

Sulla sussidiarietà della *iurisdictio* e dell'intervento statale nel processo esecutivo romano

Valeria Carro

DOI: <http://dx.doi.org/10.7358/erga-2017-001-carr>

ABSTRACT: The study analyses the importance of subsidiarity of jurisdiction and government intervention in the Roman executive process in order to guide reforms of the modern execution on wealth on the recovery of the principles of roman law. A reduction of judicialisation and a reduction of intervention of the state body, infact, would ensure a return to tradition of Roman law and, therefore, greater efficiency and effectiveness of the modern executive process.

KEYWORDS: *bonorum venditio*, civil process, creditor judicialisation, execution on wealth, executive process, *iurisdictio*, judge, roman law – *bonorum venditio*, creditore, diritto romano, esecuzione patrimoniale, giudice, giurisdizionalizzazione, *iurisdictio*, processo civile, processo esecutivo.

A Giuliano

Nell'ordinamento italiano il processo esecutivo è stato recentemente oggetto di profonde trasformazioni, al fine di intervenire su alcuni suoi momenti critici¹. Questi sono legati sostanzialmente alla difficoltà del creditore di ottenere in tempi brevi non solo la documentazione ipotecaria e catastale relativa all'immobile, ma anche il parere di un consulente tecnico sul valore di questo, l'espletamento delle operazioni di vendita, il decreto di trasferimento e il progetto di riparto del prezzo fra i creditori. Per garantire una maggiore efficienza ed efficacia del processo esecutivo già la legge 2 agosto 1998 nr. 302 aveva previsto, tra l'altro, la possibilità di degiurisdizionalizza-

¹ 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 nr. 132, il d.l. 27 giugno 2015 nr. 83 convertito in l. 6 agosto 2015 nr. 132 e il d.l. 3 maggio 2016 nr. 59, convertito in l. 30 giugno 2016 nr. 119, nonché le relative leggi di conversione.

re la fase liquidativa o espropriativa dell'esecuzione immobiliare, attraverso il ricorso ai notai nelle operazioni di vendita immobiliare².

Degiurisdizionalizzare significa prevedere che il giudice apra la fase di liquidazione affidando ad altri³, contestualmente, il compito di individuare i diritti alienabili e determinarne il valore e, quindi, introdurre un controllo successivo sulle operazioni di vendita⁴, sulla scorta, peraltro, di una tecnica ampiamente sperimentata nei procedimenti speciali⁵. Ciò sul presupposto che la trasformazione di beni è un'attività economica il cui esercizio presuppone capacità professionale, mentre gli organi dell'ufficio esecutivo istituzionalmente non hanno quella professionalità economica che tale attività presuppone⁶. La degiurisdizionalizzazione della fase liquidativa o espropriativa dell'esecuzione immobiliare risponde all'esigenza di coinvolgere anche altre professionalità e altre esperienze nell'esercizio della giurisdizione, dislocando la funzione giurisdizionale anche su ceti professionali diversi dai giudici di carriera per arricchirla nel suo significato di potere diffuso e di istituzione rispetto alla società civile⁷.

² Il notaio, pertanto, 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 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 co. 2 c.p.c. consentiva già al giudice di trasferire a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge, facendolo così rientrare a pieno titolo in quella categoria di soggetti che lo stesso art. 68 c.p.c. definisce «Ausiliari del giudice» e che Chiovenda 1913, 61, accomunava sotto il generico connotato dell'occasionalità ed eventualità del loro coinvolgimento in singole operazioni richieste dalle parti o dagli organi giudiziari per gli scopi del processo e necessarie allo svolgimento regolare della funzione giurisdizionale. 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 co. 2 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.

³ Cf. Vaccarella, 1994, 46.

⁴ Borrè 1994, 61; Oriani 2001, 8.

⁵ 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 del D.P.R. 29 settembre 1973 nr. 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 co. 3 disp. att. c.c., nella cancelleria della pretura del luogo in cui si è proceduto alla vendita.

⁶ Costantino 1988, 123.

⁷ Borrè 1994, 61 ss.

Per questo sembra opportuno individuare ulteriori forme di contraddittorio laddove si mettono in relazione soggetti *esterni* ed esercizio della *giurisdictio* in modo da ampliare e completare il già avviato processo di degiurisdizionalizzazione⁸.

Individuare forme più ampie di delega in favore di soggetti esterni all'apparato della giustizia, infatti, garantirebbe una svolta in direzione dell'efficienza e dell'efficacia del processo esecutivo. Ciò al fine di limitare l'eccessiva giurisdizionalizzazione che caratterizza ancora, ampliandone la durata, il processo esecutivo moderno.

Una volta riservate al giudice le attività che sono tipicamente esplicazione di attività giurisdizionale (decisione su impugnazioni e reclami), pertanto, si potrebbe attribuire ad altri, non necessariamente dotati di funzione pubblica, il compito di soddisfare gli interessi del creditore.

L'affidamento al solo giudice anche del compito di gestire la fase di liquidazione risponde, invece, a una logica di «formalismo delle garanzie»⁹ che si frappone all'esigenza di vendere presto e al meglio, con un corredo di mezzi e di professionalità che palesemente non appartiene al giudice e al suo ufficio e al loro retroterra burocratico.

