

Pag. 12 riga 29

» 13 » 3  
 » 14 » 34  
 » 14 » 38  
 » 23 » 38  
 » 25 » 5  
 » 25 » 19  
 » 31 » 3  
 » 31 » 7  
 » 31 » 9  
 » 33 » 22  
 » 33 » 23  
 » 53 » 27  
 » 55 » 1  
 » 61 » 36  
 » 67 » 28  
 » 70 » 15  
 » 70 » 30  
 » 71 » 8  
 » 73 » 40  
 » 74 » 26

## ERRATA

sacramenali  
 giurisdiziale  
 eevato  
 libertà, quello  
 romani: lo *status*  
 piccoli  
 8/1/3 per cento  
 (in nota) sule  
 » Perad.  
 » l'obbligotio  
 del nexum.  
 delle parole  
 vendite  
 (in nota) Bethmann  
 ex sententiae  
 fideiusori  
 questo  
 la  
 processo  
 fraudatorium  
 esercitata

## CORRIGE

sacramentali  
 giurisdizionale  
 elevato  
 libertà, e quello  
 romani, lo *status*  
 piccoli  
 8, 1/3 per cento  
 sulle  
 Parad.  
 l'obligatio  
 della parola nexum.  
 della parola  
 rendite  
 Bethmann  
 ex sententia  
 fideiussori  
 il convenuto  
 li  
 possesso  
 fraudatorium  
 esercitava

ANGELO BERETTA

L'esecuzione contro il debitore  
nel diritto Romano ed il nexum

Inv. n.º: 492

Sign: 380



ISTITUTO DELLE EDIZIONI ACCADEMICHE  
UDINE

B

TUTTI I DIRITTI RISERVATI



Koupi od	<i>Libreria Forence</i>
Darem od	
v	<i>Primo</i> 20. 120 Lit
Inv. n.:	<i>32. 820</i>
Sign	

## CAPITOLO I.

### Procedimenti esecutivi primitivi

Fin da quando si stabilirono i primi rapporti giuridici di obbligazione fra gli uomini, sorse la necessità di assicurare con mezzi coercitivi energici l'adempimento dell'*id quod debetur* da parte del debitore riluttante, e cioè di dare al creditore la possibilità di ottenere una soddisfazione compensativa, nel caso che il debitore, per la sua nullatenenza, non avesse potuto pagare il debito contratto.

Oggidi il procedimento esecutivo fa capo al principio liberale, ed assai di sovente inefficace, che soltanto i beni del debitore possono essere colpiti dalla esecuzione dei creditori, i quali vi hanno uguale diritto, se non vi siano cause legittime di prelazione (art. 1848-1849 Cod. Civ.), salvo i limitatissimi casi di esecuzione sulla persona stabiliti dalla legge 6 dicembre 1877, n. 4166, della quale, però, non si fa mai applicazione.

Ma un lungo ed aspro cammino fu percorso prima che il menzionato principio fosse riconosciuto e canonizzato, giacchè i sistemi coercitivi diretti ad assicurare il pagamento dei debiti, come tutti gli Istituti giuridici fondamentali, subirono attraverso i tempi e le mutate civiltà, una profonda variazione nei costumi e nelle leggi di tutti i popoli.

Ne' tempi più lontani, i debitori dovevano rispondere principalmente con la loro persona dei debiti contratti. I beni dei debitori, o non erano presi in considerazione alcuna, o avevano secondaria importanza. La coazione esercitata dal creditore altro intento non aveva, se non quello di agire sulla volontà del debitore per determinarlo ad eseguire la prestazione. E perciò alla inadempienza del debitore faceva riscontro la minaccia e la irrogazione di una grave sanzione, in modo che il timore di incorrere in essa servisse di spinta alla volontaria esecuzione dell'obbligazione.

La legge di Mosè stabiliva che il debitore insolvente vendesse se stesso al creditore, dal quale, però, doveva essere liberato dopo sei anni di servizi resi.

Il codice di Manù sanzionava che il debitore potesse, mediante prestazione di opere, sdebitarsi col creditore.

Le condizioni del debitore erano più gravi presso gli Ebrei, giacché secondo la legge di quel popolo, i debitori erano ridotti in schiavitù ed i figli ne seguivano la misera sorte.

Presso gli Egizi i debitori, oltre che incorrere nella schiavitù, potevano perdere il diritto agli onori funebri.

In Grecia la schiavitù per debiti era largamente applicata, ed era eziandio ammessa la vendita del debitore, o l'uccisione dello stesso.

Analoghi sistemi si sono riscontrati anche recentemente presso i popoli di arretrata civiltà, quali gli Etiopici, che ora la vittoria delle nostre armi avvia all'incivilimento. Se il debitore non avesse avuto denaro contante per far fronte al pagamento dei suoi debiti, o pegni sufficienti per offrirli in garanzia, veniva consegnato in catene al suo creditore; i due se la sbrigliavano fra di loro alla meglio. E ciò dopo un sommario giudizio avanti ad un gruppo di spettatori che parteggiavano per l'uno o per l'altro dei contendenti.

Come ben si scorge dagli esempi suindicati, il segno caratteristico di tutte le primitive sanzioni contro i debitori insolventi è la ferocia delle loro disposizioni, con la prevalenza della esecuzione sulla persona a quella sui beni. Tale sistema si adegua naturalmente alle condizioni ed al sentimento giuridico dei popoli ancora rozzi.

Il credito e la fiducia per i romani primitivi e preistorici dovevano essere considerati come sacri ed inviolabili vincoli, se come gli stessi affermano, la sola parola data, come si suole tra i commercianti, era tenuta in gran conto, e se il giuramento, e forse soltanto il timore degli Dei vindici dello spergiuro, bastavano a proteggere i creditori (1).

I Romani dell'epoca storica, partendo dal principio che non si dovesse mai spegnere od affievolire nella società umana il sacro pegno della pubblica fede, *quoniam grave est, fidem fallere*, diceva il Pretore (L. 1 D. de pec. Constit. XIII. 5), si mostrarono spietatamente inesorabili contro i violatori di essa nei rapporti della vita civile. Se la fede non fosse mantenuta, così ragionavano i romani, nessuna società potrebbe sussistere, e non può esservi fede se i debitori possono, più o meno facilmente, esimersi dal pagare i loro debiti. Ma oggidì *quantum mutatur ab illis* nella coscienza pubblica?

Nel sistema contrattuale romano, come dimostrano poche, ma sicure reminiscenze storiche, rigorosissime norme ed appositi rituali furono escogitati all'evidente duplice intento di impedire ai cittadini, con ogni mezzo, di assumere obbligazioni che esorbitassero dai limiti delle proprie forze economiche, e nello

stesso tempo, di fornire ai creditori la sicurezza di non essere defraudati.

Per quanto una serie addirittura molteplice di dotti scrittori, particolarmente ai giorni nostri, abbiano fatto sforzi immensi di erudizione per diradare le fitte tenebre che avvolgono taluni istituti giuridici in vigore nell'antichissimo diritto romano, pur tuttavia la luce sui medesimi, e specialmente su alcuni, non risplende ancora così chiara da potersi affermare che di essi si abbia una esatta e perfetta conoscenza. Le cose più antiche, come si espresse Tucidite, non si possono per la lontananza dei tempi chiaramente conoscere.

E' infatti del tutto sconosciuto il procedimento adottato dai Romani dell'epoca primitiva per costringere il debitore a pagare quanto era da lui dovuto, e che cosa avvenisse del debitore che per la sua indigenza non avesse potuto pagare, o che maliziosamente si fosse reso insolvente.

E' però ragionevole pensare che anche i più antichi Romani, all'adempimento forzoso delle obbligazioni aventi per oggetto somme di denaro abbiano provveduto con forme arcaiche semplici e brute, come quelle adottate da tutti i popoli primitivi, presso i quali non si hanno nemmeno i rudimenti di un potere giudiziario costituito per impedire l'arbitrio e la privata vendetta, e per fare attribuire, con forme precise e determinate, a ciascuno quello che gli spetta.

Va, quindi, ritenuto che in origine vigesse il *sistema del jarsi giustizia da sè*, ed era la forza brutale quella che decideva del diritto e del torto, del mio e del tuo, del dare e dell'avere.

L'esame della Storia di Roma, delle fonti del diritto, della sociologia, induce a ritenere che il creditore si vendicasse a proprio talento contro il debitore inadempiente, e cioè nel modo che avesse ritenuto più opportuno, o per sè più soddisfacente.

Il creditore, perciò, poteva impadronirsi del suo debitore e disporre di esso con ogni arbitrio, battendolo, tenendolo prigioniero, adibendolo come schiavo ai propri servizi, o vendendolo, e persino uccidendolo, senza che alcuno impedisse l'esercizio di siffatta *giustizia privata*, la quale doveva apparire al popolo ancora rozzo, semplice, e superstizioso, come imposta da una forza mistica. Si può, sulla scorta di predetti documenti, affermare che nei tempi più recenti era la rappresaglia, o privata vendetta, quella che dava al creditore soddisfazione per l'inadempienza del debitore. Essa rappresenta la *prima fase* del procedimento civile romano, e l'origine della *manus iniecto*, della quale si terrà fra poco, parola.

La *seconda fase* si ha più tardi, quando l'aggregato sociale, ancora incomposto, incomincia a trasformarsi in aggregato po-

(1) Mommsen - Storia romana, vol. I, pag. 177. Ed. Acqua.

litico, e viene riconosciuta ad una persona la potestà di capo o signore della gente, o della tribù (*pater, magister*).

L'impossessamento della persona del debitore insolvente da parte del creditore, che costituiva l'atto primo e più importante della privata vendetta, veniva allora consumato davanti a tale capo, sia in omaggio spontaneo alla di lui potestà su tutti i componenti dell'aggregato, sia per considerazioni di indole religiosa, essendo quello, oltre che la suprema autorità politica, anche il capo della religione.

Alle genti ancora primitive sembrava che l'atto dell'impossessamento del debitore insolvente fosse giustificato e protetto dalla divinità quando fosse compiuto sotto gli occhi dell'autorità, come se questa tacitamente lo avesse consentito, o ratificato.

Quel che da principio fu un gesto spontaneo, divenne, poi, un vero e proprio sistema di vita, una norma di condotta consacrata dal costume, e quindi un diritto ed un obbligo nello stesso tempo.

Al creditore, cioè, che non era stato soddisfatto, veniva riconosciuto il diritto di tradurre, anche con la forza materiale, il debitore insolvente davanti al capo della gente o della tribù cui apparteneva, dove, con la semplice affermazione di essere creditore, dichiarava di impossessarsi del debitore tradotto, il quale si poteva salvare solo col pagamento.

Se il pagamento non aveva luogo, il debitore seguiva la sorte sopra indicata della prigionia, schiavitù, vendita ed uccisione. La presenza dell'autorità pubblica altro non costituiva che una specie di controllo puramente passivo.

In questo periodo si cominciano così a gettare le *prime basi di un processo*.

Per un regolamento ben definito del modo di agire dei creditori verso i debitori, bisogna risalire ad un'epoca ancora più avanzata di civiltà, che molto verosimilmente coincide con quella dei primi Re di Roma, nella quale ha inizio la *terza fase* della procedura civile, in seguito alla costituzione e specificazione dei poteri e delle funzioni pubbliche.

Il pubblico potere, per il fine eminentemente politico di impedire il turbamento della pace sociale, si assume il compito della giustizia (*iurisdictio*). La presenza del Magistrato che dapprima, come fu sopra rilevato, era soltanto una formalità *ad solemnitatem*, non scevra da misticismo, per la legittimazione dell'atto di impossessamento del debitore insolvente, assume importanza particolare, giacchè ad esso Magistrato viene riconosciuta la potestà di dirimere le controversie che traevano origine dalle relazioni private, determinando con la sua decisione le conseguenze derivanti dal mancato adempimento delle contratte obbligazioni.

Il diritto di farsi giustizia da sè per l'adempimento delle obbligazioni cede, così, il posto al *diritto di adire il Magistrato*, e di ottenere una sentenza di condanna (*damnatio*), e cioè un giudicato. I casi simili vengono decisi tutti in conformità, e la molteplicità dei casi decisi sono le prime e le sole fonti del diritto, e costituiscono le norme (*mores*) che servono per la risoluzione degli analoghi contrasti.

Sino a questo momento siamo sempre in uno stato primitivo e di formazione della procedura, che è in relazione alla mancanza di leggi scritte (*leges rogatae*). Non essendovi ancora nè leggi scritte, nè azioni prestabilite, il processo si svolgeva senza procedura, eseguendo le forme semplici, più o meno sacramentali, a sfondo religioso, che il costume andava man mano fissando.

La comparizione davanti al Magistrato avveniva ancora nella forma semplice anteriormente adottata. Alla scadenza del termine per il pagamento il debitore veniva acciuffato dal creditore, dovunque lo avesse trovato, e veniva trascinato davanti al Magistrato, nel luogo in cui questi teneva le sue sedute (*Tribunal*), per obbligarlo a soddisfare le obbligazioni assunte. Il Magistrato, compiuti gli accertamenti del fatto che avesse ritenuti necessari, pronunciava il suo giudizio di assoluzione o di condanna.

Con la sentenza di condanna il debitore insolvente veniva senz'altro aggiudicato al creditore.

Il Magistrato era il Re o Capo della Comunità; ma a poco a poco egli delegò tale compito ad un giurato (*iudex*), od impose addirittura alle parti discegliersi un giudice (*arbiter*).

La funzione coercitiva, anche in tale periodo era lasciata in balia dei privati. Era sempre la parte vittoriosa che provvedeva alla esecuzione della decisione, facendosi, in caso di bisogno, coadiuvare dai famigliari, o dagli amici, o dagli appartenenti alla stessa tribù, quando questi non intervenivano spontaneamente, per naturale istinto di solidarietà, a dare man forte al creditore. Siffatta violenza, posta in essere per la reintegrazione del diritto, era una *vis justa*.

Anche in tale periodo di civiltà, se il debitore, per la sua indigenza, non avesse potuto pagare, il creditore poteva impadronirsi e disporre di esso liberamente, come sopra si è detto, salvo che non fosse intervenuto tempestivamente, per evitare le note gravi conseguenze, un *vindex*, e cioè un terzo, che avesse eseguito il pagamento invece del debitore, o che si fosse obbligato a farlo. Ma su questo punto, le fonti sono assai incerte.

Il procedimento civile, come tutto il diritto, a poco a poco subisce l'evoluzione storica, e vengono fissate, ad un certo momento, le azioni ed il cerimoniale che debbono essere osservati da

chi intende agire per chiedere al debitore il soddisfacimento di quanto gli è dovuto. Si giunge così all'epoca delle *legis actiones*, con le quali, virtualmente, cessa il regime dell'autogiustizia. Diciamo virtualmente perchè, come meglio sarà chiarito in prosieguo, non essendovi sanzioni contro l'esercizio abusivo del diritto di farsi giustizia da sè, di fatto, tale sistema continuò ad applicarsi ancora in pieno periodo storico, per tutto il tempo della Repubblica, e fino ai tempi dell'Imperatore Marco Aurelio (594-180) (1).

Occorsero mille anni e forse più, dice il Bonfante (2), prima che il processo venisse interamente nelle mani dell'autorità pubblica e del magistrato.

Accanto alla forma coatta di esecuzione personale, e come rimedio onde evitare le gravissime conseguenze a cui quella portava, fu adottata, certamente in un periodo posteriore a quello preistorico, quando il costume era mitigato, la forma di esecuzione personale spontanea. Questa aveva luogo allorquando un padre di famiglia di una gente che si era obbligato a pagare una somma di denaro ad un altro padre di famiglia di un'altra gente — non potendo siffatta obbligazione essere assunta da persone che non avevano il *commercium* — vendeva sè stesso, o un proprio figlio di famiglia, mediante la *mancipatio in servitute*, per un prezzo irrisorio, quasi fittizio, che in epoca più antica non poteva che essere rappresentato da un pezzo di metallo grezzo, mentre al tempo della moneta coniatata era rappresentato da un sesterzio (*nummo uno*).

Il principio era sempre lo stesso, e cioè, che colui il quale non poteva coi propri mezzi economici adempiere all'obbligazione contrattuale avente per oggetto una somma di denaro, doveva subire l'esecuzione personale.

Con la *mancipatio in servitute*, il debitore sfuggiva alla prigione, alle battiture, alla vendita, ed alla morte, e si poneva volontariamente sotto la potestà del suo creditore, e quindi agli ordini dello stesso, per rimanervi fino a tanto che non avesse pagato con danaro proprio, o non avesse coi propri servizi scontato il debito.

Recentemente, da autorevoli studiosi della preistoria del diritto, è stato dimostrato che l'assoggettamento alla potestà altrui per debiti è un istituto molto in uso presso i popoli primitivi.

Di tale istituto non si hanno notizie precise, e da esso, molto verosimilmente, ha tratto la sua origine il *nexum*, col quale è stato confuso. Ma del *nexum* e dei *nexi* dovrà in seguito tenersi parola.

(1) Vedi a pag. 62.

(2) Bonfante - St. del dir. Rom. Soc. Ed. lib. Milano, pag. 233

Anche i debitori, verso lo Stato, alla stessa stregua dei debitori verso i privati, in origine, andavano soggetti all'esecuzione personale, la quale, come ci attesta il Mommsen (1) si distingueva dalla prima per il maggiore rigore derivante dall'assenza assoluta di formalità. Ciò ben si spiega, quando si consideri che alle genti primitive appariva come una menomazione della sovranità, l'esistenza di altra autorità cui lo Stato avrebbe dovuto inchinarsi per farsi rendere giustizia, al pari dei privati. Lo Stato romano, pertanto, come supremo organo dal quale emana ogni diritto, in tutte le epoche antiche, si fa giustizia da sè, di fronte ai privati coi quali si trovi in relazioni di interessi (2). In forza, poi, dello sviluppo generale della procedura civile, per la riscossione dei crediti dello Stato, l'esecuzione sulla persona fu surrogata dall'esecuzione sul patrimonio del debitore (*sectio bonorum*). Lo Stato, onde incassare più agevolmente e sollecitamente i proprii crediti, agiva esecutivamente sul patrimonio dei debitori, mediante la *pignoris capio*, e cioè mediante pignoramento ed impossessamento di cose del debitore.

Ordinariamente i debiti verso lo Stato venivano garantiti da terzi detti *praedes*, i quali erano quelli che subivano le gravi esecuzioni. Sulla natura giuridica dell'obbligazione dei *praedes* molto si discute fra i romanisti, ed è qui fuori luogo ogni accenno ad essa.

(1) Mommsen - Dir. pubbl. I, pag. 203 e IV pag. 251.

(2) Girard - Manuale di Dir. Rom. U.T.E.T. 1909 I. IV, pag. 981.

## CAPITOLO II.

## Procedura per « legis actiones »

Con le *Legis Actiones* si entra nel periodo storico della procedura civile, e cioè nel periodo in cui i diritti, essendo stabiliti da leggi scritte, servono a fondare le azioni spettanti a chi avesse ritenuto di avere subito una violazione del proprio diritto.

Mentre in tutto il primo periodo la procedura è caratterizzata dall'essere senza processo, ora ha inizio la *procedura con processo*. Il Giudice, adito con forme determinate, deve affermare, *causa cognita*, che il diritto preteso dall'attore sussiste veramente. La tutela del diritto è esercitata a mezzo di azione che viene, appunto, a costituire *l'ius persequendi iudicio quod sibi debetur*.

Con le *Legis actiones* è rigorosamente stabilita la procedura che deve essere seguita da colui che intende agire contro il debitore inadempiente. La violenza privata, al fine di tutelare il proprio diritto, è consentita, semprechè siano osservate certe formalità e certi riti.

Probabilmente tali azioni altro non sono che l'espressione ultima del cerimoniale che veniva svolto per fare riconoscere davanti al Magistrato il proprio diritto al cospetto della persona obbligata.

Le Pandette ci dicono solo che le *legis actiones* sorsero, « *quibus inter se homines disceptarent* », e che esse furono determinate e solenni, affinché i privati non agissero a proprio talento: *quas actiones ne populus, prout vellet, istitueret, certas, solemneque esse voluerunt* (1). Ben fu perciò detto che esse sono il risultato di uno svolgimento consuetudinario anteriore alle XII tavole, e sanzionato legislativamente da queste (2).

Trattavasi di procedimenti con riti fissi e ben determinati, e formole sacramentali, per cui bastava un mutamento qualsiasi di termini per dare luogo a nullità: « *Vel ideo quia ipsorum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde at-*

(1) L. 6 Dig. de orig. iuris. I. 2.

(2) Girard - op. cit. Havvi grave disputa fra i romanisti circa l'epoca alla quale risalgono le XII tavole, ma prevale l'opinione che li pone fra gli anni 304-303/450-451, e cioè, ai primi tempi della repubblica.

*ques leges observabantur* », dice Gaio (Inst. 4.11). Erano, quindi, procedimenti eminentemente formalistici.

In quest'epoca la funzione giurisdiziale era in mano di magistrati, che nell'epoca più antica erano i Re, mentre nell'epoca della Repubblica passò ai consoli, e poi finalmente ai Pretori, nelle cui mani fu definitivamente accentrata.

Secondo la tradizione le *Legis actiones*, che in origine, erano gelosamente custodite dal Collegio dei Pontifici, sarebbero state pubblicate da Gneo Flavio, scriba di Appio Claudio, nel 324/450, e per tal guisa sarebbe avvenuta la divulgazione e laicizzazione del diritto.

Le *legis actiones*, o *actiones legitimae*, furono così dette perchè erano determinati dalla legge i casi in cui si poteva adire il Magistrato: *legis actiones appellantur . . . . . quod legibus proditae erant* (1). Esse comprendevano non solo le azioni con le quali a ciascuno era consentito proporre la domanda in giudizio, ma generalmente tutti gli atti considerati legittimi, sia che si compissero in giudizio, come *l'adoptio* e *l'aemancipatio*, sia che si facessero valere fuori di giudizio e senza la presenza del magistrato, come *l'alienatio*, *l'aditio haereditatis*, *la tutoris auctoritas interpositio*, quantunque il nome di azione sia rimasto a quegli atti con cui le parti contendevano fra di loro.

Si conoscono cinque tipiche *actiones legis*, e di esse ci ha tramandato i più ampi ragguagli Gaio nelle sue Istituzioni. Esse sono: *la legis actio sacramentum*; *la legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; *la legis actio per condictionem*; *la legis actio per manus iniunctionem*; *la legis actio per pignoris captionem*.

Le prime tre erano vere e proprie procedure di cognizione, e cioè modi di agire per ottenere il riconoscimento di un diritto ed una conseguente condanna a fare, o non fare, o a dare la cosa che costituiva oggetto della pretesa attrice, mentre le ultime due erano procedure esecutive, le quali presupponevano l'esistenza di una condanna, o quanto meno il riconoscimento esplicito (*confessio* o *jusiurandum*), o tacito, (contumacia o mancanza di difesa), od anche la difesa difettosa, e cioè non *uti oportet*, da parte del convenuto, oppure altro fatto che rendeva impossibile la procedura di cognizione (latitanza, assenza, celamento del debitore).

