisto anticipando l'attività dello Stato, dopodiché l'asta vera e propria si apriva con le varie offerte, proponibili nell'arco di sei giorni, e si concludeva con l'assegnazione del bene al miglior offerente.

Più complessa è altra ricostruzione¹⁵⁸ secondo cui l'intenzione di alienare era avanzata mediante un primo bando d'ufficio, della durata di cinque giorni, a mezzo di un araldo dello Stato; sulla base delle offerte in tale fase ricevute, il funzionario venditore procedeva alla messa all'incanto vera e propria, della durata stavolta di sei giorni, al termine della quale si attribuiva il bene al miglior offerente. Va rilevato a questo punto, però, che nei testi tolemaici non vi sono tracce di offerte di vendita da parte dello Stato, per cui non è da escludersi che il procedimento iniziasse su richiesta del privato offerente.

L'iniziativa sarebbe stata, così, presa da un privato, che avanzava l'offerta per l'acquisto di un bene appartenente allo Stato, a seguito della quale l'ufficio locale competente chiedeva informazioni agli scrivani sull'effettivo valore del bene e se esso fosse effettivamente registrato tra gli *adespota* a quel dato nominativo, dopodiché l'ufficio competente poteva procedere alle fasi successive.

Per quanto riguarda la vendita dei beni confiscati dallo Stato per insolvenza fiscale, nessun elemento può farci supporre che al momento dell'offerta il procedimento d'asta fosse già iniziato, e ritengo inoltre che, laddove fosse stata necessaria la previa

¹⁵⁷ A.B. SCHWARZ, *Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten*, Leipzig, 1920, 160 ss.

¹⁵⁸ F. PRINGSHEIM, *The Greek Sale by Auction*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, IV, Milano, 1940, 284 ss. (= *Der griechische Versteigerungskauf*, in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, 262 ss. Sull'influenza del diritto greco si vedano: E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006; A. BISCARDI, *Scritti di diritto greco* (E. CANTARELLA, A. MAFFI cur.), Milano, 1999.

apertura dell'incanto ad opera di un funzionario, quest'ultima sarebbe certamente stata citata nelle fonti, essendo condizione necessaria all'esperimento dell'incanto e, quindi, non certamente omissibile. Il funzionario che procedeva alla vendita avrebbe controllato l'offerta ricevuta per mezzo delle informazioni del basilico-grammateo.

Le varie fasi dell'incanto erano del tutto separate tra di loro, potendo intercorrere tra un momento e l'altro anche un tempo piuttosto lungo, rimanendo la struttura basilare sempre la medesima passando da una fattispecie all'altra, ossia dopo una prima fase preparatoria della vendita, il funzionario incaricato bandiva l'offerta presentatagli, essenzialmente allo scopo di provocarne di migliori e metteva così in vendita il bene.

Va escluso certamente che la proprietà si trasmettesse automaticamente dallo Stato all'aggiudicatario, dal momento che sappiamo essere nozione basilare del diritto greco che il trasferimento della proprietà a titolo oneroso si perfezionasse solo a seguito del pagamento del prezzo ed inoltre non troviamo in alcun documento ipotesi divergenti da tale normale prassi.

Un aspetto peculiare di queste vendite, non contemplato nell'Occidente romano, ma sicuramente diffuso nell'Egitto tolemaico, è la possibilità che a seguito di aggiudicazione del bene ad opera del migliore offerente, ove si fosse presentata una offerta migliore e superiore di almeno il 10% rispetto all'ultima, si procedeva all'apertura di una nuova asta con relativa nuova assegnazione del bene.

Il pagamento, tanto nell'Egitto tolemaico quanto in quello romano, poteva essere dilazionato con corresponsione di annessi interessi in favore dello Stato; la data entro la quale dovesse avvenire il pagamento non ci è pervenuta con certezza: dopo tre o dopo sei giorni a seconda dei commentari. Tale termine doveva essere di particolare importanza per l'aggiudicatario poiché segnava il termine *ad quem* entro il quale poteva presentarsi offerte in aumento del decimo.

I documenti relativi agli incanti per l'appalto della riscossione delle imposte sono decisamente più scarsi e risalgono

esclusivamente al III secolo a.C., ma sono a mio avviso sufficienti a dimostrare che tali incanti non si svolgevano col medesimo procedimento della vendita dei beni immobili. Ciò perché nel caso degli immobili, sia per gli *adespota* che per i beni espropriati per insolvenza fiscale, lo Stato non aveva la necessità di procedere immediatamente, mentre nel caso dell'appalto delle imposte questa necessità era cogente, per cui l'iniziativa partiva forzatamente dallo Stato.

Il procedimento si apriva con un atto emanato dallo Stato con cui quest'ultimo indicava la volontà di mettere all'incanto l'appalto della riscossione di determinate imposte, che veniva comunicata sia oralmente da un araldo che mediante affissione di bando scritto.

Il bando conteneva le norme che regolavano i rapporti tra Stato e appaltatori, i quali facevano offerte scritte palesi, ma rimanevano essi stessi nell'anonimato. Probabilmente il tutto si svolgeva nell'arco di non più di dieci giorni, al termine dei quali la commissione procedeva all'assegnazione definitiva.

Non è da escludersi che anche per la realizzazione dei crediti privati si procedesse all'asta dei beni del debitore insolvente, ma scarse e lacunose sono le fonti sull'argomento.

L'attribuzione a tale tipo d'incanto delle stesse forme esperite per la vendita all'asta degli immobili di pertinenza dello Stato e degli appalti di imposte, non è una ricostruzione convincente, sia a causa della mancanza di documenti che la sostengano, sia perché sembra che a seguito dell'aggiudicazione del bene privato fosse stato redatto un contratto tra l'ufficio del venditore e l'aggiudicatario, elemento del tutto mancante nelle vendite fiscali.

Tanto nel mondo tolemaico, quanto in quello greco e romano, i funzionari pubblici esercitavano il monopolio sia nelle vendite di natura pubblica che in quelle private. Nei papiri tolemaici, però, emerge una grossa differenziazione e specializzazione tra i funzionari che intervenivano nelle aste, cosa che invece non vale per il mondo romano. L'attribuzione del bene venduto all'asta nel mondo tolemaico non aveva carattere definiti-

vo, come ovvia conseguenza del regime della proprietà vigente sotto i Tolomei, che si differenziava nettamente da quello romano.

Un altro elemento di differenziazione risiede nella funzione dei banchieri intermediari, in quanto la banca reale tolemaica copriva innanzitutto il prezzo della vendita per conto del compratore, mentre quella romana si occupava piuttosto di finanziare l'acquisto attraverso il meccanismo del credito. Il pagamento attestato in documenti scritti e la percentuale pagata all'araldo saranno, invece, aspetti comuni ad entrambe le esperienze.

In conclusione possiamo affermare che a fronte di un ampio utilizzo delle aste pubbliche, nell'Egitto tolemaico non sembra riscontrarsi la diffusione delle aste come strumento di compravendita tra privati, a differenza di quanto avremo modo di rilevare nell'esperienza romana.

Le testimonianze relative alle *auctiones* romane, sia private che pubbliche, sono numerose, e ci attestano l'ampio utilizzo di questo istituto non solo a Roma, ma anche nelle colonie e nei municipi campani e nel territorio non italico.

Le ragioni della diffusione di tale procedimento sono prevalentemente di ordine pratico: le aste permettevano, infatti, ai proprietari dei beni di cui volessero disfarsi di trarre il maggior guadagno possibile dalla loro vendita, e al contempo permettevano agli acquirenti di aggiudicarsi un bene ad un prezzo ragionevole. La dottrina dominante ritiene che le *auctiones* private siano state plasmate sul procedimento delle *venditiones fiscales*, con cui lo Stato procedeva alla vendita dei propri beni¹⁵⁹. In questo caso al termine del pubblico incanto non si procedeva all'*addictio* definitiva, ma ad una *in diem addictio*. Ed è proprio allo stesso modo delle *auctiones* pubbliche che, in

¹⁵⁹F. WIEACKER, *Lex commissoria, Erfüllungswang und Wideruff im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932, 62 ss.; H. SIEG, *Quellenkritische Studien zur Bessegebotklausel im römischen Kaufrecht*, Hamburg, 1933, 1 ss.

un primo momento, si configurarono quelle private, mentre l'*auctio* si separò dalla *in diem addictio* solo successivamente.

Testimonianze epigrafiche e letterarie¹⁶⁰, attestano la maggiore diffusione delle *auktiones* private rispetto a quelle pubbliche. Fonti giuridiche esigue si riferiscono alle *auktiones* private quali le c.d. *lucundiana*e e le *puteolane* dell'archivio dei *Sulpicii*¹⁶¹.

Certamente possiamo ritenere accettabile l'opinione dominante in base alla quale le vendite all'asta private derivino da quelle pubbliche, o quantomeno ne costituiscano un differente sviluppo, poiché mentre i primi accenni alle aste private risalgono soltanto alla fine del III secolo a.C.¹⁶², già alla fine del V secolo a.C., troviamo cenni alle aste pubbliche.

Tuttavia permangono dubbi sul tema, giacché i due istituti potrebbero anche essersi sviluppati in maniera del tutto autonoma, fino ad arrivare poi ad influenzarsi reciprocamente. Le pubbliche aste potrebbero addirittura derivare da un istituto di diritto privato, entrato a Roma come conseguenza del commercio internazionale, *in primis* di schiavi. Tale ipotesi troverebbe sostegno logico nel fatto che, nel periodo cui si riferiscono le testimonianze più risalenti di aste, Roma era particolarmente attiva nel commercio oltre il Mediterraneo.

¹⁶⁰ M. TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, VI, ser. 8ª, Roma, 1954, 35 ss.

¹⁶¹ H. ERMAN, *Die pompejanischen Wachstafeln*, in *ZSS*, 20, 1899, 172 ss.; TH. MOMMSEN, *Le tavolette pompeiane. Quietanze a L. Cecilio Giocondo*, in *Giornale degli scavi di Pompei*, nuova serie, 4, Napoli, 1878, 69 ss.; Sull'archivio dei *Sulpicii* v., per tutti, G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (*TPSulp.*), cit., spec. 185 ss. Per quanto riguarda specificamente le *auktiones* relative a beni oggetto di fiducia o di pegno cfr. S. ROMEO, *'Fiducia auctionibus vendunda' nelle tabelle pompeiane*, in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, 2, 2006, 206 ss.; F. COSTABILE, *L'auktion' della 'fiducia' e del 'pignus' nelle tabelle dell'agro Murecine*, Soveria Mannelli, 1992.

¹⁶² A. PETRUCCI, *Banchieri e vendite all'asta private tra tarda Repubblica e Principato*, Pisa, 2016, 2 ss.

Dalle fonti non emerge che nelle aste pubbliche, sia che si trattasse di *venditiones sub corona* che di *sectiones* o *locationes censoriae*, l'*addictio* finale avvenisse *in diem*; molto più probabile sembra il legame tra le *auktiones* e la *in diem addictio*. Quest'ultima verosimilmente serviva a risparmiare al venditore le lungaggini e le spese esose di una vendita all'asta. Dunque, anziché procedere all'incanto per ottenere la migliore offerta, il venditore pattuiva col compratore che il contratto avrebbe avuto efficacia solo se entro un determinato tempo non fosse stata presentata un'offerta migliore. In tal modo troverebbe giustificazione anche l'utilizzo della parola *addicere*, la quale fa emergere una posizione di dominanza del venditore (*addicens*) rispetto al compratore, potendo il primo sottoporre la conclusione del contratto ad una data condizione.