È chiaro che una procedura di vendita forzata su base volontaria o privata largamente rimessa, nel suo svolgimento pratico, all'iniziativa e al senso di responsabilità e di correttezza dell'esecutato va inserita nell'ambito di un quadro normativo generale in cui il legislatore deve comunque riservare al giudice un ruolo di supervisione e controllo a garanzia della regolarità del procedimento e consentire di andare oltre la previsione di una mera delega delle vendite all'incanto e delle attività distributive. Tuttavia 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 legittimità e la regolarità dello svolgimento¹⁰, va 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'offerta¹¹. Tale processo di privatizzazione avveniva proprio nel processo esecutivo romano dove predominava l'attività di parte e l'intervento dell'organo statale era molto ridotto a vantaggio della celerità della procedura.

Per tali motivi gli interventi riformativi del processo esecutivo moderno sembra si siano ispirati e si debbano ancora ispirare ai principi sui quali si basava la disciplina del processo esecutivo romano.

⁸ De Marini 1959, 308.

⁹ Chiarloni 1987, 569.

¹⁰ Palma 2006, 75.

¹¹ Luiso 1992, 90.

Del resto il nostro ordinamento registra già non pochi punti di contatto con l'esperienza giuridica romana proprio nell'ambito dell'esecuzione patrimoniale. Nel diritto romano, modificato in maggiore o minore misura dalle istituzioni germaniche, infatti, si trova l'origine del fallimento così come disciplinato dal diritto italiano, i cui principi e le cui norme, influenzati dalla dottrina spagnola del XVII secolo, si diffusero in Europa e sono ancora oggi alla base delle normative in vigore.

L'origine del fallimento e delle procedure concorsuali si può ravvisare proprio in alcuni istituti risalenti al diritto romano. In primo luogo, nel riferimento all'espressione *partes secanto*, riportata in XII Tab. III.6, *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*¹², che consisteva nello smembramento dei debitori e nella distribuzione del loro patrimonio tra i creditori. In secondo luogo, nell'istituto dell'esecuzione *per manus iniunctionem ex missio in possessionem* inizialmente previsto per la fuga del debitore e per facilitare l'acquisizione del suo patrimonio da parte del creditore¹³.

Nell'alto medioevo, con l'influenza del diritto barbarico, fu introdotta la dichiarazione d'ufficio, ma poche altre furono le modifiche apportate dalla legislazione barbarica, poiché la tradizione romana era fortemente radicata. L'esecuzione barbarica, inoltre, aveva come fine il pagamento, più che la vendetta personale dei creditori nei confronti del fallito. Nel basso medioevo, invece, il processo esecutivo concorsuale s'impose come procedimento di accertamento dei crediti¹⁴.

In seguito, il fallimento fu esteso anche a chi non era mercante. Nella legislazione Napoleonica del *code de commerce* il fallimento era applicato solo ai commercianti che avevano un comportamento professionalmente scorretto. Era un modo di disciplina interna della corporazione, un sistema per far rispettare i principi alla base di un sistema di valori com'era quello corporativo; le sanzioni, infatti, erano di natura penale a prescindere dalla colpevolezza del fallito. Il codice del commercio ignorava il concordato preventivo e ammetteva due moratorie: quella anteriore al fallimento e quella posteriore. La prima consisteva in una proroga di sei mesi al paga-

¹² Franciosi 1978, 263 ss.

¹³ Gai. *Inst.* IV 21: *Per manus iniunctionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quando non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius predebatur; 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.*

¹⁴ Santarelli 1964, 10.

mento dei debiti, che poi si risolveva in un accordo tra fallito e creditori. Il secondo procedimento arrestava la procedura di fallimento e presupponeva che il fallito potesse pagare *in toto* i creditori e non dava la garanzia che, invece, offriva il fallimento¹⁵. Il concordato preventivo fu introdotto con la legge 24 maggio 1903 nr. 193. Con il regio decreto (legge fallimentare) 16 marzo 1942 nr. 267 che unificò la materia civile e amministrativa, poi, si stabilì che il fallimento riguardava gli imprenditori che esercitavano un'attività commerciale. La disciplina fu razionalizzata e s'iniziò a distinguere tra fallimento colpevole e incolpevole. La nozione di «impresa» fu separata dalla figura d'imprenditore.

Lo scopo originale del fallimento non era la tutela del fallito, quanto la soddisfazione dei creditori che pure dovevano accontentarsi di ciò che restava in seguito a un meccanismo complesso e di lunga durata. La sorte del complesso aziendale interessava poco il legislatore e la sorte dell'imprenditore fallito era indissolubilmente connessa con quella della sua azienda e viceversa, per cui non s'ipotizzava minimamente che l'azienda potesse, in qualche modo, recuperare produttività. Tutto il patrimonio del debitore fu colpito dal processo. Con il passare del tempo, lo scopo delle procedure concorsuali, per le imprese di maggiori dimensioni, diventò la ricollocazione sul mercato dell'attività, più che la soddisfazione dei creditori. Fino ad arrivare al decreto legislativo del 14 marzo 2005 nr. 35, poi convertito nella legge 14 maggio 2005 nr. 80 che delegò al governo la riforma organica delle procedure concorsuali regolate dal regio decreto 16 marzo 1942 nr. 267. La delega fu attuata con il decreto legislativo 9 gennaio 2006 nr. 5 con cui il governo introdusse alcune novità sia sulle procedure concorsuali in generale, sui requisiti per richiedere il fallimento, sull'imprenditore, sui poteri del curatore e del comitato dei creditori che sul processo fallimentare¹⁶.