Delle tre azioni dirette all'accertamento di uno stato di fatto, quelle che miravano a stabilire la sussistenza di una ragione creditoria, *actio in personam*, erano: *la legis actio sacramentum* e *la legis actio per condictionem*; mentre quella per *iudicis arbitrive postulationem* era un' *actio in rem*, diretta, cioè a stabilire la sussistenza di un diritto sulla cosa, od a re-

(1) Gaio - Inst. 4-11.

golare uno stato di fatto relativamente a determinate cose (*reivindicatio, actio communi dividundo, actio familiae erciscundae, actio finium regundorum, ecc.*).

**LEGIS ACTIO SACRAMENTUM.** — Il creditore, per ottenere la condanna del suo debitore al pagamento di quanto dovutogli, e cioè, per munirsi del titolo esecutivo, dopo la prefissa scadenza del termine, doveva citare codesto debitore davanti al magistrato con una forma ormai ben precisata, la *in ius vocatio*, che era un solenne invito di seguirlo prontamente (1). Se il debitore non avesse ubbidito all'intimazione anzidetta, il creditore aveva il diritto di trascinarvelo con forza, salvo che fosse intervenuto un terzo (*vindex*), che si fosse reso garante della comparizione del convenuto per altro giorno stabilito. Avvenuta, poi, la comparizione davanti al magistrato, l'attore doveva solennemente affermare il suo credito al cospetto del convenuto, pronunciando le parole: « *Aio te mihi centum sestertios dare oportere* » (o più o meno secondo l'entità del credito).

Il convenuto, a sua volta, o riconosceva con solenne dichiarazione il suo debito, o taceva, o non si difendeva convenientemente, il che corrispondeva sempre a confessione giudiziale, oppure contestava di dovere, in tutto od in parte, la somma domandagli. Nel primo caso il debito dell'attore diventava tosto esecutivo, e faceva sorgere il diritto di ricorrere alla *manus iniectio*; nel secondo caso, invece, l'attore, di fronte alla contestazione, provocava il convenuto ad una scommessa (*sacramentum*), che dava luogo ad un deposito, o ad una promessa, dopo di che veniva nominato il giudice, davanti al quale le parti dovevano poi comparire per l'ulteriore svolgimento della lite, essendo la procedura delle *legis actiones* caratterizzata dalla doppia fase, la prima davanti al magistrato (*in iure*), e la seconda davanti al giudice unico (*in iudicio*), scelto dalle parti liberamente, od, in caso di disaccordo, tolto da una lista.

Il giudice Collegiale, introdotto nel 515/241, allorché il numero delle tribù fu elevato a 35, non aveva competenza a giudicare delle controversie per pagamento di somme. Difatti il collegio dei *centumviri*, e quello dei *decemviri litibus o stlitibus iudicandis* erano competenti soltanto a giudicare rispettivamente delle liti in materia di eredità e di libertà, quello dei *triumviri capitali* giudicava in taluni casi di *manus iniectio* (2).

Dinanzi al detto giudice avveniva lo svolgimento delle prove dirette all'accertamento della sussistenza e della misura del

(1) Vari testi, particolarmente dei comici antichi rivelano che le parole ordinariamente pronunziate per chiamare in giudizio erano le seguenti: *te in ius veni, in ius eamus, ambula in ius*.

(2) Girard - op. cit., pag. 994.

credito. Dette prove erano costituite o dal giuramento, o da testimoni che fossero informati del fatto, o da documenti. Dopo l'istruttoria, semplice ed orale, il giudice decideva quale delle parti avesse vinto la scommessa (*utrius sacramentum iustum*), e quale fosse rimasta soccombente (*utrius sacramentum iniustum*).

In seguito a ciò il deposito fatto dalla parte soccombente, che era di due buoi o di cinque pecore, secondo il valore della causa, era devoluto ai sacerdoti, ed era destinato ai pubblici sacrifici.

La decisione suindicata (*sententia*) costituiva pel creditore il titolo per potere agire *in executivis*, e cioè per potere avvalersi della procedura per *manus iniectioem*.

Quegli che per sua confessione espressa o tacita era stato riconosciuto debitore, o che aveva avuto torto, se non pagava subiva la feroce legge dell'impossessamento da parte del creditore, per essere, anzitutto, tradotto davanti al magistrato, onde essere obbligato a soddisfare il debito, e per essere, quindi, aggiudicato (*addictus*).

La *legis actio sacramentum* non forniva sempre al creditore il titolo per potere agire contro il debitore riluttante, giacché, anche quando era in *personam*, il più delle volte essa non aveva per oggetto un credito di somma determinata, ma una obbligazione *ex contractu*, o *ex delicto*. In questo caso, dopo essere stato accertato e dichiarato con la sentenza se la pretesa dell'attore fosse giustificata (*sacramentum iustum*), dovevasi agire *ex novo* per la liquidazione o per la estimazione dell'obbligazione, e per la condanna al pagamento di una somma certa e determinata (*arbitrium litis aestimandae*), che apriva l'adito alla procedura esecutiva mediante l'*actio per manus iniectioem*.

**LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM.** — La *Legis actio per condictioem*, invece, sembra che sia stata appositamente creata dalla legge Silia per fornire al creditore di somma di danaro (*pecunia certa*) il titolo onde potere al più presto intentare la procedura esecutiva anzidetta. Essa offriva alcune facilitazioni all'attore, e particolarmente era preferita per la semplicità delle sue forme di procedura, e la possibilità di definire la lite *in iure* (1).

La legge Calpurnia, la estese alle obbligazioni che avevano per oggetto tutte le altre cose certe.

Tanto la *Legis actio per manus iniectioem*, quanto quella per *pignoris capioem* erano procedure coercitive che avevano

(1) Gaio - Inst. IV-5.

per intento la immediata soddisfazione del creditore, o con l'aggiudicazione della persona del debitore insolvente, o col pegno dei suoi beni.

**LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM.** — Mediante la *pignoris capio* il creditore s'impossessava di una o più cose del debitore, le tratteneva per un dato tempo, ed ove il debitore non si fosse deciso a soddisfare la sua obbligazione, poteva trattenersene definitivamente ed anche distruggerle. L'intento di tale mezzo era quello, appunto, di influire sulla volontà del debitore di mala voglia. Oltre che dallo Stato, al fine di incassare più agevolmente e sollecitamente i propri crediti, senza bisogno di ricorrere prima ad un giudizio, la *pignoris capio* poteva essere esercitata dai privati in casi eccezionali per taluni crediti specificamente enumerati. Fu introdotta per alcuni casi dalla consuetudine, e per altri dalla legge, come afferma Gaio: Per *pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege* (1). I casi nei quali fu stabilita dal costume sono di indole militare, e si riferiscono al debito per paga (*aes militare*), al debito per il prezzo del cavallo (*aes aequestre*), ed all'indennità di foraggio (*aes ordearium*) (2); mentre i casi per cui fu stabilita dalla legge sono più numerosi, e sono di indole religiosa o politica (3).

**LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM.** — La *legis actio per manus iniectioem* altro non è se non la canonizzazione delle forme ultime stabilite dai mores, con le quali i creditori esercitavano la difesa privata dei loro diritti. Probabilmente essa costituisce l'ultimo stadio raggiunto dell'istituto arcaico stragiudiziale della *manus iniectio*, consistente nell'apprensione della persona del debitore che non adempiva la sua obbligazione, vuoi per vera indigenza, vuoi per mala fede. Il Girard, al riguardo, afferma che la *manus iniectio* non poté servire all'esecuzione dei giudicati se non da quando esisterono altre *legis actiones* tali da servire da preliminari; prima d'allora essa serviva a far valere diritti di credito che la generavano direttamente, e forse è questa la *legis actio* ove meglio si vede come il processo ha potuto innestarsi nelle antiche procedure senza processo, e cioè, come la procedura giudiziale ha potuto surrogare la procedura stragiudiziale, a sua volta derivante dalla pura vendetta (4).

(1) Gaio - IV, 26.

(2) Gaio - IV, 27.

(3) Gaio - IV, 28, 29, 30.

(4) Girard - op. cit. C. IV, p. 957.

Col decorso del tempo la *manus iniectio* dovette essere limitata a fare valere pretese esclusivamente creditorie, ed è forse questa l'ultima forma raggiunta all'epoca in cui, accolta e legislativamente regolata come procedura di esecuzione, fu accordata a chi, avendo fatto riconoscere nel giudizio promosso con l'*actio sacramentum*, o con quella per *condictionem*, il vantato diritto di credito, intendeva dare esecuzione alla sentenza di condanna.

Mediante la procedura per *manus iniectioem* il creditore si impossessava della persona del debitore, ovunque lo avesse trovato, e lo trascinava al cospetto del magistrato per obbligarlo a soddisfare il suo obbligo, che era stato già in precedenza riconosciuto.

La legge decimvirale, nella sua tavola terza, prescriveva al riguardo che pel pagamento di un debito, risultante da confessione o da riconoscimento giudiziale, venivano concessi al debitore 30 giorni di tempo, onde procurarsi la somma occorrente: « *Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunt* » (framm. 1).

Scaduto tale termine inutilmente, il creditore aveva il diritto di arrestare il debitore e di tradurlo in giudizio: « *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito* » (framm. 2). L'attore alla presenza del magistrato, mettendo le mani sul debitore convenuto, proclamava solennemente l'ammontare della somma dovutagli, la causale del credito, ed il non avvenuto pagamento, pronunziando queste parole: *quod tu mihi iudicatus* (oppure *damnatus*, a seconda del titolo), *es decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi decem milium iudicati manum iniicio*.

Al convenuto non era lecito respingere la *manus iniectio* (*manus sibi depellere*), e se non pagava, e nessuno in giudizio si offriva per prestare garanzia (*vadimonium*), il creditore era autorizzato dal magistrato (*addictio*) a tradurlo seco, a legarlo con correggie, o con catene del peso non minore di 15 libbre, od anche, se lo avesse creduto opportuno, di un peso maggiore: « *Ni iudicatum fecit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito, vincito nervo aut compendibus XV pondo, ne minore, aut si volet majore vincito* » (framm. 3). Il creditore poteva tenere in casa sua, legato nel modo suaccennato, il debitore, per 60 giorni, e questi durante la prigionia, se lo avesse voluto, poteva vivere a sue spese, oppure farsi mantenere dal creditore, il quale doveva in tal caso, passargli almeno una libbra di pane di farro ogni giorno: « *Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato* » (framm. 4).

Durante i detti sessanta giorni in cui il debitore (*abductus*) stava chiuso ed incatenato (*vinctus et clausus*), vi era il diritto

di venire ad un accordo. In tale periodo di tempo, in tre mercati successivi, il debitore veniva condotto nel comizio innanzi al Pretore, il quale ad alta voce proclamava la somma che veniva riconosciuta come dovuta al creditore istante. Nel terzo giorno di mercato, se il debitore non pagava, veniva decapitato, oppure mandato al di là del Tevere, in paese straniero, per essere venduto: « *Erat autem jus interea paciscundi, ac nisi parti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continui ad praetorem in comitium producebatur. Tertius nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant* » (framm. 5).

E nel caso, non raro, in cui il debitore era aggiudicato a più creditori, questi avevano il diritto, dopo i tre giorni di mercato, di tagliarlo in pezzi, e di dividerselo, avvertendo la legge che non vi era pericolo di commettere frode, e di incorrere in responsabilità, se i creditori ne avessero tagliato troppo, oppure poco, in confronto del rispettivo credito: « *Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, ne fraus esto* » (framm. 6).

Il rigore delle leggi romane in materia di debiti arrivava a tal punto, di riconoscere ai creditori persino il diritto di disporre del cadavere dei propri debitori, tanto che potevano impedirne il seppellimento, se fossero morti senza avere soddisfatto il loro debito. E ciò all'evidente intento di spronare i parenti dei debitori a fare il pagamento, onde evitare l'ignominia della non sepoltura del defunto, ritenuta dalla coscienza romana come gravissima ingiuria.

Tale rigore può considerarsi un portato naturale delle condizioni della primitiva società romana organizzata sulla base del gruppo gentilizio, in cui la forma più importante, se non esclusiva, di proprietà conosciuta era il dominio collettivo, ed in cui l'attuazione del diritto era rimesso alla forza privata dell'individuo e del gruppo, giacchè l'azione del creditore, principalmente, aveva per fine di vendicare ogni ingiusto comportamento, provocando possibilmente l'intervento del gruppo, che legato al debitore da stretti vincoli di parentela avesse interesse materiale e morale a sottrarlo alla vendetta, soddisfacendo il creditore (1).

Quando la legittimità della *manus iniectio* veniva dal debitore contestata, e vi fosse intervenuto un *vindex*, il quale si fosse reso garante, con l'assumere su di sé le conseguenze della procedura interrotta nei confronti del debitore, in caso di soccombenza, allora sorgeva la lite in confronto di quest'ultimo. Se il *vindex* fosse rimasto soccombente, su domanda del creditore poteva essere condannato al pagamento del doppio del

(1) Mommsen - Dir. pubbl., pag. 26. In senso pressochè conforme anche A. Segre nella monografia sul Nexum edita dalla Soc. Tipografica Modenese, Modena, 1929.

credito originario (*litis infitiando crescit in duplum*), in pena del suo ingiusto intervento.

La feroce severità del cennato sistema esecutivo non poteva non fare rabbrivire e suscitare un senso di vivo raccapriccio. Ed infatti lo storico Aulo Gellio (Notti attiche XX.1.37.38) nel sec. VII di Roma non mancò di manifestare tutta la propria indignazione, quando, dopo di avere narrato della legge delle XII tavole, soggiunge che nessuna pena, in vero, era più crudele ed efferrata.

Poteva, però avvenire, ed avveniva di frequente, che il debitore dopo di essere stato giudicato ed addetto al creditore, pattuisse di scontare il debito con servizi personali. In tal caso lo stato di prigionia veniva prolungato per tutto il tempo occorrente pel pagamento del debito (*Aulo Gellio XX. 1. 45*). Tale accordo, e particolarmente il vincolo obbligatorio che ne conseguiva per il debitore, altro non costituiva che una forma del nexum, mentre originariamente tal vincolo, come fra poco sarà chiarito, doveva essere coevo al sorgere del debito per somma ricevuta a mutuo.

Poteva anche avvenire che l'attore non potesse esercitare il proprio diritto, perchè il convenuto in mala fede, per evitare il giudizio, si era nascosto, o allontanato dal suo domicilio, rendendosi irreperibile, o perchè era assente per giustificate ragioni. Ebbene, in simili circostanze il magistrato non poteva tollerare che l'inganno fraudolento riuscisse al suo intento dilatorio, nè poteva ammettere che il creditore dovesse risentire un nocumento per l'assenza del suo debitore. Il Magistrato, perciò, venne in soccorso del creditore, autorizzando, nei primi tempi tacitamente, e poscia espressamente, la presa di possesso, da parte del creditore, di uno o più beni del debitore (*missio in possessionem*), in modo che questi si sentisse stimolato a presentarsi, ed a seconda dei casi, a difendersi, o a pagare.

Era una *pignoris capio* che il creditore eseguiva sui beni del debitore eccezionalmente, e che alle sue origini si può riconnettere all'esercizio della privata difesa, mentre poi, essendosene, a poco a poco, diffusa l'applicazione, sino a diventare norma consuetudinaria, venne canonizzata in modo da creare l'istituto giuridico della *missio in possessionem* che costituì il primo passo, dopo la legge Poetelia P. (1) per la trasformazione del procedimento di esecuzione da personale a reale.

L'apprensione dei beni in questo periodo storico, aveva scopo meramente conservativo, giacchè non dava diritto al creditore ad appropriarsene, ma serviva a vincere la riluttanza del

(1) Vedi pag. 44.

debitore, ed a costringerlo ad adempiere la sua obbligazione, o a difendersi.

Nell'epoca della procedura formulare il Pretore, diede un ulteriore sviluppo alla esecuzione personale, ampliando e generalizzando le *missio in possessiones*, introducendo a completamento delle stesse la *venditio bonorum*, e trasformando l'esecuzione speciale su singole cose, in esecuzione generale patrimoniale.

Concludendo si può, dunque, ritenere che nel procedimento contro i debitori insolventi si riscontrano i segni caratteristici che controdistinguono gli istituti giuridici dell'età primitiva, e dei quali va man mano spogliandosi, e cioè i segni della sua originaria impronta barbarica, caratterizzata dalla ferocia delle sue disposizioni e sanzioni, quale ci è rivelata dalla legge decemvirale.

### CAPITOLO III.

## Il nexum

Per una completa trattazione del presente studio occorre parlare estesamente dell'istituto del *nexum*, onde stabilirne la origine, gli sviluppi, la forma, la natura giuridica e la scomparsa, trattandosi indubbiamente di un mezzo coercitivo escogitato dalla vita pratica primitiva, all'intento di opporre un rimedio energetico alla insolvenza dei debitori.

Quanto alla etimologia della parola *nexum*, vi ha accordo fra gli scrittori che essa è il participio passato del verbo *nectere*, sinonimo del verbo *ligare*, divenuto poi *obligare*, e dal quale si traggono il participio passato *obligatus* ed il sostantivo *obligatio*. Il sostantivo *nexus* venne poi usato per indicare la posizione giuridica di colui che aveva contratto il *nexum* (*qui nexum iniivit*), o addirittura la persona dell'obligato (*nexu obligatus*); ovvero si usò per indicare l'oggetto dell'obbligazione (*nexum aes, vel pecunia quae per nexum obligatur*), allo stesso modo come la parola *mancipium* si usò per esprimere, oltre che l'originario acquisto della proprietà delle cose per *aes et libram*, anche la posizione giuridica della cosa o persona trasferita, o la cosa o persona stessa, o la potestà sulla cosa o persona. Il vocabolo *nectere* è poi scomparso, quando è scomparso l'istituto del *nexum*.

Non è mancato, però, chi si è sforzato di trarre l'etimologia della parola *nexum* dalla crasi delle due voci *nec sum*, attribuendo così, meschinamente, al negozio un effetto che esso non produceva (1).

ORIGINE DEL NEXUM. — L'origine dell'istituto del *nexum* si perde nella più remota notte dei secoli, ed a mala pena ci è dato di rintracciarla attraverso le più lontane epoche storiche. Devesi ritenere che il *nexum* risale ad epoca anteriore alla fondazione di Roma, se esso era conosciuto, ed applicato all'epoca della compilazione delle XII tavole (anno 304-303/450-451), dove venne consacrata la norma: « *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua numcupassit, ita ius esto* (Tav. VI - framm. 1).

(1) Vedi pag. 37.

Al dire di Dionigi d'Alicarnasso, fra le molte leggi che la tradizione ascrive a Servio Tullio, una ve ne fu che vietò di porre in ceppi i debitori. Tale legge starebbe a dimostrare precisamente che il nexum risale ad epoca anteriore alle primissime leggi scritte, e cioè, alla raccolta delle leggi regie che va sotto il nome di Ius Papirianum. Tito Livio, infatti, che ci dà su tale istituto pregevoli e fondamentali notizie, ci fa conoscere che anteriormente alle XII tavole vi erano *nexi ob aes alienum* (libro II 23. 24. 27 Comm.).

Allo stato delle conoscenze si deve affermare che le XII tavole costituiscono il più antico testo che ci rivela l'esistenza dell'istituto. Gli altri testi che hanno riferimento al nexum, ed ai quali dobbiamo far capo di sovente per le nostre indagini, appartengono tutti ad epoche storiche, e precisamente alla narrazione delle vicende della lunga ed affannosa lotta che si svolse in Roma fra i patrizi ed i plebei nel sec. IV.

Narra, infatti, la storia che in Roma al tempo della Repubblica era vivo il fermento nella classe dei plebei, non soltanto perchè le magistrature erano tutte riservate ai patrizi, ma anche perchè i plebei erano infestati di debiti, e non potevano liberarsene, se non facendo sacrificio della loro vita, posta nelle mani degli ingordi creditori.

Da un lato, l'obbligo del servizio militare che il cittadino doveva prestare senza alcun corrispettivo, servizio che lo toglieva dalla famiglia, gli impediva lo sfruttamento della sua terra, e lo distornava dagli affari; d'altro lato, le straordinarie carestie, le quali aggravavano la condizione dei nullatenenti; ed inoltre, l'amore sfrenato al lusso ed ai divertimenti, furono cagione di un immiserimento molto diffuso. Perciò i plebei furono costretti a contrarre debiti coi patrizi, i quali, ben volentieri prestavano il loro denaro ad interessi usurari.

Or, a parte la circostanza che i debitori erano, come si disse, quasi sempre nullatenenti, poichè il *pignus*, il quale aveva per oggetto soltanto la cosa mobile, non conferiva al creditore la facoltà di alienarlo, e l'istituto dell'ipoteca non era ancora stato introdotto nel diritto di Roma, essendo tardivamente sopravvenuto, era giocoforza che, per il sicuro soddisfacimento della obbligazione contratta, i debitori promettessero ai creditori i loro servizi, nel caso di inadempito pagamento, e fino alla completa estinzione del debito, ricorrendo all'uopo alla forma di contratto allora conosciuta per la costituzione di un rapporto di obbligazione, che non avesse per oggetto il trasferimento della proprietà delle cose, e cioè al nexum.

Il cittadino che aveva assunto il debito, e che non aveva la possibilità di effettuare il pagamento, si costituiva per tal guisa nella condizione giuridica di *nexus* (1).

Con le proteste, appunto, che i plebei incominciarono a fare per avere dovuto contrarre debiti eccedenti le proprie forze economiche, si trovano connesse, nelle narrazioni degli storici, le notizie sul nexum e sui nexi.

Al suo primo sorgere, invece, il nexum doveva essere il contratto che si poneva in essere all'atto stesso in cui si creava il rapporto obbligatorio. Il cittadino che aveva bisogno di danaro, come era naturale, ricorreva al prestito, e non avendo beni sufficienti onde potere garantire al creditore la restituzione, all'intento di evitare le terribili conseguenze dell'applicazione della ferrea legge allora vigente contro i debitori insolventi, al momento in cui riceveva il denaro si obbligava, pel caso che alla scadenza del termine non avesse avuto i mezzi per fare fronte al pagamento, di assoggettarsi al servizio del creditore stesso e di scontare il debito con prestazioni d'opera.

Il nexum aveva lo scopo di attenuare la condizione giuridica del debitore insolvente, ma la sussistenza dell'obbligazione doveva essere riconosciuta dal magistrato, il quale aggiudicava il debitore al suo creditore sino a che non avesse col servizio estinto il debito (*addictio*).

