

LEO PEPPE

Riflessioni intorno all'esecuzione personale
in diritto romano

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Perché questo tema. — 3. Il corpo e la libertà. — 4. Dopo la *lex Poetelia Papiria*. — 5. Una difficoltà. — 6. Esecuzione personale, esecuzione, *exsecutio*. — 7. Esecuzione personale o sanzione? — 8. ‘*Omnia iudicia absolutoria esse*’. — 9. Tre aree ‘grigie’. — 9.1. Un primo problema: la situazione personale degli *addicti*. — 9.2. Un secondo problema: concorso elettivo tra esecuzione personale ed esecuzione patrimoniale? — 9.3. Un terzo problema: è possibile vendersi come schiavo? — 10. Conclusioni.

1. Premessa.

Affronterò l’argomento¹ partendo da lontano, dalla domanda ‘perché a mio avviso questo argomento oggi e in questa sede’.

Una prima risposta, banale e ovvia, ma obbligata, è che da una parte gli illustri studiosi del Dipartimento di Storia del Diritto dell’Università di Palermo più volte ed anche in tempi recenti hanno offerto fondamentali contributi in materia di esecuzione personale nel diritto romano, come quelli di Gianfranco Purpura² e, recentissimo, quello di Raimondo Santoro³; dall’altra in tempi ormai lontani (il 1981) chi scrive ha dato

¹ Un’avvertenza circa il presente contributo: come si dirà tra breve nel testo (in § 2), chi scrive ha da poco consegnato per la stampa il suo intervento al CEDANT 2008, con un oggetto per molti aspetti contiguo a quello qui preso in considerazione; per evitare un eccessivo appesantimento dell’apparato critico ed inutili ripetizioni in questa sede, in quei casi nei quali ho richiamato alcuni temi lì già trattati in modo documentato mi sono astenuto dal riprendere puntualmente il discorso e la relativa letteratura, limitandomi solo a quanto immediatamente necessario con un rinvio complessivo a detto contributo. Ciò vale particolarmente per i §§ 4 (Dopo la *lex Poetelia Papiria*), 6 (Una difficoltà), 9.1 (La condizione di *addictus*), 9.2 (Il concorso tra esecuzione personale ed esecuzione patrimoniale) e 9.3 (La vendita di se stessi).

² G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell’insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in archeogate.org/iural/articel/579/1/la-pubblicarappresentazione-dellinsolvenza-procedure-html (= in *Studi Labruna* VI, Napoli 2007, 4541 ss.); ID., *La sorte del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem* (AMBR., *de Tob. X*, 36, 1), in archaeogate.org, *La “sorte” del debitore oltre la morte* (= nel I vol. della nuova rivista *Iuris antiqui istoria. An International Journal on Ancient Law* 1, 2009).

³ R. SANTORO, *Per la storia dell’obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell’esecuzione personale*, in *Iuris Antiqui Historia* 1 (2009) 61 ss. (= in R. SANTORO, *Scritti minori* II, Torino 2009, 655 ss.; le successive citazioni si riferiscono alla *Rivista* ora cit.).

alle stampe un libro su questo tema, delimitato programmaticamente ai primi secoli della Repubblica, ma necessariamente esteso talvolta ai secoli successivi, fino al tardo antico⁴.

Una seconda risposta è che questi ultimi anni hanno visto un rinnovato interesse per l'argomento, in diverse prospettive, ma per le quali tutte gli studi di Vincenzo Giuffrè, a partire da quelli sul debito⁵, degli anni '90 hanno costituito una rinnovata base di partenza, fino ad arrivare alla recente sintesi nello studio di Annamaria Manzo⁶.

Se si guarda alle monografie recenti, esse hanno avuto per oggetto essenzialmente l'*actio iudicati*, argomento ovviamente centrale per il tema dell'esecuzione ed al quale le ricerche della Scuola siciliana avevano dato, in particolare con Franca La Rosa⁷, un fondamentale contributo; già nel '96 Chiara Buzzacchi⁸ era tornata sul tema, ma oggi ci si deve confrontare con l'importante volume di Annamaria Salomone⁹, subito oggetto di ponderate ed autorevoli recensioni¹⁰.

Quanto all'esecuzione personale in modo specifico, potrebbero essere ricordati numerosi contributi nei quali ad essa si fa riferimento all'interno di contesti diversi o più ampi, in studi sia a carattere strettamente giusromanistico sia in studi orientati maggiormente verso la storia economica o sociale. Tra questi ultimi deve essere ricordato in primo luogo il volume, essenzialmente di storia economica, di Chantal Gabrielli¹¹, al quale si possono affiancare i luoghi interessanti dei libri di Valerio Neri¹² e Jens-Uwe Krause¹³ e dei recenti studi sull'Egitto nel tardo antico di Sofia Torallas Tovar¹⁴.

⁴ L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano 1981.

⁵ Vd. in particolare la silloge di V. GIUFFRÈ, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli 1997.

⁶ A. MANZO, *Dall'esecuzione personale all'esecuzione reale. La riforma di Publio Rutilio Rufo*, in *Studi Franciosi* III, Napoli 2007, 1611 ss.

⁷ F. LA ROSA, *L'"actio iudicati" nel diritto romano classico*, Milano 1963.

⁸ Ch. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996.

⁹ A. SALOMONE, *Iudicati vel obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli 2007.

¹⁰ A. BURDESE, *rec.* in *Index* 36 (2008) 285 ss.; A. METRO, *rec.* in *SDHI* 74 (2008) 873 ss.

¹¹ Ch. GABRIELLI, *Contributi alla storia economica di Roma repubblicana. Difficoltà politico-sociali, crisi finanziarie e debiti fra V e III sec. a.C.* [*Biblioteca di Athenaeum*, 50], Como 2003, su cui vd. la *rec.* di L. PEPPE, in *IVRA* 54 (2003) 239 ss.

¹² V. NERI, *I marginali nell'Occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari 1998.

¹³ J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Stuttgart 1996.

¹⁴ In particolare, da ult., con interessante documentazione S. TORALLAS TOVAR,

Ma probabilmente il contesto nel quale di recente più si è prestata attenzione all'esecuzione personale è stato proprio quello del tardo antico: e ciò con piena ragione, perché in realtà la tradizione degli studi da molto tempo non si era soffermata approfonditamente su di esso in modo specifico, in particolare dopo lo studio, intelligente, ma non esauriente e comunque ormai di qualche decennio fa, di Olivia Robinson¹⁵: devo qui menzionare l'articolo di Diego Manfredini del 2002¹⁶, ovviamente quelli di Purpura già ricordati e soprattutto quelli di Silvia Schiavo del 2008¹⁷ e del 2009¹⁸, pubblicato quest'ultimo — così come uno dei contributi di Purpura e quello di Santoro — nel primo numero della nuova Rivista *Iuris antiqui historia*, alla quale formulo i più sentiti auguri di grande successo e diffusione. Ma voglio qui anche anticipare l'imminente pubblicazione di due ampi saggi di Marialuisa Navarra, consegnati per la stampa ormai da diverso tempo, il primo¹⁹ sul destino del cadavere del debitore insolvente (per il quale l'interlocutore ideale è ovviamente lo studio relativo di Purpura²⁰), il secondo²¹ sull'esecuzione personale nel tardo antico (per il quale il contraltare obbligato è la Schiavo). Mi corre l'obbligo di ringraziare l'Autrice per avermi messo in grado di leggere in anteprima i suoi lavori. Ebbene, sulla base delle conclusioni di Schiavo e Navarra, credo che ormai si possa dare per acquisita la sopravvivenza dell'esecuzione personale privata (accanto a quella pubblica, *in primis* per ragioni fiscali) anche nel tardo antico, compresa la sopravvivenza dei carceri privati, ben dopo la costituzione del 388 di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, in CTh. 9.11.1²², spesso citata nella manualistica

Violence in the Process of Arrest and Imprisonment in Late Antique Egypt, in (a cura di H.A. DRAKE) *Violence in Late Antiquity. Perceptions and Practices*, Aldershot 2006, 104 nt. 5, 106 nt. 17 e 111 ss.

¹⁵ O. ROBINSON, *Private Prisons*, in *RIDA* 15 (1968) 389 ss.

¹⁶ A.D. MANFREDINI, *Debitori pubblici e privati «in ecclesiam confugientes» da Teodosio a Giustiniano*, in *Rivista di Diritto Romano* 2 (2002) 305 ss. (ledonline.it/rivistadirittoromano/).

¹⁷ S. SCHIAVO, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustiniana*, in *AUFG* 21 (2007) 55 ss.

¹⁸ S. SCHIAVO, *Graziano, la cessio bonorum e l'esecuzione personale dei debitori*, in *Iuris antiqui historia* 1 (2009).

¹⁹ M.L. NAVARRA, *Creditori e debitori nel IV sec. d.C.: un macabro caso di esecuzione personale*, in *Atti Accademia Costantiniana XVII (dedicati a G. Criffo)*, in corso di stampa.

²⁰ PURPURA, *La sorte del debitore* cit.

²¹ M.L. NAVARRA, *Sul divieto del carcere privato nel tardo impero romano*, in *SDHI* 75 (2009).

²² Vd. anche C. 9.5.1, del 486, di Zenone.

come il momento a partire dal quale l'esecuzione personale sarebbe stata attenuata (o sarebbe addirittura stata soppressa). A proposito della trattatistica generale e della manualistica, si può dire che tra le opere più attente alla nostra problematica vi sono certamente quelle di Bernardo Albanese²³ e di Giovanni Pugliese²⁴.