In conclusione, esistono diversi tipi di procedure concorsuali e tutte hanno la caratteristica di privare il soggetto che vi è sottoposto di una parte della sua «autonomia». Infatti, con la procedura concorsuale, all'imprenditore sono sottratte le disponibilità sui suoi beni, oppure si nomina un soggetto che supervisiona e controlla l'attività di gestione dell'impresa. Sono tutte procedure generali e collettive, nel senso che coinvolgono l'intero patrimonio dell'imprenditore e coinvolgono tutti i creditori dell'imprenditore. Le procedure concorsuali vogliono salvaguardare la *par condicio creditorum*, cioè il trattamento paritario di tutti i creditori. Per questo motivo le ordinarie tutele del creditore, ovvero sia le azioni cautelari e le azioni ese-

¹⁵ Federico - Vivaldi 2005, 60.

¹⁶ Jorio 2014, 2635.

cutive individuali, sono sostituite da queste procedure, che sono forme di tutela collettiva.

Una figura tuttora operante nella procedura fallimentare è il curatore fallimentare simile al *curator bonorum* in diritto romano che si occupa oggi della provvisoria amministrazione del patrimonio fallimentare delle società nei confronti delle quali si procede. Questo è un organo esterno perché destinato a entrare per lo svolgimento delle sue mansioni in rapporto con i terzi, anzi è l'organo esterno per eccellenza della procedura fallimentare, un vero ausiliario della giustizia¹⁷. Anche il rispetto dei criteri di precedenza, a seconda che si tratti di creditori privilegiati, chirografari e privilegiati e così via, è un elemento trasposto dalla procedura concorsuale romana a quella attuale¹⁸.

Il curatore è nominato dal tribunale con la stessa sentenza che dichiara il fallimento dell'impresa e i suoi compiti principali consistono nell'amministrare il patrimonio fallimentare, nel compiere i vari atti della procedura, nel cooperare col giudice delegato sotto varie forme o svolgendo un'attività preparatoria, sia informativa che consultiva, dei suoi provvedimenti e nell'eseguire i provvedimenti emessi dal giudice delegato.

Il curatore è un organo «unipersonale» perché può essere costituito da un solo soggetto, essendo esclusa nel nostro ordinamento la possibilità di nominare più curatori, non è un organo interno, che opera cioè all'interno della procedura, ma un organo esterno. Il curatore, quindi, esercita una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, finalizzata al soddisfacimento dei creditori del fallito: in considerazione di tale funzione la nomina e la revoca del curatore è di competenza esclusiva del tribunale che, fra l'altro, esercita il controllo sull'attività posta in essere dallo stesso. Il curatore, su autorizzazione del giudice delegato, può esercitare tutti i diritti ritenuti utili per soddisfare i creditori del fallito: conseguentemente sia il debitore che i creditori sono tenuti a rispettare il giudicato formatosi nelle cause in cui è stato parte il curatore, che non rappresenta o sostituisce né il fallito né i creditori, ma opera nell'interesse della giustizia, quale incaricato giudiziario con posizione autonoma che si pone a fianco del giudice.

Il compito principale di tale organo, e cioè l'amministrazione del patrimonio fallimentare, è particolarmente delicato e complesso in quanto la procedura fallimentare investe tutto il patrimonio del fallito utilizzabile ai fini del soddisfacimento dei creditori e quindi non soltanto i beni mobili o immobili, corporali o incorporali, e i crediti, ma altresì tutti gli altri diritti,

¹⁷ Art. 31 co. 1 regio decreto (legge fallimentare) 16 marzo 1942 nr. 267.

¹⁸ Art. 56 regio decreto (legge fallimentare) 16 marzo 1942 nr. 267.

come azioni di nullità, di annullamento, di rescissione, di risoluzione, di diritti di riscatto, diritti di prelazione, possibilità di acquisto di beni, nonché contratti pendenti; cioè tutti quei rapporti che al di fuori del fallimento possono essere fatti valere dai creditori in via surrogatoria, quale attività preparatoria dell'esecuzione che potrà investire i beni una volta che siano recuperati ed entrati nel patrimonio del debitore, oltre alle azioni dirette al recupero dei beni usciti dal patrimonio del debitore in base ad atti inoppugnabili ai creditori stessi per inosservanza delle formalità all'uopo prescritte o in base ad atti inefficaci perché pregiudizievoli ai loro diritti.

Oltre all'amministrazione del patrimonio fallimentare, il curatore ha molteplici mansioni: infatti, oltre a compiere alcuni atti determinati dalla legge e destinati ad assicurare il normale svolgimento della procedura, opera come organo inquirente sulle ragioni che hanno determinato il dissesto e sul compimento di atti perseguibili in via penale, coadiuva il giudice delegato nello svolgimento delle sue mansioni e ne esegue i provvedimenti, sollecitandone talvolta l'attività oppure affiancandolo come semplice consulente.

Gli ordinamenti giuridici moderni, così, riconoscono una procedura di fallimento, e taluni anche di liquidazione coatta amministrativa, corrispondente nelle grandi linee proprio alla *missio in bona*¹⁹ e alla successiva *bonorum venditio* del diritto romano²⁰ che nel *curator* riconosceva una figura corrispondente al descritto curatore fallimentare.

Quest'ultima era una vera e propria esecuzione forzata sui beni²¹, diretta all'espropriazione dell'intero patrimonio del soggetto passivo nella quale, per *communis opinio*, si possono intravedere, al di là delle logiche differenze, i prodromi della moderna esecuzione patrimoniale nei confronti del debitore insolvente finalizzata al soddisfacimento dei creditori²². 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 e in fase sperimentale²³.

Essa 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 scomputata l'eventuale differenza fra l'ammontare dei crediti e la *portio* nei limiti della quale

¹⁹ Longo 1964, 767.