Col tempo si ebbe la degenerazione dell'istituto, in quanto, alla suindicata particolare obbligazione, assunta in forma solenne al momento della costituzione del prestito, come meglio sarà esposto, in seguito, si è attribuito il singolare gravissimo effetto di fare considerare il negozio giuridico, come riconosciuto dal magistrato fin dal suo sorgere, e quindi, come si trattasse di una vera e propria condanna. Il nexum, pertanto, mentre costituiva pel creditore una maggiore garanzia, dell'adempimento dell'obbligo assunto dal debitore, costituiva, nello stesso tempo, per quest'ultimo, il mezzo con cui poteva evitare le terribili conseguenze della privata vendetta, o della sentenza di condanna.

La condizione giuridica del nexus era ben distinta da quella degli schiavi, giacchè per principio di diritto pubblico, molto rispettato dai romani: lo *status libertatis* non si poteva perdere mediante commercio, e la schiavitù traeva esclusivamente la sua origine o dalla nascita, o dalla prigionia di guerra, o dalla condanna per determinate gravissime colpe: *servi autem, aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est captivitate, aut jure civili etc.* (2).

(1) Varrone in *De lingua latina* (4-7-185) dice: liber qui suas operas pro pecunia quod debetur dabat, dum solveret nexus, vocatur, ut ob aere oboeratus.

(2) Ist. de iure, pers III-4.

Che a tali principii non si potesse derogare *privatis pactis*, è chiaramente e concordemente affermato da Paolo, Callistrato, Alessandro Severo e Diocleziano, laddove, rispettivamente, dicono che non è ammissibile la vendita dell'uomo libero, e se fatta, non produce conseguenze giuridiche (1); che le private convenzioni non possono far divenire alcuno schiavo, nè liberto d'altri (2); che le persone libere non possono mutare il loro stato per private convenzioni, o per qualsiasi atto di amministrazione per divenire schiavi (3).

La condizione civile dei nexi rimaneva sempre quella di persona *sui juris*, benchè non si possa negare che costoro, durante il tempo in cui rimanevano assoggettati ai servizi di creditori, si trovassero in uno stato di schiavitù di fatto.

Con ciò si dimostra come l'opinione del Puchta, che, contraendo il nexum il debitore diventasse schiavo del creditore, non possa ritenersi esatta, a meno che non intenda riferirsi a quel periodo, assai primitivo del diritto romano, in cui era possibile al debitore liberarsi dell'obbligazione col dare in schiavitù persone della famiglia.

L'originario istituto del nexum dovette essere poco in uso, se di esso i primi storici e giuristi di Roma tacciono, non ostante la sua codificazione nella legge delle XII tavole, e se i testi lo contemplano nella forma che esso aveva assunto nel periodo storico delle lotte fra i patrizi ed i plebei, che era quella di obbligazione non contemporanea all'assunzione del debito, ma posteriore.

E' facile pensare come tale istituto abbia incontrato il favore dei creditori, che, invece di perdere il capitale sborsato, o di vederlo assottigliato da una vendita del debitore a prezzo basso, riuscivano ad ottenere un completo soddisfacimento, mediante prestazioni d'opera, senza nemmeno il bisogno, in caso di riluttanza del debitore, di celebrare un giudizio per potere avere un titolo esecutivo. Difatti col nexum il debitore consentiva, fin dal momento in cui costituiva il rapporto obbligatorio, che il creditore facesse uso della *manus iniectio*, e lo considerasse come un condannato (*damnatus*), se non lo avesse pienamente soddisfatto alla scadenza del termine prefisso. Si poneva, insomma, in essere una *autocondanna* autorizzata dalla legge.

Col profondo immiserimento della plebe, verificatosi nell'epoca in cui i Galli invasero e devastarono Roma ed i paesi circostanti, impadronendosi di quanto cadeva loro sotto mano, il nexum, nel suo nuovo modo di essere posto in essere, raggiunse

(1) L. 4 Dig. *Quibus ad libertatem proclamare non licet*. XL, 13.

(2) L. Dig. *Da liberali causa*. XL, 2.

(3) L. 10 Cod. VII, 16.

il suo massimo sviluppo, giacchè per rifabbricare le case distrutte e le mura della città, per il ripristino dei lavori agricoli, e per fronteggiare ai molteplici bisogni pubblici, occorsero ingenti mezzi.

I piccoli proprietari che già versavano in disagiate condizioni economiche, e che avevano anche subito le conseguenze dannose dell'invasione dei barbari, furono gravati di imposte straordinarie. Da ciò la imprescindibile necessità della plebe di ricorrere al prestito, di sovraccaricarsi di debiti, e di sobbarcarsi al pagamento di forti interessi richiesti dai sovventori, i quali sfruttavano la situazione del momento. La classe patrizia, infatti, che era in possesso del danaro, speculò di tale situazione, ed incrudeli nella richiesta di interessi, sfruttando fino al massimo punto il rigore delle leggi del tempo in materia di pagamento di debiti.

Ed è da porre in rilievo come in quell'epoca si fosse opposto un limite alle usure, sia con la legge delle XII tavole (tav. VIII framm. 18), la quale prescrive che non si potesse esercitare una usura maggiore dell'8/1/3 per cento (*foenus unciarum*), sia con la legge Licinia Sestia e Murcia *de foeneratoribus* e Duilia Menenia che determinarono in un'oncia, pari ad un dodicesimo del capitale (*as*), la misura dell'interesse usurario.

Vuolsi anche che una legge del 407/347, di nome incerto, abbia ridotto alla metà la menzionata altissima misura degli interessi, e che altra legge del 412/352 (*lex Genucia*) abbia addirittura vietato qualsiasi interesse usurario.

Talmente elevato fu il numero delle persone, le quali, nelle sopra menzionate contingenze di tempo, ricorsero al prestito, da costituire addirittura un'ordine sociale, e cioè, la classe dei nexi, e da fare attribuire l'appellativo di *nexum aes* al danaro che veniva dato a prestito. Festo, infatti, dice che: « *nexum aes, apud antiquos, dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur* ».

FORMA DELLE NEXI DATIO E DELLA NEXI LIBERATIO. — La forma con la quale si poneva in vita il nexum, ed il debitore diveniva un nexus, non ci è indicata da alcun testo.

E' però ovvio pensare che fosse quella che i romani adoperavano in origine per tutti i loro contratti che avevano per oggetto il trasferimento del dominio sulle persone e sulle cose, e cioè, quella stessa della *mancipatio*, ovvero quella per *aes et libram*, che è anche stata chiamata *traditio nexu*.

Siffatta opinione trova la sua conferma in Gaio, il quale, parlando del pagamento per *aes et libram*, come modo di estinzione delle obbligazioni, dice che tale pagamento serviva parti-

colarmente pel caso in cui *quid eo nomine debetur, quod per aes et libram gestum sit* (1).

Era una forma solenne, ma normalmente semplice, che si svolgeva davanti a cinque testimoni, cittadini romani, puberi, di buona fama, non sordi, nè muti, i quali nei tempi più antichi rappresentavano il popolo, o la sovranità da esso personificata. Se si ritenesse che originariamente quei testi rappresentavano le cinque classi Serviane, come da taluni si è sostenuto, si dovrebbe affermare che il nexum risalisse all'epoca regia e non ad epoca più remota.

Le parti che dovevano costituire il nexum si presentavano ai cinque testimoni, il primo dei quali assumeva la qualifica di *antestatus*, e con l'intervento di un *libripens*, e cioè di un sesto cittadino che doveva tenere la bilancia e procedere alla pesatura del prezzo, dapprima reale, poscia fittizio, si concludeva il negozio, fissando, anzitutto, le convenzioni verbali che dovevano regolarlo (*nuncupationes*), e poscia, ponendo sulla bilancia l'*aes rude*, e battendo il piatto della bilancia (*trutina*) col *raudusculum*, pezzo di bronzo, per indicare che il negozio era perfetto *ex jure quiritium*.

L'effetto di questo negozio solenne era, che: « *uti lingua nuncupasset ita ius esto* », così conclama il verdetto delle XII tavole, e di conseguenza l'obbligazione relativa aveva, ab origine, la forza di un titolo esecutivo, come si dice con moderno linguaggio, in quanto era considerata equivalente ad una sentenza di condanna pronunciata dal magistrato (*damnatio*). Scaduto, pertanto, il termine stabilito dalle parti, senza che il debitore avesse eseguito il pagamento, il creditore era, senz'altro, autorizzato ad agire esecutivamente sulla persona, e precisamente a catturare il debitore insolvente (*manus iniicere*), e tradurlo nella propria casa, ed a tenerlo in prigione, anche incatenato, almeno per trenta giorni, onde potere, scorso tale termine, usufruire dei suoi servizi. Veniva, quindi, per tal guisa, eliminata la lungaggine di un procedimento civile davanti al magistrato, giacchè il nexum, in forza delle *nuncupationes*, aveva la stessa efficacia della sentenza di condanna.

Il creditore non poteva, subito dopo di avere fatto uso della *manus iniectio*, sfruttare col lavoro, come pattuito, il suo debitore, perchè in ogni caso di azione esecutiva, era dalla legge, come sopra si è visto (XII tav. legge 3 framm. 1), accordato al debitore il termine di trenta giorni, *XXX dies justi*, per procurarsi la somma occorrente pel pagamento del debito.

Allo scadere infruttuoso dei detti 30 giorni il nexum spiegava, dunque, tutta la sua efficacia di esecuzione personale, giacchè solo allora, come nella nostra vigente procedura esecu-

tiva dopo i termini del precetto (art.li 562, 563 n. 1, 577, 659 C. P. C.), il creditore poteva costringere il nexus a lavorare; ed ove questi si fosse reso riluttante, potevano essere posti in essere i mezzi coercitivi che si fossero all'uopo resi opportuni o necessari. Di conseguenza il nexus insolvente poteva essere allora battuto con verghe, legato in ceppi, ed anche brutalmente seviziato, finchè col proprio lavoro non avesse scontato il debito contratto, salvo che non fosse stato il pagamento effettuato, in sua vece, da terza persona.

Quando il creditore era stato completamente soddisfatto, doveva immediatamente liberare il nexus, con la stessa formalità dall'*aes et libram* che era stata adoperata per la sua costituzione. Difatti, Gaio nelle sue Istituzioni (3. 173. 175), quantunque non dica che cosa fosse il nexum, e nemmeno in qual modo si contraesse, spiega non solo, che l'*aes et libram* serviva per liberare il debitore che si era nell'istesso modo obbligato, e cioè « *quid eo nomine debetur quod per aes et libram gestum sit* », ma ci fa anche sapere che la liberazione aveva luogo nel seguente modo: *Eaque res ita agitur: « adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur ita oportet loquatur: « Quod ego tibi tot milibus condemn (atus) sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam ». Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur veluti solvendi causa.*

Mentre, dunque, non si conoscono le parole che venivano pronunziate dalle parti contraenti al momento della costituzione del negozio giuridico, e cioè al momento della *nexi datio*, si conoscono quelle pronunziate dal debitore al momento della sua estinzione (*nexi liberatio*).

Kretschmar dopo di avere pensato che la solutio del nexum dovesse essere simile a quella del *damnatus*, così ricostruisce la formula della *nexi liberatio*: *quod ego tibi tot milibus nexus obaeratusque sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra* ». Prendendo, quindi, come base tale formola, ricostruisce quella della *nexi datio* nel modo seguente: *quod ego tibi tot milia (originariamente tot libras aeris) adpendo, tu mihi eo nomine et ob foenus unciarum nexus oboeratusque esto hoc aere aeneaque libra*.

Il sopra riferito passo di Gaio è per noi importantissimo, perchè da esso si evince che, dichiarandosi il debitore un condannato (*quo ego tibi damnatus sum*), al momento della stipulazione del nexum, il creditore aveva dovuto proferire una formula che significava chiaramente una *damnatio* del debitore, analoga a quella che veniva pronunziata nella *mancipatio*, ma con gli opportuni adattamenti al particolare negozio, e con-

(1) Gaio - op. cit. 3, 173.

forme a quella che avrebbe pronunziato il magistrato, ove si fosse fatto ricorso alla *legis actio per manus iniectioem*.

E' dubbio per qual motivo i Romani abbiano ritenuto di attribuire alla *damnatio* pronunziata dal privato la menzionata forza esecutiva. Si è creduto di trovarne il fondamento nel carattere religioso del particolare rito, o nel carattere pubblicistico dello stesso, o nel fatto che la più antica obbligazione contrattuale era quella riconosciuta da una condanna, facendosi della *obligatio* un sinonimo di *condemnatio*.

E', invece, più semplice e logico pensare ad un'*anticipata condanna* escogitata dalla mente semplice dei popoli primitivi, consacrata dalla presenza ed assistenza del primitivo consesso giudiziale, in cui popolo e giustizia sono simboleggiati dai testimoni e dalla bilancia.

NATURA GIURIDICA. — La determinazione della natura giuridica del *nexum* è quanto mai ardua. Difatti, vivissime dispute e contraddittorie opinioni, tutte del resto assai interessanti, sono sorte fra gli storici ed eruditi del diritto che si sono fatti a trattare dell'Istituto del *nexum*, ed a ricercarne la natura giuridica.

La principale ragione delle divergenti opinioni dipende dal vario modo di interpretare le fonti che costituiscono il materiale della discussione. Il Perozzi, al riguardo, così magistralmente si esprime: « La causa di così diverse opinioni sta principalmente in ciò che essendo scomparsa la condizione di *nexi* in età antica, non ci sono rimaste che delle dichiarazioni di cultori dell'antichità romana e di storici, cioè di non giuristi, ed è ben noto che chi non ha l'educazione giuridica, parlando d'istituti giuridici, si esprime sempre con tale imprecisione da intorbidare o falsare senz'altro la veduta dell'essenza loro. In simili casi conviene al romanista intuire attraverso codeste informazioni una figura giuridica precisa, che si accordi col diritto comparato e con tutte le altre nozioni sul diritto romano. Egli potrà dire di avere intuito il vero se in quella figura si riscontreranno, si combineranno, ed acquisteranno rilievo tutte le linee interrotte, sparse od appena adombrate dalle informazioni in discorso » (1).

Per avere un concetto, quanto più è possibile, chiaro della natura giuridica dell'istituto in parola, non sembra fuor di luogo, anzitutto, esporre sinteticamente la concezione che di essa ebbero gli studiosi che se ne occuparono ex professo, senza però sorpassare quelle linee semplici e fondamentali che possono apparire compatibili al presente studio.

L'opinione più accreditata è, che il *nexum* altro non fosse se non il più antico negozio giuridico della società romana, dal quale sorgeva l'obbligazione limitata ad una sola delle parti, e precisamente l'obbligazione di restituire il danaro ricevuto a prestito.

Sarebbe stato chiamato *nexum* il negozio giuridico che si poneva in essere col dare il danaro a mutuo, e cioè in parole più povere e chiare, il contratto di prestito che si concludeva per *aes et libram*, che era il solenne rito che dominava, in origine, tutti i negozi giuridici.

S' intende, però, che tale concezione si riferisce al periodo storico del quale si hanno scarse notizie, quando era già in uso la bilancia ed il metallo rappresentativo della moneta, quando sia il *nexum*, sia gli altri contratti, erano accompagnati da un cerimoniale ben determinato, non già al periodo primordiale, in cui tutti gli Istituti giuridici si compivano nelle forme più semplici e rudimentali, senza alcuna prestabilita solennità. In origine, invece, per il trasferimento del danaro bastava la semplice *traditio*, e la violazione del contratto, come si è visto, dava luogo alla violenza privata. In seguito, pur non essendo del tutto scomparso il regime della privata difesa del diritto, che fino a tarda epoca storica trovava abusivamente applicato, di regola, doveva farsi ricorso al magistrato per la dichiarazione della sussistenza o meno del diritto, e per la formazione del titolo esecutivo.

In epoca più recente il *nexum* fu considerato come un contratto il cui titolo aveva efficacia esecutiva, e dava perciò luogo alle conseguenze giuridiche rigorose sopra descritte.

Le due forme apparentemente identiche, quella genuina che dava diritto alla *manus iniectio*, *previo giudizio pubblico*, e quella degenerata che dava diritto alla stessa *senza giudizio*, furono in uso contemporaneamente per lungo ordine di tempo. giacchè la loro coesistenza è dimostrata da varie fonti, secondo le quali, all'epoca delle gravi questioni dei debitori arrestati, se ne trovavano molti imprigionati in forza di giudicato (*judicati*), ed altri senza che avessero subito alcun giudizio (*nexi*). Il nome di *nexi* si attribuiva a questi ultimi.

Gli scrittori del *nexum* si possono dividere in due categorie, giacchè, salvo le varianti che individualmente ciascuno ha apportato alla teorica fondamentale sostenuta dagli uni e dagli altri, in una categoria si possono annoverare coloro i quali ritengono che il *nexum* fosse un istituto avente una propria autonomia, un proprio oggetto, ed una propria finalità, mentre nell'altra vanno compresi quelli che avvisano essere il *nexum* non altro che il *mancipium*, opinando, quindi, che le due voci si riferivano al medesimo istituto.

(1) Perozzi - op. cit., vol. II, pag. 161 n. 3.

Principale sostenitore della opinione predominante, sopra riferita, è Huschke (1). Egli infatti nella sua opera relativa all'« istituto del nexum ed all'antico diritto romano delle obbligazioni » afferma che il nexum era un contratto a sè, nettamente distinto dalla mancipazione, ed a mezzo del quale si poneva in essere un mutuo.

Dello stesso parere è il Girard, il quale scrive che il nexum è un modo di obbligarsi, come la *mancipatio* è il modo di alienare per *aes et libram*. Il *nexum*, egli dice, è un istituto analogo alla *mancipatio*, alla in *iure cessio*, alla *testamenti factio*, che sono dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà civile, e cioè un modo di divenire creditori o debitori (2). Il dotto romanista considera il nexum come vecchio tipo di contratto formale (*per aes et libram*), corrispondente all'alienazione *per aes et libram*. L'impiego del metallo (*aes*) e della bilancia (*libram*) serve per la costituzione di una obbligazione, come nella mancipazione l'impiego di tali mezzi serve per la traslazione della proprietà. In un primo periodo, quando la pesatura del metallo era un atto reale, il nexum non poteva servire che ad effettuare dei mutui, mentre in processo di tempo, quando la pesatura del metallo divenne un atto fittizio, poteva creare obbligazioni di somme di danaro nascenti da una qualsiasi causa.

Secondo il Mitteis, che pure accede alla opinione dominante, il nexum dava luogo ad un duplice negozio giuridico, e cioè, ad una vendita obbligatoria, e ad un mutuo valido, che si compivano necessariamente *per aes et libram* (3). Secondo tale autore il nexum-mutuo non aveva forza esecutiva, ma era possibile che il debitore facesse una *nexum-mancipazione*, cioè una pegnora di sè al creditore per la somma in precedenza avuta a mutuo. Ciò avveniva quando, alla scadenza del termine pattuito per la restituzione della somma ricevuta, il debitore non poteva pagare: l'autopegnora facevasi allo scopo di lavorare per il creditore finchè fosse scontato il debito. Poichè il creditore poteva fare valere il suo diritto sulla persona del debitore mediante la *manus iniectio*, questi col farsi nexus sfuggiva alla pena capitale, che poteva, appunto, conseguire alla *manus iniectio*.

Secondo Mommsen il nexum è un mutuo fatto per *aes et libram* con autoemancipazione del debitore al creditore, condizionata al mancato pagamento del debito (4).

(1) Huschke - Über das Rech des Nexum und das alteromische Schuldrecht.

(2) Girard - Op. cit. pag. 38, 122 ud. Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains. Parigi 1854.

(3) Mitteis - Über das Nexum, nella rivista fondazione Savignys (R.F.S.) 22 pag. 96 et ibid. 25 pag. 282.

(4) Mommsen - Nexum, in Riv. Fondaz. Savigny.

Seguono, invece, la contraria opinione Lenel, Scheurl, Puchta, Walter, Savigny, Pfluger, Kretschmar, Niebhur, Schlossman, Brins, Voigh, Huvelin, Bonfanti, Perozzi, Eusebio.

Il Bonfante e il Perozzi, per cominciare da due esimî romanisti italiani, basandosi sui vari testi nei quali la parola *nexum* fu scritta nel significato di *mancipatio* (1), ritengono che l'una e l'altra si equivalgono, trattandosi di parola comune a tutti i negozi nei quali una cosa veniva mancipata, e che, perciò, nelle XII tavole *nexum mancipiumque* non possa essere che un accoppiamento di termini per indicare un unico negozio giuridico, il *gestum per aes et libram*. Il nexum non costituisce mai un caso di obbligazione, ma è un'autovendita in servitù.

Un padre di famiglia di una gente, obbligato per una somma di danaro verso un padre di famiglia di un'altra gente, vende, mediante *mancipatio* sè stesso in servitù a quest'ultimo, in cambio di un prezzo irrisorio, ottenendo così di sfuggire alla sua vendetta, e cioè, alla pena di morte.

A giudizio del Perozzi, anzi, il testo delle XII tavole è stato modernizzato, mentre originariamente doveva essere: « *cum nexum mancipium faciet* », essendosi col primo sostantivo voluto indicare l'affare nel suo aspetto obbligatorio (*obligatio autoritatis*), e col secondo l'affare stesso nel suo aspetto di atto di alienazione. Non potendo, però, spiegare perchè la *mancipatio* si sia chiamata *nexum*, dice che è meglio esercitare l'*ius ignorandi*.

Concorda con quella del Perozzi l'opinione del Lenel (2). Il *nexum* ed il *mancipium* sono due effetti di un unico atto e non due atti distinti; e cioè, *nexum* è l'obbligazione e l'alienazione mediante mancipazione congiunta a quella. L'obbligazione cui il *nexum* si riferisce altro non è che l'*obligatio autoritatis*, secondo la quale il debitore assumeva l'obbligo di sostenere in giudizio le ragioni dell'acquirente, in caso di rivendica intentata da terzi. La *mancipatio*, invece, si riferisce alla principale efficacia dell'atto, e cioè, a quella di trasmettere al *mancipio accipiens* la proprietà spettante al *mancipio dans*. L'opinione del Lenel troverebbe conferma in Cicerone (pro Mur. C. 2. 3) che a proposito della *obligatio* parla di *nexu se obligare*: « *qui se nexu obligavit* ».

(1) Cic. de or. 3-40, 159: « Nexum quod per libram geritur »; Cic. in top. 5, 28, indica la *mancipatio* come: « traditio nexu »; Boezio ad h. l. 1 « de nexu faciendo » usato per indicare la esposizione di Gaio sulle cerimonie della mancipazione; lo stesso Boezio in altro luogo del suo « commentario relativo a Cicerone (ad Cic. Top. C. 9) definisce la res mancipi così: mancipi res veteres appellabant quae ita abalienabantur ut ea abalienatio per quandam nexum fieret solemnitate. E perimenti ancora: Cic. Perad. 5. 3; gli schiavi diventavano del loro padrone nexu: Cic. Fr. Mur. 2, 3 « qui se nexu obligavit », detto di chi mancipando assume l'obbligatio autoritatis; Cic. ad fam. 37. Cicero De hist. resp. 7, 14.

(2) Lenel - Z. S. St. 23, 902, pag. 14, 101.