Tutto ciò premesso con rapido indice di nomi, non si è data risposta alla domanda: perché oggi, in questi anni, questo rinnovato interesse nei confronti dell'esecuzione personale? Mi si permetta di ricordare come la mia ricerca del 1981 trovasse il suo spunto originario nello studio di quelle che in quella stagione culturale venivano chiamate "forme di dipendenza", in primo luogo come forme della forza lavoro; nella consueta lunghissima nota iniziale davo conto di quell'orizzonte problematico che, sviluppatosi sulla base di un articolo di Finley²⁵, aveva trovato ampia fortuna negli studi sul mondo romano ed in particolare combinandosi con lo studio del modo di produzione schiavistico, con una messe di studi impressionante, tra i quali non posso qui non ricordare quelli della maturità di Francesco De Martino²⁶. Di recente Francesca Reduzzi Merola²⁷ ha ripreso l'espressione "forme di dipendenza" nel titolo di un volume, ma si è trattato di una testimonianza isolata; la locuzione ritorna nel tema del XXXIII Convegno "GIREA": "Dipendenza ed emarginazione tra mondo antico e moderno"²⁸.

In quella prospettiva avevo allora studiato l'esecuzione personale nei primi secoli della repubblica romana, come modalità giuridica generatrice di forme di dipendenza conseguenti ad una situazione debitoria personale.

Oggi l'orizzonte è radicalmente diverso: pur se il dibattito sulle modalità del lavoro dipendente è sempre quanto mai attuale e

²³ In particolare B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, spec. 302-308, 386-428.

²⁴ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, *passim*.

²⁵ M. FINLEY, *La servitude pour dettes*, in *RHDF* 43 (1965) 159 ss.

²⁶ Vd. spec. F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze 1980, *passim* (sul pensiero e la precedente bibliografia su questi temi di De Martino v. PEPPE, *Studi sull'esecuzione* cit., 4 nt. 3). In questo contesto non può non ricordarsi l'importanza dell'ultimo scritto, anche se incompiuto, di F. DE MARTINO, sulla crisi dell'impero, edito in F.M. D'IPPOLITO, *Modelli storiografici fra otto e novecento, con un inedito di Francesco De Martino*, Napoli 2007, 123 ss.

²⁷ F. REDUZZI MEROLA, *Forme non convenzionali di dipendenza nel mondo antico*, Napoli 2007.

²⁸ 30.09.2009-03.10.2009 – Napoli.

centrale, anche in considerazione dei grandi mutamenti dell'economia capitalistica, non è certo questo il tema culturale *à la page*, da anni il punto di riferimento sul quale il dibattito culturale si sofferma in modo prevalente non è questo, ma quello — ben diverso — del corpo umano e di ciò che ne connota e qualifica l'esistenza. Non si guarda qui ovviamente alle più recenti vicende della cronaca, ma all'onda lunga degli ultimi decenni. A Spello, nei giorni 25-27 giugno si è tenuto il XIX Convegno Internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana: il tema è stato "Organizzare sorvegliare punire: il controllo dei corpi e delle menti nel diritto della tarda antichità", un titolo che evoca direttamente Michel Foucault e il suo 'Sorvegliare e punire' del 1975²⁹, libro che inizia altresì con la descrizione di un supplizio, quello — avvenuto il 28 marzo 1757, a Parigi — del tentato regicida François Damiens: il centro della scena è ancora occupato dal corpo, con le sue spaventose sofferenze fino alla morte, si è ormai poco prima del tempo in cui la modernità farà affermare la nuova tecnologia di controllo sui corpi nella cd. società disciplinare.

È fin troppo ovvia la centralità del corpo nella riflessione contemporanea, in tante angolazioni, *in primis* nella letteratura di genere (il corpo femminile come spazio politico³⁰); nella letteratura più recente si trova anche un volume sul corpo dei Papi³¹ o sulla povertà come condizione in primo luogo corporale, in uno straziante volume del 2009 di un antropologo, Alberto Salza, che narra un episodio³² che riporta immediatamente alla mente il passo del *De Tobia* di Ambrogio³³ da cui hanno preso avvio Purpura e Navarra: "Nell'ospedale pubblico di Nairobi, la salma di un mio amico è stata trattenuta fino a quando la sua famiglia non ha pagato il trattamento sanitario che l'aveva ammazzato."

Guardando all'antichità, lo strumentario concettuale contemporaneo è stato utilizzato nella rilettura della cultura classica, ad es., nell'attenzione al corpo dell'attore, con un pregevole saggio di Serena

²⁹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), Torino 1976.

³⁰ Vd. l'ormai classico B. DUDEN, *Il corpo delle donne come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita* (1991), Torino 1994.

³¹ A. PARAVICINI BAGLIANI, *Il potere del Papa. Corporeità, autorappresentazione, simboli*, Firenze 2009.

³² A. SALZA, *Niente. Come si vive quando manca tutto. Antropologia della povertà estrema*, Milano 2009, 164.

³³ Ambr. *de Tob.* 10.36.1.

Querzoli sulla pantomima romana³⁴, oppure in sede di storia della filosofia, come nel volume di Pierandrea Amato, *Antigone e Platone. La "Biopolitica" nel pensiero antico*³⁵, la cui 'Nota introduttiva', p. 7 ss., è essenzialmente una sintesi del pensiero di Foucault della metà degli anni '70³⁶; è stata riesaminata la rilevanza del linguaggio del corpo in alcune forme giuridiche³⁷.

2. Perché questo tema.

Potrei ovviamente continuare all'infinito con queste citazioni, che potrebbero sembrare fuor di luogo e soprattutto prive di un riscontro concreto di rilevanza nei nostri contesti, ma in realtà con questa prospettiva 'corporale' mi sono dovuto confrontare personalmente in due occasioni e non per mia scelta o curiosità. La prima è stata la presentazione³⁸ del libro di Luigi Garofalo, *Studi sulla sacertà*³⁹, la cui parte più nuova era sostanzialmente un confronto critico con le tesi del

³⁴ S. QUERZOLI, *Latrare immobili, danzare con eloquenza: imperatori e pantomima da Augusto ai Severi*, in (a cura di A. M. ANDRISANO) *Il corpo teatrale fra testi e messinscena*, Bari 2007 (ove si esamina il ruolo del corpo dell'attore a partire dall'antichità greca e romana), 168 ss. Ad avviso di M. SERRES, *Roma, il libro delle fondazioni* (1986), Firenze 1991, 214, a Roma la pantomima arcaica è un'operazione normativa, in forza del collegamento con il *lectisternium* e la peste nel 364 a.C. (Liv. 7.2): i Romani, contro la peste, dopo l'insufficiente *Lectisternium* chiamarono a Roma danzatori etruschi senza canto perché gli etruschi conoscevano particolari *ludi* (danze senza canto) per placare le divinità. Sull'avversione cristiana per il teatro, a partire da Tert. *De spectaculis*, v. l'innovativa ricerca di L. LUNGARESI, *Il teatro di Dio*, Brescia 2008 (su cui le *recc.*, interessanti per profili diversi, di D. BINO, in *www.drammaturgia.it*; G. RAVASI, in *Il Sole 24 Ore*, 7 dic. 2008, 48).

³⁵ P. AMATO, *Antigone e Platone. La "Biopolitica" nel pensiero antico*, Milano 2006.

³⁶ Su Foucault, dello stesso A., v. già P. AMATO, *La natura umana e il potere. La nozione di biopolitica nell'opera di Michel Foucault*, in (a cura di P. AMATO) *Biopolitica. Il potere sulla vita e la costituzione della soggettività*, Milano 2004, 15 ss. Per un'approfondita (e finalizzata alla nostra disciplina) riflessione di un giusromanista sul pensiero di Foucault, vd. E. STOLFI, *La genealogia il potere l'oblio, l'inattuale e l'antico. A proposito di alcune recenti pubblicazioni* [prima parte], in *St Sen* 119 (2007) 486 ss., 536; vd. ora anche L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli 2009.

³⁷ A. CORBELL, *Gesture in Early Roman Law: Empty Forms or Essential Formalities?*, in (a cura di D. CAIRNS) *Body Language in the Greek and Roman Worlds*, Swansea 2005, 157 ss.

³⁸ Nell'incontro, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre (21 marzo 2006), *Percorsi della modernità: l'homo sacer tra interpretazioni giusromanistiche e teorie generali del diritto*. O. DILIBERTO, L. FERRAJOLI, G. MARRAMAO, L. PEPPE, E. RESTA presentano il volume di L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*.

³⁹ L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova 2005.

libro di Giorgio Agamben, *Homo sacer*⁴⁰: critica già avanzata da Roberto Fiori⁴¹, anche se in modo meno netto; critica fatta propria anche da me, forse in modo ancora più aspro⁴². In realtà tutto il volume di Agamben ruotava intorno alla concezione del corpo dell'*homo sacer*.

La seconda occasione di confronto per me, ancora più diretta, è stata costituita dal corso del CEDANT pavese del 2008, i cui atti sono in stampa, corso dal titolo '*Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*', avendo riguardo all'arco di tempo da Plauto a Ulpiano: a me è stato proposto il tema '*Fra corpo e patrimonio: obligatus, addictus, ductus, persona in causa mancipi?*'. È curioso osservare che tra i tanti titoli del corso CEDANT che riguardavano tipologie di soggetti (schiavi, cittadini, patroni, liberti, pagani, *milites, patres*) solo quello a me assegnato conteneva la parola 'corpo', cosicché sarebbe facile immaginare che l'esecuzione personale avesse avuto quasi una *vis atractiva*, attirando appunto, accanto all'*addictus/ductus*, quelle figure nelle quali la coppia corpo/patrimonio doveva essere apparsa significativa.