²⁰ Ubbelohde 1890; Courtois 1894; Rotondi 1911; Rotondi 1934, 96; Carrelli 1938, 440; Carrelli 1944; Pérez Álvarez 2000; Cassarino 2012.

²¹ Longo 1960, 713.

²² Rodriguez 1616; Salgado De Somoza 1646; Milone 1876, 169 ss.; Kohler 1891.

²³ Giuffrè 1993, 317.

il *bonorum emptor* si era obbligato. La *bonorum venditio* era, dunque, un complesso strumento processuale pretorio a carattere universale e collettivo mirato a ottenere l'intero patrimonio del debitore su istanza di uno o più creditori immessi nel possesso in forza del decreto magistratuale.

Le principali fonti sul tema sono i titoli IV (*Quibus ex causis in possessionem eatur*), V (*De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*) e VII (*De curatore bonis dando*) del libro 42 del *Digesto*; le *Institutiones* di Gaio (IV 77-81) e di Giustiniano (*Inst. Iust.* III 12 pr.) e l'*Oratio pro Quinto* pronunciata da Cicerone nell'81 a.C., emblematica testimonianza sulla ricostruzione del procedimento esecutivo per il caso del debitore indifeso. La *bonorum venditio* rimase in vigore durante l'intera epoca classica, dall'età post-decemvirale 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 a 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 possibile era l'esecuzione personale²⁴, se si eccettua l'applicazione eccezionale della *legis actio per pignoris capionem* in casi particolari e determinati come alcuni di natura fiscale, militare e sacrale²⁵. Tale procedimento coesistette, tuttavia, 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*²⁶. Per questo, 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 ravvisano²⁷ 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 presenti, mirano a evitare la *litis contestatio*, il caso del debitore morto senza lasciare eredi.

La *bonorum venditio*, pertanto, cominciò a essere ammessa dal pretore in casi determinati nei quali l'esecuzione personale sul debitore non risulta-

²⁴ Peppe 1981.

²⁵ Frank 1924, 201; Bonfante 1938, 133.

²⁶ Humbert 1969a, 733.

²⁷ Solazzi 1937, 8.

va 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*²⁸. 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 difesa²⁹.

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 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 denaro³⁰ un rimedio che in origine non mirava alla soddisfazione diretta di uno o più creditori, bensì alla sostituzione del debitore che non pagava, né assumeva 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* gaiane³¹ e giustiniane³² non si contemplava

²⁸ Keller 1883, 150; Costa 1918, 117; Volterra 1978, 238; Andolina 1968, 110; Marone 1984, 136 ss.

²⁹ Scherillo 1953, 205; Pugliese 1991, 366.

³⁰ Ulp. 27 *ad ed. Dig.* XLII 1, 56: *in iure confessi pro iudicatis habentur*.

³¹ Gai. *Inst.* II 98: *Si cui heredes facti sumus siue cuius bonorum possessionem petierimus siue cuius bona emerimus siue quem adoptauerimus siue quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt*; III 77: *Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit*.

³² Gai. *Inst.* III 12: *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, prout eis utile visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparet. 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*.

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 nella soddisfazione di una pluralità di creditori sul patrimonio dell'insolvente sulla base del principio *par condicio creditorum* e cioè come preordinato ad assicurare il principio del contraddittorio. Su tale principio si incentrava l'intero processo civile romano³³, 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 partecipare al processo e assumere la propria difesa, condizione soddisfatta con la sua citazione: la cosiddetta «procedibilità contumaciale»³⁴.

Nel procedimento formulare la presenza fisica del convenuto *in iure* non era sufficiente per 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*³⁵. Di contro il *se non defendere* si verificava con il rifiuto della partecipazione alla *litis contestatio*³⁶. 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 contestatio*³⁷, 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*³⁸, si rifiutasse di assumere la difesa dell'insolvente. Tali casi furono tutelati progressivamente dal pretore attraverso le nuove fattispecie

³³ Pugliese 1963.

³⁴ Provera 1970, 55 e 90; Guarino 1975, 11.

³⁵ Ulp. 49 *ad ed. Dig.* V 1, 63; *Lex de Gallia Cisalpina* 21-22, in Riccobono 1941.

³⁶ Pérez Álvarez 2011. Cf. Ulp. 44 *ad ed. Dig.* L 17, 52.

³⁷ Nelle *legis actiones* è presumibile, infatti, che il *non defendere* implicasse la perdita della lite per implicito riconoscimento del buon diritto dell'attore: Prob. *De notis iuris* IV 3, 1: *quando neque ais neque negas*.

³⁸ La Rosa 1956, 160.

nel suo editto tra il II e 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 e assumere correttamente la propria difesa (*accipere iudicium*). Successivamente, quando il pretore autorizzava la vendita dei beni, si verificò una trasformazione della *missio in bona* perché a partire dal provvedimento di immissione nel possesso ed entro una scadenza stabilita nell'editto³⁹ 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 e accessoria dell'esecuzione (*venditio*) destinata alla conservazione del patrimonio (*missio in bona rei servandae causa*). Il tutto al fine di assicurare la tutela del diritto dei creditori, anche se neppure la vendita dei beni mirava alla soddisfazione diretta di uno o più creditori sul patrimonio, bensì, 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 dei debiti del debitore 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

³⁹ Gai. *Inst.* III 79: trenta giorni se il debitore era vivo e quindici giorni se il debitore era defunto. Serafini 1887-1889, 58; Armuzzi 1904, 498, n. 4; Rotondi 1934, 96.