Della stessa opinione sono Puckta (1) e Walter (2). I due vocaboli, secondo quest'ultimo, sarebbero stati usati per indicare una mancipazione di cosa o di persona, fittizia nel nexum, e reale nel mancipium.

Il Savigny (3) ritiene che il vocabolo nexum sia sinonimo del vocabolo mancipium, e cioè, che la nexi datio e la mancipatio fossero la stessa cosa.

Lo Scheurl (4), sottilizzando l'opinione del Savigny, afferma che il mancipium altro non fosse se non una specie del nexum, che sarebbe stato il genere; in modo che ogni mancipium era un nexum, ma non ogni nexum era un mancipium: *Hiermach erscheint uns Nexum als das Genus, Mancipium (die Mancipation) als die Species*.

Lo Schilling (5) osserva che la parola nexum nelle fonti è usata in due significati diversi, l'uno più ampio, per indicare ogni negozio giuridico che venisse solamente compiuto per *aes et libram*; l'altro più ristretto per indicare uno fra i tanti negozi giuridici compiuti con la stessa solennità, e cioè la mancipazione fiduciaria, ovverosia fatta col patto che la *res mancipata* fosse restituita.

Lo Schlossmann, in uno studio celebratissimo (6), opina che il nexum sia una parte di un unico affare, il quale consiste nella mancipazione di una cosa o di una persona libera, onde fare originare una pretesa collegata alla cosa od alla persona medesima, su cui si può soddisfare, vendendola od appropriandosela, nel caso di mancato adempimento della contratta obbligazione. Nell'unico affare, chiamato *nexum mancipiumque* il detto scrittore ravvisa un caso speciale di mancipazione, e precisamente la *mancipatio fiduciae causa*, consistente nel trasferimento della proprietà col patto del riscatto, laddove fosse stata restituita dal debitore la somma ricevuta. Il *Mancipium* si riferirebbe al trasferimento della proprietà, ed il nexum alle *nuncupationes*, e cioè agli obblighi assunti dalle parti, giusta la concezione del Lenel. Il *pactum fiduciae* avrebbe il suo concreto fondamento nella dichiarazione anteriore (*nuncupatio*) del debitore trasmittente.

Secondo il Niebhur (7), nexum è ogni atto compiuto per *aes et libram*, mediante il quale non si trasferisce, come avviene nel

(1) Puckta - *Lerbuch für Institutionen vorlesungen*. Lipsia 1862.

(2) Walter - *Geschichte des Römischen Rechts*. Innspruch 1880.

(3) Savigny - *Das altrömische Schuldrecht*, pag. 8 e segg.

(4) Scheurl - *Von nexum*, pag. 9 e segg.

(5) Schilling - *Lehrbuch für Institutionen und geschichte des römischen Privatrechts*. Vol. II. pag. 153.

(6) Schlossmann - *Nexum Nachtragliche* - dello stesso autore: *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*. Leipzig 1904.

(7) Niebhur - *Römische Geschichte*, ediz. Gotting, vol. I, pag. 604, nota 1165.

*mancipium*, la proprietà *ex iure quiritium* di una cosa, ma pur tuttavia la cosa rimane obbligata.

Il Niebhur sostiene che col nexum il debitore veniva quasi ad alienare se stesso, ma il Voigt (1) si oppone a tale congettura, dicendo che dal vero nexum (mutuo), sorgeva un'*actio nuncupatae pecuniae*.

La tesi Leneliana è seguita da Pfluger, Kretschmar, Brins, Huvelin.

Eusebio (2) esclude che Nexum e mancipium fossero sinonimi, e quindi usati per esprimere la stessa cosa.

Ritiene, invece, che i due vocaboli siano stati usati per esprimere due effetti diversi del negozio giuridico che si compiva per *aes et libram*, e cioè, il lato corrispondente alle proprietà ed al trasferimento del dominio, ed il lato corrispondente all'obbligazione, ad esso connessa, di pagare il prezzo. Spiega che quando nel negozio concorrevano entrambi tali effetti, si univano insieme le parole nexum e mancipium, e che a tale ipotesi si riferisce il versetto della legge decemvirale « *cum nexum faciet mancipiumque ita ius esto* ».

ESAME DELLE FONTI. — L'esame diretto delle fonti del diritto romano dimostra quanto lo Schilling ha posto in evidenza circa il significato diverso del nexum.

Ed infatti, al senso più lato delle parole nexum si riferiscono esplicitamente, Frontino, Cicerone, Gaio, Festo, Boezio.

Frontino, nel *de condicionibus agrorum* II. 36, dice che i fondi provinciali « *nexum non habent* ».

Cicerone, nel *De orat.* III. 40.159, accennando alla necessità delle similitudini dice che esse sono indispensabili quando una cosa non abbia un nome suo proprio; e fra gli esempi dati pone il nexum: *Nam si res suum nomen et vocabulum proprium non habet, ut pes in navi, ut nexum quod per libram geritur, ut uxore divortium, necessitas cogit quod non habeas aliunde sumere*.

Lo stesso Cicerone: in *top.* 5.28. designa la mancipatio come « *traditio nexu* »; in *parad.* 5.3 dice che gli schiavi diventavano del loro padrone *nexu*; in *pro Mur.* 2.3, pone la frase « *qui se nexu oblivavit* » detta per chi mancipando assume l'*obligatio autoritatis*; al medesimo significato accenna in *ad fam.* 37, in *de hist. resp.* 7.14.

Gaio, nelle *Ist.* II. 27, per indicare che i fondi provinciali sono *res nec mancipi*, e non sono perciò suscettibili di mancipatio afferma che « *provincialis soli nexum non habent* ».

(1) Voigt - *Römische Rechtsgeschicht*.

(2) Eusebio - *Il nexum ed il mancipium*. Utet. Torino - pag. 17.

Festo (1) in una definizione del vocabolo *nexum* che attribuisce ad Elio Gallo, giurista dell'epoca repubblicana, così afferma: *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quae in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio*. Soggiunge poi che *Nexum apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur*.

Boezio, al pari di Cicerone, in ad h. I. pone la frase *de nexu faciendo*, per indicare la esposizione di Gaio sul cerimoniale della mancipazione: ed in altro luogo del suo commentario relativo a Cicerone (ad. Cicer. Top. C. 9) così definisce le *res mancipi*: « *mancipi res veteres appellabant quae ita abalienabantur ut ea abalienatio per quandam nexum fieret solemnitatem* ».

Apparisce chiaro dai testi di Cicerone e di Festo che nell'epoca della Repubblica, e nel tempo in cui visse Cicerone (648-711 di R. 106-43 A. C.), dicevasi *nexum* ogni negozio giuridico che si compiva col cerimoniale dell'*aes et libram*.

Ed è degna di rilievo la circostanza che Elio Gallo per corroborare la sua definizione del *nexum* porge l'esempio della *testamenti factio* che non ha nessun rapporto di connessione col diritto delle obbligazioni.

Il menzionato testo del De oratore di Cicerone mette chiaramente in evidenza come il significato larghissimo della voce *nexum* specialmente fissato da Festo, non sia originario, ma bensì derivato, giacchè nel detto significato tale voce è posta accanto ad accezioni traslate di altri vocaboli (*pes. divortium*) che assunsero un senso diverso da quello che originariamente avevano. In origine, dunque, il significato del vocabolo *nexum* era diverso, e poi, in senso traslato generalizzato passò ad indicare ogni *gestum per aes et libram*.

Del resto, gli stessi sostenitori del significato più lato della voce *nexum* concordano nel ritenere che nella categoria dei *gesta per aes et libram* rientrano negozi giuridici svariati che si distinguono nettamente gli uni dagli altri, in quanto hanno ciascuno una propria natura ed una propria finalità economica e giuridica.

Difatti accanto alla *mancipatio*, che è, ripetesi, l'atto giuridico diretto al trasferimento della proprietà delle *res mancipi*, si trovano: *la solutio per aes et libram*, *la coemptio*, *la coemptio fiduciae causa*, *la mancipatio familiae*, *la emptio venditio*, *la testamenti factio*, *la donazione*, il pagamento dei legati per *damnationem*, la costituzione di pegno, la costituzione di dote, la *ensoria locatio*, il deposito, il mandato, il mutuo, la costituzione delle servitù rustiche, nonché la *imaginaria solutio*. Tutti questi negozi giuridici hanno bensì comuni molti elementi ma-

(1) Festo - De verborum significatu. V. Nexum.

teriali e formali, giacchè per tutti è prescritto, oltre l'intervento delle parti, l'uso della bilancia e della pesatura con la presenza del *libripens* e dei testimoni; in tutti il negozio si attua mediante il trapasso di una cosa o di una persona dal potere di un cittadino, nella proprietà e nel potere di un altro; in tutti si ha la pronunzia di parole solenni da parte dell'acquirente ed il pagamento reale o fittizio di una somma di denaro; ma non per questo si può affermare che fosse *nexum* ogni e qualsiasi negozio concluso per *aes et libram*, o che fossero la medesima cosa la *mancipatio* ed il *nexum*, come dagli scrittori sopra menzionati è stato ritenuto.

La *mancipatio*, che è il negozio giuridico più tipico, e sulle orme del quale sono certamente stati fondati tutti gli altri, in origine era una vendita reale, con contemporaneo pagamento reale del prezzo. Nell'epoca più antica, quando come è noto, non esisteva la moneta coniata, il pagamento del prezzo della cosa compravenduta, non poteva che essere effettuato per mezzo del bronzo greggio (*aes rude*), che perciò imponeva l'uso della bilancia e del *libripens*. Con l'introduzione poi della moneta coniata la pesatura divenne una semplice formalità, ed i negozi in cui aveva luogo il pagamento del danaro, si perfezionavano con l'effettivo versamento della somma, e si esaurivano con la sola percussione della bilancia, a mezzo del *raudusculum*, ad opera del *libripens* (*raudusculo libram ferito*). Riferendosi a questo caso i giuristi definiscono sempre la *mancipatio* come una *imaginaria venditio*, ed affermano che ogni negozio compiuto per *aes et libram* era una *imaginaria venditio*: « *est autem mancipatio...: imaginaria quaedam venditio* ».

Quanto agli altri negozi giuridici sopra menzionati, qualcuno ha già potuto esistere nell'epoca primordiale, (es. *la coemptio*), mentre la maggior parte di essi sono sorti soltanto in seguito, quando già la vendita era immaginaria (*nummo uno*); e del resto non si potrebbero nemmeno concepire come vendite reali. Difatti, per la *mancipatio familiae* non si può pensare che ad un corrispettivo fittizio.

Gli scrittori, adunque, i quali hanno ritenuto ed affermato che il *nexum* e la *mancipatio* fossero un unico negozio giuridico, si sono manifestamente soffermati a considerare il lato formale di essi, identico per tutti i *gesta per aes et libram*, e perciò sono caduti nell'errore.

Ma la differenza fra i diversi negozi, e la particolare autonomia di ciascuno, può agevolmente rilevarsi, vuoi col prendere in esame il contenuto di essi, vuoi col considerarsi l'intento economico giuridico a cui ciascuno è rivolto, vuoi infine, col porsi mente alle diverse *nuncupationes*, ossia alle dichiarazioni che costituiscono le clausole delle particolari pattuizioni

che li accompagnano. Onde la impossibilità di ridurre i menzionati negozi giuridici sotto un unico concetto, e la conclusione derivantene che, quando con la parola *nexum* si indica ogni *gestum per aes et libram*, non si può pensare alla *mancipatio* soltanto, e che perciò, dove le voci *nexum* e *nexus* esprimono la *mancipatio*, esse accennano al genere per indicare la specie.

Dopo quanto sopra è stato detto, fa d'uopo passare alla interpretazione dei testi che furono principio e cagione di tante dubbiezze, di calorose dispute, sgorganti in opinioni opposte, e talvolta contraddittorie, fra gli studiosi del diritto romano in genere, e del *nexum* in particolare. Tali sono: il passo di Varrone, nel *De lingua latina* I. 1. e VIII. 105 (1), laddove vengono riferite le definizioni che relativamente all'istituto del *nexum* furono date dai celebri giureconsulti del VII secolo di Roma Manio Manilio o Mamilio (2) e Publio Muzio Scevola (3), i quali furono considerati fondatori dell'*ius civile*; il passo di Festo in cui riferisce la definizione data da Elio Gallo, della quale si è già parlato avanti, nonchè i passi di Livio (VII. 10. 5 - VI. 14 - VII. 28), e di Valerio Massimo, (VI. 1. 9), dei quali meglio si dirà fra poco (4).

Le definizioni riferite da Varrone, assai importanti, perchè su esse si sono impennate tutte le discussioni, sono: « *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mutius quae per aes et libram fiunt ne obligentur, praeter quom mancipio detur, Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit; nam id est quod obligatur per libram neque suum fit inde nexum dictum* ».

Ora, confrontando la definizione di Manilio con quella di Elio Gallo, rievocata da Festo, « *nexum est . . . quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur etc* » si scorge, a prima vista, come esse siano perfettamente, tra di loro, concordanti. Entrambe fanno, però, contrasto con la definizione con la quale Muzio Scevola vuole determinare, con maggiore esattezza storica, la nozione del *nexum*. E trattandosi di due sommi giureconsulti vissuti nella stessa epoca, sembra davvero strano che essi, dell'istituto del *nexum*, del quale vedevano quotidiana-

(1) M. Terenzio Varrone nacque nel 638/116 a Rieti, e fu chiamato perciò il Reatino. Dedicò la sua lunga vita agli studi ed è lo scrittore più fecondo di tutta l'antichità. Scrisse tragedie, poemi lirici ed elegiaci, satire, libri di storia, di critica letteraria, di eloquenza, di giurisprudenza, di grammatica, di filosofia, di geografia, di agronomia. Morì nel 727/27.

(2) Manio o Marco Manilio fu giureconsulto dell'epoca repubblicana, considerato come fondatore dell'*ius civile*. Fu console nel 605/149. Lasciò 7 libri di *iuris civilis*, detti *Manilii monumenta*, o *Manilia actiones*, o *Manilianae venalium vendendorum leges*.

(3) Publio Muzio Scevola fu fra i più rinomati giureconsulti dell'epoca repubblicana; considerato pure come fondatore dell'*ius civile*. Fu console nel 623/133, ed in seguito Pontefice Massimo. Lasciò 10 libri di *iuris civilis*.

(4) V. a pagg. 43-44.

mente fare applicazione, abbiano potuto aver un diverso e contraddittorio concetto, quale a prima vista, risulta dalle loro definizioni.

Nè meno strano deve sembrare che Varrone, per spiegare che cosa fosse il *nexum*, abbia messo insieme le due discordanti definizioni, senza nemmeno tentare una qualsiasi giustificazione, e senza dare alcun chiarimento, dichiarando soltanto che la concezione Muciana sembrava a lui più esatta e più conforme al senso delle parole: « *Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit* ».

Studi profondi furono compiuti, sia all'intento di accertare la cagione che potè determinare i due romani giureconsulti a dare del *nexum* le menzionate divergenti opinioni, sia per volere trovare di esse una plausibile conciliazione.

Si è, anzitutto, cercato di stabilire quale fosse l'autentico testo delle definizioni riportate da Varrone, ritenendosi che la frase « *praeter quom mancipio detur* » della definizione Muciana non sia stata fedelmente riprodotta secondo l'originaria dizione.

Ed a tale riguardo, mentre il Niebhur (1), il Müller (2) e lo Scheurl (3) proposero di rettificarla con le parole: « *praeter quae mancipio dentur* », ed il Momsen (4) propose di correggere anche il verbo « *obligentur* », in « *obligetur* » per farlo concordare col successivo verbo « *detur* », Schlossmann (5), ed altri pretesero di cambiare la frase anzidetta in « *praeter quom mancipio detur* », sulla considerazione che il *quom* non altro è se non l'antico modo di scrivere il *cum*.

Il Fuchs (6), a sua volta, pensò di sostituire alla particella « *neque* », che si trova nell'ultimo periodo del testo di Varrone, le parole « *nec quod* », in modo da leggersi « *nec quod suum fit* », dappoichè nei Codici le due voci « *que* » e « *quod* », venivano abbreviate nella stessa maniera. Per una corruzione del testo originario la frase « *nec quod suum* » si sarebbe mutata nell'altra « *neque suum* » che si legge ora in Varrone.

Altri, infine, attribuendo al negozio l'effetto di fare sorgere dall'*aes et libram* una obbligazione senza alcun trapasso di proprietà, senza cioè dare origine ad un *suum*, ha proposto di correggere addirittura il « *neque suum* » del testo Verroniano in « *nec suum* », facendo in siffatta guisa derivare la etimologia della parola *nexum* dalla crasi delle due voci *nec suum* (*ex eo quod nec suum fit*) (7).

(1) Niebhur - op. cit. pag. 604 n. 1195.

(2) Müller - Edizione delle opere di Varrone. v. pag. 138.

(3) Scheurl - op. cit. pag. 9.

(4) Momsen - op. cit.

(5) Schlossmann - op. cit.

(6) Fuchs - Handbuch der römischen alterthümer. Vol. I, pag. 417.

(7) Vedi pag. 21.

La definizione di Muzio, con le proposte modifiche, diventerebbe: « *Mutius quae per aes et libram fiunt ne obligetur, praeter quom mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit; nam idem, quod obligatur per libram, nec quod suum fit, inde nexum dictum* ».

Ma tutte le suindicate correzioni e varianti non hanno ragione d'essere, e debbono ritenersi arbitrarie, se in tutti i Codici, come è pacifico, la frase è riportata nel modo in cui si legge nel testo di Varrone, per quanto il suo costrutto non sia grammaticalmente corretto, fatto questo non unico, nè raro nei passi a noi pervenuti dei giureconsulti romani dell'età repubblicana e classica.

Altri dubbi ed altre discussioni sono sorte all'intento di stabilire, se la definizione di Muzio si riferisse al negozio giuridico che prendeva il nome di Nexum, o non piuttosto all'obbietto di esso (cose o persone). Lo Schlossmann sulla considerazione che il verbo *obligetur* può riferirsi soltanto alle cose od alle persone, e non già ai negozi giuridici, ha sostenuto la seconda opinione. Senonchè, si è opposto allo Schlossmann, fra l'altro, che il verbo *fiunt*, che precede nella suddetta definizione l'*obligetur*, a sua volta, non si adatta alle cose od alle persone che possono costituire oggetto di un negozio giuridico, come si adatta invece al negozio stesso.

Si è poi obbiettato contro l'opinione di Schlossmann che se la definizione di Muzio si fosse riferita all'oggetto del negozio, non si comprenderebbe come Varrone avesse potuto rievocarla, portandola a fianco della definizione di Manilio, si direbbe quasi a sostegno di essa, per meglio porre in evidenza il concetto e l'essenza del negozio giuridico al quale i romani avevano dato il nome di nexum, senza alcun riferimento al soggetto ed all'oggetto dello stesso. Devesi, pertanto, ritenere che la parola nexum si riferisce ad un *vincolo sorgente dal negozio concluso con le forme solenni dell'aes et libram*, perchè il verbo *nectere*, del quale, come si disse, la detta parola è il participio passato, ha il significato, di legare, vincolare, stringere, ed è sinonimo del verbo *ligare*, da cui derivò *obligare* (1).

Oggetto di vivaci discussioni è anche stato l'inciso « *praeter quom mancipio detur* » che, in vero, può essere interpretato in due modi diversi ed opposti.

Attribuendosi, infatti, all'avverbio « *praeter* » il significato di « *oltre* », si può intendere che nexum sia ogni *gestum per aes et libram* da cui nasce l'*obligatio*, ed inoltre la *mancipatio*; mentre attribuendosi a quell'avverbio il significato di « *fuori* » si può intendere che con quella frase Muzio abbia voluto dire

(1) Vedi pag. 21.

che si ha il nexum nel caso di *obligatio*, e fuori del caso della *mancipatio*.

Il secondo significato è da preferirsi, ove si consideri che nella definizione di Manilio, la quale nel testo di Varrone precede quella di Muzio, è esplicitamente posto in evidenza che vi è compresa la *mancipatio*, come si evince dalle parole « *in quo sint mancipia* », ed ove, inoltre, si abbia riguardo alla circostanza che alla prima definizione, la seconda, e cioè quella di Muzio, è decisamente contrapposta, tanto che lo stesso Varrone, dopo di averle entrambe rievocate, per una migliore precisazione del concetto di nexum, dichiara che la definizione di Muzio, è quella che più si avvicina alla realtà del negozio: *hoc verius esse ostendit*.

La contrapposizione fra le due definizioni fu anche negata, o ritenuta soltanto apparente, e non sostanziale (1). Ma essa sussiste veramente, tanto è vero che entrambe furono poste in rilievo da Varrone per meglio fare intendere il concetto dell'istituto del nexum, ovvero, per porre meglio in evidenza che la vera essenza del nexum stava nell'obbligazione da esso derivante « *quae per aes et libram fiunt ne obligentur* ». Nè vi sarebbe stata ragione di richiamare e dichiarare più esatta la definizione di Muzio, se in essa vi fosse compresa la *mancipatio*, come nella definizione di Manilio.

Concludendo, si può affermare che, mentre il *mancipium* era ogni *gestum per aes et libram*, mediante il quale si faceva luogo al trasferimento della proprietà *ex iure quiritium*, il nexum era, invece, *quel negozio giuridico che faceva sorgere una speciale obbligazione, un nodo, un legame*, nel senso più sopra spiegato, in occasione della derivazione etimologica della parola (2). Di ciò si ha la prova in Varrone, che ripone l'essenza del nexum nella obbligazione alla quale dava vita: « *quod obligetur per libram* ».

Altra prova si riscontra nella definizione data da Festo del verbo *nectere*: « *nectere ligare significat et id apud plurimos auctores frequens* »; ed altra prova ancora si evince dal fatto che nelle Pandette i vocaboli *nexum* e *nexus* si trovano usati invece di *obligatio*.

Per stabilire la natura e la sostanza di tale obbligazione vi ha fra gli scrittori divergenze di opinioni.

Il Perozzi, come fu sopra accennato, ritiene che la *obligatio* del nexum in origine desse luogo ad un asservimento del cittadino al cittadino derivante dai rapporti intergentilizzi. Anche Brinz e Schlossmann la pensano, presso a poco, allo stesso modo, quando sostengono che l'*obligatio* più antica faceva sorgere

(1) Eusebio - op. cit. IV e VII, pagg. 13 e 18.

(2) Vedi a pag. 21.

un diritto ed una potestà del creditore sulla persona o sulla cosa del debitore.

**MOMENTO IN CUI VENIVA CONTRATTO IL NEXUM.** — Oggetto di non minori dubbi e dispareri è stato anche il momento della costituzione del nexum.

Come sopra si è visto, l'opinione dominante afferma che il nexum fosse il negozio giuridico che si creava col dare, e rispettivamente col ricevere, denaro a prestito. Il nexum, secondo tale opinione, sarebbe stato il *nomen juris* del prestito, e quindi a questo coevo.