La *in diem addictio* era un patto ricorrente nelle vendite all'asta che riservava al venditore la possibilità di accettare entro un termine prefissato una *melior condicio*¹⁶³. Qualora la migliore offerta fosse stata presentata si sarebbe giunti alla conclusione di una seconda assegnazione/vendita. La sorte della prima vendita era, pertanto, condizionata dalla proposizione di una offerta successiva e migliore la cui mancanza avrebbe garantito effetti definitivi al primo trasferimento¹⁶⁴.

¹⁶³ S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 3 ss.; N. DONADIO, *Le auktiones private all'epoca di Plauto. Consuetudine, regole, pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e loro tracce nella 'palliata' latina*, in E. CANTARELLA-L. GAGLIARDI (cur.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, 2007, 121 ss.

¹⁶⁴ Tra i molti studi sulla *in diem addictio*: E. NICOSIA, *In diem addictio e lex commissoria*, Catania, 2013; ID., *D. 18.2.15.1 e l'in diem addictio: difficoltà offerte dal testo e proposte di emendamenti*, in *Studi per Giovanni Nicosia* V, Milano, 2007, 501 ss.; ID., *'Utilitas contrahentium' e 'in diem addictio'* in L. GAROFALO (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, 2007, 257 ss.; P. LAMBRINI, *'In diem addictio' e seconda compravendita tra le stesse parti: patto modificativo o 'nova emptio'?*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, III, Milano, 2009, 383 ss.; A. D'ORS, *In diem addictio. Contribución a la crítica de la*

Ma le fonti riferiscono anche della funzione della *in diem addictio* di integrare con l'offerta successiva una *melior condicio* indipendentemente dal prezzo ove la *melior condicio* può avere molteplici contenuti come risulta in

D. 18.2.1 (Paul. 5 *ad Sab.*) *In diem addictio ita fit: "ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat"*¹⁶⁵

ove pur essendo stato offerto un prezzo più basso, quindi a prima vista una proposta che sembrerebbe oggettivamente più svantaggiosa, tuttavia il secondo compratore sia disposto a rinunciare a condizioni eccessivamente gravose previste nella prima vendita.

Accesa fu la disputa in ordine alla natura giuridica della *in diem addictio*. Al riguardo, ancora nel II secolo d.C. si riteneva che il patto funzionasse come condizione sospensiva apposta alla vendita, i cui effetti rimanevano sospesi fino a che, decorso

teoría de las condiciones in derecho romano, in *AHDE*, 16, 1945, 264 ss. Cfr. per un'ampia visione sul tema: A. PALMA, *Utilitas contrahentium e in diem addictio. La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, 83, 2017, 85 ss.

¹⁶⁵D. 18.2.4.6 (Ulp. 28 *ad Sab.*) *Melior autem condicio adferri videtur, si pretio sit additum. sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilius pretii vel maturior, melior condicio adferri videtur. praeterea si locus oportunior solvendo pretio dicatur, aequae melior condicio allata videtur: et ita Pomponius libro nono ex Sabino scribit. idem ait, et si persona idoneor accedat ad emptionem, aequae videri meliorem condicionem allatam. proinde si quis accedat eiusdem pretii emptor, sed qui levioribus emat condicionibus vel qui satisfactionem nullam exigat, melior condicio allata videbitur. ergo idem erit probandum et si vilioris pretio emere sit paratus, ea tamen remittat, quae venditori gravia erant in priore emptione; D. 18.2.15 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Si praedio in diem addicto ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei existat sive omnino non existat, priori praedium emptum est, quia melior condicio allata, quae domino placeat, intellegi non potest, cum is qui vendat non existat: quod si intra diem adiectionis heres existat, melior condicio ei adferri potest.**

il periodo di tempo stabilito, nessuno avesse fatto un'offerta migliore¹⁶⁶. Giuliano reputò, invece, il contratto di vendita non sottoposto ad alcuna condizione, cioè puro, ma rescindibile dal venditore ove fosse intervenuta una migliore offerta nel lasso di tempo previsto¹⁶⁷.

Intermedio fu l'orientamento prevalso nel diritto giustiniano: al fine di individuare la natura giuridica della *in diem addictio* occorreva prendere in considerazione caso per caso la volontà dei contraenti (*quid actum sit*), per determinare se si trattasse di una condizione sospensiva apposta alla vendita, oppure di un patto di risoluzione¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Cfr. P. ZILLOTTO, *Vendita con 'lex commissoria' o 'in diem addictio': la portata dell'espressione 'res inempta'*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno Internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, III, Padova, 2003, 475 ss.; W. FLUME, *Die Aufhebungsabrede beim Kauf – 'lex commissoria', 'in diem addictio' und sogenanntes 'pactum displicentiae' – und die Bedingung nach Lehre des römischen Klassiker*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 309 ss. [ora in *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Pödeborn-München-Wien-Zürich, 1990, 147 ss.]; F. DE FONTETTE, *Recherches sur l' 'in diem addictio'*, in *Studi in onore di P. de Francisci III*, Milano, 1956, 539 ss.

¹⁶⁷ U. BABUSIAUX, *'Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München, 2006, 180 s. Cfr. D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 ad Sab.).

¹⁶⁸ D. 18.2.2 pr. (Ulp. 28 ad Sab.) *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.* Sul problema si veda: A. PÓKECZ KOVÁCS, *Advantages and Disadvantages ('commodum et incommodum')* by the '*in diem addictio*', in F. STURM-P.H. THOMAS-J. OTTO-H. MORI (cur.), *Liber Amicorum G. Tsuno*, Frankfurt am Main, 2013, 324 ss.; ID., *Rücktrittsvorbehalt und 'pactum displicentiae'* (Ulp. D. 19.5.20 pr.), in *RIDA*, 58 2011, 320 ss.; R. HENLE, *Die rechtliche Natur der 'in diem addictio' beim Kaufvertrage*, in *Festschrift für P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 169 ss.

Di fronte alla proposta di migliore offerta il primo compratore avrebbe potuto, come confermano le fonti, proporre un aumento del prezzo da lui offerto aggiudicandosi in tal modo definitivamente il bene¹⁶⁹.

Si può quindi offrire al venditore un *quid* per lui più vantaggioso, ma non necessariamente concretizzabile in un aumento del *pretium*¹⁷⁰.

Considerata la molteplicità e varietà delle opinioni in merito all'efficacia da riconoscersi alle modifiche apportate alla compravendita in un momento successivo alla sua conclusione, non stupisce che lo stesso Ulpiano avesse qualche perplessità sul regime da applicare al caso dell'aumento del prezzo offerto dal primo compratore in un contratto con clausola di *in diem addictio*.

Appare di un certo interesse approfondire in relazione alla *venditio* con la *in diem addictio* l'emersione e il delinearsi nella riflessione giurisprudenziale della *utilitas venditoris*, in particolare riflettendo sulla natura migliorativa dell'acquisto al rialzo, meglio ancora ponderando in che termini l'offerta successiva alla prima vendita costituisse effettivamente una *melior condicio*. A tal fine assume significativa importanza il seguente passo di Pomponio:

D. 18.2.5 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore condicione haberi debet.*

Il giurista afferma che tutto ciò che attiene alla *utilitas venditoris* deve essere considerato come *melior condicio* e proprio in relazione al problema della *utilitas venditoris* nella prospettiva della *in diem addictio* il passo di Pomponio ha un contenu-

¹⁶⁹D. 18.2.7 (Paul. 5 *ad Sab.*) *Licet autem venditori meliore allata condicione addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adicere*; D. 18.2.8 (Paul. 33 *ad ed.*) *Necesse autem habebit venditor meliore condicione allata priorem emptorem certiore facere, ut, si quid alius adicit, ipse quoque adicere possit.*

¹⁷⁰D. 18.2.4 4 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 18.2.11 (Ulp. 28 *ad Sab.*).

to complesso e quanto mai emblematico.

Attraverso la riflessione sulla clausola di *in diem addictio* i giuristi si preoccupavano così di stabilire quali fossero i criteri in base ai quali la successiva offerta fosse da considerarsi una *melior condicio*, comportando un effettivo vantaggio per il venditore. Vi sono anche testi in cui è ancora maggiore l'attenzione all'interesse del venditore, in quanto gli si riconosce la facoltà di rifiutare l'offerta successiva, anche se presentava i requisiti per essere considerata *melior condicio*.

Si ricava, dunque, il principio della libertà negoziale dei contraenti nell'accettare o meno l'offerta, potremmo oggi dire economicamente più vantaggiosa, con la riserva che qualora uno di essi non avesse reputato conveniente accettarla in tal caso per la sua parte la *res* sarebbe rimasta venduta al primo compratore, spettando, invece, diversa sorte alle altre parti messe in vendita.

I primi accenni alle aste private si trovano in Catone¹⁷¹, e, ancor più diffusamente, in Plauto¹⁷², il quale si riferiva essenzialmente a vendite occasionali per liberarsi di cose verso cui non si aveva più interesse, o anche di fronte alla improvvisa necessità di danaro per far fronte a spese di vario genere¹⁷³. Le commedie di Plauto contengono dati di scarso rilievo giuridico, che peraltro non sempre sono attribuibili con certezza all'esperienza latina, vista la commistione e la difficile separazione da quella greca. La frequenza e talvolta la rilevanza dei richiami¹⁷⁴ alle aste nelle commedie plautine dimostrerebbe¹⁷⁵, tra l'altro, quanto questo istituto dovesse essere diffuso a Roma all'epoca

¹⁷¹ Cat., *De agri cultura*, 2.7.

¹⁷² Plaut., *Menaechmi*, 1150 ss.; Plaut., *Mercator*, 615; Plaut., *Poenulus*, 1421; Plaut., *Stichus*, 193 ss.

¹⁷³ MARIA DEL PILAR PEREZ ÁLVAREZ, *El elemento jurídico en las comedias de Plauto*, in *SDHI*, 79, 2013, 563 ss.

¹⁷⁴ Plaut., *Captivi*, 172-183.

¹⁷⁵ N. DONADIO, *Le auctiones private*, cit., 123 ss.

in cui lo scrittore ne riferiva, intorno al 200 a.C. L'istituto non poteva essere certamente ignoto al pubblico romano, il quale era non di rado chiamato a comprendere riferimenti piuttosto precisi alle aste e al loro svolgimento. Questo discorso vale soprattutto per le vendite private, poiché queste, sebbene avessero avuto particolare diffusione a Roma, non ebbero la stessa fortuna in Grecia, per cui potremmo eliminare ogni dubbio sulla romanità dei riferimenti plautini alle aste, quantomeno a quelle private.

Ad ulteriore conferma di ciò, si tenga presente che nelle commedie di Terenzio non vengono mai menzionate le vendite all'incanto.

Per quanto riguarda il già menzionato Catone, dal suo *De agri cultura* circa la vendita di *olea pendens*, si trae la conferma che nell'epoca in cui scriveva Plauto le aste erano già note a Roma: prgg. 146-147 *Oleam pendentem hac lege venire oportet. Olea pendens in fundo Venafro venibit. Qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit, omnis pecuniae centesima accedet, praeconium praesens (sestertios) . . .*

Di tutt'altro avviso circa la possibilità che i riferimenti alle *auctiones* private nelle commedie del commediografo Sarsinate fossero da associarsi al mondo romano è Pringsheim¹⁷⁶, il quale ha sostenuto che le aste private fossero in Grecia diffuse tanto quanto a Roma; dal suo punto di vista gli studiosi che si sono pronunciati in maniera contraria rispetto a tale conclusione sono stati ingannati dal fatto che anche le *auctiones* cui procedevano i privati nel mondo greco avevano una forte connotazione pubblicistica, da cui deriva che a qualsiasi tipo di asta partecipavano organi e funzionari pubblici e che la sorveglianza sulle fasi di pubblicazione degli avvisi e di aggiudicazione del bene era affidata ad organizzazioni statali, pur trattandosi di aste private.

Ma il riferimento alla partecipazione statale non sembra completamente credibile.