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 a un terzo di intervenire a favore del debitore. Attraverso la *missio*, anche se ottenuta da uno solo, si garantiva così l'esecuzione consensuale 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 trenta giorni dalla *proscriptio*, durante i quali si poteva chiedere al magistrato la nomina di un *curator*, il debitore si considerava fallito⁴⁰ e *infamis*, salvo che avesse effettuato la *bonorum cessio*, per cui non poteva intentare un giudizio senza garantire l'avversario contro un eventuale inadempimento del giudicato in caso di soccombenza: la stipulazione di garanzia era detta *cautio iudicatum*.

Scaduto il termine predetto (la *missio* nei beni di un debitore deceduto era di quindici giorni) i creditori autorizzati dal pretore, che con suo decreto li convocava in assemblea, eleggevano un *magister* che avrebbe curato la vendita dei beni. Teofilo in *Institutionum paraphrasis* III 12 pr. afferma che la *bonorum venditio* si svolgeva mediante l'adizione, 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*. La descrizione di Teofilo non è sempre chiara⁴¹ e ciò rende incerto, non solo, che l'assemblea fosse presieduta dal pretore⁴² e che in tale sede potesse procedersi a una sommaria verifica dei crediti, ma anche che potessero parteciparvi titolari di crediti condizionali o, con qualche minore incertezza, a termine⁴³. Il *magister* curava la redazione e la pubblicazione di un programma della vendita (*lex bonorum vendendorum*) 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 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, III 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 bono-*

⁴⁰ Humbert 1969b, 36.

⁴¹ Sul punto cf. Solazzi 1938, 70.

⁴² Ramadier 1911, 24-25; Bethmann-Hollweg 1959, 679.

⁴³ Voigt 1882, 103.

rum 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.

Di quest'ultimo, il compratore (*bonorum emptor*) acquistava in blocco il patrimonio 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*⁴⁴ 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'erede⁴⁵ o una formula con trasposizione di condanna, l'*actio Rutiliana*, che portava nell'*intentio* il nome del *decoctor* e nella *condemnatio* quello del *bonorum emptor*⁴⁶. In ogni caso i terzi convenuti con tali azioni beneficiavano della *deductio*, potevano cioè far detrarre

⁴⁴ Gai. *Inst.* IV 145: *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.*

⁴⁵ Tale azione fu, probabilmente, applicabile solo all'esecuzione riguardante i beni di un defunto. Certo era applicabile all'esecuzione sui beni dell'esiliato; cf. Cic. *Quinct.* 19, 60: *Docui quod primum pollicitus sum, C. Aquili, causam omnino cur postulare 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 ...*

⁴⁶ Gai. *Inst.* IV 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 condemnetur. 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.*

dall'ammontare della *condemnatio* dell'azione che il *bonorum emptor* intendeva per i crediti del *decoctor* eventuali controcrediti da essi vantati verso quest'ultimo⁴⁷.

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, per i beni da lui acquistati dopo la *bonorum venditio*, i creditori potevano nuovamente domandare la *missio in bona*⁴⁸. La procedura era poi integrata da particolari mezzi processuali che ponevano rimedio a diminuzioni che il patrimonio del debitore avesse sofferto per atti da lui compiuti in frode dei creditori mediante alienazione di questo o quel cespite: un *interdictum fraudatorium*, una *restitutio in integrum* e un'azione revocatoria o *Pauliana*.

Tornando all'aspetto personale o patrimoniale, va detto che un orientamento dottrinario⁴⁹ sosteneva che il procedimento esecutivo rivelava nel proprio ordinamento il suo riallacciarsi all'esecuzione personale o meglio l'incapacità del pensiero antico di concepire una diretta soddisfazione dei creditori sui beni del proprio debitore. Altri, tra cui Solazzi⁵⁰, obiettavano che con la *bonorum venditio* l'esecuzione era divenuta sostanzialmente patrimoniale.

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

⁴⁷ Gai. *Inst.* IV 65: *Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnnetur, quod superest deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.*

⁴⁸ Gai. *Inst.* II 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 adquisitum, 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.*

⁴⁹ Per tutti cf. Bonfante 1934, 456.

⁵⁰ Solazzi 1937, 10.

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»⁵¹. Del resto, nella stessa esecuzione *manu militari* e in quella mediante *pignus ex causa iudicati captum* possiamo riconoscere direttamente molti tratti della fisionomia dell'esecuzione moderna, così come i diversi procedimenti di esecuzione patrimoniale destinati a soddisfare una pluralità di creditori presentano interessanti similitudini con i moderni procedimenti concorsuali.

Le basi dell'antico processo sono, infatti, evidenti in alcune modifiche che la procedura subì nella stessa epoca classica dietro la spinta di esigenze sorte in alcuni casi nei quali si voleva evitare l'*infamia* e 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*⁵² 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:

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 (Gai. 9 ad ed. prov. Dig. XXVII 10, 5).

Tale specifica procedura era caratterizzata da pluralità di acquirenti, assenza di una 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*⁵³ e si rinvengo-

⁵¹ Guarino 2001, 243.

⁵² Solazzi 1904, 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.

⁵³ Paul. 58 ad ed. Dig. XLII 5, 6 pr. - 2: *Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, praetor bona defuncti venire permittit, ut quod superaverit pupillo restituitur; 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 quaeritur, 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 debet nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate? Scaevola noster ait, si*

no accentuati nella cosiddetta *distractio ex privato consilio*⁵⁴, che i creditori stessi concedono al debitore come più benevola per lui, ma anche più conveniente per loro:

Si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrabantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox exstiterit 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 contrabantur, omnibus pro portione praestarentur (Iul. 47 Dig. XLII 7, 5).