Siffatta opinione apparisce contraddetta dai passi, sopra ricordati, di Varrone, di Livio e di Valerio Massimo, i quali, evidentemente, ci fanno conoscere che il rapporto di credito è debito, lungi dal coincidere con la costituzione del nexum, doveva preesistere, in modo da essere una condizione necessaria per potersi contrarre il nexum, e cioè un vero e proprio modo di pagamento, « *dum solveret* », secondo l'espressione di Varrone (1).

La separazione fra il momento della insorgenza del prestito, e quella della stipulazione del nexum, apparisce più evidente nei testi di Livio e di Valerio Massimo, sopra indicati, relativi agli episodi di Manlio, di C. Publilio e di T. Veturio che si costituiscono nexi per soddisfare, con le proprie prestazioni servili, debiti vecchi non assunti personalmente da essi, ma dai rispettivi genitori.

E laddove lo stesso Livio descrive la condizione penosa dei nexi (VII. 19. 5), il fatto materiale e giuridico del *nexum inire*, è riferito come una ineluttabile conseguenza della situazione in cui si venivano a trovare i debitori (*sors ipsa*): ciò pone in chiara luce la netta distinzione che ormai si faceva fra il momento dell'assunzione del debito e quello della conclusione del nexum.

A tali risultanze sembra contraddire il passo di Festo, laddove, dicendo nexum la « *pecunia quae per nexum obligatur* », farebbe intendere che in unico contesto di tempo avevano luogo l'assunzione del prestito e la conclusione dell'obbligo di prestare servizi, come se si trattasse di un unico rapporto giuridico. Ma è chiaro che quel grammatico, volendo dare la definizione di un istituto non più vigente ai suoi tempi, e dicendo ciò che si intendeva per nexum anticamente (*apud antiquos*), o non ha attribuito importanza al momento in cui la pecunia era stata data, e si è limitato a stabilire il concetto dell'istituto dall'effetto che produceva, ovvero, come è più probabile, si è riferito al primitivo modo di costituzione del nexum.

Il Momsen, per sostenere l'opinione dominante, afferma che

(1) Vedi il testo del passo a pagg. 23 e 41.

i passi di Livio e di Valerio Massimo possono spiegarsi nel senso che il nexum estendeva la sua efficacia anche ai figli del debitore, i quali contraevano il nexum, onde sottrarsi alle conseguenze dell'insolvenza paterna.

Deve, invece, ritenersi che il nexum, originariamente, era una obbligazione che accompagnava la conclusione del rapporto di debito e credito in dipendenza del prestito di danaro, e che aveva per fine l'assoggettamento del debitore indigente al creditore, onde soddisfare la propria obbligazione mediante servizi personali, e che in processo di tempo, e specialmente nell'epoca delle lotte fra patrizi e plebei, in cui ebbe a verificarsi il grave immerimento di questi, e che corrisponde alle vicende storiche riferite da Livio, si applicò esclusivamente a prestiti che erano stati contratti senza quel vincolo, per meglio garantire, a causa della sua efficacia esecutiva, il soddisfacimento dei creditori.

Di leggieri, così, si comprende come sia stata facile la generalizzazione dell'abuso, e la conseguente formazione di una consuetudine, che va considerata come vera degenerazione dell'originario istituto.

Col nexum si perviene, appunto, a quella particolare forma di assoggettamento della quale si è avanti parlato, e così soltanto possono trovare una spiegazione gli episodi narrati da Livio e da Valerio Massimo, onde porre in evidenza la situazione triste dei nexi, e le loro penose vicende.

Devesi, pertanto, ritenere che la definizione data da Festo, con riferimento all'oggetto, « *pecunia quae per nexum obligatur* », ha riguardo al modo di costituzione del nexum dell'epoca preistorica, quando l'obligatio costituiva un atto di personale dipendenza di un debitore verso un creditore, mentre la definizione di Varrone, che ha riferimento al soggetto, — « *qui suas operas in servitutem, pro pecunia quam debetur dabat, dum solveret, nexum vocatur* » (1) — corrisponde alla forma alterata di costituzione del nexum dei tempi storici. Entrambe le definizioni sono quindi esatte, e spiegano la causa e la portata del negozio, facendo chiaramente intendere che, a favore del creditore, nasce con quell'atto il diritto a richiedere la prestazione di opere, a titolo di compenso del danaro sborsato, diritto che è limitato al tempo necessario per scontare il debito, secondo la valutazione delle opere del nexum.

**SCOMPARSITA DEL NEXUM.** — L'epoca in cui il nexum è scomparso è tutt'altro che certa.

Potrebbe pensarsi che la riforma monetaria di Servio Tullio (2), mediante l'introduzione della moneta coniata con l'espres-

(1) Vedi sopra a pag. 23.

(2) Come è noto, la tradizione attribuisce a Servio Tullio l'introduzione dell'aes signatum, in sostituzione dell'aes rude.

sione del suo peso e del suo valore, avesse dovuto determinare l'abolizione del nexum che era uno dei negozi che si compivano con l'uso della bilancia e del metallo rozzo, ma è certo che così non fu, e che anzi il nexum, come si è visto, ebbe maggiori applicazioni nell'epoca repubblicana, non essendo scomparso l'uso di compiere per *aes et libram* quei negozi giuridici che avevano per oggetto somme di denaro.

Quel che si può, con sufficiente certezza, affermare è, che l'istituto del nexum era ancora in uso ai tempi di C. Manilio e di Q. Muzio, e cioè nell'epoca repubblicana di Roma, e che, già in disuso all'epoca di Gaio (anni 161. 178 a. C. secondo le più autorevoli opinioni degli storici del diritto), era scomparso del tutto nell'epoca successiva, tanto che per nulla ormai più apparisce nelle opere degli scrittori.

Che l'istituto fosse già in disuso all'epoca di Gaio, bene si evince dalla circostanza che quel giuriconsulto, nelle sue istituzioni, non dice che cosa fosse il nexum, e nemmeno in qual modo si contraesse. Egli, come sopra è stato detto, si limita a spiegare in quale modo avveniva la sua estinzione.

Dal fatto che Gaio parla al presente: « *ita agitur, liberatur, oportet loquatur, percutit* », e dal fatto, altresì, che egli afferma che quella forma di pagamento era adoperata nel caso in cui « *quid eo nomine debetur quod per aes et libram gestum est* », si potrebbe argomentare che il nexum fosse ancora in uso ai suoi tempi; ma fu, invece, dimostrato autorevolmente che le parole del ripetuto giuriconsulto si riferivano al legato per *damnationem* (1).

Del resto, che Gaio accenni ad un contratto ormai in disuso, si evince anche dal fatto che, alla sua epoca, la pesatura del metallo era diventata una mera finzione, perchè era stata, già da tempo, introdotta la moneta coniatata.

A maggior ragione devesi ritenere che il nexum non fosse ormai più in uso all'epoca di Festo (20 d. C.), che è di oltre tre secoli posteriore a quella di Gaio.

Esaminando la nota definizione di E. Gallo, il Perozzi pone in evidenza che il nexum era in uso all'epoca di Festo, poichè quel grammatico, usando il verbo al presente (*obligatur*), e non al passato (*obligabatur*), farebbe intendere che egli dicesse di un istituto ancora in vigore. Ma siffatta congettura si appalesa inesatta, sol che si consideri che lo stesso Festo intendeva spiegare quel che gli antichi (*apud antiquos*) intendessero per nexum. Si può, quindi, solo sostenere che l'Istituto era in uso al tempo di E. Gallo, ma non è lecito affermare, con sufficiente certezza, che ancora fosse in vigore all'epoca di Festo.

(1) Perozzi - op. cit., vol. II, pag. 162, n.

E' noto che, non ostante i provvedimenti rigorosi emanati per alleviare i mali prodotti dall'usura e dai debiti, i creditori non cessavano di approfittare dei bisognosi di danaro, nè cessavano di usare modi crudeli contro i nexi. Frequenti dovettero essere perciò i conflitti fra i patrizi creditori ed i plebei debitori, causati dalle proteste e dalle lamentele di questi ultimi, se gli storici Livio e Varrone sentirono il bisogno di narrare tali avvenimenti, e di fare conoscere ai posteri gli episodi più commoventi cui diedero luogo creditori ingordi, abbierti e nefandi.

Un quadro perfetto della penosa situazione in cui vennero a trovarsi i plebei debitori, che non potevano nemmeno restituire il capitale avuto a prestito (*sors ipsa*), ci è dato da Tito Livio, quando nei suoi Annali di storia romana scrive: « *Non eadem domi quae militiae fortunae erat plebi romanae, nam et si unciario foenore fasto levata usura erat, sorte ipsa obruebantur inopes nexumque inibant* » (1); ed anche quando narra l'episodio del nobile centurione Manlio: « *Manlius centurionem nobilem militaribus factis, iudicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua adcurrit et manum iniecit, vociferatusque de superbia Patrum ac crudelitate foeneratorum, et miseriis plebis, virtutibus eius vir fortunaque. Qum vero ego, inquit, nequidquam hac dextra Capitolium arcemque servaverim si civem commilitonemque meum tamquam Gallis victoribus captum in servitutem ac vincula duci videam?* » (2); nonché nel passo in cui narra la vicenda del leggiadro giovanetto Caio Publio o Publilio, che, costituitosi nexus, per scontare, mediante prestazione di servizi, un debito paterno, il fiore della di lui età e bellezza, invece di muovere l'animo del creditore Lucio Papirio, a compassione e misericordia, lo accesero della più schifosa libidine e villania: « *L. Papirius is fuit: cui cum se P. Publius ob aes alienum paternum nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterat, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt* » (3). Aggiunge, lo stesso Livio, che, non essendosi il giovanetto Caio prestato ad assecondare la libidine del creditore, fu da questi dapprima allettato con parole impudiche, e poi minacciato, spogliato, spaventato e flagellato; e conclude la narrazione della triste vicenda, dicendo che, essendosi il giovanetto, con la fuga, sottratto agli oltraggi, ai maltrattamenti ed alle minacce del creditore, ed essendosi presentato pieno di lividure alla folla, questa si sarebbe commossa talmente che, tumultuando, avrebbe determinato i consoli a convocare il senato, e poscia inginocchiatasi davanti la curia, ove i senatori si accingevano ad entrare, mostrando le carni flagel-

(1) T. Livio - Hist. VII, 19, 5.

(2) id. id. VI 14.

(3) id. id. VIII, 28.

late di quel giovanetto, avrebbe riempito di commozione l'animo degli ascoltanti, i quali, subito, autorizzarono i consoli a presentare una legge che abolisse immediatamente il nexum; e questa fu la legge Poetelia Papiria: « *quibus laceratus juvenis, quum se in publicum proripuisset conquerens foeneratoris, ingens vis hominum, quum aetatis miseratione et indignitate iniuriae accensa, tum suae conditionis liberumque suorum respectu, in forum, atque inde, agmine facto, ad vim concurrat; et quum consules, tumulto repentino coacti, senatum vocarent, introentibus in curiam Patribus laceratus juvenis tergum, pro-cumbentes ad singulorum pedes, ostendebant. Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei; jussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compendibus aut in nervo teneretur* ».

Anche Valerio Massimo (1) riferisce un episodio identico a quello narrato da Livio, quando parla dell'adolescente T. Veturio, il quale: « *cum propter paternam ruinam et grave aes alienum P. Plotio nexum se dare adulescentulus ad modum coactus esset* ».

Cambiano, come si vede, i nomi delle persone, giacchè al L. Papirio di Livio viene sostituito da Valerio Massimo il creditore P. Plozio, ed a C. Publilio viene sostituito Q. Veturio, ma il fatto si deve ritenere unico, quantunque sia riferito a due epoche diverse, ponendolo Livio nell'anno 428-326, e Valerio facendolo risalire all'anno 480-374.

Or, pure essendo sorti dubbi in ordine alla veridicità dei fatti avanti ricordati, che, come tanti altri consimili delle più remote epoche storiche, sono stati ritenuti leggendari, sembra però sicuro che l'ingordigia dei creditori, e le disastrose condizioni dei numerosissimi nexi, acui il conflitto, che già da tempo imperversava fra i patrizi ed i plebei, e determinò l'emanazione della *Lex Poetelia*, o *Poetelia Papiria de nexis* del 428-326, così chiamata dal nome dei due consoli Caio Petelio Libone Visolo e Lucio Papirio Cursore, che la presentarono al senato.

Tale data fu vivamente contestata dagli storici. Walter la pone nell'anno 429/325 (2); Rudorff, invece, basandosi su Varrone la dice del 441/313 (3); Costa la ritiene emanata nella metà del V sec. di Roma (4); mentre il Pais la ritiene anticipata di circa due secoli, sostenendo precisamente che sia stata emanata nel 630 di Roma (5).

(1) Val. Massimo. Fact. et dict. memor. lib. VI, I, 9. Fu console nel 14 d. C.

(2) Walter - Storia del Dir. Rom. n. 583 (Torino, Utet, 1851).

(3) Rudorff - Rechtsgeschichte II, pag. 294.

(4) Costa - Corso di Storia del dir. rom., II, pag. 20 (Zanichelli, Bologna).

(5) Pais - Storia di Roma, vol. I-II, pag. 292 e segg.

Sta in fatto, che la Legge Poetelia Papiria, come si evince dalla narrazione di Varrone, di Livio, e di altri storici dell'antichità romana, stabilì il principio liberale dell'esecuzione sui beni « *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse* » (1), vietando, anzitutto, la *manus iniectio* privata e diretta sulla persona del debitore da parte del creditore, senza previo giudizio ordinario; vietando, altresì, la sottomissione volontaria del debitore al creditore nella forma del nexum; vietando ai creditori che fossero riusciti ad avere ragione in giudizio, di mettere a morte i debitori insolventi, o di renderli come schiavi, ed anche di tenerli *abducti* e legati con corregge, o con catene, o in ceppi, in *nervo aut in compedibus*, come le XII tavole autorizzavano, soltanto consentendo di tenerli in vincoli (*clausi*), perchè non potessero fuggire: « *Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur* » (2), sanzionando che le persone che avevano contratto il nexum venissero dai creditori immediatamente rilasciate, se potevano giurare di avere beni sufficienti per pagare il debito: « *et omnes qui bonam copiam jurarent, ne essent nexi dissoluti* » (3).

Le menzionate frasi di Varrone e di Livio, come pure un passo di Cicerone, secondo il quale « *propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nequiterque postea desitum* » (4), hanno fatto dubitare se la legge di P. Papiria abbia voluto abolire completamente, oppure soltanto limitare, l'applicazione del nexum. Il dubbio è sorto per il modo di esprimersi di Varrone, diverso da quello di Livio e di Cicerone.

Mentre, infatti, i testi sopramenzionati di Livio e di Cicerone fanno intendere che il nexum fu da quella legge completamente abolito, tanto che il primo dei due, partendo dalla rivolta popolare sollevata da C. Publilio, e della legge di P. Papiria, con chiare parole, dice: « *Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne neqterentur* » (5), Varrone pone, invece, in evidenza l'efficacia soltanto limitatrice del nexum in forza della predetta legge, affermando che il nexum « *sublatum ne fieret* », e che dovevano essere liberati soltanto quei nexi che avessero giurato di avere beni patrimoniali bastevoli pel pagamento del debito.

Livio non ha esitato a narrare che quella legge fu considerata dalla plebe romana come il trionfo della libertà: « *Eo anno plebei romanae aliud initium libertatis factum est* » (6).

(1) Livio - op. cit. VIII, 28.

(2) Livio - ibid.

(3) Livio - ibid.

(4) Varrone - op. cit., VII, 105.

(5) Cicerone - De republ., II, 34.

(6) Livio - op. cit., VIII, 28.

Or, sia che la lex P. Papiria abbia sanzionato il divieto assoluto del nexum e della *manus iniectio* nella sua efficacia di mezzo di esecuzione contro la persona, sia che abbia soltanto inteso di limitare l'efficacia stessa, certo si è che dell'istituto per molto tempo ancora si fece abusiva applicazione, tanto che nell'anno 294 dell'era cristiana l'imperatore Diocleziano sentì il bisogno di emanare una costituzione, con la quale dichiarò che la legge non consentiva la servitù per debiti in favore dei creditori: « *Ob aes alienum servire liberos creditoribus, iura compelli non patiuntur* » (1). Senonchè, essendo venuta a mancare al nexum la sua efficacia di titolo esecutivo, incominciò dopo la legge Petelia Papiria a perdere ogni giorno più terreno. finchè fu del tutto disapplicato, e cadde perciò nell'oblio, senza lasciare di sè, come fu già detto, vestigio alcuno nemmeno nelle raccolte Giustiniane.

Il fatto, anzi, che di tale istituto, all'infuori del pallido accenno che si trova nella sopra menzionata costituzione di Diocleziano, invano si cercano notizie nella legislazione Giustiniana (527-565 d. C.), dove apparisce che esso è conosciuto appena di nome, come sinonimo di obligatio, usato però col significato di vincolo obbligatorio (L. XLVI. § 7 Dig. de condic. indeb. XII. 6. e L. 1. Dig. de accept. XLVI. 4), comprova come il nexum fosse da molte tempo ormai in disuso all'epoca del giureconsulto imperatore.

Ed invero non si può pensare che i compilatori del *Corpus juris*, i quali, come è noto, professavano grande attaccamento alle loro tradizioni, avessero lasciato passare inosservato un istituto giuridico ancora vigente, senza porne in evidenza l'abolizione.

Si può, adunque, concludere che l'istituto del nexum ha avuto una lunga vita, e che la sua scomparsa non si è verificata per forza di legge abolitiva, ma per disuso.

Detto quanto è apparso necessario e sufficiente per una esatta conoscenza dell'importante istituto giuridico che aveva la forza di titolo esecutivo al pari di una sentenza di condanna, come i moderni titoli ad esecuzione parata, occorre rifare un passo indietro, per stabilire quale fosse la procedura che si adottava per l'esecuzione contro i debitori insolventi all'epoca della procedura formulare.

#### CAPITOLO IV.

### La procedura formulare

A) IL PROCEDIMENTO DI COGNIZIONE. — Nel VI sec. di Roma, subentrata alla procedura per *legis actiones* la procedura formulare, introdotta dalla legge *Aebutia*, l'antico rigore usato contro i debitori insolventi non venne meno. Cambiò, infatti, il sistema di accertare la sussistenza del credito, salvo ancora qualche caso di applicazione della *legis actiones*, le quali, secondo l'opinione più accreditata, non vennero dalla detta legge espressamente abolite, ma l'esecuzione dei giudicati rimase ancora affidata alla iniziativa privata.

Il punto in cui la vecchia procedura ebbe a subire un sostanziale mutamento fu quello che si riferisce al primo stadio del giudizio, e cioè allo stadio preparatorio della lite che si svolgeva davanti al magistrato (*in iure*). La caratteristica della procedura formulare sta, appunto, nella *formula*, che costituiva il programma della lite, redatto dal magistrato, in base alle istanze ed eccezioni delle parti, e, che doveva servire al giudice per la decisione.

Il creditore, per fare riconoscere il proprio diritto, e per munirsi del titolo esecutivo, doveva citare il debitore davanti al magistrato, che ormai era il Pretore, mediante la *in ius vocatio*, e cioè, con invito orale di seguirlo (1). Se il chiamato non aderiva, oppure tentava di fuggire, vi poteva essere trascinato con la forza, precisamente come avveniva con la procedura delle *legis actiones*, salvo il caso in cui avesse prestato un garante (*vindex*).

Se qualcuno si fosse opposto a lasciare che il creditore trascinasse il debitore recalcitrante davanti al magistrato, o l'avesse liberato con violenza, poteva essere assoggettato ad azione penale. Inoltre, fu accordata dal Pretore un'azione *in factum*, come Gaio ci fa conoscere (2), contro il debitore che invitato a seguire il creditore avanti al magistrato non si fosse prestato a recarvisi, nè avesse presentato un garante. Tale azione

(1) L. 12 Cod. de oblig. et act. IV, 10.

(1) Vedi sopra a pag. 14 testo e nota.

(2) Gaio - Ist., IV, 46.

consisteva nel pagamento di un'ammenda; e se il debitore si fosse nascosto, o si fosse reso irreperibile per non essere portato in giudizio, i suoi beni potevano essere sequestrati e venduti.

Se il debitore seguiva in giudizio il creditore, o vi compariva nel giorno stabilito, aveva inizio il procedimento *in ius*. Qualora avesse confessato, od avendogli l'attore deferito il giuramento (*iusiurandum in iure delatum*) non lo avesse prestato, ovvero non lo avesse a sua volta riferito, oppure non si fosse opportunamente difeso, trattandosi di azione creditoria, — giacchè per le altre azioni personali che non avevano per oggetto la *pecunia certa*, e per quelle reali, ciò non avveniva — egli era immediatamente considerato *judicatus*. Il procedimento di cognizione allora aveva fine nello stadio *in jure*, ed il creditore poteva dopo la scadenza del termine di giorni trenta agire esecutivamente.

Se, invece, comparendo il debitore davanti al magistrato, avesse contestato il credito avversariamente vantato, venivano stabiliti i punti controversi, ed inseriti in una formola che era diretta al giudice unico, eletto dalle parti di comune accordo, o nominato d'ufficio, fra le persone iscritte in una apposita lista (*album iudicum*), costituita di senatori, o di cavalieri, o di tribuni erari, a seconda dei tempi.

Davanti al giudice, investito della cognizione della controversia, si svolgeva il secondo e decisivo stadio del procedimento, entro gli stretti limiti fissati dalla formola.

Ivi aveva luogo l'escussione delle prove orali, e l'esibizione di quelle documentali, senza che all'uopo vi fossero regole precise.

La rappresentanza giudiziale che non era consentita dalle *legis actiones*, venne, a grado a grado, dalla procedura formulare permessa, ed esercitata dai *cognitores*, o dai *procuratores*, o dai *defensores*.

Quando l'istruttoria era sufficientemente espletata, il giudice (unico o collegiale) decideva il contesto con la massima libertà di convincimento. Egli seguendo le prescrizioni della formula, che conteneva varie parti principali (*demonstratio, intentio, condemnatio*) (1), e talvolta anche parti accessorie (*praescriptiones, ed exceptiones*), esauriva il suo compito con l'assoluzione, o con la condanna del convenuto. Detta formula, infatti, dopo di avere fissato quale era il fatto, e quale il diritto preteso dall'attore, demandava al giudice di condannare il convenuto o di assolverlo, a seconda che avesse ritenuto fondata o infondata la pretesa.

(1) Non si fa menzione dell'adiudicatio, perchè questa parte si trovava soltanto nelle azioni reali, in quanto dava al giudice la facoltà di trasferire la proprietà della cosa controversa.

Essa nella dizione più semplice era così concepita: *Iudex esto an N. Negidium sestertium decem milia* (od altra maggiore o minore somma). *A. Agerio dare oportere; iudex si te paret condemna, si non paret absolve.*

Avverso la sentenza non vi era fino all'epoca dell'Impero possibilità di appello.