¹⁷⁶F. PRINGSHEIM, *The Greek Sale*, cit., 284 ss.

Particolarmente interessante a questo punto è analizzare il regime giuridico delle *auktiones* private per il periodo di operatività di Plauto e Catone, durante il quale, a Roma, non era ancora utilizzato il contratto consensuale¹⁷⁷, per cui si doveva trattare di un regime non poco differente da quello del successivo periodo classico, quando le vendite all'asta si imperniavano sul modello del contratto consensuale, ormai conosciuto e ampiamente diffuso nel diritto romano.

In primo luogo occorre comprendere se nel periodo di cui ci riferiscono Plauto e Catone, il *coactor argentarius* intervenisse, come accadrà nel periodo classico, nelle vesti di mediatore nelle *auktiones* private. Nello *Stichus* di Plauto non si fa emergere l'intervento di tale figura professionale, il che però potrebbe dipendere anche da questioni pratiche. Il tempo breve in cui venivano rappresentate le commedie non permetteva di analizzare ampiamente ogni aspetto del tema trattato, per cui il Sarsinate potrebbe aver volontariamente ommesso riferimenti al *coactor*, non risultando questi ultimi necessari ai fini della comprensione del contesto e del messaggio dell'opera messa in scena. Non ci permettono, invece, di giungere alla medesima conclusione i formulari di Catone, laddove è espressamente menzionata la *centesima*, una *merces* dovuta al *coactor argentarius*, che però, in questo caso, ci sembra da interpretare secondo l'orientamento di Arangio-Ruiz, il quale ritiene che in questa epoca la *centesima* andasse a coprire le spese dell'incanto e non fosse, dunque, destinata al *coactor*.

Tornando alla configurazione giuridica delle *auktiones* private nel periodo precedente all'introduzione della compravendita consensuale nel diritto romano, anzitutto va escluso che l'*ad-dictio* (aggiudicazione del bene messo all'asta) creasse un vincolo obbligatorio tra *emptor* (compratore) e *dominus* (proprietario del bene in vendita). Né tantomeno si può ritenere che trasferisse all'acquirente il *dominium ex iure Quiritium*. Sem-

¹⁷⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 78 ss.

bra invece, plausibile¹⁷⁸ che con l'*addictio* si determinasse una situazione in cui entrambe le parti erano disposte alla conclusione di un contratto giuridicamente vincolante, senza però potervi essere costrette. Più precisamente il vincolo giuridico sorgeva a seguito di una reciproca stipulazione fra *dominus* ed *emptor*, il che comportava che il primo, onde evitare eventuali pentimenti da parte del compratore, fosse presente all'*auctio*, cosa che, invece, non accadrà nel periodo classico, il che giustifica la necessaria intermediazione del *coactor argentarius*, il quale in tale successivo periodo si sostituisce al *dominus* nella riscossione del prezzo della cosa venduta e concede eventualmente, al suo posto, credito al compratore. A tal fine si fa promettere dall'aggiudicatario, mediante *stipulatio argentaria*, il pagamento del prezzo, novando il credito del *dominus*, che rimaneva, quindi, escluso da ogni pretesa sull'acquirente.

In effetti gli *argentarii*, già ai tempi di Plauto, erano interpellati a Roma¹⁷⁹ principalmente nei casi in cui il compratore intendesse dilazionare il pagamento e il venditore non intendesse far credito. Verosimilmente a poco a poco devono essersi attrezzati, dando vita ai luoghi (*atria auctionaria*¹⁸⁰ in cui gli *argentarii* banchieri potevano tenere sotto controllo lo svolgimento delle vendite) e alla strumentazione necessaria alle aste in modo da creare un vero e proprio monopolio di fatto e rendersi necessari nelle *auctiones* nei secoli a venire.

L'intervento dei banchieri fino al III-II secolo a.C. nelle aste private dunque, doveva essere sporadico e comunque non necessario: piuttosto in linea generale il *coactor* si occupava di esigere la riscossione del pagamento delle vendite per conto del *conductor*, a prescindere dal fatto che si fosse verificata o meno un'asta.

Il ruolo degli *argentarii* nelle aste private subirà una decisiva

¹⁷⁸ F. KNIEP, *Argentaria stipulatio*, in *Festschrift für Thon*, 1911, 32 ss.

¹⁷⁹ Plaut., *Truculentus*, 47 ss.

¹⁸⁰ Cic., *De lege agraria*, 1.7.

svolta e vedrà la sua definitiva diffusione solo col riconoscimento della *emptio venditio* consensuale, laddove il banchiere, vincolando il *dominus rei* al compratore mediante il *praeco* che fungeva da *nuncius*, eviterà al proprietario di presenziare alla vendita.

Le fonti letterarie di maggior rilievo giuridico sono relative solo alle vendite private nelle quale intervenivano gli *argentarii*; chiaramente, con ciò non possiamo escludere che nel diritto romano fosse ammessa la possibilità che si procedesse personalmente alle aste senza alcun intermediario¹⁸¹, sebbene ciò dovesse accadere raramente.

Un aspetto particolarmente interessante è sicuramente quello accennato, relativo a quale rapporto sorgesse a seguito dell'*addictio* tra i soggetti che a vario titolo avevano preso parte all'*auctio*. In una normale *auctio* indetta da privati, i soggetti interessati erano il *dominus rei* o proprietario del bene messo all'asta, il *coactor argentarius*, ossia il banchiere che faceva da intermediario di vendita, il compratore detto *emptor* ed il *praeco* banditore d'asta. Quest'ultimo non aveva una posizione giuridicamente indipendente poiché le sue azioni erano direttamente attribuibili, a seconda delle interpretazioni, al *dominus* o all'*argentarius*.

Per cercare di ricostruire appieno il regime dell'istituto in esame occorre indagare anzitutto su quale fosse il momento costitutivo del contratto, tema su cui la dottrina non si è pronunciata ampiamente, fatta eccezione per una polemica tra Kindervater e Jhering¹⁸² sulla natura delle varie fasi delle *auktionen* private. Erano, però, i due d'accordo sul fatto che la *proscriptio* fosse solo un invito ad offrire, che la *licitatio* dell'offerente fosse una vera e propria offerta di contratto e che la conclusione

¹⁸¹ Cic., *De lege agraria*, 1.7.

¹⁸² E. KINDERVATER, *Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung*, in *Jhering's Jahrbücher*, 7, 1836, 1 ss.; R. JHERING, *Bemerkungen zu der Abhanlung*, I, *Über die Lehre von der Versteigerung*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 8, 1865, 167 ss.

del contratto avvenisse con l'*addictio*, che costituiva un atto discrezionale del venditore. Secondo Kindervater la presentazione di una offerta migliore libererebbe il primo offerente, mentre secondo Jhering il venditore poteva sempre avere interesse a disconoscere un'offerta solo apparentemente migliore ed eseguire l'aggiudicazione all'offerente precedente. Probabilmente l'offerta aveva natura non impegnativa in quanto era ritirabile fino a che non fosse stata eseguita l'*addictio* in via definitiva. In tal senso Talamanca, però, non considera probanti le fonti¹⁸³. È evidente che sul tema della impegnatività dell'offerta non si hanno sufficienti informazioni e, inoltre, la soluzione della questione dipende essenzialmente dalla natura che si attribuisce alla *proscriptio*. Infatti se quest'ultima è interpretata come offerta di contratto, la *licitatio* contiene l'accettazione di tale offerta e non può, dunque, essere ritirata, concludendosi già con essa il contratto e avendo così l'*addictio* un valore meramente dichiarativo. Se, però, la *proscriptio* è intesa come mero invito ad offrire, la soluzione che ci si presenta è duplice: o si applica il diritto comune e, dunque, l'offerta di contratto (concretata nella *licitatio*) può essere revocata fino a che non sia stata accettata, oppure si deve supporre che vigessero in Roma norme speciali sulle vendite all'asta, le quali stabilivano l'impegnatività dell'offerta, ma di tali norme non abbiamo alcuna traccia.

Contro la configurazione della *proscriptio* come offerta di contratto hanno sollevato dubbi sia Kindervater che Jhering. Dal punto di vista giuridico mancherebbero nell'offerta i requisiti della determinatezza del prezzo e della persona, mentre dal punto di vista economico si correrebbe il rischio di vendere la propria cosa ad un prezzo irrisorio. La prima osservazione non mi sembra probante: se al momento della *proscriptio* non si conosce né il prezzo né il compratore, questi due elementi sono soggetti ad una determinazione oggettiva i cui criteri sono stabiliti dalla *proscriptio* stessa. Infatti il compratore sarà co-

¹⁸³ M. TALAMANCA, *Contributo*, cit., 35 ss. Per la fonte: Mart. Sat. 6.66.

lui che risulterà vincitore della gara, mentre il prezzo sarà corrispondente alla somma da costui offerta. Sebbene incerti, i due elementi sono comunque oggettivamente determinabili, non trattandosi di un'offerta di contratto *in incertam personam*, che non era ammissibile in diritto romano.

Venendo alla considerazione di carattere economico, questa è confutata dall'osservazione che il venditore si tutelerà ponendo nella *proscriptio* l'ammontare minimo che l'offerta deve raggiungere per essere valida.

Riguardo il potere discrezionale di concedere o meno l'*addictio* bisogna prendere in considerazione il fatto che colui che procede alla vendita è il banditore e non il *dominus rei*. Nel caso che la *proscriptio* avesse l'efficacia di un invito ad offrire e fosse dunque possibile al venditore rifiutare l'*addictio*, il trasferire tale facoltà al *praeco* avrebbe danneggiato il *dominus rei*, dando luogo a molteplici abusi da parte del banditore in suo danno. Anche laddove il venditore potesse negare l'*addictio* per la speciale conformazione dell'*auctio* romana di questa facoltà, è verosimile che non se ne facesse alcun uso.

Altro argomento di rilievo è quello relativo alla circostanza che le primissime testimonianze relative alle vendite all'asta nel diritto romano ci rimandano all'epoca arcaica e alla sfera del diritto pubblico, più precisamente all'ambito militare data la diffusione delle aste di bottini e prigionieri di guerra di ritorno dalle campagne militari¹⁸⁴. Le difficoltà logistiche e talvolta la necessità facevano propendere per l'immediato svolgimento delle vendite nei campi di battaglia, come testimonia Diodoro Siculo¹⁸⁵. La diffusione di questa pratica ebbe come conseguenza la presenza sempre più frequente nei luoghi in cui si consumavano le imprese belliche di quelli che nel mondo greco erano definiti *emporoi*, i quali accompagnavano l'esercito in modo da poter approfittare delle condizioni generalmente favorevoli di vendita dei bottini di guerra, per poi ottenere bene-

¹⁸⁴ Liv. 41.28.8-10; Cic., *Ad fam.* 7.24.2.

¹⁸⁵ Diod. Sic. 16.57.2.

fici dalla loro rivendita eseguita in un secondo momento ad un prezzo decisamente maggiore rispetto a quanto pagato¹⁸⁶. Questa pratica, sebbene sia nata in Grecia, ha trovato la medesima diffusione anche a Roma e nelle sue province; basti pensare che molte delle battaglie che coinvolsero i Romani ebbero esiti positivi per questi ultimi, con il conseguente accumulo di un ingente quantitativo di bottini militari, i quali divennero in breve tempo alcune tra le principali fonti che alimentavano i mercati e centri di commercio¹⁸⁷.