Di tale ultima ipotesi di *distractio* si discute se le origini siano legislative, giurisprudenziali o consuetudinarie. Solazzi⁵⁵ rilevava che in essa il curatore non venisse nominato dal magistrato, ma eletto dai creditori presenti come proprio mandatario e che quindi non rappresentasse come nella comune procedura concorsuale gli assenti sì da far mancare gli effetti propri del concorso organizzato dalla pubblica autorità. I creditori sopravvenienti, potevano impetrate dal magistrato che si rispettasse il procedimento ordinario della *bonorum venditio*. Altrimenti potevano far valere i loro diritti, oltre che agendo sul residuo, anche citando in giudizio gli altri che avevano già effettuato la *distractio*.

Questi istituti preludevano a un tipo di esecuzione tale da costituire il complemento di un processo civile che, perdendo la natura di vendetta personale, assumeva il profilo del diretto intervento dell'autorità. Questo, però, non va considerato come volto a inquadrare e regolare l'attività del privato che vuole porre rimedio alla lesione del proprio diritto, bensì teso a sostituire l'attività del privato stesso, dettando e all'occorrenza ponendo forzosamente in pratica il regolamento d'interessi che, doveva ripristinare l'ordine giuridico turbato da quella lesione.

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; Ulp. 59 ad ed. Dig. XLII 7, 11-12: 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 dominis 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.

⁵⁴ Cf. Paul. 32 ad ed. Dig. XVII 22, 10: *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, tanquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.*

⁵⁵ Solazzi 1938, 209; Solazzi 1940, 68.

In questa direzione vanno alcune ulteriori valutazioni sulla procedura in oggetto. I creditori del debitore insolvente, su richiesta di uno o più di essi, erano immessi dal pretore con decreto nel possesso dei beni del convenuto (*missio in possessionem rei servandae causa*)⁵⁶, la cui amministrazione era affidata a un *curator* scelto fra loro. Questa fase iniziale del procedimento aveva natura conservativa e cautelare, mentre la vera e propria vendita, con conseguente soddisfazione dei creditori, avveniva successivamente per mezzo del *magister bonorum*, che aggiudicava i beni a chi si offriva di pagare la percentuale più alta di debiti.

Tuttavia, la fase dell'aggiudicazione dell'universalità dei beni del *fraudator* al miglior offerente, ossia a colui il quale si fosse offerto di pagare il più alto ammontare di percentuale di debiti, rappresenta l'aspetto peculiare della *bonorum venditio*, che la distingue dal moderno procedimento concorsuale poiché il *bonorum emptor* non pagava alcun prezzo al *magister bonorum* per l'acquisizione dei beni, ma la vendita si produceva a condizione che il compratore soddisfacesse i crediti del debitore insolvente nella misura in cui si era obbligato.

A tale differenza va aggiunto che per procedere prima alla *missio in bona* e poi alla *bonorum venditio* non occorre alcun titolo esecutivo, diversamente da quanto accade oggi, ma era sufficiente che il debitore non adempisse anche a uno solo dei suoi obblighi perché il creditore potesse richiedere l'apertura del procedimento. Dunque, non occorre che esistesse una pluralità di creditori né tantomeno era requisito necessario l'insolvenza, essendo sufficiente il mero requisito oggettivo, visto che poteva concretarsi in una insolvenza relativa o in una mancanza di liquidità transitoria. Inoltre il pretore, quando si presentavano avanti al suo tribunale dei creditori che si lamentavano del fatto che i loro debitori fossero morti senza eredi, o assenti, o latitanti, non si preoccupava di provvedere all'immediata soddisfazione dei creditori, come sembra naturale secondo il nostro modo di vedere e come risulta dalla primaria finalità dell'esecuzione forzata prevista dal nostro ordinamento, ma mirava a dare a questi debitori un successore a titolo universale, lasciando poi che questi interagisse con i creditori del suo dante causa, il che non risulta del tutto comprensibile alla nostra mentalità di giuristi moderni. Certamente, però, una tale impostazione era pienamente calzante al *modus operandi* giuridico romano, giacché un magistrato romano non conosceva altro tipo di esecuzione rispetto a quella personale di origine arcaica.

A differenza di quanto avviene nel nostro diritto moderno, in conclusione, ove le aste sono concepite solo nell'ambito del procedimento di ese-

⁵⁶ Lepri 1939.

cuzione coattiva e fallimentare, le vendite all'asta nel diritto romano erano molto diffuse e praticate in vari ambiti. Al di là della considerazione di tali sostanziali differenze è estremamente importante valutare che nell'esecuzione patrimoniale romana i rapporti tra creditori e *magister* erano regolati in base a schemi e moduli schiettamente privatistici, che tengono realisticamente e immediatamente conto della 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 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 in primo luogo ha una responsabilità di tipo penale e risponde solo indirettamente ai creditori. 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, era garantita per mezzo del ricorso a strumenti privatistici, restando il momento autoritativo e pubblico-statuale in un ambito di mera eventualità e comunque di sussidiarietà. Ciò rende interessante valutare l'evoluzione del fenomeno interventivo dell'organo statale nello svolgimento dell'esecuzione in ambito processuale al fine di valutare ulteriori prospettive di riforma del processo esecutivo moderno⁵⁷. Le ragioni di tali criteri di preferenza vanno ricercate nel carattere speculativo che ha per il *bonorum emptor* l'acquisizione del patrimonio, 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*, sebbene notato dagli studiosi moderni, non fu rilevato da quelli 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 economiche per il debitore, ma non nomina il beneficio del compratore.