Con la procedura formulare, dunque, è cessato del tutto, in processo di tempo, l'uso della *manus iniectio*, ed a questa è stata sostituita la procedura esecutiva in base al giudicato (*actio iudicati*), la quale portava principalmente all'esecuzione sulla persona, e subordinatamente a quella sui beni del debitore.

Difatti, il debitore che fosse stato condannato (*judicatus*), se non avesse eseguito, nel termine di legge, il pagamento, veniva citato a comparire in giudizio mediante l'*actio iudicati*, ed ivi era, anzitutto, invitato ad eseguire immantinenti il pagamento del suo debito certo. Non potevasi il convenuto rifiutare di seguire l'attore, salvo che non avesse dato il *vindex*, e come nel caso di *vocatio in ius* per il giudizio di accertamento del credito, vi poteva essere trascinato per forza. Se, dopo la comparizione il *judicatus* non avesse pagato, o se non avesse potuto dimostrare, previa promessa di pagamento, o presentazione di un garante (*cautio iudicatum solvi*), di avere dopo la condanna eseguito l'obbligo suo, ovvero la invalidità del primo giudizio, od anche talune eccezioni privilegiate (*beneficium competentiae, cedendarum actionum*, ed altre), non solo poteva essere condannato a pagare il doppio a vantaggio dell'attore, in pena del nuovo giudizio che col suo comportamento aveva provocato, ma veniva anche aggiudicato (*addictus*) al creditore, il quale era autorizzato a rinchiuderlo in una prigione privata, ed a tenerlo incatenato fino a tanto che non avesse effettuato il pagamento, o non avesse tacitato il creditore procedente col prezzo dei propri servizi.

Fino a questo momento non s'incontra ancora l'uso della prigione pubblica per rinchiudervi i debitori insolventi, perchè la sanzione contro gli stessi ha carattere privato.

E' evidente che il rigoroso procedimento avanti delineato dava il suo risultato utile, sia perchè agiva fortemente sulla volontà del debitore, inducendolo a pagare, o a cedere spontaneamente i suoi beni per liberarsi dalle sofferenze della prigionia e dalle altre più energiche sanzioni, sia perchè i creditori rimanevano egualmente soddisfatti quando il debitore avesse scontato il debito mediante prestazioni di opere.

## B) IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE

LA MISSIO IN POSSESSIONEM. — Contro il debitore, che, pur essendo solvibile, non si fosse prestato al pagamento, o quando l'esecuzione personale non fosse stata possibile per l'assenza, o per la irreperibilità del debitore, nell'epoca della procedura formulare, il creditore poteva agire esecutivamente colpendone i beni, e cioè chiedendo, di essere immesso nel possesso di tutto il patrimonio del debitore (*missio in bona, missio in possessionem*), e provocandone, dopo trascorsi certi termini e completate talune formalità preliminari, la vendita (*venditio bonorum*), per potersi il ricavato destinare al pagamento dei debiti.

Le *missio* non attribuivano al creditore il diritto di fare proprie le cose apprese, o di venderle per soddisfarsi col prezzo, ma soltanto servivano alla conservazione delle stesse (1).

Non sempre però avevano lo sperato effetto di determinare il debitore di mala voglia ad adempire la sua obbligazione, od a presentarsi davanti al magistrato per difendersi dalle pretese del debitore.

Il Pretore, col suo senso pratico, come in mille altre contingenze, ha pensato di supplire alla lacuna dell'antico diritto civile, introducendo la *venditio bonorum*, e venendo con essa incontro ai creditori che non avevano potuto essere autorizzati alla esecuzione personale per la inafferrabilità ed ostinazione del debitore. In sostanza, il Pretore, altro non fece che estendere, a favore dei privati, il procedimento coattivo reale adottato dai pubblici funzionari per la riscossione dei crediti dello Stato, detto *sectio bonorum*, del quale sopra fu tenuta parola.

E' opinione comune, basata sopra un passo di Gaio, che il primo a fare applicazione di un siffatto mezzo di coazione sia stato P. Rutilio Rufo, Pretore nel 636/118 (2). In contrario, però, si sostiene, che i primi germi dell'esecuzione sul patrimonio furono posti in epoca più remota, affermandosi che risalgono alla Lex Poetelia Papiria, e ricollegandosi ai noti passi di Varone e di Livio, dei quali fu tenuta parola a proposito della scomparsa del *nexum* (3).

(1) Nil sibi cuiquam acquirat, cui Praetor permittit in possessionem ire: sed aliquid ordines facit, et ideo caeteris quoque creditoribus prodest. L. 12 Dig. IV, 17 de reb. auct. iud.

(2) Quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a Praetore P. Rutilio, cui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Gaio, Inst. IV, 35.

(3) V. sopra a pag. 44. Sostengono tale opinione Bethmann-Hollweg, in Civil pr. II pag. 666-668, Waierberg in Faill, pag. 28, 99, Thaller, in Faill. I pagg. 27, 28.

Al compianto Rocco Al. è sembrato molto inverosimile che un così complesso procedimento possa essere stato creato di getto da un solo Pretore. Egli dice

Or, se è indubbio che il Pretore P. Rutilio regolò ed attuò il sistema dell'esecuzione sui beni, non si può seriamente discoscere che le prime vere fondamenta di tale sistema furono gettate dalla lex Poetelia, la quale stabilì il principio: *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse* (1).

E' stato affermato da qualche scrittore che l'esecuzione sui beni potesse dipendere anche dall'arbitrio del creditore, il quale l'avesse preferita a quella personale. Non si tratterebbe, allora, di una esecuzione subordinata a determinate condizioni (assenza, irreperibilità del debitore ecc.), e quindi sussidiaria ed eccezionale, ma bensì di procedura principale e facoltativa.

Senonchè, tale opinione non solo contrasta con le fonti, le quali chiaramente pongono in evidenza come l'esecuzione personale fosse l'unica conseguenza del giudizio di accertamento, e, particolarmente, con le origini e l'evoluzione storica della privata difesa, sboccata nella *manus iniectio* giudiziale a carattere meramente vendicativo, ma è resistita anche dalla concezione che i Romani avevano dell'inadempimento della obbligazione contratta, inadempimento che era considerato come una gravissima violazione della fede promessa, e quindi, come offesa che importava una pena corporale per l'offensore.

Il debitore insolvente veniva persino equiparato al ladro in flagrante, e, conseguentemente, attribuito al creditore.

La concezione, infatti, che informa tutto lo svolgimento storico del processo romano dalle XII tavole in poi, è che l'azione del creditore diretta al soddisfacimento della sua ragione di credito ha carattere spiccatamente privato e penale, ed è rivolta a premere sulla volontà del debitore, con mezzi idonei a determinarlo allo adempimento della contratta obbligazione.

E la cennata concezione rimase ferma anche quando le condizioni della società romana cominciarono a modificarsi.

Con l'indebolirsi della primitiva organizzazione politica da una parte, e dall'altro con l'affermarsi dell'autorità dello Stato, man mano che la proprietà individuale andava costituendosi, fu regolata la difesa privata, e la reazione contro il debitore insolvente andò perdendo l'originario carattere penale, ed ebbe anche lo scopo di indurre il debitore solvibile a pagare i suoi debiti. L'esecuzione era, però, sempre prevalentemente privata, con carattere penale, ed aveva principalmente per oggetto la persona, fino a che Giustiniano, con la sua legislazione, non sta-

che la creazione tutta di getto, di un istituto nuovo e complesso per imitazione riflessa di un altro istituto, non risponde al procedimento consueto del Pretore romano che costruiva pezzo per pezzo, provvedendo a soddisfare i bisogni nuovi man mano che si presentavano, mediante disposizioni adatte al singolo caso, che in seguito poi estendeva, ampliava, e generalizzava. (Rocco, Il Fallimento, pag. 143).

(1) Livio - op. cit. VIII, 28.

bili, in modo definitivo, il principio della esecuzione sui beni, determinando i casi in cui eccezionalmente potesse la persona subire la sanzione, a causa della sua insolvenza reale o fraudolenta.

E pertanto, se il concetto che il creditore insoddisfatto potesse procurarsi l'equivalente della prestazione dovutagli, agendo sui beni del debitore, è stato conosciuto dai Romani in un periodo di civiltà avanzata, che presuppone un largo sviluppo del credito, e forme giuridiche perfezionate, si deve da ciò inferire che le prime applicazioni non potevano che essere eccezionali e sussidiarie al concetto dell'esecuzione personale. Afferma il Bonfante, al riguardo, che nel periodo formulare l'esecuzione rivela visibilmente nel proprio ordinamento il suo riacciarsi all'esecuzione personale, o meglio l'incapacità del pensiero antico di concepire una diretta soddisfazione dei creditori sui beni dei propri debitori e a un tempo stesso il carattere personale dell'antica obbligazione (1).

Il Pretore, con l'aggiungere alla *missio in possessionem*, nei casi in cui non veniva conseguito lo scopo di vincere la riluttanza del debitore, la *venditio bonorum*, diede vita ad una forma di esecuzione patrimoniale, a mezzo della quale, sostituiva all'originario un nuovo debitore, e cioè il compratore (*bonorum emptor*), che si obbligava a soddisfare i creditori secondo la *Lex venditionis*.

La estensione della procedura della *missio in possessionem* seguita dalla vendita del patrimonio del debitore, portò una profonda trasformazione nel concetto del rapporto nascente dalla obbligazione, giacchè questa invece di creare soltanto un rapporto personale, venne a creare anche un rapporto sui beni.

Tale concetto rimase, da allora in poi, immutato nella successiva evoluzione del diritto sostanziale e processuale, ed è stato tradotto nel principio che *i beni del debitore costituiscono la garanzia della contratta obbligazione ed il creditore insoddisfatto può procurarsi direttamente sugli stessi l'equivalente della prestazione dovutagli*. L'esecuzione personale rimase come eccezione, ed assunse il carattere di una vera pena dell'insolvenza reale, o fraudolenta.

L'Editto, sotto il titolo *quibus ex causis in possessionem eatur*, indicava i casi nei quali l'esecuzione sui beni era possibile: *debitor confessus, indefensus, iudicatus*, latitante, assente, morto senza eredi, colpito da condanna capitale, incapace, non rappresentato, ed altri ancora.

In base all'Editto, il procedimento di esecuzione sui beni veniva aperto su domanda (*postulatio*) di un solo, o di più cre-

(1) Bonfante - St. del dir. rom. ediz. Ist. to di dir. Rom., Roma 1934, pag. 458.

ditori concorrenti, e colpiva indistintamente, e cioè in massa, tutto il patrimonio immobiliare e mobiliare del debitore.

Nella domanda occorreva indicare il fatto che rendeva ammissibile il particolare procedimento, ed il magistrato, dopo una sommaria delibazione, *bona possideri proscribique iubebat*, e cioè autorizzava l'apprensione dei beni (*missio in possessionem rei servandae causa*) a scopo conservativo (1), onde impedire la loro distrazione, giacchè essa poteva profittare a tutti i creditori, e non già soltanto alle persone che l'avevano domandato. Per tale ragione, ed anche perchè il debitore, o i suoi parenti ed amici, potessero più facilmente averne conoscenza, ed intervenire per evitare il protrarsi dell'esecuzione, la *missio* doveva essere resa pubblica con opportune affissioni (*proscriptiones*) ed avvisi (*libelli*), da farsi in centri più popolati e frequentati della città.

Contro la immissione in possesso era permessa l'opposizione del debitore; però si riteneva che non vi fosse opposizione, non solo nel caso in cui il debitore si fosse tenuto nascosto, ma anche nel caso che, essendo presente, non abbia voluto proporre l'azione o l'abbia ricusato (L. 52. Ulp. lib. 44 Ad edictum).

La *missio*, che dai giureconsulti era considerata come pegno pretorio (2), era tutelata da un'azione pretoria in factum, e dall'interdetto « *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ». Importava l'onere dell'amministrazione, con conseguente diritto di impossessamento anche dei libri e delle carte del debitore; conferiva la facoltà al custode ed amministratore, di locare i beni, di raccogliere e vendere i frutti, di realizzare le vendite (3), e di ripetere le spese eseguite; e, viceversa, lo rendeva responsabile dei danni causati per malversazione.

LA BONORUM VENDITIO. — Trascorso il termine di trenta giorni, senza che il debitore si fosse presentato ad effettuare il pagamento, o a fare la cessione dei suoi beni, oppure ad assumere il giudizio, e senza che altri per lui si fosse presentato per sollevarlo delle conseguenze del procedimento, il magistrato, quando non l'avesse disposto col provvedimento che autorizzava la *missio* (*bona ex edicto possideri, prescribi, venire iubebo*), su istanza delle parti, emetteva un secondo decreto, col quale ordinava la vendita dei beni staggiti, (*bonorum venditio*), e la

(1) Non possessionem, sed custodiam rerum et observationem rerum concedit. 43 § 23 De adq. vel am. proress. D. 41. 2. Nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur. L. 15. pr. Ut in poss. leg. D. 36. 4.

(2) L. 26 Dig. De pignoratia actione XIII. 7.

(3) Ulpiano L. 61, Ad adictum L. 3.

convocazione dei creditori, affinché fosse nominata nel loro seno (*ex eo numero*), la persona (*magister*), che doveva eseguirla (1).

Il termine suindicato era di giorni 15 se il debitore proprietario dei beni era un defunto (2). In ogni caso, il debitore inadempiente veniva colpito da infamia, e cioè da indegnità, che, se non produceva la conseguenza della *capitis deminutio*, importava la limitazione della capacità giuridica e menomava la onorabilità della persona (3), giacché il costume romano molta importanza attribuiva alla estimazione, ed esigeva che ciascun cittadino non solo rispettasse i precetti del diritto, ma eziandio che si diportasse in conformità dei precetti della morale e dell'onore, se voleva godere della pubblica estimazione (4).

Laddove era prevedibile che la custodia ed amministrazione dei beni potesse avere una lunga durata, in dipendenza della causa che l'aveva determinato, col decreto di *immissio*, o successivamente, dietro istanza degli interessati, veniva nominato un curatore speciale (*curator boni*), con tutte le facoltà sopra menzionate. Da ciò si evince come la *missio* di quell'epoca avesse in parte i caratteri dell'attuale pignoramento, in parte, i caratteri del sequestro conservativo, ed in parte quelli del sequestro giudiziario, innestati ad un giudizio di espropriazione mobiliare ed immobiliare, a rapido corso.

Le funzioni di curatore, come le funzioni del creditore custode, venivano a cessare dopo la nomina del magistrato incaricato di svolgere tutti gli atti preliminari per arrivare alla vendita.

Non si può ritenere che, contemporaneamente, potessero provvedere alla conservazione ed all'amministrazione dei beni, il creditore immesso, che perciò assumeva la funzione di custode ed amministratore, ed il *magister*, o il curatore speciale, ovvero questi ultimi.

Le fonti, al riguardo, nulla dicono, ma è ovvio pensare che il Pretore Romano, che perpetuamente e felicemente modificava il diritto, ravvivandolo in conformità delle esigenze della vita pratica, avesse potuto tollerare un dualismo che poteva originare conflitti, complicazioni, ritardi e spese superflue, nel procedimento che doveva seguire un rapido corso. Di conseguenza, deve pure ritenere che, con la nomina del *magister*, il creditore-custode ed il curatore speciale dovessero cedere, quanto meno la funzione amministrativa, al *magister*.

Spettava al *magister* di compilare nel più breve tempo le condizioni di vendita (*lex venditionis*), che dovevano rappre-

(1) Postea (praetor) jubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, idest eum, per quem bona veneant. *Gaio II*, 79.

(2) *Gaio - II*, 79.

(3) *Girard - op. cit.* pag. 212.

(4) *Perozzi - op. cit.*, vol. I, pag. 340 e segg.

sentare il quadro esatto della situazione del debitore, e cioè, le sue attività e passività, la descrizione dei beni con l'indicazione del loro valore, dei crediti in concorso, dei privilegi, e delle altre cause di prelazione, nonché le garanzie che si richiedevano al compratore.

E' dubbio se le dette condizioni dovessero essere sottoposte all'approvazione dei creditori; ma l'opinione affermativa, sostenuta da autorevoli storici del diritto (1), non si concilia con le funzioni autonome spiegate dal *magister*, il quale agisce, non solo nell'interesse dei creditori che avevano domandato la *missio* in possessionem, ma anche di quelli che, in seguito, si sarebbero potuti presentare per concorrere alla distribuzione del prezzo, e dello stesso debitore. Anche il *nomen iuris* dato a quelle condizioni, e cioè *Lex venditionis*, starebbe ad escludere l'accordo dei creditori, ed a spiegare che si tratta di un regolamento prestabilito dalla persona che dirigeva le operazioni di vendita, e cioè di condizioni simili a quelle che oggidi sono proposte dal creditore unico che procede all'esecuzione forzata mobiliare ed immobiliare nell'interesse di tutti i creditori, e che formano il contenuto del bando (art. 631 e 665 n. 3, 666 n. 2 667 e segg. C. P. C.).

Le condizioni di vendita dovevano essere rese note al pubblico mediante opportune affissioni, da farsi pure *in celeberrimis locis*; e quando era trascorso il termine di giorni venti dal decreto di nomina del *magister*, se si trattava di beni di persona vivente, o di giorni dieci, se si trattava di beni di persona defunta, aveva luogo la vendita al pubblico incanto a mezzo di banditore, ed alla fine il *magister* pronunciava l'aggiudicazione dei beni (*addictio*) a colui che aveva fatto l'offerta più vantaggiosa pei creditori (1).

La procedura della vendita era con ciò perfezionata, e l'acquirente divenuto un successore pretorio *in universum jus* del debitore, in forza di una finzione di morte dello stesso, subentrava in tutti i suoi diritti, mentre negli obblighi subentrava limitatamente al prezzo offerto ed alle condizioni stabilite dalla *lex venditionis*.

Per ottenere il pagamento della percentuale i creditori avevano delle azioni utili.

Il *bonorum emptor*, come successore pretorio di una finta eredità, non acquistava la proprietà quiritaria dei beni, ma soltanto la proprietà pretoria, ed a tutela di essa aveva l'interdetto possessorio (*interdictum possessorium*) e le azioni utili Rutiliana

(1) *Bethmann-Holveg - Op. cit.* pag. 680. *Tambour - Voies d'execution* p. 214 e segg. *Scialoja - op. cit.* pagg. 279 e segg. *Rocco Alf. - op. cit.* pag. 154.

(1) De quo homine praeconis vox praedicat et praetium conficit. *Cic. pro Quintio* 15.

e Serviana, così dette per le formule che vi erano state introdotte dal Pretore, ed in forza delle quali egli poteva agire come rappresentante del debitore esecutato, chiedendo la condanna a suo favore (*actio Rutiliana*), ovvero come finto erede del debitore che si considerava morto (*actio Serviana*).

Si è ritenuto che l'azione Rutiliana venisse proposta quando l'esecuzione era caduta sui beni di persona vivente, e che alla Serviana si facesse invece ricorso quando l'esecuzione riguardasse beni di un debitore defunto senza lasciare successore. Detta opinione contrasta apertamente con la finzione Pretoria, e con quanto le fonti ci riferiscono al riguardo.

Gaio (IV. 35) con precisione delinea la caratteristica che aveva la formula delle anzidette due azioni con queste parole: « *Similiter et bonorum emptor ficto se erede 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 dare oportet, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se heredi bonorum emptor agit, Serviana vocatur* ».

E' quindi chiaro, che, se la Serviana doveva servire all'acquirente dei beni di un morto, l'apertura della successione non sarebbe stata una finzione, ma una realtà.

Il debitore nemmeno dopo la vendita dei suoi beni, la finzione della sua morte, e l'infamia, rimaneva liberato verso i creditori che avevano ricevuto la percentuale, ma era sempre obbligato a pagare quella parte che i creditori non avevano incassato, come anche oggidì avviene in forza degli art. 1548 e 1549 C. C. 815 Cod. Comm., e conseguentemente, nel caso che fosse divenuto padrone di nuovi beni, poteva subire una altra *missio* ed un'altra *venditio* (1).

Per potersi, però, procedere nuovamente contro di lui *ex ante gesto*, doveva sempre trascorrere un anno dall'avvenuta vendita, salvo che l'azione non fosse diretta ad ottenere quelle cose che egli poteva dare (*in id quod facere potest*), nel qual caso poteva intentarsi in qualunque tempo.

Da quanto sopra è stato detto si evince che il rigore verso l'insolvente, nemmeno nel periodo della procedura formolare è venuto meno, sia perchè l'esecuzione patrimoniale e le conseguenze di essa colpivano il debitore assai duramente, potendo persino avvenire che per un solo debito fossero messi in vendita

(1) *Gaio* - op. cit., II, 165.

tutti i suoi beni, sia perchè non ostante la esistenza della legge Poetelia P., l'esecuzione sulla persona non del tutto era cessata. L'esistenza della *manus iniectio* fino al 720/44, è, infatti, attestata dalla *lex Ursonensis coloniae Genetivae Juliae* del 44 a. C.

LA CESSIO BONORUM. — L'unico mezzo che i debitori solvibili, condannati o confessi in iure, avevano per potere sfuggire onorevolmente alla ferrea legge della esecuzione personale e patrimoniale, era la cessione dei beni (*cessio bonorum*).

Anche di questo istituto si può ritenere che il primo germe fu posto dalla legge Poetelia P. la quale, come si è visto (1), ebbe a stabilire che dovevano essere rimessi in libertà quei nexi *qui bonam copiam jurarent*. Ma per vederlo stabilmente introdotto bisogna arrivare alla emanazione delle legge Giulia, del tempo di Cesare e di Augusto (*bonorum cessio ex lege Julia*), la quale vietò l'esecuzione personale contro i debitori che avessero messo i loro beni a disposizione dei creditori per essere soddisfatti col prezzo ricavato dalla loro vendita.

Tale legge accordava eziandio al debitore il triplice vantaggio di potere opporre ai creditori *ex ante gesto*, il *beneficium competentiae*, quello di non poter subire condanna, pei debiti scaduti, al di là dei limiti del proprio patrimonio, ma soltanto in *id quod facere potest*, ed infine quello di evitare l'infamia (2).

LA DISTRACTIO BONORUM. — A favore di talune persone molto rispettabili e del rango senatorio, in via eccezionale, affinché evitassero particolarmente l'infamia, fu escogitato un mezzo di esecuzione più blando della *missio in possessionem* seguita dalla *venditio bonorum*, cui fu dato il nome di *distractio bonorum*. Esso consentiva la vendita dei beni a poco a poco, a mezzo di un curatore nominato dal magistrato, fino alla estinzione dei debiti (3).

L'eccezione anzidetta fu poi estesa ai pupilli, ai furiosi, e ad altre persone incapaci, e così, con l'andar del tempo, siffatta specie di procedura che importava una esecuzione nei singoli beni venne elevata a sistema, e sostituita all'altra *in universum ius*, di modo che il procedimento esecutivo ormai operava, verso la fine dell'epoca classica, direttamente ed esclusivamente contro la persona del debitore, senza cioè che vi fosse più intervenuto il *bonorum emptor*.