L'impostazione mi ha costretto a considerare le figure che ho appena elencato non nella prospettiva tipicamente giusromanistica del processo civile, ma a riposizionarle in una prospettiva di condizione personale, nella quale la situazione del corpo veniva suggerita come centrale. Non intendo certo qui riproporre il lavoro che ho compiuto in questa prospettiva e rinvio al volume del CEDANT 2008 ormai in stampa. Mi limito qui a ricordare due filosofi italiani di cui mi sono occupato lungamente in quella sede: il primo è il già citato Agamben, che intorno al regime giuridico del corpo dell'*homo sacer* costruisce il suo libro; Agamben, oggi tra i pensatori italiani più noti e stimati anche all'estero, è ben attento al pensiero giuridico, anche perché si è laureato in giurisprudenza a La Sapienza di Roma, nel 1965. Agamben cita raramente

⁴⁰ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995; per i successivi contributi di Agamben, v. GAROFALO, *Homo cit., passim*. Sulla figura dell'*homo sacer* in Agamben vd., da ult., F.V. TOMMASI, *Homo sacer e i dispositivi sulla semantica del sacrificio in Giorgio Agamben*, in *Arch. di fil.* 76 (2008) 395 ss., che però non utilizza i contributi giusromanistici qui ricordati. Ben più interessante STOLFI, *La genealogia cit.* [seconda parte], in *St Sen* 120 (2008) 128 ss.

⁴¹ R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 521 nt. 44bis.

⁴² L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di homo sacer*, in *SDHI* 73 (2007) 429 ss.

i giusromanisti, ma certamente ha dovuto studiare scolasticamente Diritto romano e qui mi permetto di evidenziare un seme che potrebbe poter aver germogliato trent'anni dopo: in quegli anni insegnava Istituzioni di diritto romano nella Facoltà romana Edoardo Volterra, nelle cui *Istituzioni di diritto privato romano*⁴³ si ricorda che l'espressione 'morte civile' ad indicare l'estinzione della personalità giuridica di un condannato a sèguito di alcune pene è medioevale; ivi si afferma, in inciso, che tale espressione è ignota ai Romani, ma che essa, designante l'estinzione della personalità giuridica, deriverebbe comunque dall'esempio romano di riduzione in schiavitù (*capitis deminutio maxima*) nella *servitus poenae*⁴⁴. Nella nota 1 Volterra ricorda alcune fonti romane sulla *servitus poenae* nelle quali la *servitus* è assimilata alla morte. Nelle fonti giuridiche quindi 'non vita civile' è la nuda vita dello schiavo, ma in realtà è anche la condizione del debitore insolvente, per il quale Purpura, ad es., userà più volte proprio l'espressione "morte civile" a sintetizzare la sua condizione reale, al tempo sociale e giuridica⁴⁵.

Il secondo filosofo italiano che ho preso in considerazione è stato Roberto Esposito, che è intervenuto anche al CEDANT 2008: nella sua opera per noi più importante⁴⁶ il diritto romano è ben presente, così come in altri suoi interventi in riviste di cultura⁴⁷ o anche nella stampa quotidiana⁴⁸, proprio ad evidenziare quei 'dispositivi'⁴⁹ che strutturano i viventi nelle diverse soggettività giuridiche, nella sostanza

⁴³ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 48.

⁴⁴ VOLTERRA, *Istituzioni* cit., 48 nt. 1, sottolinea l'identificazione della *servitus poenae* con la morte in D. 35.1.59.2 e D. 50.17.209.

⁴⁵ PURPURA, *La pubblica rappresentazione* cit., 4551; ID., *La "sorte"* cit., nt. 85. C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 207, usa l'espressione 'morte civile' ad indicare la sorte dell'*addictus* venduto *trans Tiberim*.

⁴⁶ R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino 2007.

⁴⁷ In *Micromega* 3 (2007) A105 ss.

⁴⁸ Ne *La Repubblica*, 17 febbraio 2009, 33: "D'altra parte che, contrariamente a quanto pure afferma il diritto, il corpo umano possa essere ridotto al rango della cosa è l'esito inevitabile dello stesso linguaggio giuridico di origine romana, delle sue ancora operanti procedure di selezione e di esclusione."

⁴⁹ Non solo Esposito, ma anche Agamben utilizza la nozione di 'dispositivo' (che molto deve a Foucault), chiarita dall'A. in G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, Roma 2006, 21 s.: 'qualunque cosa abbia in qualche modo la capacità di catturare, orientare, determinare, intercettare, modellare, controllare e assicurare i gesti, le condotte, le opinioni e i discorsi degli esseri viventi.' Ovviamente anche il diritto (nel nostro caso romano, vd. ESPOSITO, *Terza persona* cit., 13).

individuando per esse quelle che una volta erano state chiamate le forme di dipendenza. Tra queste compare anche l'*addictus*.

In tutte queste riflessioni il corpo occupa uno spazio centrale, con espliciti riferimenti al diritto romano, e non si tratta di riflessioni solo italiane se si ricorda il saggio di uno storico del diritto ed antropologo francese, Jean-Pierre Baud, *Il caso della mano rubata*⁵⁰; credo si possa concludere che il nostro rinnovato interesse di giusromanisti per il debitore insolvente, per il suo corpo e il suo patrimonio e per la relazione tra di essi, possa discendere da questo nuovo contesto contemporaneo, un nuovo spirito del tempo. Un contesto che forse potrebbe portare a rileggere in chiave diversa testi e situazioni.

Due esempi. Il primo, circa la desuetudine della norma decemvirale *partes secanto*; tra le fonti addotte al proposito da Lorenzo Franchini⁵¹ ne ricorre una a mio avviso straordinariamente espressiva del permanere nella situazione di insolvenza, in tutta l'esperienza romana, della corporeità e del rosso del sangue, la massima espressione della corporeità. In Tertulliano, infatti, al rossore del sangue versato nella divisione del corpo del debitore per la *capitis poena* si sostituisce il rossore della vergogna per la *bonorum proscriptio*⁵²: lo stigma fisico accompagna lo stigma giuridico-sociale.

Il secondo esempio di rilettura: siamo abituati a considerare i vincoli del debitore e la sua messa a morte fino allo smembramento come manifestazione del potere del creditore, e probabilmente prima ancora che il magistrato si interponesse ad autorizzarli. Mi ha molto colpito qualcosa a tutti ben noto, ma che io avevo dimenticato e solo la recente rilettura, mentre mi stavo occupando di questi argomenti, del libro di Michel Serres, *Roma, il libro delle fondazioni*⁵³, ha portato alla mia attenzione il fatto che vincoli e messa a morte con smembramento appartengono a un substrato romano antichissimo, in realtà il più antico, essendo quello della fondazione della città.

La madre di Roma, Rea Silvia, è stata violata da Marte: prima di

⁵⁰ J.-P. BAUD, *Il caso della mano rubata* (1993), Milano 2003.

⁵¹ L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005, 62 nt. 120.

⁵² Tert. *Apol.* 4.9: *Sed et iudicatos retro in partes secari a creditoribus leges erant; consensu tamen publico crudelitas postea erasa est. In pudoris notam capitis poena conversa est: bonorum adhibita proscriptio suffundere maluit hominis sanguinem quam effundere.*

⁵³ Su questo libro di Serres vd., da ult., A. POMA, *Fine della fondazione sacrificale. Un sogno di Michel Serres*, in *Arch. di fil.* 76 (2008) 317 ss.

essere sepolta viva, è *vincta in custodiam*⁵⁴; secondo una tradizione, il corpo di Romolo alla sua morte viene diviso tra i *patres*⁵⁵ e — sottolinea Serres⁵⁶ — “chi abbia scelto la parte migliore chi la peggiore, è una curiosità priva di senso”. Romolo è la vittima per eccellenza, il modello dell’esclusione sacrificale.

So bene quante ipotesi sono state costruite su queste vicende dell’origine: mi limito qui solo a constatare una almeno apparente contiguità tra destino dei fondatori e destino dei debitori con un solo scopo: la corporeità e la sua costrizione fino alla manifestazione massima della morte, come potenzialità caratteristica del regime giuridico ancora protorepubblicano potrebbero discendere da un fondo arcaico ben presente ed al quale la dimensione economica e individualistica del debito si è venuta sovrapponendo⁵⁷.

Ma come collocare questa centralità del corpo nell’antropologia sociale e soprattutto giuridica romana? Già nel contributo per il CEDANT avevo avuto occasione di riflettere su questo punto, prendendo avvio dalla *lex Poetelia Papiria*, nella cui tradizione — come si ricorderà tra breve — è innegabile l’accento sulla relazione tra l’individuo e il suo corpo.

3. *Il corpo e la libertà.*

Ora, per riflettere ulteriormente al proposito, credo necessario un ulteriore passo indietro nel tempo, perchè mi sembra che si possa trarre qualche indicazione dal rapporto arcaico cittadino-città, romano-Roma. Posto che un’equilibrata recente sintesi di questa problematica è nel volume di Crifò (*Civis*⁵⁸), ai fini della prospettiva qui indagata mi è sembrato particolarmente utile il contributo di uno storico delle dottrine politiche, Emilio Diodato⁵⁹, il quale

⁵⁴ Liv. 1.4.3. SERRES, *Roma* cit., 78.

⁵⁵ Liv. 1.16.4; Plut. *Rom.* 27.6. SERRES, *Roma* cit., 97 e 112. Sullo smembramento vd. estesamente F. MORA, *Il pensiero storico-religioso antico. Autori greci e Roma. I. Dionigi D’Alicarnasso*, Roma 1995, 220.

⁵⁶ SERRES, *Roma* cit., 112.

⁵⁷ Così SERRES, *Roma* cit., 240 ss.

⁵⁸ G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Bari 2000, 23 ss. Per un’aggiornatissima rappresentazione d’insieme della nascita di Roma vd. ora L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009, spec. 29 ss.