⁵⁷ Satta 1937, 99; Mandrioli 1953; Mandrioli 1954, 825; Tarzia 1961; Comoglio 1980-1982; Taruffo 1986; Chiarloni 1987, 569 ss.; Costantino 1988, 123; Luiso 1992; Vaccarella 1993; Comoglio 1994, 450; Tarzia 2002, 329; Verde 2002, 455; Donvito 2005, 229; Fontana 2005, 571; Castoro 2006, 64; Vigorito 2006.

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 giustizia⁵⁸ 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.

La questione resta aperta, evidentemente, soprattutto in vista della definizione del ruolo dello Stato nella gestione dell'attività processuale rispetto a quello rivestito nel diritto moderno⁵⁹. Quest'ultimo può e deve ispirarsi proprio all'esperienza giuridica romana in cui l'esecuzione del giudicato era esterna all'autorità pubblica⁶⁰. E ciò per mirare a una maggiore efficienza ed efficacia del suo realizzarsi.

VALERIA CARRO

Università degli Studi di Napoli Federico II
carro@unina.it

BIBLIOGRAFIA

- Andolina 1968 I. Andolina, I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio «non inchoandum ob executionem», *Jus* 19 (1968), 101-131.
- Arieta - De Santis 2007 G. Arieta - F. De Santis, L'esecuzione forzata, in L. Montesano - G. Arieta (a cura di), *Trattato di diritto processuale civile*, Padova 2007, 396-420.
- Armuzzi 1904 A. Armuzzi, Il magister ed il curator della bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano), *AG* 72 (1904), 481-500.
- Bethmann-Hollweg 1864-1871 M.A. Bethmann-Hollweg, *Der römische Zivilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, II, Bonn 1864-1871.
- Biondi 1930 B. Biondi, Intorno alla sentenza nel processo civile romano, in E. Albertario - P. de Francisci - P. Ciapessoni (a cura di),

⁵⁸ Lauria 1930, 479; Wenger 1938; Nicosia 1976; Nicosia 1986; Kaser - Hackl 1996.

⁵⁹ Chiovenda 1934-1937; Arieta - De Santis 2007, 396; Vaccarella 2007; Soldi 2008; Durello 2011, 863.

⁶⁰ Biondi 1930, 91 ss.

- Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano 1930, 88-120.
- Bonfante 1934 P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, I, Roma 1934.
- Bonfante 1938 P. Bonfante, *Storia del commercio*, I, Roma 1938.
- Borrè 1994 G. Borrè, Incanti immobiliari e delega ai notai, in AA.VV. (a cura di), *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Atti del Convegno (Roma, 22-23 maggio 1993)*, Milano 1994, 61-80.
- Carrelli 1938 O. Carrelli, Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio, *SDHI* 4 (1938), 429-483.
- Carrelli 1944 O. Carrelli, *Ancora sull'origine della bonorum venditio*, Roma 1944.
- Cassarino 2012 A. Cassarino, *Studi sulla bonorum venditio per insolvenza dei negotiatores nell'età commerciale romana (III a.C. - III d.C.)*, Siena 2012.
- Castoro 2006 P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano 2006.
- Chiarloni 1987 S. Chiarloni, Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1 (1987), 569-590.
- Chiovenda 1913 G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1913.
- Comoglio 1980-1982 L.P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova 1980-1982.
- Comoglio 1994 L.P. Comoglio, Principi costituzionali e processo di esecuzione, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1 (1994), 450-481.
- Costa 1918 E. Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918.
- Costantino 1988 G. Costantino, Note sulle tecniche di attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1 (1988), 123-130.
- Courtois 1894 B. Courtois, *De la bonorum venditio on de la vente en masse de biens du debiteur a Rome*, Paris 1894.
- De Marini 1959 C.M. De Marini, s.v. Ausiliari del giudice, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, 308-312.
- Donvito 2005 A. Donvito, *Il processo esecutivo immobiliare*, Torino 2005.
- Durello 2011 L. Durello, L'audizione delle parti e degli interessati. Attuazione del principio del contraddittorio nel processo esecutivo?, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1 (2011), 863-880.
- Federico - Vivaldi 2005 G. Federico - R. Vivaldi, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, Rimini 2005.
- Fontana 2005 R. Fontana, La gestione attiva del compendio immobiliare pignorato, *Riv. esec. forz.* 1 (2005), 571-590.
- Franciosi 1978 G. Franciosi, Partes secanto tra magia e diritto, *Labeo* 24 (1978), 263-275.