(1) Vedi sopra a pag. 45.

(2) Dig. de cessione bonorum XLII-3. *Girard*, op. cit. pag. 1059.

(3) *Fram.* 5 e 9 Dig. de curat. fur. XXVII, 10.

Da quanto sopra esposto si trae, ben chiara, la conclusione che nel periodo della procedura formulare, corrispondente al periodo classico della giurisprudenza romana, l'esecuzione contro il debitore insolvente avveniva, o sulla persona, per sopravvivenza alla *manus iniectio* e dell'*addictio*, o sul complesso dei beni, mediante la *missio in possessionem* e la susseguente *venditio bonorum*, o sui singoli beni, mediante *distractio*, o inducendo il debitore alla cessione, con tendenza ad abbandonare l'antico sistema della esecuzione personale, ed a sostituirlo con la esecuzione patrimoniale.

## CAPITOLO V.

## Riforme del diritto imperiale «Cognitio extra ordinem»

Con l'avvento dell'impero, l'ordinamento giudiziario in genere, ed il processo civile in ispecie, subirono le trasformazioni che si verificarono nell'ordinamento politico. Lo Stato, che si assunse di regolare i vari aspetti dell'attività umana, non poteva più oltre tollerare che le vertenze tra i sudditi si decidessero ad opera di privati cittadini, e perciò furono stabiliti tribunali pubblici, presieduti da funzionari pubblici a ciò destinati in sostituzione dei magistrati e dei giurati. La giurisdizione viene allora concepita come potere dello Stato che provvede all'attuazione della volontà della legge nel caso concreto, mediante l'attività di appositi funzionari.

Il capo della giustizia civile in Roma è il *Prefectus urbis*; ma accanto a lui sono i magistrati municipali ed i giudici delegati.

*L'ordo iudiciorum privatorum*, espressione che veniva usata per indicare il processo civile caratterizzato principalmente dal doppio stadio di *giurisdizione*, pel quale la lite doveva passare prima di essere decisa, ed in cui la funzione del magistrato si esauriva con l'assistenza prestata alle parti nella impostazione del giudizio e nella nomina del giudice, verso la fine del sec. III dell'Era Cristiana, venne sostituito dalla *procedura straordinaria (cognitio extra ordinem)*, che rese più agevole per i creditori l'azione diretta ad ottenere dai debitori il soddisfacimento delle loro ragioni. Era, infatti, questa una procedura scevra da tutto il formalismo ed il cerimoniale richiesto dalle *legis actiones* e dal procedimento formulare, specialmente per il fatto che un solo magistrato dirigeva il corso della lite, dal principio alla fine, tanto nella fase del giudizio di cognizione, quanto in quella del giudizio di esecuzione.

La lite poteva avere ed aveva il suo ordinato svolgimento anche senza la presenza del convenuto; nè esistevano più limitazioni di luoghi e di giorni per la celebrazione del giudizio. Il quale, non presentava più per l'attore il pericolo di perdere il suo diritto, o di pagare multe, o di incorrere in decadenze, se non fossero state da lui compiute, con la massima regolarità e precisione, le formalità stabilite dal costume o dalla legge, o

se fosse incorso in talune delle facili e molteplici cause di nullità, o se avesse chiesto, sia pure per un materiale errore di calcolo o di penna, una somma maggiore, anche di poco, di quella dovutagli, o se avesse accettato nelle more del giudizio il pagamento di tutto o di parte del credito.

L'inizio della procedura straordinaria risale all'epoca della Repubblica, ed è connessa alla nota concezione di superiorità dello Stato di fronte a tutti i cittadini. Tale concezione non consentiva che lo Stato, fonte suprema di tutti i poteri e di tutti i diritti, potesse essere tradotto davanti al proprio organo (magistrato), tanto meno davanti ai giurati, in condizione di parità coi privati, pel regolamento dei conflitti derivanti dai rapporti della sua vita. Lo Stato, quindi, si faceva giustizia da sé, ed a lui i privati dovevano fare ricorso (*postulatio*) per la tutela dei loro interessi violati.

Ed. infatti, le locazioni dei fondi pubblici e gli appalti delle imposte, potevano dar luogo ad abusi da parte dei funzionari pubblici in pregiudizio dei conduttori e degli appaltatori. Or bene, questi per fare modificare l'atteggiamento contrario ai propri diritti, non potevano ricorrere al Pretore, ma dovevano portare le loro doglianze davanti allo stesso magistrato che aveva proceduto alla locazione ed all'appalto.

Il magistrato, ricevuto il ricorso, e presa cognizione delle ragioni esposte, e delle prove fornite dal postulante, assumeva la decisione.

Tale forma di processo, che durante la Repubblica era di scarsissima applicazione, essendo limitato ai casi testè menzionati, si venne, nel principio dell'Impero, estendendo a casi analoghi, ed andò introducendosi anche, a poco a poco, nei rapporti tra privati, senza però mai comprendere le ragioni che avevano per oggetto il pagamento di somme.

A causa, poi, della invalsa sua preferenza sul processo ordinario, ne seguì il suo definitivo riconoscimento nelle provincie romane, a mezzo della costituzione di Diocleziano (del 294 d. C.), con la quale se ne raccomandava l'uso esclusivo ai governatori, in modo che essi stessi potessero decidere le liti, invece di rinviarne le decisioni ai giurati.

Diffusosi anche in Italia l'uso, specie per il fatto che la competenza del Pretore, sede precipua dell'antico *ordo judiciorum*, fu sempre limitata territorialmente, riducendosi alla sola città di Roma, finì per avere il trionfo nel 342, allorchè una costituzione degli Imperatori Costanzo e Costante soppresse le formule ed abolì il vieto sistema (1). E così, anche per le azioni contro i debitori insolventi, con la cessazione del sistema dell'*ordo*, la procedura straordinaria divenne quella normale.

(1) A. Ruiz - Corso di St. del dir. Rom. Stolfi, Napoli.

Non bisogna, però, dimenticare che già da epoca remota, che risale alla fine del secondo, o al principio del terzo secolo di Roma, la legge Silia aveva introdotto, per rapporti aventi per oggetto una somma di denaro, l'*actio per condictioem* (1), che rendeva il processo notevolmente semplificato, perchè non ricorrevano le solennità verbali che costituivano la caratteristica della primitiva procedura civile (*per legis actionem*).

Col sistema nuovo, il creditore che intendeva agire contro il debitore insolvente, doveva, anzitutto, fornirsi del titolo esecutivo, instaurando il giudizio davanti al magistrato per fare riconoscere il proprio diritto.

All'uopo era necessario presentare al magistrato una domanda (*libellus conventionis*), nella quale venivano esposte le pretese creditorie, ed i titoli su cui erano fondate.

Non era, dunque, più lecito all'attore di imporre al debitore di seguirlo davanti al magistrato, e tanto meno di trascinarlo con la forza, come si faceva con la procedura *per legis actiones* e con quella formulare.

L'*ordine di comparizione in giudizio* era redatto dal magistrato che aveva deliberato la domanda attrice, e veniva fatto notificare da appositi agenti, i quali si rendevano responsabili della costituzione del convenuto, e potevano procedere all'arresto dello stesso, ove si fosse rifiutato di prestare le opportune garanzie (*cautio judicio sisti*).

Davanti al magistrato la causa aveva il suo svolgimento istruttorio, anche in assenza del convenuto, o dell'attore, o di entrambe le parti. Il processo in contumacia, ignoto all'*ordo judiciorum privatorum*, richiedeva, però la rinnovazione della citazione.

All'esito dell'istruttoria scritta, e non più orale come nell'antico processo, la controversia veniva decisa, con l'emanazione della sentenza di assoluzione, o di condanna del convenuto, in base al convincimento pienamente libero del magistrato, il quale doveva desumere la sua decisione dalla coscienziosa osservazione e valutazione dei fatti. Egli doveva, insomma, giudicare *ex sententiae animi sui* (fr. 3 Dig. De test. XXI. 5).

L'ammissibilità delle prove, nella procedura straordinaria, incomincia ad essere regolata con particolare considerazione alla diffidenza che ispirava la prova per testimoni.

Se vi fosse stata delazione di giuramento o confessione giudiziale, l'ulteriore corso del processo veniva troncato, giacchè, in base a tali mezzi istruttori, la lite si considerava tosto risolta, senza bisogno di prolazione della sentenza.

(1) Vedi sopra a pag. 15.

## CAPITOLO VI.

## Procedimento di esecuzione fino al Diritto Giustiniano

Con questo nuovo regolamento del processo civile, anche l'esecuzione subisce una trasformazione radicale, in quanto cessa di essere affidata alla iniziativa privata, e si avvia decisamente a colpire il patrimonio, ed a perdere il suo antico carattere vendicativo, che si era abusivamente protratto.

Non ostante, infatti, la sussistenza delle norme fissate dalle *Legis actiones* e dalla procedura formulare, e non ostante il divieto della legge Poetelia P. de nexi, il regime dell'autogiustizia non è in Roma del tutto scomparso, giacchè non essendo state poste sanzioni contro l'esercizio abusivo del diritto di farsi giustizia da sè, di fatto, tale sistema continuò ad applicarsi in pieno periodo storico, e non solo per tutto il tempo della Repubblica, ma anche fino ai tempi dell'Imperatore Marco Aurelio.

E' infatti, noto che, non essendo scomparso l'abuso nemmeno dopo l'emanazione della *lex Julia de vi publica et privata*, e della *lex Julia iudiciorum publicorum et privatorum*, del tempo Cesareo o di Augusto (1), le quali punirono con pene pubbliche (multa, infamia), o con pene private, le persone che per fare valere il proprio diritto avessero agito con violenza (2), e quindi anche i creditori che si fossero impossessati con la forza di cose del debitore (3), l'imperatore Marco Aurelio, con una sua costituzione (c. d. *Decretum Marci*), fulminò la perdita del credito per colui che non avesse richiesto giudizialmente il pagamento di quanto gli fosse dovuto: «*quoties quis id quod deberis sibi putat, non per iudicium reposcit*», indipendentemente dall'uso della violenza, considerando tale fatto come vera e propria *vis* (4), eccezione fatta, secondo alcuni, del caso in cui

(1) Vedi sopra a pag. 57.

(2) Dig. XLIII. 6. ad legem Juliam de vi publica.

(3) Dig. XLII. 8. ad legem Juliam de vi privata.

(4) Creditores si adversus debitores suos agent. per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitores sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: Optimus est, ut si quas putas te habere petitiones, actionis

il debitore avesse preso la fuga «*secum ferentem pecuniam*» (1).

Nè tali provvedimenti furono bastevoli, giacchè in epoca più avanzata (389 d. C.) gli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio dovettero emanare altra costituzione (2), con la quale fu sancita la perdita del diritto per colui che avesse ripreso con la violenza la cosa propria dalle mani del terzo possessore, invece di domandarla in giudizio. Questa ultima legge, più che i crediti, riguardava il possesso delle altre cose, ma poteva avere applicazione anche per la *pecunia debita* che si fosse trovata nelle mani del terzo, anzichè in quella del debitore.

Ciò non ostante, fino al diritto Giustiniano, la privata giustizia era ancora consentita, e la violenza era giustificata, quando il ricorso del Magistrato avesse causato un ritardo tale, che avrebbe impedito il recupero del credito, o quando un'apposita clausola della convenzione tra le parti l'avesse permesso, o quando fosse indubbio il comportamento fraudolento del debitore (3).

In forza del giudicato, il creditore faceva intimare al debitore, a mezzo di appositi ufficiali del magistrato suindicato, il precetto a pagare il capitale entro un determinato tempo, e se tale pagamento non seguiva nel termine prefisso, faceva procedere all'esecuzione sul patrimonio del debitore stesso, *sequestrando in blocco tutti i beni*, ed ottenendo la *missio in possessionem*, come si praticava al tempo della procedura dell'*ordo*.

Se il debitore avesse effettuato il pagamento, infra il termine di due anni, se presente, o di quattro anni se assente, ovvero avesse fatto la cessione dei suoi beni a favore del creditore, l'esecuzione forzata cessava.

In caso diverso, previo decreto del magistrato, facevasi luogo alla vendita del pegno, o alla vendita dei singoli beni componenti il patrimonio sequestrato (*distractio bonorum*), fino alla concorrenza del debito. Se più erano i creditori, il prezzo ricavato dalla vendita veniva fra tutti diviso, in proporzione dei rispettivi crediti. Alla detta vendita procedeva un curatore appositamente nominato.

esperias: interim ille in possessionem debet morari. tu petitor es; et cum Marcianus dixerit: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto sitem nec verecundiae, nec dignitati vel pietati tuae convenire, quidquid non jure facere. Quisquis igitur probatus inhi fuerit rem aliam debitoris, non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possideres eumquae sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. L. 13 Dig. Quod metus causa gestum erit. IV, 2; L. 7 Dig. Ad legem Juliam de vi privata XLIII 7.

(1) L. 8 Dig. quae in fraudem X, 16, L. 10 p. 16 Dig. Quod metus causa gestum erit XLII. 8. Cod. VI rep. viol. IX 19; Nov. 52, 60.

(2) Cod. XII, 4 unde vi 7.

(3) L. 3 Cod. VIII 13 - L. 6 Cod. IX. Nov. 60 e 137.

PIGNUS IN CAUSA JUDICATI CAPTUM. — Oltre a questi modi di esecuzione, un altro ne fu introdotto dall'Imperatore Antonino Pio (1), col « *pignus in causa judicati captum* » del quale Callistrato ci ha tramandato la cognizione, così esponendo: *Ai debitori che lo chiedono si deve accordare un termine, ed anche prorogarlo, se del caso. Se poi alcuni per contumacia, piuttosto che per impossibilità di farvi fronte, procrastinano il pagamento, debbono esservi costretti con la presa di possesso dei beni, secondo la formola additata dall'Imperatore Pio e dal proconsole Cassio in questo rescritto: His qui futebuntur deberi 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 ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi; eaque si intra duos menses non solverint, vendentur. Si quid ex pretiis superstit, eddatur ei cuius pignora reddita sunt.* (fr. 31 Dig. de re jud. XLII, 1). In forza del rescritto di detto imperatore, era, dunque, permesso al creditore che aveva ottenuto sentenza di condanna, o quando vi era stata confessione del debito, senza poi essere stato soddisfatto, di prendere in pegno una o più cose del debitore insolvente. Se entro due mesi dal pignoramento il debitore non avesse pagato, il pegno veniva venduto, ed il ricavato serviva per soddisfare il creditore; quello che dopo la vendita fosse ancora rimasto del prezzo ricavato, veniva restituito al proprietario della cosa.

Era questo, come ognuno vede, un vero e proprio *pegno giudiziale* che veniva a stabilirsi sulle singole cose del debitore, che rimanevano a garanzia del diritto del creditore, — perfettamente come avviene oggidì, in forza degli art. 1948, 1949 Cod. Civ. e Tit. II Cod. Pr. Civ. — e la vendita delle cose aveva luogo previa nuova autorizzazione del magistrato, a mezzo di pubblico funzionario (*executor*). Difatti la Cost. 2. C. si in causa judicati VIII. 23 così recita: *Quum in causa judicati aliqua re pignoris capiatur, per officium eius, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui indicatum fieri postulavit.*

Dopo di aver dato corso all'esecuzione sul patrimonio, ovvero quando era stato accertato che il debitore era nullatenente, potevasi procedere all'esecuzione sulla persona, mediante arresto. Non era, però, più permesso di tenere il debitore arrestato nella prigione privata del creditore, giacchè una costituzione di Teodosio del 388 d. C. abolì tale sistema, sostituendolo con la prigione pubblica (2). Senonchè, di fatto, continuò ancora ad abusarsi dell'antico sistema della prigionia privata fino all'epoca

di Giustiniano, tanto è vero che questi intese il bisogno di emanare al riguardo un'altra costituzione (1).

L'Imperatore Anastasio (491 d. C.) allo intento di impedire la losca speculazione che, su larga scala, ormai si faceva da uomini poco scrupolosi (*redemptores litium*), e che era divenuta quasi un mestiere, di acquistare a prezzo vile i debiti litigiosi realizzando guadagni, tanto lauti, quanto turpi, con una sua costituzione, dispose che il debitore ceduto potesse liberarsi pagando al cessionario il semplice prezzo da questo realmente sborsato, od anche soltanto promesso, per l'acquisto (2). Tale disposizione, più tardi, ripresa in esame da Giustiniano, fu confermata e rafforzata (3).

(1) L'imperatore Antonino Pio governò dal 138 al 161 d. C.

(2) C. Th. 9, 11 De privati carceri custodia.

(1) C. 9, 5, de priv. car. I, 2.

(2) L. 22 C. 3, 35.

(3) L. 23 C. 4, 35.

## CAPITOLO VII.

## Procedimento esecutivo della legislazione giustiniana

Questo ultimamente descritto è il sistema esecutivo accolto, con qualche lieve variante, dalla legislazione Giustiniana.

Al titolare di un credito, da qualsivoglia causa derivato (*ex contracto, ex delicto, ex quasi delicto, ex lege*), il diritto Giustiniano accorda un'azione personale, diretta ad ottenere, o il pagamento, o la sentenza di condanna del debitore, e cioè, il titolo unico ed indispensabile per la forzata esecuzione.

Altro titolo esecutivo ormai più non esisteva dopo che il *nexum*, in conseguenza della perdita dell'efficacia esecutiva, era caduto in desuetudine, ed era ormai completamente scomparso.

Il diritto del creditore veniva esercitato con la chiamata del debitore in giudizio, chiamata che costituiva il principio di ogni processo.

Secondo il diritto Giustiniano, la chiamata in giudizio aveva luogo bensì ad iniziativa privata, ma non più di autorità privata, come per la legge delle XII tavole, e per l'editto del Pretore. Già sotto gli imperatori Greci, i debitori venivano citati a comparire in giudizio, come ben si scorge da una costituzione di Onorio e Teodosio (1), a mezzo di pubblici funzionari, detti esecutori, simili agli odierni commessi, uscieri, od ufficiali giudiziari.

Giustiniano, con sue costituzioni inserite nelle Novelle (2), introdusse un'altra forma di *in ius vocatio*, mediante il deposito della petizione (*libello*) nella Cancelleria del Tribunale (*apud acta*). Previa delibazione delle ragioni esposte dall'attore e delle pretese avanzate, il magistrato ordinava ai suoi commessi (*apparitores*) di consegnare la predetta petizione al debitore convenuto, diffidandolo a comparire in giudizio. Il convenuto doveva ricevere la consegna e rilasciare ricevuta. Entro il termine di venti giorni doveva, poi, deliberare se avesse intenzione di litigare, o di pagare il suo debito, o di ricusare il giudice.

(1) L. 3 Cod. de praesc. XXX vel. XL annorum.

(2) Novelle, 53, 96 e 112.

Nel caso che non avesse deliberato di presentarsi subito al magistrato, il debitore, ove non avesse ispirato fiducia all'apparitore, veniva costretto a dare cauzione con fideiussione di comparire in giudizio nel giorno stabilito, e nello stesso stato, cioè senza per nulla modificare la sua situazione economica.

Reciprocamente, l'attore doveva dare cauzione al convenuto di contestare la lite entro due mesi, di permanere in giudizio fino alla fine di quella, e di pagare, a titolo di spese, la decima parte della quantità compresa nella petizione, qualora venisse giudicato che egli aveva instaurato la lite senza alcun fondamento.

Quando il convenuto avesse dichiarato di cedere alla domanda dell'attore, allora non si rendeva più necessaria l'assunzione del giudizio, ed il magistrato, esaminato il caso, giudicava in conformità delle domande dell'attore. In tal caso, se il debitore convenuto avesse domandato una dilazione al pagamento, non poteva essergli negata, giacchè si pensava che una modica dilazione non potesse cagionare un gran danno al creditore istante: *neque enim magnum damnum est in mora modici temporis* (1).

Nel caso, invece, in cui il creditore che agiva volesse deliberare, durante il termine avanti menzionato, se gli conveniva o meno di assumere il giudizio, come pure nel caso in cui avendo deliberato di entrare in lite, avesse chiesto un differimento, allora aveva luogo il *Vadimonio* (*vadimonium*), e cioè la stipulazione di comparire in giudizio nel giorno all'uopo determinato, previa cauzione, che poteva prestare personalmente, od a mezzo di fideiusori (*vades*). Quella delle parti che, all'udienza prefissa, non fosse comparsa, perdeva la lite, e in casi eccezionali poteva essere rimessa in termine, se avesse potuto dimostrare un legittimo impedimento.

Quando entrambe le parti si dichiaravano disposte ad assumere il giudizio, aveva luogo la legale contestazione e discussione davanti al giudice.

Ivi si svolgeva la così detta *coniectio causae*, e cioè, le parti, od i loro patroni, facevano la esposizione delle domande, delle eccezioni e delle ragioni poste a fondamento delle stesse, producendo, nello stesso tempo, i documenti e i testimoni.

Nel caso in cui il convenuto avesse confessato il suo debito, il giudizio cessava, come pure avveniva nei tempi più antichi con le procedure dell'*ordo* e con quelle per *legis actiones*, perchè il debitore si era condannato, come si espresse il giureconsulto Paolo, per sua propria sentenza: *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* (1.).

(1) L. 21 Ulp. Lib. 70 Edict.

Poteva il convenuto confessare, non solo con la propria voce, ma anche mediante scrittura, od in qualunque altro modo (1).

Del pari cessava il giudizio quando il debitore non avesse risposto al giuramento deferitogli, o non lo avesse, a sua volta, riferito. Tale mezzo di prova, avente spiccato carattere religioso, era molto usato per fare cessare presto le liti, « *maximum remedium expediendorum litium* », e perciò, frequentemente, ad esso si ricorreva nei giudizi che avevano per oggetto la *pecunia certa*.

Ulpiano espone in questo modo la religione del giuramento: quando la lite si è ridotta al giuramento, il giudice assolve il giurante, o lo ammette a riferirlo; e se l'attore è quello che giura, il giudice condanna il convenuto. Se il convenuto ricusa di giurare e paga, il giudice lo assolve; ma se non paga lo condanna. E viceversa, se l'attore ricusa di prestare il giuramento a lui riferito, il giudice assolve il convenuto (2).

Analogamente, anche gli imperatori Diocleziano e Massimiano, con una loro costituzione (3), statuirono che il convenuto in giudizio a cui era stato deferito il giuramento, doveva essere condannato dal giudice a giurare o a pagare, qualora non lo avesse riferito a sua volta.

L'effetto della confessione, del giuramento non prestato dal convenuto, o da lui non riferito, o del giuramento riferito dal convenuto all'attore e da questi prestato, era quello di fare nascere il giudicato, in forza di una costituzione dell'imperatore Marco, secondo la quale « *post rem judicatam vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quaeritur; ...quia in jure confessi pro judicatis habentur* » (4).