⁵⁹ E. DIODATO, *Eterotopia del confine*, in (a cura di M. PETRICIOLI-V. COLLINA) *Barriera o incontro? I confini nel XX secolo*, Milano 2000, 253 s.

nel 2000 ha — nella sede di un confronto tra città antica e città contemporanea — utilizzato sinteticamente i risultati di Detienne⁶⁰, Vernant⁶¹ e del già citato Serres⁶², contrapponendo la città greca e la città romana: semplificando al massimo, da una parte, in Grecia, nascerebbe prima la *polis*⁶³, che è insieme spazio fisico e spazio mediano⁶⁴ e condiviso di discussione comune dei *politai*, che sono cittadini in quanto appartengono a/ e condividono quello spazio comune; i greci fino alla creazione sostanzialmente ellenistica dell'*isopoliteia*, saranno estremamente riluttanti ad estendere la loro cittadinanza⁶⁵. In questa prospettiva spaziale, a Roma — con un percorso ben descritto da Purpura⁶⁶ — solo sul finire del IV sec. a.C. la riorganizzazione dello spazio urbano, con l'assunzione della forma circolare assunta dal Comizio, sembra mostrare la trasformazione in senso unitario (se non 'democratico') della comunità romana.

La distinzione tra le due modalità di fondazione è nettamente espressa in Plutarco, nel confronto tra Teseo e Romolo: Teseo è un unificatore di città preesistenti, Romolo è 'benefattore di gente senza casa e senza focolare [=patria] che voleva formare un popolo e diventare cittadini'⁶⁷.

Guardando alle origini di Roma, a parte l'ovvia constatazione che vengono prima i *cives* poi la *civitas*, senza alcuna implicazione localistica⁶⁸, la nascita della città è fenomeno più complesso e sfuggente,

⁶⁰ M. DETIENNE, *En Grèce archaïque: géométrie, politique et société*, in *Annales* 20 (1965) 425 ss.; pur utilizzando il mito del lupo, di Detienne l'A. non cita M. DETIENNE-J. SVENBRO, *Les loups au festin ou la Cité impossible*, in *Quaderni di storia* 9 (1979) 3 ss. (studio apparso anche in (a cura di M. DETIENNE- J.-P. VERNANT) *La cuisine du sacrifice en pays grec*, Paris 1979, 183 ss., tr. it. Torino 1982, 147 ss.).

⁶¹ J.-P. VERNANT, *Espace et organisation politique en Grèce ancienne*, in *La cuisine* cit., 576 ss.

⁶² SERRES, *Roma* cit.

⁶³ Sui significati del termine *polis* v. M. LOMBARDO, *La polis: società e istituzioni*, in (a cura di E. GRECO) *La città greca antica. Istituzioni, società e forme urbane*, Roma 1999, 6 s., spec. 14.

⁶⁴ Su questi temi, in prospettiva giuridica vd., ora, E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006.

⁶⁵ Sul punto vd. STOLFI, *Introduzione* cit., 64 e nt. 23; 176 (sui diversi effetti della manomissione in Grecia e a Roma).

⁶⁶ Su questi mutamenti urbani in Roma vd., da ult., G. PURPURA, *Luoghi del diritto, luoghi del potere*, in *AUPA* 50 (2005) 247 ss.

⁶⁷ Plut. *Rom.* 33.3.

⁶⁸ Il discorso non è diverso se si prende in considerazione quella che certamente è l'espressione esponenziale della comunità romana più antica, *Populus romanus Quirites* (su

dato dall'aggregarsi successivo e ripetuto di persone e gruppi, nella sostanza con un continuo processo di fondazione rinnovato dall'afflusso di nuovi individui e gruppi parentali, di varia origine ed insediamento, che vengono ospitati ed inclusi, schiavi, artigiani, clienti, potenti *gentes*, avventurieri, capi militari, futuri re. Sono vicende notissime, non mi soffermo nemmeno a ricordarle⁶⁹, e mi limito a raccordarle con l'ideologia della storiografia e della letteratura romane della fine della Repubblica e degli inizi del Principato, che recuperano il lontano passato delle origini con una terminologia che lo traduce in un linguaggio aggiornato ma non traditore. La prospettiva di tale terminologia riflette — accanto e in una con le origini divine — quello che è stato chiamato il 'motivo dell'origine ignobile dei futuri cittadini di Roma'⁷⁰, origine negata da molti ma che è possibile rintracciare anche in altre e numerose tradizioni storiche di fondazione oltre che a proposito di Roma.

Di Roma Livio racconta che Romolo e Remo da giovani sono cacciatori e nemici dei ladroni e con le loro imprese attorno a loro si forma un gruppo sempre più numeroso di giovani, *crescente in dies grege*⁷¹;

cui v. G. PRUGNI, *Quirites*, in *Athenaeum* 65 (1987) 127 ss.; L. PEPPE, *La nozione di populus e le sue valenze. Con un'indagine sulla terminologia pubblicistica nelle formule della evocatio e della devotio*, in (a cura di W. EDER) *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik*, Stuttgart 1990, 328 ss.). Questa formula ricomprende in modo estremamente concreto il raggruppamento dei maschi validi razziatori/soldati dell'area geografico/urbana romana e i singoli uomini qualificati dalla provenienza dai distretti territoriali/parentali (le curie): la funzione militare (ovviamente corporale) appare assolutamente preminente.

⁶⁹ Aggiungerei al *dossier* tradizionale su questo tema un dato già evidenziato da chi scrive (L. PEPPE, *Paelix e spurius*, in *Mélanges Magdelain*, Paris 1998, 354 ss.): la frequenza in lignaggi aristocratici, tra fine della monarchia ed inizi della Repubblica, del *praenomen Spurius*. Lucida sintesi della tradizione romana di una fondazione progressiva di Roma in T.J. CORNELL, *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000-264 BC)*, London 1995, 59.

⁷⁰ Così P. CARAFA, in (a cura di A. CARANDINI) *La leggenda di Roma I Dalla nascita dei gemelli alla fondazione della città*, Milano 2006, 377 s. Su questo 'motivo' v. L. FASCIONE, *Il mondo nuovo*. I, Napoli 1988, 78 e II, Napoli 1993, 171.

⁷¹ Liv. 1.4.9. Questo gruppo di giovani guerrieri riuniti intorno ad un capo (nel caso ovviamente due) non può immediatamente non richiamare i *suodales* del *Lapis Satricanus*, pur con tutti i dubbi e le contrapposizioni che l'interpretazione del *Lapis* ha suscitato, dalla negazione che si tratti di qualcosa di romano (M.A. LEVI, *Ercole e Roma*, Roma 1997, 101), alla asserita provenienza tutta romana di una colonia militare del 508 a.C. (E. HERMON, *Le Lapis Satricanus et la colonisation militaire au début de la République*, in *MEFRA* 111 (1999) 887 ss.), all'individuazione di influssi falisci (E. LUCCHESI-E. MAGNI, *Vecchie e nuove (in)certezze sul Lapis Satricanus*, Pisa 2002). Sembra comunque inoppugnabile la conclusione che si tratti di un gruppo di razziatori/soldati agli ordini di un capo (così, da ult., G. FORSYTHE, *A Critical*

i fratelli scelgono di fondare la città nei luoghi dove erano cresciuti, *in iis locis ubi expositi ubique educati erant*⁷². Il linguaggio è tutto concreto, così come quando, dopo la fondazione, Romolo desidera ampliare la popolazione ed apre un asilo per attirare nella nuova città una *obscuram atque humilem multitudinem*⁷³: una folla di umili sconosciuti, una folla informe, non è ancora la *multitudo* sociata nel *populus* in Cicerone⁷⁴ o nel già citato Plut. *Rom.* 33.3. Il popolo di Romolo per Orosio⁷⁵ è addirittura una *sceleratorum manus*. Dai popoli vicini accorre una folla *sine discrimine, liber an servus esset*⁷⁶: si è in una indistinzione giuridica, in un momento che nella costruzione della città precede la *summa divisio* tra liberi e schiavi. Dionigi di Alicarnasso riproduce con precisione questa indistinzione originaria, attribuendo la stessa attitudine di apertura a tutti i re precedenti Servio Tullio⁷⁷; questi introduce anche l'ammissione degli schiavi manomessi a Roma alla piena cittadinanza, adducendo contro i patrizi la giustificazione che lo schiavo ha la stessa *physis* del libero.

Se questo è il racconto degli storici, non diverse sono le categorie usate da Virgilio nel descrivere la figura dell'archetipo del fondatore di Roma, Enea, che fin dal secondo verso dell'Eneide si presenta come *profugus*⁷⁸ e, alle porte di Cartagine, si presenterà⁷⁹ come *ignotus* ed *egens*, sconosciuto e privo di tutto: una rappresentazione che tornerà più ricca ed esplicitata nella *Consolatio ad Helviam* di Seneca⁸⁰; Virg. *Aen.* 1.384

History of Early Rome. From Prehistory to the First Punic War, Berkeley 2005, 198 ss.; ma vd. già, sia pure con rilevanti diversità interpretative, CORNELL, *The Beginnings* cit., 144).

⁷² Liv. 1.6.3.

⁷³ Liv. 1.8.5: in questa frase di Livio *multitudo* ricorre due volte, la prima in senso quantitativo (*adiciendae multitudinis causa*), la seconda in senso qualitativo, una massa informe, per la quale infatti si usa il termine *turba*.

⁷⁴ Cic. *rep.* 1.25.39, su cui v. PEPPE, *La nozione* cit., 315 ss.

⁷⁵ Oros. 2.4.3.

⁷⁶ Liv. 1.8.6. Il tema dell'importanza dell'apertura all'immigrazione nella Roma dell'età monarchica è sottolineato come centrale da N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* 2.3 ("Roma divenne gran città rovinando le città circunvicine, e ricevendo i forestieri facilmente a' suoi onori"), Firenze 1971.

⁷⁷ Dio Hal. 4.22.3.

⁷⁸ Virg. *Aen.* 1-2: *Arma virumque cano, Troiae qui primis ab oris/ Italianam fato profugus Lavinaeque venit ...* I Troiani seguaci di Enea sono detti *profugi* già in Sall. *cat.* 6; Enea è *profugus* anche in Liv. 1.1.4. Su quest'attitudine verso i migranti nell'*Eneide* vd. la sottolineatura di CORNELL, *The Beginnings* cit., 60.