- Frank 1924 T. Frank, *Storia economica di Roma dalle origini alla fine della Repubblica*, Firenze 1924 (*An Economic History of Rome*, Baltimore 1920).
- Giuffrè 1993 V. Giuffrè, Sull'origine della «bonorum venditio» come esecuzione patrimoniale, *Labeo* 39 (1993), 317-340.
- Guarino 1975 A. Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli 1975.
- Guarino 2001 A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001.
- Humbert 1969a 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, 733-737.
- Humbert 1969b 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, 36-37.
- Jorio 2014 A. Jorio, La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia, in AA.VV. (a cura di), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino 2014, 2633-2642.
- Kaser - Hackl 1996 M. Kaser - K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996.
- Keller - Wach 1883 F.L. Keller - A. Wach, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Leipzig 1883.
- Kohler 1891 J. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart 1891.
- La Rosa 1956 F. La Rosa, La struttura della cautio iudicatum solvi, *Labeo* 2 (1956), 160-170.
- Lauria 1930 M. Lauria, Iurisdictio, in E. Albertario - P. Ciapessoni - P. De Francischi (a cura di), *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano 1930, 479-501.
- Lepri 1939 M.F. Lepri, *Note sulla natura delle missiones in possessionem*, Firenze 1939.
- Longo 1960 G. Longo, s.v. Esecuzione forzata, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino 1960, 713-715.
- Longo 1964 G. Longo, s.v. Missio in bona (in possessionem, in rem), in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino 1964, 767-768.
- Luiso 1992 F.P. Luiso, Effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata, in *Atti del XVIII Convegno Nazionale dei processualcivili (Torino, 1991)*, Milano 1992, 90-120.
- Mandrioli 1953 C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953.
- Mandrioli 1954 C. Mandrioli, Precetto e inizio dell'esecuzione forzata, *Giur. It.* 1, 2 (1954), 825-840.
- Marrone 1984 M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano. Ius, fonti, processo*, Palermo 1984.
- Milone 1876 F. Milone, Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata, *AG* 16 (1876), 169-190.

- Nicosia 1976 G. Nicosia, *Reddere ius. Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma 1976.
- Nicosia 1980 G. Nicosia, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Catania 1980.
- Oriani 2001 R. Oriani, L'imparzialità del giudice dell'esecuzione e l'opposizione agli atti esecutivi, *Riv. esec. forz.* 1 (2001), 8-30.
- Palma 2003 A. Palma, Degiurisdizionalizzazione del processo esecutivo immobiliare. Brevi profili comparatistici e prospettive de iure condendo, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di Alberto Bardese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, III, Padova 2003, 27-48 (= A. Palma, *Giustizia e senso comune*, Torino 2006, 73-101).
- Peppe 1981 L. Peppe, *Studi sull'esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano 1981.
- Pérez Álvarez 2000 M. del Pilar Pérez Álvarez, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano Clasico*, Madrid 2000.
- Pérez Álvarez 2011 M. del Pilar Pérez Álvarez, Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma, *Teoria e storia del diritto privato* 4 (2011), <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com>.
- Provera 1970 G. Provera, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970.
- Pugliese 1963 G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano 1963.
- Pugliese 1991 G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991.
- Ramadier 1911 P. Ramadier, *Les effets de la «missio in bona rei servandae causa»*, Paris 1911.
- Riccobono 1941 S. Riccobono (a cura di), *FIRA*, I, *Leges*, Firenze 1941, 173-175.
- Rodriguez 1616 A. Rodriguez, *Tractatus de concursu et de privilegiis creditorum in bonis*, Genevae 1616.
- Rotondi 1911 G. Rotondi, *Una nuova ipotesi in materia di bonorum venditio*, Milano 1911.
- Rotondi 1934 G. Rotondi, Bonorum venditio (Lineamenti), in P. Ciapessoni (a cura di), *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 96-154.
- Salgado De Somoza 1646 F. Salgado De Somoza, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, Valladolid 1646.
- Salvioli 1969 G. Salvioli, *Storia del diritto italiano. Storia della procedura civile e criminale*, III.2, Firenze 1969.
- Santarelli 1964 U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova 1964.

- Satta 1937 S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937.
- Scherillo 1953 G. Scherillo, *La bonorum venditio come figura di successio*, *Iura* 2 (1953), 205-214.
- Serafini 1887-1889 E. Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, I, Pisa 1887-1889.
- Solazzi 1904 S. Solazzi, *Un caso di distractio bonorum nel diritto romano classico*, *BIDR* 16 (1904), 89-123.
- Solazzi 1937 S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli 1937.
- Solazzi 1938 S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli 1938.
- Solazzi 1940 S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli 1940.
- Soldi 2008 A.M. Soldi, *Il processo esecutivo*, Bologna 2008.
- Taruffo 1986 M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, *Rivista critica di diritto privato* 1 (1986), 635-655.
- Tarzia 1961 G. Tarzia, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano 1961.
- Tarzia 2002 G. Tarzia, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.* 1 (2002), 329-350.
- Ubbelohde 1890 A. Ubbelohde, *Über das Verhältniss de bonorum venditio zum ordo iudiciorum*, Marburg 1890.
- Vaccarella 1993 R. Vaccarella, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo in titolo esecutivo, precepto, opposizioni*, Torino 1993.
- Vaccarella 1994 R. Vaccarella, *Delegabilità ai notai de iure condito e de iure condendo delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari*, in AA.VV. (a cura di), *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Atti del Convegno (Roma, 22-23 maggio 1993)*, Milano 1994, 46-52.
- Vaccarella 2007 R. Vaccarella, *Esecuzione forzata*, *Riv. esec. forz.* 1 (2007), 1-25.
- Verde 2002 G. Verde, *Sul principio del contraddittorio nel processo esecutivo e sulla tutela del debitore esecutato di fronte all'intervento dei creditori*, *Riv. esec. forz.* 1 (2002), 455-490.
- Vigorito 2006 F. Vigorito, *Le procedure esecutive dopo la riforma. L'esecuzione forzata in generale*, Milano 2006.
- Voigt 1882 M. Voigt, *Über die Geschichte des römische Executionsrechts*, *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften Philologisch-Historische Classe* 34 (1882), 76-120.
- Volterra 1978 E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1978 (1961).
- Wenger 1938 L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano 1938 (*Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925).