Plutarco¹⁸⁸ fornisce testimonianza del rilievo assunto da quest'attività attraverso il racconto di quello che era, evidentemente, un costume diffuso a Roma, tanto da essere celebrato con una ricorrenza annuale. Durante i *Ludi Capitolini*, infatti, si commemorava il trionfo sui Veientani con una processione attraverso il Foro che culminava sul Campidoglio; qui un anziano schiavo vestito di porpora era venduto simbolicamente a seguito dell'annuncio orale del *praeco*, il quale gridava la frase "*Sardi venales!*", in riferimento probabilmente alla terra di origine degli Etruschi, ovvero Sardia, sebbene da altre parti¹⁸⁹ si sia supposto che la parola *sardi* derivasse dal trionfo militare romano in Sardegna del 175 a.C., a seguito del quale arrivarono a Roma moltissimi schiavi dell'isola.

Le antiche espressioni *sub praecone*, *ab hasta*, *sub hasta* e *sub corona* nascono proprio per riferirsi alle vendite di carattere pubblico, per poi essere applicate successivamente tanto alle aste di carattere statale quanto a quelle private¹⁹⁰. Esse sono in qualche modo indicative, della *subiectio* ovvero la sottomissione dell'oggetto di vendita, specialmente nel settore pubblico ed in partico-

¹⁸⁶ P. DUCREY, *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grece antique des origins a la conquete romaine*, Athenes, 1999, 229 ss.

¹⁸⁷ M. GARCIA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Barcelona, 2005, 28 ss.

¹⁸⁸ Plut., *Quaestiones Romanae*, 25.6-7.

¹⁸⁹ Liv. 41.28.8-10.

¹⁹⁰ MARIA DEL PILAR PEREZ ÁLVAREZ, *El elemento juridico*, cit. 549 ss.

lare nelle vendite di schiavi e bottini di guerra, in cui si legittimava e sottolineava l'autorità romana.

La *venditio sub corona* e la *bonorum sectio* rappresentano i tipi di vendite pubbliche più antichi e risulta che entrambe si tenessero mediante esperimento di un'asta, prassi peraltro comune a quasi tutte le vendite pubbliche romane.

Anche la *bonorum sectio*, come visto, risulta difficile da ricostruire sul piano giuridico trattandosi di un istituto civilistico quasi del tutto assente nelle fonti giuridiche, quantomeno nello stato in cui esse ci sono pervenute; probabilmente ciò è dovuto al fatto che questo istituto sia sorto nell'ambito del diritto pubblico, o al fatto che sebbene le fonti ne parlassero, i compilatori giustinianeî ne hanno eliminato ogni menzione. In una prima approssimazione possiamo dire che si tratta di una vendita all'asta e in blocco di beni pubblici assegnati mediante *addictio* operata dal censore o questore a favore del miglior offerente, indicato come *bonorum sector*.

Il caso più risalente e noto di *sectio bonorum* è legato ad un famoso episodio verificatosi in un altrettanto famoso evento storico, ossia la Seconda Guerra Punica. Vari autori raccontano infatti che, a seguito dell'invasione da parte di Annibale e del suo esercito di Roma, i Romani, con un gesto fortemente simbolico e provocatorio, misero in vendita (e con successo sebbene si trattasse di un evento fittizio) la zona in cui si trovava l'accampamento cartaginese¹⁹¹. La reazione di Annibale non si fece attendere, giacché il comandante africano, con un gesto non meno simbolico, ordinò ad un *praeco* di annunciare la vendita delle *Tabernae argentariae* del Foro romano. Anche in questo caso il supposto compratore è indicato come *sector*, per sottolineare che si trattasse di vendita a seguito di confisca.

Per quanto riguarda i beni oggetto di tale tipo di vendita, Gaio – nell'unica fonte squisitamente giuridica e certamente relativa al tema in esame¹⁹² – si riferisce genericamente ai *bona*

¹⁹¹ Liv. 26.11.7.

¹⁹² Gai. 4.146.

publica. Tra questi annoveriamo i *bona publicata*, ossia quelli arrivati allo Stato mediante confisca a seguito di delitti puniti con la pena capitale, soprattutto in epoca sillana con le proscrizioni; i *bona caduca*, acquisiti in eredità dallo Stato nel caso di mancanza di eredi del defunto; i beni appartenenti ai debitori insolventi del tesoro pubblico ed infine i beni provenienti da *occupatio bellica*. In ogni caso si trattava di beni il cui titolare fosse, per decesso, condanna o insolvenza, venuto meno.

La maniera pratica di aggiudicarsi il bene all'asta doveva probabilmente essere l'alzata di mano, anche se indubbiamente dovevano esserci altri gesti inequivocabili come ad esempio un cenno con la testa al *praeco*. I questori procedevano all'aggiudicazione al miglior offerente, appunto il *bonorum sector*, e pare che, nel rispetto di un'antica tradizione, i beni aggiudicati venissero indicati come beni del re Porsenna, in ricordo dell'episodio in cui il re etrusco aveva lasciato i suoi averi ai romani che vennero poi distribuiti a mezzo d'asta¹⁹³.

Mancano invece i dati per stabilire quando avvenisse il trasferimento della proprietà: occorre determinare se fosse necessario il pagamento del prezzo perché si producesse l'effetto traslativo e se, nel caso in cui l'acquirente non pagasse il prezzo, la vendita potesse essere risolta a favore dell'erario con effetti reali. Sembra possa ritenersi che l'acquirente disponesse di un termine per pagare il prezzo stabilito, e, in caso di mancato pagamento, avesse un ulteriore termine per prestare soddisfacenti garanzie personali o reali. Questo secondo termine ovviamente doveva decorrere dalla scadenza del primo. In caso di mancata prestazione di suddette garanzie il pretore procedeva alla rivendita dei beni, ed è consequenziale la conclusione secondo cui tale vendita presupponesse un diritto quantomeno alla risoluzione reale del rapporto creatosi mediante *addictio*, poiché se così non fosse stato non si sarebbe potuto procedere alla rivendita.

A questo punto è importante qui, in ultimo, soffermarsi sul-

¹⁹³ Liv. 2.14.1.

la configurazione giuridica dei rapporti tra Stato e funzionario. Il potere del funzionario di vendere i beni statali è configurato due volte nelle fonti dell'epoca dei Severi, come *ius distrahendi*¹⁹⁴ oppure come *facultas vendendi*¹⁹⁵. La prima espressione non va però intesa in senso stretto, ossia differenziando nettamente tra la persona del funzionario e lo Stato per il quale agisce e nei confronti del quale il primo avrebbe il diritto di alienare i beni di sua pertinenza. Né tantomeno per i Romani si trattava di un rapporto di rappresentanza, ed andava oltre i limiti della gestione di affari del diritto privato, giacché ci troviamo di fronte ad una rappresentanza diretta vera e propria. In un altro passo¹⁹⁶ si rileva che se il funzionario sorpassava i limiti posti al suo potere, l'atto da lui illegittimamente compiuto non impegnava lo Stato. Al contempo risulta che tutti gli effetti del negozio si producessero in capo al fisco, che è configurato, quindi, come l'effettivo venditore. Per il periodo anteriore e posteriore all'età severiana non abbiamo testimonianze, nell'ambito delle vendite all'incanto, che possano chiarire i dubbi su questo rapporto giuridico.

2. *Le cognitiones*

2.1. *Esecuzione della sentenza e autorità pubblica.* – Affermatasi la *cognitio extra ordinem*, poi, lo Stato come in tutte le manifestazioni del diritto, affermò più energicamente la sua autorità, così da non affiancare nel processo il privato, vendicante l'offesa ricevuta, ma sostituendosi in via generale a lui e assumendo l'amministrazione della giustizia¹⁹⁷ come funzione e-

¹⁹⁴D. 49.14.5.1 (Ulp. 16 *ad ed.*).

¹⁹⁵CI. 10.3.1.

¹⁹⁶D. 49.14.5pr. (Ulp. 16 *ad ed.*).

¹⁹⁷M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 339; G. NICOSIA, *Reddere ius. Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma, 1976; M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit., 479

clusivamente propria. Tuttavia sebbene sembri certo che lo Stato assumesse il ruolo di successore universale nei confronti tanto del defunto quanto del condannato, sembra più probabile che la questione fosse legata maggiormente allo *ius publicum* che allo *ius privatum*. Se, dunque, si accetta che la successione fosse regolata dal diritto pubblico, si deve automaticamente escludere che lo Stato fosse un successore *iure civili* del condannato/defunto.

Nelle *cognitiones* la sentenza non contiene alcuna *obligatio* a carico del reo, ma enuncia piuttosto un comando, la cui esecuzione è devoluta e trova il suo fondamento nello stesso potere che lo ha imposto. Il magistrato impone un determinato comportamento e provvede per la sua esecuzione. Viene meno, pertanto, soltanto in età postclassica la possibilità di individuare nella esecuzione una forma rafforzata di garanzia del credito in quanto la esecuzione della sentenza non è più adempimento volontario di una *obligatio* privata, ma un compito della autorità pubblica:

D. 25.3.5.10 (Ulp. 2 *de off. cons.*) *Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum alimenta constituentur: quod si non praestentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiae satisfacere.*

È un nuovo concetto che si introduce: la stessa autorità che comanda trova nella organizzazione dei propri poteri la possibilità di attuare coattivamente il comando.

L'incremento delle *cognitiones* da una parte e, il decadere delle magistrature repubblicane dall'altra, fece sì che la materia della esecuzione delle sentenze venisse regolata dalla legislazione imperiale sempre nell'ambito della *cognitio*.

Le fonti attestano l'esistenza di un rescritto di Antonino Pio che doveva avere importanza fondamentale:

ss.; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925.

D. 42.1.15pr. (Ulp. 3 *de off. cons.*) *A divo Pio rescriptum est magistratibus populi romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi qui eos dederunt.*

Dig. 42.1.15.1 (Ulp. 3 *de off. cons.*) *Sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse praesides, si hoc iussi fuerint, ad finem persequi imperator noster cum patre rescripsit.*

Ulpiano si riferisce, qui, a *magistratus* e a *praesides* nel riportare questo rescritto che doveva indirizzarsi a qualche singolo magistrato, malgrado non sia chiaro il motivo dell'espressione generica *si hoc iussi fuerint* senza alcuna specificazione della persona che emani l'ordine.

Sembra, invece, plausibile che il passo riguardasse il campo delle *cognitiones*, e che sotto la denominazione di *magistratus populi romani* fossero da comprendere i *consules*, il *praetor tutelaris* e *fideicommissarius* e che *iudices dati* non fossero altro che i giudici da tali magistrati delegati¹⁹⁸.

2.2. *La pignoris capio*. – Qualora la sentenza sia suscettibile non di esecuzione in natura, ma piuttosto per equivalente pecuniario, interviene la *pignoris capio*, la quale nel processo *extra ordinem* viene generalizzata ma acquista un carattere nuovo.

Per tutta l'epoca classica la *pignoris capio* poteva essere ordinata solo dal magistrato. Gli *executores*, pertanto, erano comuni *apparitores* cioè organi materiali di cui si avvaleva il magistrato nell'esercizio del suo potere di coercizione, malgrado nella pratica per l'importanza della loro funzione e l'indebolimento dei poteri statali, fossero arrivati sino al punto da arrogarsi delle funzioni loro non proprie:

CI. 7.53.6 *Sententia ab eo dicta vim rei iudicatae obtinere nequaquam potest.*

¹⁹⁸F. EISELE, *Abhandlungen*, cit. 181 ss.

Nel processo *extra ordinem* l'*exsecutor* diventa un organo stabile ed autonomo dall'amministrazione statale. Egli, come si legge in CI. 7.53.8, ha la funzione di *iudicatae rei vigorem ad effectum adducere* e procede di propria iniziativa alla *pignoris capio*.

L'*exsecutor* nel nuovo processo acquista, così, funzioni giuridiziarie.

È molto significativo, in tal senso, il fatto che in D. 42.1.15 (Ulp. 3 *de off. cons.*), dove si tratta appunto della esecuzione della sentenza per mezzo della *pignoris capio*, i compilatori abbiano sostituito *iudices* e *praesides* a *consules*.