⁷⁹ Virg. *Aen.* 1.384: *Ipse ignotus, egens, Libyae deserta per agro,/ Europa atque Asia pulsus.*

⁸⁰ Sen. *cons. ad Helv.* 7.7. Su quest'opera vd. A. COTROZZI, *Seneca. La Consolatio ad Helviam matrem con un'antologia di testi*, Roma 2004.

riecheggerà altresì anche in altri autori, classici come Tacito⁸¹ o della tarda antichità cristiana, come Sant'Avito di Vienna⁸².

In tutte queste rappresentazioni il futuro cittadino romano è rappresentato senza alcuna qualificazione giuridica, nella terminologia filosofica che si è vista non vi è già un 'dispositivo' giuridico, vi è solo il corpo del giovane uomo (anche schiavo) che accorre nella nuova città ed è il suo corpo che costituisce il sostrato necessario della sua qualità di *Quiris* e poi *civis*: è il corpo del soldato, è anche il corpo di chi si impegna con una promessa e/o con esso materialmente risponde, se del caso fino alla *talio*, fino alla morte. Nel pubblico e nel privato (se questa distinzione ha già un senso in questi primi secoli di Roma), il corpo dell'individuo è il veicolo della sua qualità di concittadino⁸³.

4. Dopo la lex Poetelia Papiria.

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

Questo rapporto tra corpo e libertà è esplicito in tanti contesti, a partire da un testo notissimo di Livio, Liv. 8.28.1: *Eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt;*

⁸¹ Tac. *ann.* 1.74.2; così G.B.A. FLETCHER, *Some Certain or Possible Examples of Literary Reminiscence in Tacitus*, in *Class. Rev.* 59 (1945) 46.

⁸² Avitus *de spiritalis* 3.284, accostamento operato da M. HOFFMANN, *Alcimus Ecdicius Avitus. De spiritalis historiae gestis. Buch 3. Einleitung, Übersetzung, Kommentar*, in *Beiträge zur Altertumskunde*, München-Leipzig 2005, 217, cit. concordemente nella *rec.* di G. O'DALY, in *Bryn Mawr Classical Review* 2006.05.38.

⁸³ In questi termini il discorso riguarda i soli uomini: per l'antropologia romana, che guarda fondamentalmente ai quadri dell'esercito, l'attenzione è centrata sulla inclusione degli uomini. Ma se si guarda alle donne, ugualmente l'attenzione cade sul corpo: però non sulla funzione militare del corpo bensì su quella riproduttiva. Nella fondazione della città, l'ampliamento disordinato ed indifferenziato che si è visto con gli uomini avviene anche con le donne, con il ratto; la prima norma di Romolo circa le donne riguarda l'obbligo di allevare, oltre a tutti i figli maschi, almeno la primogenita femmina (Dio Hal. 2.15.1). Seguirà il ratto delle Sabine. Su questi inizi della storia femminile a Roma v. L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale romano arcaico*, in *SDHI* 63 (1997) 171 ss.

... *iussique consules ferre ad populum ne quis, ... , in compedibus aut in nervo teneretur; ... pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.*

Qualsiasi cosa esattamente significhi, la frase di Livio certamente individua nell'approvazione della *lex Poetelia Papiria* un momento di eccezionale importanza nella storia della *libertas* plebea. Non sarà mai sufficientemente sottolineato il fatto che Livio rappresenta la *lex Poetelia Papiria* come *aliud initium libertatis* per la plebe romana, uno spartiacque, per il quale è difficile individuare sicuri termini di confronto: si potrebbe pensare alla *provocatio* (*unicum praesidium libertatis* in Liv. 3.55.4) oppure alla nascita del tribunato della plebe o al grande compromesso patrizio-plebeo del 366 a.C., ma — come ben noto — *plebs* ha anche un significato originario più ampio e meno specializzato.

Tanto è stato scritto su queste righe liviane e ovviamente non è possibile soffermarsi sulle tante ipotesi formulate, comprese le mie, del passato ed oggi nel mio contributo per il CEDANT. Qui vorrei solo evidenziare tre dati: tutta la tematica dei debiti è vista da Livio come concernente essenzialmente la plebe, cioè la parte meno abbiente del popolo romano; la terminologia di riferimento è in realtà (ma non in modo perfetto, come mostra l'inversione nell'uso della formula *'in compedibus aut in nervo'*⁸⁴) quella della *manus iniectio* e dell'*addictio*; infine, si stabilisce con la *lex Poet. Pap.* che il *corpus* non fosse *obnoxium*, fosse cioè *liberum*⁸⁵. *Obnoxius* è parola complessa, qui mi limito alla constatazione che in questo contesto è praticamente sinonimo di *obligatus*, sottomesso, vincolato, come in una certa misura mostra Paul. Fest. (s.v. *obnoxius: poenae obligatus ob delictum*, 207 L.); so bene quanto a sua volta sia complessa la problematica del termine *obnoxius*, anche nei suoi aspetti etimologici, come mostra la trattazione di Gellio nel § 17 del VI libro⁸⁶ delle *Noctes Atticae*.

Forse un altro dei testi utilizzati da Gellio in relazione ad *obnoxius* può essere invocato a favore di un profondo collegamento tra *libertas*

⁸⁴ Gell. 20.1.44: *aut nervo aut compedibus*.

⁸⁵ Simile terminologia (*plebs, libertas, liberum corpus, nervum*) è dato riscontrare in un episodio anch'esso eccezionale, l'*intercessio* tribunitia avverso la pronuncia dell'*addictio* da parte del magistrato per i numerosi debitori nell'anno 380 a.C. (Liv. 6.27.8-10).

⁸⁶ Gell. 6.17: *Sermo habitus cum grammatico insolentiarum et inperitiarum pleno de significatione vocabuli, quod est "obnoxius"; deque eius vocis origine*.

politica e libertà corporale. Si tratta di un frammento tratto da un autore importante, Ennio, dalla tragedia *Phoenix*⁸⁷.

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

Questo corpo — tornerò tra breve sul punto — in quanto tale non ha valore economico di per sè: ce l'ha solo indirettamente in quanto può *servire*, fornire le *suae operae* (nella relativamente tarda terminologia di Varrone⁸⁸), cioè costituire forza lavoro, come *nexus* o come *addictus* o persona *in causa mancipii*; oppure, al massimo fino alla fine del V sec. a.C., può essere venduto all'estero.

Ma questo corpo ha valore anche nella diversa prospettiva su accennata, forse più importante ancora: nella misura nella quale il corpo è libero, non è assoggettato ad altri, è libero il titolare di quel corpo, può essere veramente *sui iuris* solo chi è libero, ha il corpo libero da vincoli. Sotto questa angolazione il rapporto tra il corpo e la titolarità del suo uso è un rapporto sostanzialmente politico. La perdita della libertà materiale è anche perdita, in misura maggiore o minore, della libertà personale e in senso lato politica: e questa conclusione è valida non solo per i primi secoli della repubblica romana, bensì anche per i secoli successivi, fino a tutta l'età classica. Alessandro Severo infatti, nel 223 d.C., ancora evidenzia qual è il reale vantaggio che il ricorso alla *cessio bonorum* comporta per i debitori che non abbiano interamente soddisfatto con la *cessio* stessa i loro creditori: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*⁸⁹. Tre secoli dopo, sempre nel contesto della *cessio bonorum*,

⁸⁷ Gell. 6.17.10: Enn. *Phoen.*: *Sed virum vera virtute vivere animatum addecet fortiterque innoxium stare adversum adversarios. Ea libertas est qui pectus purum et firmum gestitat; aliae res obnoxiosae nocte in oscura latent.*

⁸⁸ Varro *ling.* 7.105: *'nexum' Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiant ut oblige[n]tur, praeter quom mancipio dentur. hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo qu<a>erit. nam id <a>es[t] quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictu. liber qui suas operas in servitatem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti.* (GOETZ-SCHOELL, 121 s.). Su questo testo certamente corrotto (manca evidentemente almeno il verbo corrispondente a *debebat. nectebat?*) vd. PEPPE, *Studi sull'esecuzione* cit., 164 ss.

⁸⁹ C. 7.71.1.

Giustiniano ribadisce che in conseguenza di essa al debitore sia risparmiata qualsiasi sofferenza fisica (*omni corporali cruciatu semoto*⁹⁰).

Molto significativa può apparire la collocazione — tra la fine del IV e l'inizio del III sec. a.C. — della statua del Marsia nel Comizio, vicino al *tribunal*, statua con le caviglie chiuse con ceppi (*compedes*) poi diffusasi nelle città dell'Impero romano come simbolo della *civitas libera*⁹¹.

‘*Liberum corpus habere*’ è la richiesta contenuta nel messaggio (di C. Manlio) dei congiurati catilinari, nelle parole (non si sa quanto fedeli⁹²) di Sallustio⁹³ nella lettera di Manlio a Q. Marcius Rex: una richiesta alla quale Santoro ha ora proposto un nuovo contesto di riferimento e così una portata più precisa⁹⁴, ma comunque sempre nel segno politico di una tradizionale richiesta di tutela individuale.

A fronte di questa esigenza e richiesta di libertà del corpo del cittadino libero, per gran parte dell'esperienza giuridica romana al creditore insoddisfatto è aperta la possibilità di impadronirsi del corpo del debitore, sia in vita sia — sulla base del testo di Ambrogio⁹⁵ studiato

⁹⁰ C. 7.71.8 pr. (a. 531-2).

⁹¹ Serv. *Aen.* 3.20: *Quod autem de Libero diximus, haec causa est, ut signum sit liberae civitatis. Nam apud maiores aut stipendiariae erant, aut foederatae, aut liberae. Sed in liberis civitatibus simulacrum Marsyae erat, qui in tutela Liberi patris est.* Più generico *libertatis indicium* in Serv. *Aen.* 4.58. Sull'importanza di questa statua nella storia dei debiti a Roma, vd. GABRIELLI, *Contributi* cit., 149 ss.; vd. anche F. COARELLI, *Il foro romano: periodo repubblicano e augusteo* II, Roma 1985, 91-92 e ntt. 14,15. Si può ricordare in particolare il Marsia del Museo di Paestum (colonia latina dedotta nel 273 a.C.).