All'infuori dei due suindicati casi, che si potrebbero dire estintivi del procedimento, dovendo il giudice emettere la sua decisione in base al suo convincimento sulla verità o meno delle affermazioni delle parti, e non potendo tale convincimento scaturire se non dai mezzi di prova offertigli e dalle presunzioni, facevasi luogo alla istruttoria della causa.

La regola fondamentale in materia di prova era che « *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* » (5), giacchè, per natura, chi nega un fatto non ha bisogno di fornire prova alcuna « *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* » (6). Una eccezione a tale regola si aveva quando il fatto allegato era appoggiato ad una presunzione di diritto. Un corollario della suindicata regola fondamentale era che, il conve-

(1) Paul Sent. lib. 5. L. 1, 83.

(2) L. 34 § fin. Dig. de jus e jur. XII. 2.

(3) L. 9 Cod. de jurejur.

(4) L. 56 de re judicata. 6882 p. 6822 p. lib. 27 ad Ed.

(5) L. 2 Paul. lib. 79, ad Ed.

(6) L. 25 Cod. de probab. et praesunt.

nuto doveva fornire la prova della sua eccezione: « *reus in excipiendo fit actor* ».

La verità di un fatto asserito poteva essere provata con testimoni, o con documenti. Il diritto di credito, fondato sul mutuo poteva essere provato anche soltanto a mezzo di testimoni. Se il credito era fondato su titolo diverso, allora la prova per testimoni era ammissibile, quando la legge non richiedeva, per la legale esistenza del fatto, il documento. Vigeva, inoltre, la regola: « *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur* » (1). Il numero maggiore o minore dei testi indotti per la dimostrazione di un fatto, non era decisivo, essendo lasciata al giudice libertà di basare il suo convincimento su quelle deposizioni che egli avesse ritenuto più fedeli e sincere, siccome più convenienti alla natura dell'affare, e meno sospette di inimicizia o di parzialità (2).

La testimonianza di una sola persona non era, di regola, ritenuta sufficiente prova: *uni numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient. Pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est* (3).

Una costituzione di Giustiniano, statui che la prova del pagamento di un debito dimostrato da un documento scritto, non potevasi ottenere se non a mezzo della deposizione di almeno cinque testimoni di integerrima reputazione. Ma se taluno avesse potuto provare che il documento scritto era stato perduto per incendio, o per qualche altro fortuito accidente, allora era ammessa la prova dell'avvenuto pagamento a mezzo di testimoni (4).

Dopo l'istruttoria aveva luogo la discussione ampia e generale, con la quale i difensori sottoponevano al giudice lo stato della causa, il risultato delle prove, le questioni di diritto. Quando la perorazione delle parti era cessata, il giudice *post meridiem*, secondo l'antico costume consacrato legislativamente dalle XII tavole, ritiratosi nella sua segreteria (*secretarium*) collocata dietro la cortina (*velarium*), ponderava la decisione, la estendeva ed emendava, e poscia la dettava al cancelliere (*attuarium*) per scriverla nel libello. Tutto ciò compiuto, il giudice ritornava nella sala di udienza (*auditorium*), dove la sentenza veniva letta alla presenza delle parti, salvo il caso di contumacia o di eremodicio (5).

Nelle cause di poca importanza, specialmente in quelle che si dibattevano tra persone del volgo, e nei giudizi celebrati dai

(1) L. 1 Cod. de testibus.

(2) L. 21 § 3 Cod. de testibus e l. 3 § 2 Dig. XXII. 5.

(3) L. 12 Ulp. lib. 37 ad Ed. e l. 8 Cod. de testibus.

(4) L. 18 Cod. de testibus.

(5) L'eremodicio era l'abbandono d'una lite contestata, e cioè, come si usa oggidì chiamare, l'assenza.

Vescovi, era lecito di pronunziare la sentenza senza redigerla in iscritto (1).

La compilazione giustiniana (2) minutamente stabilisce che cosa si debba intendere per sentenza, e quali siano i requisiti di tempo e di luogo, di forma e di sostanza, perchè la sentenza possa essere ritenuta giusta, ma esorbiterebbe dai limiti di questo studio ogni maggiore notizia al riguardo. Basterà solo tener presente che la sentenza era giusta se il giudice aveva premesso ed osservato tutte le formalità e norme stabilite dalla legge e dal costume, secondo l'ordine dei giudizi, diversamente era *irrita*, e cioè, ingiusta, nulla ed improduttiva di effetti giuridici.

La sentenza poteva essere di assoluzione o di condanna del convenuto, od anche di condanna dell'attore, nel caso in cui questo avesse potuto dimostrare la infondatezza delle avverse pretese, o avesse proposto domande riconvenzionali, con esito favorevole.

Non era prescritto l'uso di parole sacramentali nella sentenza di condanna, ma bastava che il giudice avesse indicato la quantità del debito ed ordinato di pagarlo.

Dalla sentenza, divenuta definitiva, nasceva l'*eccezione della res judicata*, a favore di quella delle parti che era stata assolta, e che poteva essere opposta ogni qualvolta contro la stessa persona fosse stata riproposta identica lite, e l'*actio judicati*, a favore della parte vittoriosa per farla valere contro la parte condannata.

Il giudicato imponeva al condannato il pagamento del debito (3), con gli interessi moratori, fissati da Giustiniano nella misura dell'1% al mese, mentre la costituzione di Teodosio la stabiliva in una misura doppia (4).

Il creditore che dopo la sentenza a lui favorevole non fosse stato pagato, nel termine di respiro, fissato dalla legge delle XII tavole, come sopra si è visto, in giorni trenta (5), sperimentando l'azione del giudicato, poteva richiedere al magistrato che fosse mandata in esecuzione la sentenza. L'indagine unica, consentita da siffatta azione, consisteva nell'accertare se vi era stato o meno un giudicato che riconosceva il credito; e quando a siffatto controllo si era proceduto, e positivo ne era stato il

(1) Novelle XVII cap. 3 e LXXX princ.

(2) Dig. V. I. e XLII, 1.

(3) In sententia sufficiet, si expresserit iudex summum in sententia. Solvique iusserit vel praestari, vel quo alio verbo hoc significaverit. C. 59 Ulp. 4 de omnib. tribunal.

(4) L. 4 § 3 Ulp. lib. 58 ad Ed. a iudicato ergo hoc exigitur ut pecuniam solvet.

(5) L. 2 Codd. de usur. rei iudic.

(6) Vedi sopra a pag. 17.

risultato, il magistrato ordinava l'esecuzione della sentenza in odio del debitore.

Nessun privato poteva, di propria autorità eseguire una sentenza profferita in suo favore, sotto pena di essere ritenuto autore di furto o di rapina (1). Ormai il carattere privato dell'azione esecutiva ha ceduto completamente il posto al *carattere pubblicistico*, ed è il magistrato che ordina la immissione nel processo dei beni del debitore, la vendita degli stessi e l'assegnazione o la distribuzione del ricavato a favore dei creditori.

La legislazione Giustiniana più non conosce altri modi di esecuzione delle sentenze di condanna al pagamento di somma certa e determinata, all'infuori di quelli che colpiscono il patrimonio del debitore, e cioè: l'immissione nel possesso dei beni, la cui procedura non ha subito alcun mutamento, ed il *pignus in causa judicati*.

Il diritto Giustiniano non riconobbe nemmeno le ultime vestigia della prigionia per debiti, giacchè non introdusse nella sua legislazione l'eccezionale facoltà di agire sulla persona a mezzo dei supplizi che gli imperatori Graziano e Valentiniano (fra il 364 e 383 d. C.) avevano permesso contro i debitori del Fisco (2).

La immissione nel possesso dei beni del debitore, oltre che a scopo conservativo, nei casi di latitanza o di difetto di difesa (3), era accordata al creditore in esecuzione del giudicato. Essa non poteva aver luogo se non in forza di decreto emesso dal magistrato, previo ricorso del creditore, ed attribuiva a questo la mera custodia dei beni, in modo che il debitore non potesse più fruirne o disporne. Tale immissione doveva cessare al momento in cui il debitore pagava il debito, in caso diverso durava per tutto il tempo del processo esecutivo, fino a tanto che non avveniva la vendita, in conseguenza della quale i beni passavano al compratore.

Sorse disputa fra gli interpreti per stabilire, se l'immissione nel possesso dei beni del debitore da parte di uno dei creditori, potesse giovare anche ad altri creditori, e Giustiniano, cui non piacevano le incertezze ed ambiguità, con mano decisa, come di consueto, pose fine alle contrastanti opinioni, statuendo che poteva a tutti giovare, alla condizione però che gli altri creditori, entro il biennio, se presenti, ed entro il quadriennio, se assenti, si fossero fatti diligenti, notificando il loro titolo al creditore precedente già immesso in possesso, ed avessero, inoltre, rifuso le spese in modo proporzionale (4).

(1) L. 6 § 2 Ulp. 1. 66 ad Ed.

(2) L. 2 Cod. de esact. tribut.

(3) L. 2 Ulp. lib. 5 ad Ed.; 1. 7 § 1 Ulp. lib. 59 ad Ed.

(4) L. 10 Cod. de bon possident.

Non era permesso ai creditori di domandare l'aggiudicazione ad essi dei beni del loro debitore (1), ma doveva sempre, quando era trascorso il termine di legge, esserne chiesta la vendita al magistrato del domicilio del debitore. All'uopo, in seguito alla domanda, veniva emesso il noto decreto di autorizzazione alla vendita, il quale veniva eseguito nel luogo in cui i beni si trovavano, ed a mezzo di appositi pubblici funzionari (*executores*).

Nell'acquisto dei beni, doveva essere preferito il creditore al congiunto del debitore, ed il congiunto all'estraneo, all'evidente intento di evitare fraudolente collusioni, e per rispettare l'interesse, e nello stesso tempo il sentimento di particolare affezione, che i congiunti del debitore potevano avere alla conservazione del patrimonio familiare.

Fra più creditori aveva la preferenza quello a cui era dovuta una maggiore somma (2).

Giustiniano prescrisse che il creditore precedente dovesse fare una giudiziale attestazione della vendita avvenuta, la quale doveva essere depositata presso il difensore della comunità, con giuramento di non avere dolosamente venduto la cosa ad un prezzo inferiore a quello di mercato (3).

L'effetto della vendita, da una parte, era quello di spogliare il debitore di qualunque diritto che egli aveva sui suoi beni, e di fare passare nel compratore deliberatario il dominio sugli stessi, e dall'altra, quello di procurare ai creditori il *satisfacimento per equivalente*. La trasformazione dell'esecuzione personale in esecuzione reale è pienamente e definitivamente avvenuta. Difatti, dopo la vendita del patrimonio staggito, il prezzo ricavato veniva distribuito fra i creditori concorrenti, col rispetto dovuto ai pegni ed ai privilegi. In mancanza di diritti di pozziorità, il prezzo veniva ripartito fra i creditori chirografari in proporzione del rispettivo credito: *venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest* (4).

Se col prezzo tutti i creditori concorrenti nell'esecuzione trovavano soddisfacimento, e tuttavia qualche cosa ancora rimaneva, doveva essere, in forza di una costituzione di Giustiniano (5), alla presenza del notaio, suggellata e depositata nel tesoro della Chiesa (*in cimeliario sanctae ecclesiae*) del luogo

(1) Per debito creditore, addici sibi bona sui debitoris non jure prostulant. L. 6 Cod. de reb. auct. judic. possid. seu vend.

(2) L. 16 Gaio lib. 24 ad Ed. prov.

(3) L. fin. § 1 Cod. de bonis auct. jud. poss.

(4) L. 6 Cod. L. 1. unde Diacl. et Maxim. L. 10 § 1. Cod. de bonis auct. jud. poss.

(5) L. 10 § 1 de bonis auct. iud. poss. C. VII. 72.

in cui era avvenuta la vendita per essere dal magistrato, in seguito, destinata a pagare i creditori comparsi in ritardo.

Se fra i beni colpiti dall'esecuzione vi fosse stata qualche cosa che si apparteneva a terzi, o sulla quale i terzi avessero vantato diritti reali, questi potevano, prima della vendita, agire in rivendicazione contro il curatore, e dopo la vendita dovevano rivolgere l'azione contro il compratore (1).

Speciali rimedi erano posti a disposizione dei creditori che fossero stati danneggiati dalle fraudolenti diminuzioni di patrimonio commesse dai debitori. L'origine e l'evoluzione di tali rimedi, segue l'origine e lo sviluppo del procedimento esecutivo contro i debitori insolventi. Furono, infatti, dapprima dalla fervida mente del Pretore escogitati i rimedi revocatorii che avevano per intento di fare rientrare nel patrimonio del debitore il possesso delle cose di cui si era spogliato, per impedire che fossero colpite dalla esecuzione dei creditori. Dispose il Pretore: « *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fuit, servabo* » (2). Prevale l'opinione che questo sia stato il primo degli editti revocatorii coi quali si concedeva al *curator bonorum*, nell'interesse dei creditori, il diritto di fare reintegrare nel primiero suo stato la potenzialità economica del debitore insolvente, facendo annullare gli atti che l'avevano diminuita. Tale rimedio, che si attribuisce ad un pretore di nome Paolo, prese il nome di Azione Pauliana, che conserva tuttavia. A tale rimedio altri poi ne seguirono, e precisamente: *l'edictum revocatorium*, che era un'*actio in factum concepta*, di portata più ampia dell'azione Pauliana, e con la quale si ingiungeva a colui che aveva scientemente colluso col debitore, di restituire le cose che aveva acquistato in frode dei creditori (3). Tale rimedio trovava incluso nelle istituzioni Giustinianee che così lo riportano: « *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse* ». I frammenti varii che si trovano riuniti nella compilazione Giustiniana ci attestano dell'esistenza dei seguenti rimedi revocatorii: *l'actio Pauliana*, *l'actio in factum*, *l'interdictum fraudatorium*, *la in integrum restitutio ob fraudem*, e *la utilis rei vindicatio*. Sostanzialmente, però, il diritto Giustiniano, ormai, non ammette che una sola azione revocatoria, e cioè *l'actio Pauliana*, che risulta dalla fusione di tutti i rimedi suin-

(1) L. 1. de priv. fisci C. VII. 73.

(2) L. 1 pr. Dig. quae in fraud. credib. facta sunt ut rest. L. XLII-8.

(3) L. 10 pr. Dig. quae in fraud. credib. ecc. XLII-8.

dicati, e che ha per intento di fare rientrare nel patrimonio del debitore tutti i beni che ne fossero usciti in frode dei creditori, sciente o insciente l'acquirente, a secondo che l'acquisto aveva avuto luogo a titolo oneroso o gratuito. Ed è comune opinione che tale azione avesse carattere eminentemente penale, in quanto aveva principalmente lo scopo di infliggere al *fraudator* una pena per l'atto compiuto, e secondariamente quello di far ripristinare il diminuito patrimonio del debitore. Ciò è conforme alla concezione che i romani avevano della fede privata e pubblica, come più volte è stato accennato. Senonchè tale carattere andò scomparendo ogni giorno più anche nell'istituto della revocatoria, la quale, nel diritto Giustiniano, ha per iscopo non più la pena per il frodatore, ma quello di ripristinare il patrimonio del debitore nell'interesse dei creditori danneggiati. Esorbita dal compito prefissoci ogni altra notizia sui rimedi anzidetti, bastando, ai fini del presente studio, averli accennati (1).

Da quanto sopra esposto, chiaramente si scorge il nuovo aspetto assunto nella legislazione giustiniana dal procedimento esecutivo contro il debitore insolvente. Esso si è, man mano, spogliato della sua originaria caratteristica penale, e cioè di mezzo coercitivo avente per iscopo d'agire efficacemente sulla volontà del debitore con la minaccia di gravissime sanzioni, onde indurlo allo adempimento specifico della contratta obbligazione, caratteristica che nei tempi primitivi sboccava nell'esercizio della spietata vendetta, e che ai tempi della *manus iniectio* ancora si esercitava esclusivamente con rigori sulla persona, scevri da ogni senso di umanità.

E' ovvio pensare che la minaccia dell'esecuzione personale, di per sè sola, fosse più che sufficiente a dare utili risultati, non essendo nemmeno immaginabile che il debitore solvibile si lasciasse colpire dai feroci provvedimenti, o che i parenti, o gli appartenenti al gruppo gentilizio dell'insolvibile, avendone la possibilità, non fossero intervenuti in tempo per evitare quella esecuzione. Vana opera, invero, sarebbe stata nascondere e conservare i beni, a chi doveva esporsi ai rigori di siffatta esecuzione, « La reazione del creditore, come magistralmente ha rilevato il Rocco, non mirava punto ad ottenere il soddisfacimento sui beni, che in un'era di proprietà collettiva il debitore non possedeva, mirava invece a trarre vendetta dall'offesa e a provocare, possibilmente, l'intervento del gruppo, che legato al debitore da

(1) Una profonda e dotta trattazione è stata fatta di recente da A. Butera nell'*Azione Pauliana*. UTET 1934. Trattano lo stesso argomento: Solazzi G. Batta. *Revoca degli atti fraudolenti nel dir. romano*; Roma tip. Poliglotta 1902 e Napoli 1934; Brezzo. *La revocatoria degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*. Torino. Bocca, ed altri ancora.

stretti vincoli di parentela, reale o fittizia, aveva interesse a sottrarlo alla vendetta, soddisfacendo il creditore (1).

Nell'epoca in cui il debitore poteva avere un proprio peculio personale, questo non era preso in considerazione, e non veniva punto direttamente colpito dall'esecuzione, ma gli veniva lasciato, come esplicitamente è dichiarato dalla legge delle XII tavole, laddove dispone che il debitore imprigionato poteva mantenersi coi suoi mezzi, ed anche transigere coi creditori (2).

Si deve arrivare all'epoca della procedura formolare per trovare le prime applicazioni dell'esecuzione sulla persona, esecuzione che si effettuava mediante la spoliazione del debitore di tutto il suo patrimonio. Pur nondimeno, rimaneva ferma anche allora l'impronta della vendetta esercitata dal creditore sotto il controllo del magistrato, contro chi avesse tradito la fede che in lui era stata riposta al momento della costituzione del rapporto creditorio, ma l'esecuzione sui beni, e cioè l'apprensione e la distrazione di essi, aveva sempre l'intento di agire sulla mala volontà del debitore, onde astringerlo a pagare il debito, e non già quello di servire al soddisfacimento per equivalentè. Permane, quindi, anche in detta epoca il carattere privato e penale del processo di esecuzione.

A poco a poco, però, come già è stato rilevato, fattori di vario ordine concorrono alla trasformazione delle menzionate caratteristiche del processo esecutivo. Da una parte, per effetto dello ingentilirsi del costume, del progressivo indebolimento della organizzazione gentilizia, e della conseguente costituzione ed estensione della proprietà individuale, e dall'altra, a causa del rafforzamento dell'autorità dello Stato che provvede alla tutela dei diritti privati, nonchè a causa del perfezionarsi degli istituti giuridici, il carattere vendicatorio dell'esecuzione va sempre più declinando, e si fa strada il principio liberale che i beni del debitore debbono servire per il soddisfacimento delle contratte obbligazioni, lasciandosi sussistere soio in via di stretta eccezione, per motivi di opportunità politica, soltanto per taluni casi determinati, il vieto criterio vendicatorio. L'esecuzione personale, allora, cede sempre più il posto all'esecuzione patrimoniale; all'esecuzione diretta si sostituisce l'esecuzione indiretta, essendo prevalsa la considerazione che il creditore possa ritenersi soddisfatto quando avesse conseguito il pagamento di ciò che gli era dovuto, prendendo di mira con la sua esecuzione esclusivamente i beni del suo debitore, e senza nemmeno il bisogno di un intermediario che a quello si surrogasse. Anche il carattere privatistico dell'esecuzione va sempre più scompa-

(1) A. Rocco - op. cit. pag. 132.

(2) Vedi sopra a pag. 17.

rendo, man mano che essa subisce il controllo vigile ed efficace dell'autorità statale, che la informa e conforma a prevalenti interessi di ordine pubblico. Il suo esercizio presuppone l'accertamento giudiziale del diritto del creditore, salvo pochi casi particolari, nei quali la forma del titolo assurge a tale importanza da fargli attribuire il valore e l'efficacia di una sentenza di condanna. L'esecuzione contro il debitore insolubile, salvo i casi eccezionali in cui prevale la considerazione del dolo o della colpa, e per cui è ammessa la sanzione penale, apparisce del tutto frustranea, ed il creditore, riuscendo insoddisfatto, non può che imputare a sè stesso di avere aggiustato fede al nullatenente.

Tali appunto sono le caratteristiche del processo esecutivo romano contro i debitori riluttanti ed insolubili, quale trovasi definitivamente stabilito dalla sapienza dei giureconsulti romani all'epoca di Giustiniano, quale è stato accolto poi, dalle successive legislazioni, e quale trovasi adottato anche da quelle moderne, con lievi varianti che si attengono più al lato formale e procedurale, che a quello sostanziale.

Con quanto sopra esposto possiamo, ormai, ritenere esaurito il compito prefissoci, avendo posto in evidenza, alla stregua delle genuine fonti, quale sia stata la condizione giuridica dei debitori presso i romani, dalle origini del diritto all'epoca di Giustiniano, e cioè avendo esposto la teorica della insolvenza del debitore e dei rimedi giuridici accordati dal diritto romano ai creditori pel soddisfacimento delle loro ragioni.

## I N D I C E

---

CAP. I -	PROCEDIMENTI ESECUTIVI PRIMITIVI . . . . .	pag. 5
CAP. II -	PROCEDURA PER «LEGIS ACTIONES» . . . . .	» 12
	Legis actio sacramentum . . . . .	» 14
	Legis actio per conditionem . . . . .	» 15
	Legis actio per pignoris capionem . . . . .	» 16
	Legis actio per manus iniunctionem . . . . .	» 16
CAP. III -	IL NEXUM . . . . .	» 21
	Origine del nexum . . . . .	» 21
	Forma della nexi datio e della nexi liberatio . . . . .	» 25
	Natura giuridica . . . . .	» 28
	Esame delle fonti . . . . .	» 33
	Momento in cui veniva contratto il nexum . . . . .	» 40
	Scomparsa del nexum . . . . .	» 41
CAP. IV -	LA PROCEDURA FORMULARE . . . . .	» 47
	A) Il procedimento di cognizione . . . . .	» 47
	B) Il procedimento di esecuzione . . . . .	» 50
	La missio in possessionem . . . . .	» 50
	La bonorum venditio . . . . .	» 53
	La cessio bonorum . . . . .	» 57
	La distractio bonorum . . . . .	» 57
CAP. V -	RIFORME DEL DIRITTO IMPERIALE «Cognitio extra ordinem» . . . . .	» 59

CAP. VI - PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE FINO AL DIRITTO GIUSTINIANEO . . . . .	pag. 62
Pignus in causa iudicati captum . . . . .	» 64
 CAP. VII - PROCEDIMENTO ESECUTIVO DELLA LEGISLAZIONE GIUSTINIANEA . . . . .	  » 66

REV15

ÚK PrF MU



3129S04633