Pertanto la *pignoris capio* non è più un *decretum extra ordinem* del magistrato, ma l'inizio di uno speciale processo giudiziario che Giustiniano vuole regolare in modo preciso, come risulta da D. 42.1.15.2 (Ulp. 3 *de off. cons.*) ... *exsequuntur itaque rem iudicatam praesides isto modo*.

Il legislatore, infatti, conferisce agli *exsecutores* quella *summaria cognitio* circa l'appartenenza della cosa al debitore dalla quale si sviluppò l'istituto della opposizione del terzo nel processo esecutivo ed attribuisce loro finanche la facoltà di condannare il compratore cui è stato aggiudicato il pegno a pagare il prezzo dovuto.

Per conseguenza il provvedimento dell'*exsecutor* si qualifica come *sententia* ed in qualche costituzione del IV secolo si prospetta la questione dell'appello *ab executione*.

Giustiniano cerca altresì di fissare i limiti del giudizio di esecuzione nonché la competenza dei giudici:

D. 42.1.15.6 (Ulp. 3 *de off. cons.*) *Si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur, an sit cognitio eiusdem iudicis, qui sententiam exsecutus fuerit, videndum est. et cum semel emptio perfecta sit eiusque qui comparavit periculum vertatur, non puto locum esse cognitioni: certe posteaquam inductus est emptor in possessionem, nonne cessabunt partes eorundem iudicum? idemque et si ipsi, cui quis iudicatus est, res fuerit addicta.*

Ulpiano negava qualsiasi *cognitio* del console, dovendo avere la questione *de proprietate* il suo corso regolare. Pertanto non poteva parlare di *iudices*. Non è però sufficiente operare la consueta sostituzione di *consul* in luogo di *iudex*. I compilatori, invece, i quali nel precedente prg. 4 attribuiscono al giudice di esecuzione una *summaria cognitio de proprietate* e nel prg. 7 la facoltà di condannare il compratore al pagamento del prezzo, sentono il bisogno di avvertire espressamente che la sua competenza non arriva fino al punto di conoscere anche delle ulteriori conseguenze della vendita.

D. 5.1.75 (Iul. 36 dig.) *Si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta praetorum. Marcellus notat: si per dolum sciens falso aliquid allegavit et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querellam rei admittere. Paulus notat: si autem morbo impeditus aut rei publicae causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere.*

Non vi è dubbio che si tratti, qui, della *cognitio*. Il giurista sembra, infatti, contemplare la giurisdizione del *praetor fideicommissarius* e sostituisce *fideicommissum* in luogo di quel generico *debitum*¹⁹⁹. Ciò posto il *iudex qui de iudicato cognoscit* sta fuori l'ordinamento classico, giacché è lo stesso *praetor* che cura la esecuzione della sentenza o in genere i *magistratus populi romani* come rescrive Antonino Pio:

D. 42.1.15pr. (Ulp. 3 de off. cons.) *A divo Pio rescriptum est magistratibus populi romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi qui eos dederunt.*

¹⁹⁹ M. WLASSAK, *Zum römische Provinzialprozess*, Wien, 1919.

La proposizione *iudex-praetor* proviene, quindi, da Giustiano il quale intende precisare i limiti della giurisdizione del giudice di esecuzione, nel senso che la sua competenza non si estende all'esame del merito della sentenza. Ritoccata è altresì la nota di Marcello per cui il giudice di esecuzione deve tener conto del dolo commesso dall'avversario in giudizio: trattandosi di esecuzione *extra ordinem* i poteri del magistrato rendevano la cosa assai agevole. I compilatori invece richiedono una particolare *querella* ritenendola ammissibile.

Anche la nota di Paolo fu alterata. L'alternativa non sembra logica, giacché si trattava non di negare l'*actio iudicati* o la *executio extra ordinem*, ma di escludere l'una e l'altra. In conclusione mentre i giuristi prospettavano la questione del dolo e dell'assenza con riferimento alla esecuzione *extra ordinem* della *sententia praetoris* i compilatori si riferiscono all'*actio iudicati* e al *iudex* appunto perché la esecuzione della sentenza è ormai conglobata nella funzione giurisdizionale.

Come la *pignoris capio* non valeva per il *iudicatum* così analogamente l'*actio iudicati* era inapplicabile alla *cognitio*. perché qui mancava la *obligatio iudicati*.

In definitiva a me sembra che per tutta l'epoca classica *bonorum venditio* e *pignoris capio* avessero campo di applicazione diverso. La prima riguardava il *iudicatum* emanante dal *iudex privatus*, la seconda la *sententia* delle *cognitiones*.

È opportuno comunque rilevare come la *pignoris capio* introdusse nel sistema processuale un germe che doveva dare in seguito risultati fecondi di ulteriore svolgimento.

Infatti è precisamente per effetto del *pignus* che spunta per la prima volta, la possibilità di un soddisfacimento coattivo per equivalente pecuniario per opera dell'autorità pubblica.

Questi germi furono acutamente rilevati da Alfredo Rocco²⁰⁰ il quale però finì con l'abbandonare il tenue filo conduttore del *pignus* romano per rintracciare nella legislazione barbara il concetto di esecuzione pubblica della sentenza.

²⁰⁰ *Il fallimento: teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, 184.

2.3. *L'actio iudicati*. – I risultati cui si è perventui intorno al carattere dell'esecuzione della sentenza consentono di accertare la funzione dell'*actio iudicati* nel processo giustiniano. L'*actio iudicati* nella sua funzione classica che era quella di affermare in giudizio la *obligatio iudicati* è scomparsa del tutto. Sussiste, invece, nella compilazione ed è menzionata, con altro contenuto, ancora da Giustiniano: essa ha lo scopo di dare esecuzione coattiva alla sentenza. Importa in altri termini l'esercizio di quei mezzi giuridici che la legge appresta al vincitore in giudizio per l'adempimento coattivo del giudicato.

Questa nuova concezione dell'*actio iudicati* risulta da vari elementi.

Anzitutto quella litiscrescenza che Giustiniano conserva ancora per qualche azione, nell'*actio iudicati* è scomparsa perché non ha alcuna ragion d'essere in quanto l'azione non finisce con una condanna, ma con la esecuzione della sentenza. Anche la *satisfactio iudicatum solvi* è scomparsa nella sua funzione classica che era quella di garantire l'adempimento della condanna *in duplum* che poteva essere pronunciata nell'*actio iudicati*.

Giustiniano, poi, parla di *actio iudicati* in luogo dei mezzi esecutivi classici come appare evidente in:

D. 42.1.61 (Iul. 45 *dig*) *In iudicati actione non prius ratio haberi debet eius, cui prior reus condemnatus fuerit.*

e in

D. 42.1.7 (Gai *ad ed praet. urb. tit de re iud.*) *Intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.*

Nel primo passo il contesto genuino riguardava l'esecuzione personale ed il suo contenuto ora alquanto oscuro, si riferiva alla questione dell'*addictio* nel caso di reo condannato a favore

di più persone. Ciò posto *in iudicati actione* non può essere genuino giacché non era esercitando questa azione che si otteneva l'*addictio* né questa poteva essere qualificata come *actio*. Orbene qualunque significato si voglia dare al testo nel diritto giustiniano è certo che si tratta di esecuzione del giudicato la quale si dichiara attuabile per mezzo dell'*actio iudicati*.

Il secondo passo è alterato non soltanto nella chiusura, ma anche nella prima parte. Il *tempus iudicati* secondo la disposizione decemvirale sospendeva non l'*actio iudicati*, ma la *manus iniectio*. Giustiniano riporta il termine legale all'*actio iudicati* intendendola come azione esecutiva. Infatti nella CI. 7.54.3 si parla di *usurae ex iudicati actione*.

D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*) *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. at is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quae singula separatim stipulari possumus: at iudicium solius noxae deditiois nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.*

Il nuovo processo consente una *condemnatio decem aut noxae dedere* ma l'esecuzione, il *iudicati teneri*, ha per oggetto solo *decem* mentre la *deditio* è una semplice facoltà legale.

Questi elementi risultanti dalla compilazione sono stati esattamente percepiti dagli interpreti i quali hanno sempre attribuito all'*actio iudicati* funzione esecutiva.

Anche i moderni processualisti per indicare quel diritto che ha il vincitore di ottenere esecuzione coattiva della sentenza, non rifuggono dal parlare di *actio iudicati*. L'antica terminologia passata nel processo giustiniano e sopravvissuta nel linguaggio moderno, ha subito però quella trasformazione di contenuto che era imposta dalla evoluzione storica verso il carattere essenzialmente pubblico della giurisdizione.

È infatti nelle procedure dell'età postclassica che possono individuarsi le radici del processo moderno.

Conclusioni

Nel presente lavoro l'emersione della marginalità del ruolo della autorità pubblica nella gestione dell'attività processuale romana è apparsa fondamentale soprattutto nell'ottica di analizzare la natura del concetto di esecuzione nel processo privato romano rispetto alla esecuzione giudiziaria moderna.

Ciò può far concludere che il processo moderno – ai fini di una maggiore efficienza ed efficacia del suo realizzarsi – può e deve ispirarsi proprio all'esperienza giuridica romana in cui l'esecuzione del giudicato era esterna all'autorità pubblica.

Dati i numerosi momenti critici del processo esecutivo moderno²⁰¹, che hanno reso necessari i recenti interventi riformatori²⁰², appare necessario, pertanto, potenziare il già avviato processo di degiurisdizionalizzazione²⁰³ che consiste nel pre-

²⁰¹ A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile* Torino 2017; B. BARBIERI-G. CAMPAGNA, *La nuova esecuzione forzata: opposizione, sospensione, estinzione dopo la l. 30 giugno 2016, n. 119*, Torino, 2017; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2016; B. CIRILLO, *L'esecuzione mobiliare e immobiliare*, Ravenna, 2017.

²⁰² La trasformazione ha avuto un'accelerazione dal 2012 in poi ed è divenuta ancora più evidente negli anni 2014-2016. Infatti, in meno di due anni, si sono susseguiti ben tre interventi riformativi: il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132 e il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, nonché le relative leggi di conversione.

²⁰³ Con l. 2 agosto 1998, n. 302, il notaio è stato individuato come soggetto al quale trasferire l'attività di liquidazione del bene pignorato. Questi, è pubblico ufficiale al quale è stato già delegato il compimento di operazioni

vedere che il giudice apra la fase di liquidazione affidando ad altri²⁰⁴, contestualmente, il compito di individuare i diritti alienabili e determinarne il valore e, quindi, introdurre un controllo successivo sulle operazioni di vendita²⁰⁵, sulla scorta, peraltro, di una tecnica ampiamente sperimentata nei procedimenti speciali²⁰⁶.

L'attività di *ius dicere* del giudice, cioè di individuazione e applicazione delle norme a una fattispecie concreta e l'attività di direzione del processo esecutivo volta ad assicurare la legit-

di vendita nell'interesse dei minori o degli interdetti (art. 733 c.p.c.), di beni ereditari (art. 747 c.p.c.) o nel caso di scioglimento della comunione (art. 788 c.p.c.). Più in generale l'art. 68, 2° co., c.p.c. consentiva già al giudice di trasferire a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge. Del resto anche l'art. 1 n. 4 lett. c della legge notarile del 1913 riconosceva già ai notai la facoltà di procedere, su delegazione dell'autorità giudiziaria, agli incanti e alle divisioni giudiziali e a tutte le operazioni necessarie. Inoltre si riteneva importante incaricare il notaio di acquisire la documentazione ipocastale di cui all'art. 567, 2° co., c.p.c., di determinare il prezzo base sia pure sulla base del valore stabilito dall'esperto nominato dal giudice, di stabilire se effettuare la vendita in uno o più lotti, predisponendo il bando di vendita sulla falsa riga di quanto previsto dal ricordato art. 576 c.p.c. per l'ordinanza del giudice che dispone la vendita. Cfr. G. BORRÈ, *Incanti immobiliari*, cit. 61 ss.; G. COSTANTINO, *Note sulle tecniche di attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1988, 123 ss.