⁹² Ad avviso di K.F. WILLIAMS, *Manlius' Mandata: Sallust Bellum Catilinae* 33, in *Cl. Phil.* 95 (2000) 160 ss., non si tratta del testo originale della lettera, anche se quanto Sallustio scrive appare meritevole di credito.

⁹³ Sall. *b.c.* 32.2-34.1: *Dum haec Romae geruntur, C. Manlius ex suo numero legatos ad Marcium Regem mittit cum mandatis huiusce modi: "Deos hominesque testamur, imperator, nos arma neque contra patriam cepisse neque quo periculum aliis faceremus, sed uti corpora nostra ab iniuria tuta forent; qui, miseri, egentes, violentia atque crudelitate faeneratorum plerique patriae, sed omnes fama atque fortunis expertes sumus; neque cuiquam nostrum licuit more maiorum lege uti, neque amisso patrimonio liberum corpus habere: tanta saevitia faeneratorum atque praetoris fuit. Saepe maiores vestrum, miseriti plebis Romanae, decretis suis inopiae eius opitulati sunt, ac novissime memoria nostra propter magnitudinem aeris alieni, volentibus omnibus bonis, argentum aere solutum est. Saepe ipsa plebes, aut dominandi studio permota aut superbia magistratum, armata a patribus secessit. At nos non imperium neque divitias petimus, quarum rerum causa bella atque certamina omnia inter mortalis sunt, sed libertatem, quam nemo bonus nisi cum anima simul amittit. Te atque senatum obtestamur, consulatis miseris civibus, legis praesidium, quod iniquitas praetoris eripuit, restituitis, neve nobis eam necessitudinem imponatis, tit quaeramus, quoniam modo maxime uli sanguinem nostrum pereamus."*

⁹⁴ SANTORO, *Per la storia* cit., 115 ss.

⁹⁵ Ambr. *Tob.* 10.36.1.

da Purpura e Navarra — in morte, non solo quindi al tempo del *partes secanto* delle XII Tavole, ma anche nella o addirittura fino alla tarda antichità. E forse anche molto dopo la morte, se si ricorda l'epitaffio trovato a Roma nel 1715 e probabilmente non molto tardo⁹⁶, nel quale si vieta di *venumdare vel fiduciare vel donum dare vel ullo modo alienare* il sepolcro di famiglia ad estranei⁹⁷.

Ma, sia pure in questo regime di durezza, il corpo, in quanto vivo e vitale, del debitore deve essere rispettato: nelle *legis actiones* l'*addictus*, se non ha di suo, nei 60 giorni successivi deve essere nutrito con una libbra di farro al giorno⁹⁸; nel processo formulare l'editto del pretore specificava i doveri di mantenimento in capo al creditore⁹⁹; almeno ad avviso di alcuni, *ut quidam putant*¹⁰⁰, si poteva esperire l'*actio iniuriarum* per il mancato mantenimento. Il ruolo del pretore in materia di esecuzione personale non deve essere comunque sottovalutato, non sono infatti pochissimi i frammenti dei giuristi che possono essere attribuiti alla tematica dell'esecuzione ed a quella personale in particolare, specialmente in relazione all'editto del pretore: Santoro li ha raccolti tutti. Altri provvedimenti o atteggiamenti pretori possono altresì essere ipotizzati, sulla base di fonti non giuridiche, come nel caso certo di uno sfortunato simpatizzante di Livio Druso, Sempronio Asellione, pretore urbano¹⁰¹ nell'89 a.C.: in una fase di difficoltà economiche, egli fu ucciso dai creditori per la sua attitudine a favore dei debitori, poco dopo essere entrato in carica; se i creditori erano assai probabilmente *equites*, a quale classe sociale appartenessero i debitori è controverso¹⁰² e qui non interessa, molto interessanti appaiono comunque due cose, nel racconto

⁹⁶ Per la presenza di *fiduciare*.

⁹⁷ *CIL* 6.3554, sul quale vd. S. LAZZARINI, *Sepulcra familiaria. Un'indagine epigrafico-giuridica*, Padova 1991, 40 ss. (ivi altri epitaffi con analoghi divieti, tra cui un'iscrizione aquileiese del II sec. d.C., p. 43 nt. 101). In *CIL* 6.3554, si tratta di una proibizione del fondatore del *cepotaphium* agli eredi, con la previsione di una multa di centomila sesterzi a favore del fisco.

⁹⁸ Gell. 20.1.45.

⁹⁹ In particolare Lic. Ruf. 13 reg. D. 42.1.34, cit. nella nt. successiva; Ulp. 58 *ad ed.* 50.16.43 e 45; Gai. 22 *ad ed. prov.*, 50.16.44.

¹⁰⁰ Lic. Ruf. 13 reg. D. 42.1.34: *Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiat, utilis in eum poenalis actio danda est vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.*

¹⁰¹ Val. Max. 9.7.4. Generico Liv. *Per.* LXXIV.

¹⁰² E. GABBA, *Mario e Silla*, in *ANRW* I.1 (1972) 791 e nt. 159; "aristocratici proprietari di terre nelle zone insorte" nella guerra sociale, oppure "piccoli debitori".

piuttosto dettagliato di Appiano¹⁰³. La prima che all'inizio della sua carica Sempronio Asellione cercò di mettere d'accordo le parti.

La seconda, che successivamente, constatato l'insuccesso del tentativo di conciliazione, consentì ai debitori convenuti in giudizio di invocare l'antico plebiscito Genucio, plausibilmente mediante la concessione di una idonea clausola formulare, e di affrontare così protetti la seconda fase del processo: si è pensato ad una 'prejudicial *exceptio*'¹⁰⁴.

Mi sono soffermato su questa vicenda per fare un esempio di come concretamente i pretori potessero intervenire (o almeno tentare di intervenire) nella materia creditizia, quella che ovviamente costituisce il nocciolo economico dell'esecuzione.

Ma finora ho guardato all'esecuzione personale nella sua materialità e nella sua collocazione nei diversi contesti storici, ora vorrei soffermarmi su alcuni aspetti problematici di questa tematica che mi sembrano meritevoli di una qualche attenzione.

5. *Una difficoltà.*

In primo luogo vorrei accennare ad una difficoltà da me incontrata nella trattazione del tema CEDANT: la difficoltà di far rientrare in quella trattazione la figura dell'*obligatus*, che non è uno *status*, come l'*addictus* o la persona *in causa mancipi*. Ho cercato di collegare il corpo del debitore al vincolo che lo rende *obligatus*, vincolo che comunque — dopo l'abolizione del *nexum* — per la sua attuazione non poteva passare che attraverso l'esecuzione personale. Solo in un caso ho potuto rintracciare la possibilità di una sequenza testuale *obligatus*/esecuzione come vendita; è il caso dei *praedes* della *lex Irnitana*, *Lex Irrn.* 64 (*De obligatione praedum et praediorum cognitorumque=Lex Malac.*). I *praes/praedes* sono *factus/facti-obligati-soluti et liberati*, alla linea 38 ricorre un *vendere*, a proposito del quale Rosa Mentxaka¹⁰⁵ ha recentemente

¹⁰³ App. b.c. I.54.233-4.

¹⁰⁴ T.C. BRENNAN, *The Praetorship in the Roman Republic*, Oxford 2000, 433; più precisamente una 'prejudicial *exception* (perhaps announced in his edict)', forse — in termini più puntuali — una *praescriptio pro reo*. Della plausibilità di una previsione editale siffatta è comunque probabilmente da dubitare; un pretore che in tempi difficili intendesse prima di tutto procedere ad un tentativo di conciliazione, non avrebbe già al momento della sua entrata nella carica introdotto una novità così esplosiva.

¹⁰⁵ R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones en torno a las concesiones administrativas y sus garantías: capítulos 63-65 de la lex Malacitana*, in Mainake 23 (2001) *Ejemplar dedicado*

concluso (sulla traccia del primo Mommsen) che almeno alla fine della Repubblica l'esecuzione potesse essere ancora quella personale¹⁰⁶.

Credo debba dirsi che il termine *obligatus* è collegabile alla nostra problematica solo se la nozione di *obligatio* di riferimento lo consente; non sempre è così, a meno che comunque si accetti la recente proposta di Talamanca¹⁰⁷ di una nozione latissima di *obligatio*. A dare però concretezza alla mia impressione che ancora alla fine della repubblica il rapporto tra la posizione del debitore chiamato in giudizio e poi sottoposto ad esecuzione personale fosse con fatica linguisticamente e prima ancora concettualmente qualificabile e qualificato in termine di *obligatio* è ora intervenuto con argomenti forti il contributo di Raimondo Santoro¹⁰⁸. Ma proprio l'eliminazione della mediazione tecnico-giuridica dell'*obligatio* tra la situazione giuridica soggettiva favorevole/*actio* e l'inadempimento renderebbe l'assoggettamento corporale non potenziale ma direttamente incombente: il corpo sarebbe ancora sempre al centro della scena giudiziaria. Su questo torneremo tra breve.

6. *Esecuzione personale, esecuzione, exsecutio.*

In quanto detto finora l'attenzione è caduta più sul corpo e/o sulla persona oggetto di un'attività, ma non si è qualificato il tipo di attività e quindi di percorso che si svolge su quel corpo. Ricordo rapidamente che se si guarda alle lingue moderne che si sono sviluppate nell'ambito della tradizione romanistica, solo il tedesco utilizza un termine che non appartiene al fondo romano, cioè *Vollstreckung*, un'attività che tende alla completezza di un risultato. Altrimenti — in primo luogo in italiano¹⁰⁹ — si utilizza il termine esecuzione direttamente

a: Las leyes municipales en Hispania: 150 aniversario del descubrimiento de la Lex Flavia Malacitana, 88 ss.

¹⁰⁶ Su un'originaria indistinzione tra vincoli di responsabilità nel campo del diritto privato e nel campo del diritto pubblico, vd. SANTORO, *Per la storia* cit., 80. Ma soprattutto è interessante notare che lo stesso A., prima che venisse rinvenuta la *lex Irnitana*, quindi sulla base della sola *lex Malacitana* (64), ha affermato decisamente la natura personale dell'esecuzione sui *praedes* ivi prevista, in R. SANTORO, *XII Tab. 12. 3*, in *AUPA* 30 (1967) spec. 66 nt. 190 (=in R. SANTORO, *Scritti minori* cit. I, 70).

¹⁰⁷ M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori*, in M. HUMBERT (a c. di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 331 ss.

¹⁰⁸ SANTORO, *Per la storia* cit.

¹⁰⁹ Ma è così anche nel *Common Law*.

proveniente dal latino *exsecutio*; ma quale operazione mentale e culturale, consapevole o inconscia, si pone in essere quando si usa il termine esecuzione (o i suoi derivati e composti) per l'esperienza giuridica romana? Il termine italiano, come scrive nettamente Voci¹¹⁰, “ha una sua corrispondenza con i termini latini *exsecutio* e *exsequi*, adoperati per alludere all'esecuzione del giudicato (più spesso nell'ambito della *cognitio extra ordinem*)”; così è certamente nei passi del Digesto adottati da Voci (nei quali più specificamente ricorre *exsecutio* in relazione a *iudicatum* ed a *sententia*).

In realtà, già in latino, come in italiano¹¹¹, il termine *exsecutio* ha molte e diversificate accezioni, differenti a secondo del contesto. Una prima lettura di testi ha offerto subito qualche sorpresa; ad esempio, per me che ho studiato in più occasioni la condizione della donna romana, è stato molto interessante conoscere la costituzione di Valentiniano e Valente del 19 febbraio 370¹¹² nella quale si richiama e poi si integra una costituzione di Costantino altrimenti ignota nella quale si stabiliva che, se un senatore nominato pretore fosse morto lasciando solo figlie femmine, queste non avrebbero ereditato gli oneri propri della magistratura: *exsecutionem nullam haberent feminae*, ma si tratta di un uso di *exsecutio* in relazione a corretto svolgimento di una funzione pubblica che già ricorre in piena età classica, come testimonia Tacito¹¹³, ma soprattutto il notissimo D. 47.10.13.1 (Ulp. *l. 57 ad ed.*): *Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim exsecutio non habet iniuriam*. Quest'uso di *exsecutio* avrà vita lunghissima, *in primis* nelle fonti canonistiche¹¹⁴.

Ma è *exsecutio* anche il concreto esercizio del diritto, in particolare del diritto alla vendetta proporzionata, che ricorre in Gell. *Noct. Att.*

¹¹⁰ P. VOCI, voce *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *ED XV* (1966) 422 nt.1.

¹¹¹ Per il termine 'esecuzione' in italiano v. F. MAZZARELLA, voce *Esecuzione forzata (dir. vig.)*, in *ED XV* (1966) 448 ss.

¹¹² CTh. 6.4.17 pr.

¹¹³ Tac. *Ann.* 3.31.5: *exsecutionem negotii suscipere*.

¹¹⁴ Vd., da ult., L. BUSSI, *Il problema della guerra nella prima civilistica*, in *A Ennio Cortese I*, Roma 2001, 120, circa il problema della legittimità dell'uso della forza come esercizio (*executio iuris*) della funzione coercitiva all'interno di uno stato o come guerra/autotutela tra stati; importante H. de BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Cambridge, Mass., 1968, 166 s. (fol. 55 b). La concretezza del termine *exsecutio* risalta nelle espressioni canonistiche *executio gladii, iurisdictionis, potestatis* (testi in S. MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello stato*, Milano 1951, *passim*); v. anche, nelle Decretali, *exsecutio mandatorum, exsecutio sententiae*.

20.1.15: *exsecutio iustae talionis*; in Gellio dalla riflessione su questa prende avvio quella sulla spartizione del corpo del debitore¹¹⁵.

Vi è poi l'uso di *exsecutio* in relazione al processo, con diversi possibili significati e contesti: del primo, in relazione all'esecuzione del giudicato, si è già detto; ma ve ne possono essere altri. Ad es., nel frammento che introduce il titolo *De privatis delictis*, primo titolo del libro 47 del Digesto, Ulp. D. 47.1.1 afferma il diritto degli eredi di agire per alcuni *delicta*: *exsecutio quorundam delictorum heredibus data est*.

Sul versante del diritto moderno e contemporaneo, il termine esecuzione per noi ha in sé l'idea della coazione, coazione come strumento per il conseguimento della finalità del soddisfacimento del creditore: l'esecuzione è esecuzione forzata, l'esecuzione volontaria o non forzata non interessa, non ha rilevanza, la sua stessa esistenza quale categoria moderna è del resto dubbia¹¹⁶.

Questa coazione, se si guarda al nostro processo esecutivo, trova la sua legittimazione principalmente in un provvedimento di un giudice o, in modo non del tutto residuale, in documenti privati forniti di particolari qualità formali. Nello stesso tempo noi associamo all'esecuzione, quale che sia il suo presupposto, due postulati: che essa si pone al termine di un percorso, ormai comunque giudiziale, e che essa implichi una concreta farraginosità processuale, si pensi all'art. 641 del codice di procedura civile italiano fino al momento dell'introduzione del decreto ingiuntivo telematico, iniziata da un paio d'anni a partire da Milano¹¹⁷.

So bene quanto gli studiosi del processo abbiano lavorato intorno a queste nozioni e mi chiedo quanto di quelle elaborazioni ci condizioni nel nostro lavoro di giusromanisti; penso, in particolare, al lavoro che ha impegnato Annamaria Salomone nella sua lunga e complessa

¹¹⁵ Sulla *talio* vd., da ult., J. ZABLOCKI, *La pena del taglione nel diritto romano*, in *Studi Labruna* cit. VIII, 5991 ss.

¹¹⁶ Vd. E. ALLORIO-V. COLESANTI, voce *Esecuzione forzata (diritto processuale civile)*, in *NnDIVI* (1968) § 5, 727 s. Sul processo esecutivo vd., da ult., G. VERDE, *Profili del processo civile* 3. *Processo di esecuzione*, Napoli 2008, 3 ss.

¹¹⁷ Parlamento italiano, Commissione I, Affari Costituzionali, della Camera, *Indagine conoscitiva sull'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni*, 2 dicembre 2008, audizione di Sergio Brescia (Ministero Giustizia). In relazione alla terminologia dell'esecuzione ed alla estensione del termine, interessante il Regolamento CE n. 1896/2006 del 12 dic. 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in piena applicazione dal 12 dic. 2008.

nota sul rapporto tra titoli esecutivi giudiziali e stragiudiziali¹¹⁸ e nella sua successiva discussione dell'avversa processualciviltistica, al fine di giustificare l'uso romanistico delle categorie dell'esecuzione nel contesto più privato che statale della *legis actio per manus iniectioem*¹¹⁹.

È ovvio che noi ci troviamo al termine di un lungo percorso, che è partito da Giustiniano e dalle sue sistematiche ben studiate da ultimo da Annamaria Salomone¹²⁰: da qui nasce la sintesi di Bartolo da Sassoferrato, *non est inchoandum ab executione*¹²¹; da qui il medioevo svilupperà le nozioni di esecuzione personale e di esecuzione reale¹²², con l'esecuzione personale che arriverà quasi ai giorni nostri.

Sta però di fatto che, nell'esperienza giuridica romana, solo con Antonino Pio viene generalizzato il recente privilegio dell'esecuzione su singolo bene¹²³ e si afferma il principio dell'esecuzione coattiva della sentenza ad opera dell'autorità¹²⁴, con l'antesignano del nostro ufficiale giudiziario nell'*exsecutor*. Di costui però deve essere sottolineato anche un altro compito: quello di chiamare al giudizio il convenuto, una funzione quindi non strettamente esecutiva¹²⁵.

Ma per i primi otto, nove secoli della storia del diritto di Roma tutto questo non esiste: potrebbe essere fuorviante guardare all'indietro conservando in sé la *Weltanschauung*, la realtà sociale, le regole del tardo antico o della nostra successiva civiltà giuridica. La stessa centrale

¹¹⁸ SALOMONE, *Iudicati* cit., 120 nt. 171.

¹¹⁹ SALOMONE, *Iudicati* cit., 122.

¹²⁰ SALOMONE, *Iudicati* cit., 575 ss.

¹²¹ BARTOLO, *In VII libro Codicis*, Venetiis, 1585, de *executione rei iudicatae*, l. 1, § 2, p. 77.

¹²² Vd. P. RASI, voce *Esecuzione forzata (dir. interm.)*, in *ED XV* (1966), spec. 440 ss., ove — sulla base di J.B. DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, Venetiis, 1716, XV, de *iudiciis* — si espone la distinzione tra esecuzione «*personalis*», esecuzione «*realis*» e la esecuzione «*spiritualis*» (*per censuras*, fino alla scomunica), quest'ultima praticabile al tempo di De Luca solo *in subsidio* e quando *alia duo practicabilia non sunt* (RASI, *op. ult. cit.*, 444). Interessante sintesi in G. TOTA, *Il procedimento per ingiunzione: profili storici e di diritto comparato*, in (a cura di B. CAPPONI) *Il procedimento d'ingiunzione*², Bologna 2009, 5 ss.

¹²³ D. 42.1.31 (Callistr. l. 2 *cogn.*).

¹²⁴ D. 42.1.15 pr. (Ulp. l. 3 de *off. cons.*). Forse con il medesimo rescritto (già così A. PERNICE, *Parerga*, II, in *ZSS 5* (1984) 31).