²⁰⁴ Cfr. R. VACCARELLA, *Delegabilità ai notai de iure condito e de iure condendo delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari*, in *Aa.Vv. (cur.)*, *Delegabilità*, cit., 46 ss.

²⁰⁵ R. ORIANI, *L'imparzialità del giudice*, cit., 8 ss.; G. BORRÈ, *Incanti immobiliari*, cit., 61 ss.

²⁰⁶ Basti qui pensare a quando l'intervento giudiziale è previsto solo in funzione della distribuzione dopo l'avvenuta vendita come avviene nell'esecuzione esattoriale mobiliare ex art. 74, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, oppure al caso in cui la vendita all'incanto è eseguita dal creditore pignoratizio ex art. 2797 c.c. e solo successivamente ne viene depositato verbale, ex art. 83, 3° co., disp. att. c.c., nella cancelleria della pretura del luogo in cui si è proceduto alla vendita.

timità e la regolarità dello svolgimento²⁰⁷, andrebbe, infatti, temperata con l'esigenza di alimentare un concreto processo di privatizzazione della vendita forzata, nell'ottica di garantire la possibilità concreta di fare incontrare la domanda con l'offerta²⁰⁸.

Tale incontro risulta importante ancora oggi, soprattutto in materia di pubblici appalti. Il tema era già oggetto di valutazione e discussioni giurisprudenziali da parte dei giuristi classici²⁰⁹. In particolare come visto, in tema di *utilitas contrabentium*: i giuristi avrebbero superato la mera considerazione del prezzo, valutando altresì altri fattori di natura etico-giuridica ampiamente condivisi²¹⁰.

²⁰⁷ A. PALMA, *Degiurisdizionalizzazione del processo esecutivo immobiliare: brevi profili comparatistici e prospettive de iure condendo*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., 27 ss. (= A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, Torino, 2006, 73 ss.).

²⁰⁸ F.P. LUISO, *Effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata*, in *Atti del XVIII Convegno Nazionale dei processualcivili*, Torino, 1991, Milano 1992, 90 ss.

²⁰⁹ A. PALMA, *Utilitas contrabentium e in diem addictio*, cit. 85 ss.; E. NICOSIA, *'Utilitas contrabentium' e 'in diem addictio'*, cit., 257 ss.

²¹⁰ Il nuovo Codice dei contratti pubblici – di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – introduce, sulla base delle direttive europee del 2014, modifiche sui criteri di aggiudicazione di pubblici appalti e segnatamente l'affidamento mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'art. 95, 2° co., del nuovo codice degli appalti, infatti, dispone che le stazioni appaltanti, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, nel rispetto dei principi di trasparenza che informano (o dovrebbero informare) l'azione della P.A., di non discriminazione e di parità di trattamento, che procedano all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e di idee, debbano basarsi sul criterio, per l'appunto, dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata essenzialmente in relazione al miglior rapporto qualità/prezzo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita (disciplinato dall'art. 96 dello stesso Codice). Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è parsa preferibile rispetto a quella del massimo ribasso, malgrado questo sia crite-

Ciò nella maturata convinzione che l'esecuzione romana, come evidente dall'analisi condotta in questo lavoro sull'evoluzione storica delle procedure, assume preliminarmente un chiaro ruolo di garanzia processuale che si affianca alle garanzie patrimoniali previste dall'ordinamento.

Il punto di partenza romano, infatti, è che la esecuzione del giudicato avvenga al di fuori dell'autorità pubblica e, dunque, non si identifica con il moderno concetto di esecuzione.

È apparso evidente che l'atto privato e violento della *manus iniectio* degrada nella forma della *legis actio* da violenza effettiva ad una cerimonia svolta dinanzi il magistrato, il quale con l'*addictio* del *iudicatus* si limita a legittimare l'impossessamento della persona del debitore.

La caratteristica prevalente dell'impossibilità di identificare l'oggetto dell'esecuzione con l'obbligo inadempito e, quindi, di assimilare, anche in termini di proporzionalità, il risultato finale di essa al soddisfacimento del diritto violato, conferma la natura garantista della procedura identificata dalla dottrina come esecutiva.

In tal senso, gli aspetti più significativi del processo esecutivo romano possono identificarsi nella natura personale e sanzionatoria-repressiva dell'azione esecutiva, in cui nel tempo si attenuarono soltanto le caratteristiche più crudeli proprie di una primordiale vendetta sulla persona e il conseguente predominio dell'attività di parte cui corrispondeva una riduzione dell'intervento dell'organo statale a vantaggio della celerità della procedura.

Oltre al sistema delle *legis actiones*, il carattere negoziale della *litis contestatio* intesa come accordo delle parti, poi, è l'aspetto più nettamente privatistico dello stesso processo formulare cui si aggiunge il fatto che il giudice fosse un privato.

La stessa *actio iudicati* deduce in giudizio sempre ed esclusivamente la *obligatio iudicati* e non ha affatto funzione esecutiva. Il suo esercizio si rende necessario non per dare esecuzio-

rio oggettivo e comprensibile. Sul punto: A. PALMA, *Utilitas contrahentium e in diem addictio*, cit., 85 ss.

ne al giudicato, ma piuttosto qualora il reo, sottoponendosi al *periculum dupli* e prestando la *satisfatio iudicatum solvi*, contesti la esistenza o validità del giudicato. Essa, come tutte le formule, conduce o alla condanna *in duplum* o all'esecuzione. Ciò risulta anche dal fatto che nell'*actio iudicati*, come attesta Gaio 4.25, occorre prestare la *satisfatio iudicatum solvi* la quale sarebbe stata superflua se l'*agere iudicati* non avesse portato alla condanna del debitore. Del resto un'*actio* corrispondente ad una formula proposta nell'editto, che miri non al compimento della *litis contestatio*, ma al rilascio di un decreto, è cosa che non può appartenere al sistema delle formule.

Actio iudicati ed esecuzione sono istituti distinti: la prima è un'azione che, come ogni altra, afferma un diritto, *obligatio iudicati*, e mira alla condanna del reo. La esecuzione si ottiene, invece, per mezzo dell'*addictio* del *iudicatus* o della *bonorum venditio* secondoché si tratti di esecuzione personale o patrimoniale.

Certamente l'esecuzione non può avere corso qualora sia esercitata l'*actio iudicati* in cui appunto il reo contesta la esistenza del giudicato e, quindi, da questo punto di vista, si può dire che l'*actio iudicati* anziché mirare all'esecuzione la impedisca o sospenda. Ma è chiaro che si può avere esecuzione senza *actio iudicati* e viceversa, appunto perché si tratta di istituti aventi finalità diversa per quanto connessa.

L'*actio iudicati* resta sempre nell'ambito del processo di cognizione giacché mira solo all'accertamento con la conseguenza del *duplum*, del *iudicatum*: nulla ottiene coattivamente il creditore perché un'azione non può che affermare diritti e obblighi.

Va precisato, inoltre, che lo stesso trapasso patrimoniale rappresentato dalla *bonorum venditio* non era parte essenziale del procedimento che era qualificato da altri effetti, quali la successione universale che investiva il *bonorum emptor* della legittimazione attiva e passiva di rapporti obbligatori già facenti capo al *decoctor* e la conseguente responsabilità dell'acquirente con il patrimonio nei limiti dei beni acquistati, da una parte, l'*infamia* e la spoliazione di ogni bene o rapporto patrimoniale che colpisce il fallito dall'altra. Gli effetti della procedura dei

creditori non incidavano solo sui beni del *decoctor*, ma anche sul suo *status*. Perciò le operazioni sui beni materiali del debitore avevano incidenza strumentale e un valore consequenziale nella seconda fase della procedura, ma non una fisionomia dominante. La *bonorum venditio* colpiva ancora così la persona del debitore non materialmente, ma anche sotto l'aspetto personale, in quanto il debitore subiva l'*infamia* e la 'rovina economica'.

Ancora una volta non una natura esecutiva, ma la garanzia della sostituzione di un terzo al debitore insolvente.

Subentrata la *cognitio extra ordinem*, poi, lo Stato come in tutte le manifestazioni del diritto, affermò più energicamente la sua autorità, così da non affiancare nel processo il privato, vendicante l'offesa ricevuta, ma sostituendosi in via generale a lui e assumendo l'amministrazione della giustizia come funzione esclusivamente propria. Tuttavia sebbene sembri certo che lo Stato assumesse il ruolo di successore universale nei confronti tanto del defunto quanto del condannato, sembra più probabile che la questione fosse legata maggiormente allo *ius publicum* che allo *ius privatum*. Se, dunque, si accetta che la successione fosse regolata dal diritto pubblico, si deve automaticamente escludere che lo Stato fosse un successore *iure civili* del condannato/defunto.

Nelle *cognitiones* la sentenza non contiene alcuna *obligatio* a carico del reo, ma enuncia piuttosto un comando, la cui esecuzione è devoluta e trova il suo fondamento nello stesso potere che lo ha imposto. Il magistrato impone un determinato comportamento e provvede per la sua esecuzione. Viene meno, pertanto, soltanto in età postclassica la possibilità di individuare nella esecuzione una forma rafforzata di garanzia del credito in quanto la esecuzione della sentenza non è più adempimento volontario di una *obligatio* privata, ma un compito della autorità pubblica.

È un nuovo concetto che si introduce: la stessa autorità che comanda trova nella organizzazione dei propri poteri la possibilità di attuare coattivamente il comando.

Indice degli Autori

- ABETE F.: 6 nt. 10
ALBANESE B.: 7 nt. 17, 40 nt. 65, 64
nt. 97, 66 nt. 100
ALBERTARIO E.: 71 nt. 109
ALLORIO E.: 15 nt. 31
ÁLVAREZ PÉREZ DEL PILAR M.: 72
nt. 111 (2), 77 nt. 125, 105 nt. 173,
112 nt. 190
ALVAZZI DEL FRATE P.: 62 nt. 92
ANDOLINA I.: 21 nt. 36, 75 nt. 118
ARANGIO-RUIZ V.: 38 nt. 59, 41 nt.
67, 107 nt. 177
ARIETA G.: 6 nt. 11(2)
ARMUZZI A.: 78 nt. 128
ARU L.: 30 nt. 44
AVENARIUS M.: 5 nt. 8
- BABUSLAUX U.: 103 nt. 167
BARBIERI B.: 123 nt. 201
BASSANELLI SOMMARIVA G.: 63 nt.
94
BEHREND S.: 39 nt. 62
BENVENUTI F.: 25 nt. 41
BERTOLDI F.: 8 nt. 18
BERTOLINI C.: 4 nt. 4
BETHMANN-HOLLWEG M.A.: 4 nt.
3
BETTI E.: 10 nt. 23, 23 nt. 39, 25 nt.
41, 30 nt. 47, 36 nt. 56
BIANCA C.M.: 24 nt. 39
- BIANCHI E.: 83 nt. 136
BIGLIAZZI GERI L.: 23 nt. 39 (2), 25
nt. 41
BIONDI B.: 15 nt. 30, 22 nt. 37, 30 nt.
45, 38 nt. 58, 47 nt. 76
BISCARDI A.: 96 nt. 158
BONFANTE P.: 9 nt. 22, 51 nt. 80, 75
nt. 117
BORRÈ G.: 6 nt. 11, 124 nt. 203, 124
nt. 205
BRANCA G.: 62 nt. 92
BRETONNE M.: 83 nt. 136
BRIGUGLIO F.: 5 nt. 8(3)
BROGGINI G.: 22 nt. 38
BUTI I.: 12 nt. 25, 22 nt. 38, 62 nt.
94
BUZZACCHI C.: 7 nt. 13, 48 nt. 79
- CAIMI J.: 35 nt. 52
CAMODECA G.: 17 nt. 33, 100 nt. 161
CAMPAGNA G.: 123 nt. 201
CANCELLI F.: 38 nt. 57
CANNATA C.A.: 65 nt. 98, 69 nt. 106
CANTARELLA E.: 2 nt. 1, 101 nt. 163
CAPOGROSSI-COLOGNESI L.: 10 nt.
24
CAPONI R.: 13 nt. 26
CARDILLI R.: 36 nt. 56
CARNELUTTI F.: 62 nt. 92 (2)
CARRATTA A.: 123 nt. 201

- CARRELLI O.: 72 nt. 111 (2), 93 nt. 150
 CARRO V.: 6 nt. 9
 CHIOVENDA G.: 62 nt. 92
 CIAPESSONI P.: 52 nt. 82, 71 nt. 109
 CIRILLO B.: 123 nt. 201
 COLESANTI V.: 15 nt. 31
 CORBINO A.: 40 nt. 63
 COSTA E.: 22 nt. 37, 75 nt. 118
 COSTABILE F.: 100 nt. 161
 COSTANTINO G.: 124 nt. 203
 COTTA S.: 23 nt. 39
 COURTOIS B.: 72 nt. 111
- D'ORS A.: 101 nt. 164
 DARENBERG CH.: 73 nt. 113, 79 nt. 129
 DE BUJAN F.: 71 nt. 109, 72 nt. 109
 DE FONTETTE F.: 103 nt. 166
 DE FRANCISCI P.: 9 nt. 21, 71 nt. 109
 DE IULIIS F.: 44 nt. 72
 DE MARTINO F.: 9 nt. 22, 34 nt. 51, 66 nt. 101, 71 nt. 109
 DE NOVA G.: 13 nt. 26
 DE SANTIS F.: 6 nt. 11
 DI BLASI F.U.: 71 nt. 108
 DI MAJO A.: 23 nt. 39
 DI PORTO A.: 92 nt. 148 (2)
 DILIBERTO O.: 35 nt. 52
 DONADIO N.: 72 nt. 109, 101 nt. 163, 105 nt. 175
 DRAKE H.A.: 7 nt. 15
 DUCREY P.: 112 nt. 186
 DURELLO L.: 6 nt. 11
- EISELE F.: 45 nt. 73, 117 nt. 198
 ERMAN H.: 100 nt. 161
- FIORI R.: 19 nt. 35
- FLEISCHMANN M.: 56 nt. 89
 FLUME W.: 103 nt. 166
 FOLLIERI L.: 14 nt. 29
 FRANCIOSI G.: 35 nt. 52
 FRANK T.: 75 nt. 117
- GABRIELLI CH.: 7 nt. 15
 GAGLIARDI L.: 2 nt. 1(2), 101 nt. 163
 GALLO F.: 2 nt. 1
 GAROFALO L.: 2 nt. 1, 18 nt. 35, 19 nt. 35, 22 nt. 38, 101 nt. 164, 103 nt. 166, 125 nt. 207
 GIANNITI P.: 25 nt. 42
 GIGLIO S.: 7 nt. 16
 GIOFFREDI C.: 40 nt. 65
 GIUFFRÈ V.: 7 nt. 14, 73 nt. 112
 GIUNTI P.: 2 nt. 1
 GIUSSANI A.: 13 nt. 26
 GUARINO A.: 57 nt. 91, 77 nt. 123
- HACKL K.: 115 nt. 197
 HENLE R.: 103 nt. 168
 HUMBERT G.: 73 nt. 113, 80 nt. 129
 HUSCHKE P.H. E.: 94 nt. 154
- JHERING R.: 109 nt. 183
- KASER M.: 115 nt. 197
 KELLER F.L.: 4 nt. 3, 64 nt. 98, 65 nt. 98, 75 nt. 118
 KELSEN H.: 23 nt. 39
 KINDERVATER E.: 109 nt. 182
 KNIEP F.: 108 nt. 178
 KRAUSE J.-U.: 7 nt. 15
- LA ROSA F.: 7 nt. 13, 42 nt. 69, 48 nt. 79, 78 nt. 127
 LAMBRINI P.: 101 nt. 164
 LAURIA M.: 71 nt. 109, 115 nt. 197

- LENEL O.: 91 nt. 147
LIEBMAN E.T.: 55 nt. 85, 90 nt. 146
LONGO G.: 15 nt. 31, 56 nt. 88
LOVATO A.: 31 nt. 49
LUISO F.P.: 125 nt. 208
LUZZATTO G.I.: 4 nt. 5, 22 nt. 38, 34
nt. 51, 64 nt. 97
- MAGANZANI L.: 44 nt. 71
MANDRIOLI C.: 62 nt. 92
MANFREDINI A.D.: 7 nt. 16
MANNINO V. : 3 nt. 2
MANZO A.: 7 nt. 14
MARRONE M.: 2 nt. 1(2)
MASUELLI S.: 92 nt. 148
MATEO A.: 36 nt. 54
MAZZARELLA F.: 15 nt. 31
MAZZON R.: 92 nt. 149
MELUCCI F.: 92 nt. 149
MERCOGLIANO F.: 83 nt. 136
MESSINEO F.: 23 nt. 39
MEZZANOTTE L.: 23 nt. 39
MIGLIETTA M.: 3 nt. 2
MOMMSEN TH.: 100 nt. 161
MONTESANO L.: 6 nt. 11
MORACE PINELLI A.: 74 nt. 114
MORCILLO GARCIA M.: 112 nt. 197
MORI H.: 103 nt. 168
MORTARA L.: 71 nt. 108
- NAVARRA M.L.: 7 nt. 16 (2)
NERI V.: 7 nt. 15
NICOSIA E.: 101 nt. 164 (3), 125 nt.
209
NICOSIA G.: 9 nt. 22, 62 nt. 92, 64
nt. 95, 65 nt. 99, 67 nt. 102, 68 nt.
103, 93 nt. 151, 115 nt. 197
NOAILLES P.: 33 nt. 50, 38 nt. 57
NOCERA G.: 31 nt. 49
- ORIANI R.: 6 nt. 11, 124 nt. 205
OTTO J.: 103 nt. 168
- PALAZZOLO N.: 62 nt. 94
PALMA A.: 92 nt. 149, 102 nt. 164,
125 nt. 207 (2), 125 nt. 207, 125
nt. 209, 126 nt. 210
PELLOSO C.: 22 nt. 38
PELUSO R.: 6 nt. 10
PEPPE L.: 6 nt. 12, 17 nt. 34, 18 nt.,
19 nt. 35, 31 nt. 48, 75 nt. 116
PERLINGIERI P.: 62 nt. 92
PEROZZI S.: 47 nt. 78
PETRUCCI A.: 100 nt. 162
PICARDI N.: 62 nt. 92
PIRO I.: 39 nt. 60
PÓKECZ KOVÁCS A.: 103 nt. 168 (2)
PRINGSHEIM F.: 96 nt. 158, 106 nt.
176
PROVERA G.: 77 nt. 123
PUCHTA G.F.: 52 nt. 81
PUGLIESE G.: 2 nt. 2, 4 nt. 5, 4 nt. 6,
5 nt. 7, 7 nt. 17, 44 nt. 71, 64 nt.
97, 67 nt. 102, 70 nt. 107, 75 nt.
119
PURPURA G.: 6 nt. 12
- RAMADIER P.: 80 nt. 131, 94 nt. 153
RANDAZZO S.: 39 nt. 60, 41 nt. 66
REDENTI E.: 62 nt. 92
REDUZZI F.: 18 nt. 35
RICCOBONO S.: 43 nt. 70, 47 nt. 77,
77 nt. 124
ROCCO A.: 120 nt. 200
ROMEO S.: 100 nt. 161, 101 nt. 163
ROSSI D.: 25 nt. 42
ROTONDI G.: 52 nt. 82, 72 nt. 111,
78 nt. 128, 89 nt. 145
RUSSO RUGGERI C.: 101 nt. 164
- ORESTANO R.: 63 nt. 94 (2)
SAGLIO E.: 73 nt. 113, 79 nt. 129

- SALERNO F.: 86 nt. 143
 SALETTI A.: 6 nt. 10
 SALOMONE A.: 7 nt. 13
 SANTORO R.: 6 nt. 12, 40 nt. 64
 SANTUCCI G.: 92 nt. 149
 SATTA S.: 62 nt. 93
 SCHERILLO G.: 75 nt. 119
 SCHIAVO S.: 7 nt. 16
 SCHULZ F.: 31 nt. 49
 SCHWARZ A.B.: 96 nt. 157
 SCIALOJA A.: 62 nt. 92
 SCIALOJA V.: 4 nt. 4
 SEGNI A.: 62 nt. 92 (2)
 SEJDL J.: 40 nt. 63
 SERAFINI E.: 78 nt. 128
 SERRAO F.: 36 nt. 55
 SIEG H.: 99 nt. 159
 SIERI L.E.: 31 nt. 49
 SOLAZZI S.: 52 nt. 83, 71 nt. 109, 72
 nt. 110, 80 nt. 130, 84 nt. 140, 86
 nt. 143, 91 nt. 145
 SOLDI A.M.: 6 nt. 10, 6 nt. 11, 123
 nt. 201
 SORDI M.: 25 nt. 42, 31 nt. 48
 SPAGNUOLO VIGORITA T.: 71 nt.
 109
 STEIN P.: 29 nt. 43
 STOLFI E.: 31 nt. 49, 96 nt. 158
 STLOUKALOVA K.: 40 nt. 63
 STRASBURG P.: 31 nt. 49
 STURM F.: 103 nt. 168

 TALAMANCA M.: 71 nt. 109, 100 nt.
 160, 110 nt. 183
 TARASCHI C.: 6 nt. 10
 THOMAS PH.: 103 nt. 168
 TORALLAS TOVAR S.: 7 nt. 15
 TREVES G.: 23 nt. 39
 TRISCIUOGGIO A.: 16 nt. 32

 UBBELOHDE A.: 72 nt. 111

 VACCA L.: 2 nt. 1, 9 nt. 20(2), 43 nt.
 71, 69 nt. 106
 VACCARELLA R.: 6 nt. 11, 124 nt. 204

 VALDITARA G.: 12 nt. 25
 VANZ M.C.: 6 nt. 10
 VANO C.: 5 nt. 8
 VARVARO M.: 5 nt. 8 (3), 38 nt. 58
 VERDE G.: 6 nt. 11, 15 nt. 31
 VINCRE S.: 6 nt. 10
 VOCI P.: 15 nt. 31, 81 nt. 133
 VOIGT M.: 80 nt. 132
 VOLTERRA E.: 9 nt. 22

 WACH A.: 4 nt. 3
 WACKE A.: 72 nt. 109
 WENGER L.: 4 nt. 3, 30 nt. 46, 45 nt.
 74(2), 65 nt. 98, 116 nt. 197
 WIEACKER F.: 99 nt. 159
 WLISSAK M.: 8 nt. 19, 33 nt. 50, 65
 nt. 99, 73 nt. 113, 119 nt. 199

 ZILLOTTO P.: 103 nt. 166

Indice delle Fonti

1. FONTI ANTICHE GRECHE E LATINE	3.77-78: 17 3.77-81: 74 nt. 115 3.78: 52, 54 3.79: 81 3.78-79: 94 nt. 155 4.16: 13 4.21: 32, 37, 40 4.22: 37 4.25: 45, 47 nt. 75, 127 4.28: 42 4.29: 42 4.32: 43 nt. 71 4.35: 50, 83 nt. 137 4.48: 46 4.65: 83 nt. 138 4.102: 47 nt. 75 4.105: 8 4.145: 82 nt. 134 4.146: 113 nt. 192
A. FONTI PREGIUSTINIANEE	
FONTI GIURIDICHE	
CODEX THEODOSIANUS	
9.10.3: 28	
9.11.1: 55 nt. 86	
4.22.3=CI 8.4.7: 27	
DUODECIM TABULARUM LEX	
I.1-2: 38, 39	
III.1: 39	
III.1-2: 33	
III.3: 33	
III.3.1-4: 18	
III.4: 33	
III.5 = Gell. NA 20.1.46: 33	
III.6: 35	
VI.5a: 39 nt. 61	
VIII.2: 25	
GAIUS	
<i>Institutiones</i>	
2.98: 76 nt. 121	
2.155: 83 nt. 139	
3.32: 88 nt. 144	
3.77: 76 nt. 121	
	<i>PAULI SENTENTIAE</i> 5.5a.2: 33
	VATICANA FRAGMENTA 197-198: 8 nt. 18
	FONTI LETTERARIE
	PS. ASCONIUS
	<i>In act. II in Verrem</i>
	1 § 52 (p. 235 Stangl.): 90

CASSIUS DIO
Historiae Romanae
17.8.4: 35 nt. 53
57.14.7-8: 92

CATO
De agricultura
2.7: 105 nt. 171
146-147: 106

CICERO

EPISTULAE
Ad familiares
7.24.2 111 nt. 184

ORATIONES
De lege agraria
1.7: 108 nt. 180, 109 nt. 181

Pro A. Cluentio
43.120: 75

Pro P. Quinctio
6.25: 94 nt. 152
15.49: 56
9.60: 82 nt. 135

PHILOSOPHICA
De legibus
3.18.42: 26

De republica
2.21.38: 67 nt. 102
5.2.3: 67 nt. 102

DIODORUS SICULUS
Bibliotheca historica
16.57.2: 111 nt. 185

DIONYSIUS HALICARNASSENSIS
Antiquitates Romanae
4.25.1-217: 68
4.36.1-218: 68

FESTUS
De verborum significatu

s.v. *Sectores* (337 L.): 90

GELLIUS
Noctes Atticae
20.1.45: 20, 35
20.1.46: 18, 33
20.1.47: 18, 33
20.10.7: 40 nt. 64
20.10.8: 39 nt. 61

LIVIUS
Ab Urbe condita
1.41.5: 67 nt. 102
2.14.1: 114 nt. 193
2.24: 50
8.28: 50
8.28.1: 19
26.11.7: 113 nt. 191
41.28.8-10: 111 nt. 184, 112 nt.
189

MARTIALIS
Saturae
6.66: 110 nt. 183

PLAUTUS
Captivi
172-183: 105 nt. 174

Menaechmi
1150: 105 nt. 172

Mercator
615: 105 nt. 172

Poenulus
1421: 105 nt. 172

Stichus

193: 105 nt. 172

FIRA I, (cur. S. RICCOBONO), Firenze
1943, 272*Truculentus*

47 ss.: 108 nt. 179

II.1: 43 nt. 70

PLUTARCHUS

MORALIA

Quaestiones Romanae

25.6-7: 112 nt. 188

TABULAE POMPEIANAE SULPICIORUM
(ed. G. CAMODECA)

86: 17

B. FONTI GIUSTINIANEE

QUINTILIANUS

Institutiones Oratoriae

3.6.84: 35

CODEX

2.57.1: 63 nt. 94

4.10.9: 27

5.39.1: 53 nt. 84

TERTULLIANUS

Apologeticum

4.9: 35

7.53.6: 117

7.53.8: 118

7.54.3: 122

7.71: 55

VALERIUS PROBUS

Notae iuris

4.3: 78 nt. 126

5.24: 94, 94 nt. 152

7.71.1: 54

7.71.7: 20

8.4.7: 27

8.33: 57 nt. 90

9.5.2: 55 nt. 87

FONTI EPIGRAFICHE

10.3.1: 115 nt. 195

LEX METALLI VIPASCENSIS

FIRA I, (cur. S. RICCOBONO), Firenze
1943, 502 ss.

DIGESTA

D. 1.2.2.14 (Pomp. *l. enchir.*): 67 nt. 102D. 1.2.2.16 (Pomp. *l. enchir.*): 68 nt.
104D. 1.2.2.27 (Pomp. *l. enchir.*): 68 nt.
105

15: 43 nt. 70

LEX (RUBRIA) DE GALLIA CISALPINA

FIRA I, (cur. S. RICCOBONO), Firenze
1941, 169 ss.D. 1.16.2pr (Marc. 1 *inst.*): 70D. 1.19.1pr. (Ulp. 16 *ad ed.*): 93D. 2.1.19pr. (Ulp. 6 *fid.*): 15 nt. 31D. 2.8.5.1 (Gai 1 *ad ed. prov.*): 16D. 3.5.3.8 (Ulp. 10 *ad ed.*): 16D. 4.8.32.6 (Paul. 13 *ad ed.*): 15 nt. 31D. 5.1.57 (Ulp. 41 *ad Sab.*): 15 nt.

c. XXII.46 ss.: 47 nt. 77

c. XXI, XXII: 77 nt. 124

SENATUSCONSULTUM DE PAGO MONTANO

31

- D. 5.1.63 (Ulp. 49 *ad ed.*): 77 nt. 124
- D. 5.1.75 (Iul. 36 *dig.*): 119
- D. 16.2.16.1 (Pap. 3 *quaest.*): 15 nt. 31, 60
- D. 17.1.22.10 (Paul. 32 *ad ed.*): 81, 85 nt. 142
- D. 18.2.1 (Paul. 5 *ad Sab.*): 102
- D. 18.2.2pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): 103 nt. 168
- D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): 103 nt. 167
- D. 18.2.4.4 (Ulp. 28 *ad Sab.*): 104 nt. 170
- D. 18.2.4.6 (Ulp. 28 *ad Sab.*): 102 nt. 165
- D. 18.2.5 (Pomp. 9 *ad Sab.*): 104
- D. 18.2.7 (Paul. 5 *ad Sab.*): 104 nt. 169
- D. 18.2.8 (Paul. 33 *ad ed.*): 104 nt. 169
- D. 18.2.11 (Ulp. 28 *ad Sab.*): 104 nt. 170
- D. 18.2.15pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): 102 nt. 165
- D. 22.1.41pr. (Mod. 3 *resp.*): 15 nt. 31
- D. 25.3.5.10 (Ulp. 2 *de off. cons.*): 116
- D. 27.10.5 (Gai 9 *ad ed. prov.*): 84
- D. 36.1.80.15 (Scaev. 21 *dig.*): 60
- D. 39.2.7pr. (Ulp. 53 *ad ed.*): 94 nt. 152
- D. 42.1.2 (Ulp. 6 *ad ed.*): 15 nt. 31
- D. 42.1.4.4 (Ulp. 58 *ad ed.*): 15 nt. 31
- D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*): 122
- D. 42.1.7 (Gai *ad ed. praet. urb. tit. de re iud.*): 121
- D. 42.1.15pr. (Ulp. 3 *de off. cons.*): 117, 119
- D. 42.1.15 (Ulp. 3 *de off. cons.*): 118
- D. 42.1.15.1 (Ulp. 3 *de off. cons.*): 117
- D. 42.1.15.2 (Ulp. 3 *de off. cons.*): 118
- D. 42.1.15.4 (Ulp. 3 *de off. cons.*): 119
- D. 42.1.15.6 (Ulp. 3 *de off. cons.*): 118
- D. 42.1.15.7 (Ulp. 3 *de off. cons.*): 119
- D. 42.1.31 (Callistr. 2 *cogn.*): 16
- D. 42.1.34 (Lic. Ruf. 13 *reg.*): 21
- D. 42.1.56 (Ulp. 27 *ad ed.*): 76 nt. 120
- D. 42.1.61 (Iul. 45 *dig.*): 121
- D. 42.3: 83 nt. 139
- D. 42.4: 74 nt. 115
- D. 42.4.2pr.-1 (Ulp. 5 *ad ed.*): 94 nt. 152
- D. 42.4.7.1 (Ulp. 59 *ad ed.*): 94 nt. 152
- D. 42.4.7.11-12 (Ulp. 59 *ad ed.*): 85 nt. 141
- D. 42.5: 74 nt. 115
- D. 42.5.6pr.-2 (Paul. 58 *ad ed.*): 84/85 nt. 141
- D. 42.5.31.3 (Ulp. 2 *de omn. trib.*): 94 nt. 152
- D. 42.7: 74 nt. 115
- D. 42.7.5 (Iul. 47 *dig.*): 85
- D. 43.4.3.1pr. (Ulp. 68 *ad ed.*): 15 nt. 31
- D. 43.16.1.27 (Ulp. 69 *ad ed.*): 24, 28
- D. 48.7.7 (Call. 5 *de cogn.*): 27
- D. 48.7.8 (Mod. 2 *de poen.*): 28
- D. 49.14.5pr. (Ulp. 16 *ad ed.*): 115 nt. 196

- D. 49.14.5.1 (Ulp. 16 *ad ed.*): 115 nt. 194
 D. 50.1.26.1 (Paul. 1 *ad ed.*): 94 nt. 152
 D. 50.16.178.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*) 60
 D. 50.17.52 (Ulp. 44 *ad ed.*): 77 nt. 125
 D. 50.17.176 (Paul. 13 *ad Plaut.*): 26
 art. 503: 95 nt. 156
 art. 567 2° co.: 124 nt. 203
 art. 568: 95 nt. 156
 art. 576: 124 nt. 203
 art. 641: 15
 art. 733: 124 nt. 203
 art. 747: 124 nt. 203
 art. 788: 124 nt. 203
 art. 806: 13 nt. 27, 24 nt. 41

INSTITUTIONES

3.12 pr.: 74 nt. 115, 76 nt. 122

2. FONTI BIZANTINE

THEOPHILUS

Institutionum Paraphrasis 3.12 pr.: 80

3. FONTI MODERNE

Codice civile

art. 83, 3° co., disp. att.: 124 nt. 206
 art. 2698: 13 nt. 28
 art. 2731: 13 nt. 28
 art. 2737: 13 nt. 28
 art. 2739: 13 nt. 28
 art. 2797: 124 nt. 206
 art. 2907, 1° co.: 24 nt. 41

Codice degli appalti

art. 95, 2° co.: 125 nt. 210
 art. 96 nt.: 125 nt. 210

Codice penale

art. 392: 24 nt. 40
 art. 393: 24 nt. 40

Codice di procedura civile

III libro: 14 nt. 29
 art. 68 co. 2: 124 nt. 203
 art. 114: 13 nt. 27

Costituzione

art. 101: 25 nt. 41
 art. 102: 25 nt. 41

Decreti legge

12 settembre 2014, n. 132: 95 nt. 156, 123 nt. 202
 10 novembre 2014, n. 162: 95 nt. 156
 27 giugno 2015, n. 83: 123 nt. 202
 6 agosto 2015, n. 132: 123 nt. 202
 3 maggio 2016, n. 59: 14 nt. 29, 123 nt. 202

Decreti legislativi

4 marzo 2016, n. 28 art. 2: 13 nt. 27
 18 aprile 2016, n. 50: 125 nt. 210
 21 aprile 2016, n. 72: 14 nt. 29

D.P.R.

29 settembre 1973, n. 602: 124 nt. 206

Leggi

2 agosto 1998 n. 302: 123 nt. 203
 30 giugno 2016 n. 119: 123 nt. 202
 30 giugno 2016 n. 119, art. 1, 1° co.: 14 nt. 29

Finito di stampare nel mese di marzo 2018
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Volumi pubblicati

1. V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, 2018, pp. XII-140.