¹²⁵ Già in diritto classico, vd. D. 2.8.5.1 (Gai l. 1 ad ed. *prov.*) e D. 3.5.3.8 (Ulp. l. 10 ad ed.), citati da A. TRISCUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli 2009, 87 ss., nel contesto di una convincente ed estensiva descrizione della figura dell'*exsecutor* (del quale l'A., 49 nt. 100, aveva già evidenziato il ruolo nella custodia preventiva del *reus*).

nozione di esecuzione come momento coattivo del soddisfacimento del diritto può portare a distorcere la prospettiva e i risultati che si raggiungono. Porterò due esempi di siffatta distorsione.

Il primo riguarda l'esecuzione patrimoniale. Essa trova la sua attuazione fondamentalmente nella *bonorum venditio*; per quanto mi risulta la *bonorum venditio* viene in tutte le trattazioni manualistiche esaminata nel corso dell'esposizione della fase finale del processo civile. Ma mi sembra che ora ci sia un accordo generalizzato sul fatto che la *bonorum venditio* sia nata con il fine di consentire che trovassero soddisfazione i creditori del debitore morto senza eredi: non c'è qui esecuzione alcuna in senso proprio, ma solo l'introduzione di un nuovo e originale strumento a favore dei creditori a superamento di una evidente lacuna. Se è vero — come ha giustamente evidenziato Purpura¹²⁶ — che in precedenza l'*usucapio pro herede* avesse fondamentalmente la stessa funzione¹²⁷, si dovrebbe paradossalmente attrarre anch'essa nella sfera dell'esecuzione: in realtà chi ha usucapito *pro herede* sarà esposto alle procedure 'esecutive' come lo sarebbe stato il debitore defunto se non fosse morto. E questo accostamento tra *bonorum venditio* e *usucapio pro herede* forse può essere avvalorato se si ricorda che la limitazione e poi soppressione dell'*usucapio pro herede* avviene all'incirca nello stesso periodo al quale risalgono gli interventi già ricordati di Antonino Pio, prima al tempo di Adriano¹²⁸, poi con Marco Aurelio¹²⁹, il quale¹³⁰

¹²⁶ PURPURA, *La pubblica rappresentazione* cit., 4551.

¹²⁷ Almeno finché l'*usucapio pro herede* fu applicabile all'intera eredità e non rimase possibile solo per le *res hereditariae* (Gai 2.54), all'incirca alla fine della Repubblica. Interessante riesame della rilevanza della relazione tra *bonorum venditio* e *usucapio pro herede* ora in B. BISCOTTI, *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore. Aspetti generali*, Milano 2008, specialmente 210 ss., che privilegia invece quella tra *bonorum venditio* e *missio in possessionem ventris* guardando in primo luogo — nei diversi contesti e in modo privilegiato — alla figura ed al ruolo del *curator* ed arrivando a proporre che — per individuare un rimedio alla situazione derivata dalla morte senza eredi di un debitore — 'la giurisprudenza repubblicana non si limitasse all'utilizzo dello strumento dell'*usucapio pro herede*, ma si rivolgesse anche, e soprattutto [...] alla *missio in possessionem ventris*' (215).

¹²⁸ Con il *sc.* ricordato in Gai 2.57, che consentiva di agire contro questa *usucapio*.

¹²⁹ D. 47.19.1 (Marcianus *l. 3 inst.*).

¹³⁰ I. 3.11.pr.-1. Su tale *addictio* e soprattutto il dubbio che il destinatario del rescritto di Marco Aurelio (Popilio Rufo) potesse non essere uno schiavo vd. spec. A.G. BUSTELO, *Sobre la petición de la bonorum addictio libertatium conservandarum causa. A propósito de Ulpiano 60 ad ed.-D.40, 5, 4, 3-5, Cuadernos compostelanos de derecho romano* 3 (1991), e la *rec.* relativa di C. MASI DORIA, in *ZSS* 112 (1995) 621 ss.; ma questa incertezza non

introdurrà altresì, a tutela delle manomissioni testamentarie in assenza di eredi, l'*addictio bonorum libertatium conservandarum causa* ad uno degli schiavi liberati.

Di questa originaria funzione non esecutiva e insieme di sopravvivenza forte di tale funzione della *bonorum venditio* vi è traccia in una concreta vicenda documentata nella *Tabulae Sulpiciorum*, nella *Tabula* 86 della edizione Camodeca¹³¹, vicenda che può essere così plausibilmente interpretata: la procedura per la vendita all'asta di *mancipia* fiduciati a garanzia è ormai avanzata, la data è fissata, quando sopravviene la morte, senza eredi, del debitore: viene avviata la *bonorum venditio* per il defunto senza eredi e la procedura iniziata per i beni fiduciati viene sospesa (e più nulla poi si dice), con evidente prevalenza della prima sulla seconda.

C'è però da chiedersi se queste distinzioni funzionali che sto cercando di evidenziare in ordine alla *bonorum venditio* non siano ancora una volta il prodotto di una nostra necessità dogmatica e sistematica, una necessità non percepita dai Romani se si legge la sintesi — evidentemente matura — operata in Gai 3.77-78¹³², con il fine di illustrare la successione originata da una *emptio bonorum*, con la distinzione immediata tra *bona* dei vivi e *bona* dei morti. La rassegna gaiana prima tratta i vivi, poi i morti.

Tra i vivi, con perfetto ordine rispetto alla realtà delle cose, Gaio procede con il caso della *latitatio* fraudolenta di chi sfugge alla *in ius vocatio*, poi l'*absens* dal processo che non è stato difeso, poi colui che abbia effettuato la *cessio bonorum*, infine gli *iudicati*. Integrando Gaio guardando ancora alla fase *in iure*, sappiamo dalla *lex Rubria*¹³³ che se il convenuto si è presentato, ma non tiene il comportamento

è rilevante nel nostro contesto. Evidenzia l'«impronta spiccatamente problematica» di D. 40.5.4 M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti Acc. Lincei, Cl. Sc. mor.-st.-filol.*, s. IX, 23 (2008) 838.

¹³¹ Su cui v. ora L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in (a cura di L. PEPPE) *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, 191 s.

¹³² Gai 3.77-78: 77. *Videamus autem et de ea successione quae nobis ex emptione bonorum competit. 78. Bona autem ueneunt aut uiuorum aut mortuorum: uiuorum uelut eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona ueneunt uelut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*

¹³³ *Lex Rubria* 22.45-50.

opportuno, in caso di *actio in personam* subisce la *ductio* personale e la *missio* nel suo patrimonio e quindi la *bonorum venditio*; nel caso di *actio in rem* la perdita della cosa a favore dell'attore. Uguali conseguenze subirebbe chi, presente *in iure*, si rifiutasse di compiere gli atti necessari per l'instaurazione del giudizio. A questa gamma di ipotesi di *bonorum venditio* ne mancano pochissime marginali per essere completa, se si guarda all'elencazione curata da Anna Maria Giomaro nel suo commento a Gai 3.78¹³⁴.

Insomma, per il giurista del II sec. d.C. la *bonorum venditio* è strumento generale di acquisto (*emptio*) dei beni del creditore, non esclusivo della fase conclusiva di un processo conclusosi con una condanna.

Un secondo esempio in ordine ai rischi di sovrapposizione tra passato e presente riguarda invece l'esecuzione personale, in ispecie la norma delle XII Tavole in forza della quale il creditore che aveva presso di sé l'*addictus* poteva ucciderlo o venderlo al di là del Tevere all'estero¹³⁵. Nel 1981, nel mio libro¹³⁶, nel tentativo di spiegare questa alternativa, avevo ipotizzato che in un periodo più risalente fosse prevista la sola messa a morte, per espellere dalla comunità lo spergiuro, colui che con il suo inadempimento aveva turbato la *pax deorum*: la vendita (evidentemente come schiavo) all'estero consentita dalla norma decemvirale in relazione al periodo precedente la conquista di Veio avrebbe avuto la finalità di espellere comunque dalla comunità romana il debitore, sia fisicamente sia giuridicamente, ma nello stesso tempo — nuova finalità perseguita dall'ordinamento — avrebbe consentito al creditore una modalità indiretta di soddisfacimento: modalità evidentemente priva di qualsiasi proporzionalità tra l'effettivo valore del debito e quanto concretamente ricavabile nella vendita da parte del creditore/venditore. Successivamente, probabilmente già dal IV sec. a.C., la vendita all'estero sarà sostituita dalla permanenza del debitore

¹³⁴ A.M. GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio Institutiones*. II *Schede di approfondimento*. La verifica di una «nuova dogmatica» sul testo gaiano, Urbino 1994, 76 (i casi in cui nessuno assuma la *defensio* di un pupillo presente *in iure* o di «persona che è entrata in potestà di altri, l'arrogato o la donna *in manu*»). Vi sono poi i casi nei quali vi è un erede, ma particolari circostanze consentono ugualmente la *venditio bonorum* del defunto (esistenza di condizioni, *heres suspectus*, etc.; vd. VOCI, voce *Esecuzione* cit., 428).

¹³⁵ Gell. 20.1.46-7.

¹³⁶ PEPPE, *Studi sull'esecuzione* cit., 115 ss.

addictus nella casa del creditore, finchè il suo debito non sarà pagato e il debitore *solutus*; immaginare che egli si possa liberare con il suo lavoro, come da tanti è stato fatto, non ha spazio in questo contesto e si arriva a quella conclusione proprio perché si pensa all'*addictio* come una forma di esecuzione per quella determinata somma di denaro: non ho ricevuto quanto mi era dovuto ed allora mi rifaccio con il controvalore fornito dal lavoro del debitore. Ho dedicato a suo tempo molte pagine a criticare questa congettura dell' autoriscatto mediante il lavoro e mi sembra che le mie conclusioni abbiano incontrato un certo favore. Inoltre, la recente rivisitazione della questione che ho compiuto per il CEDANT 2008 mi ha confermato nella esclusione di questa possibilità dell' autoriscatto; ammetterla significa cioè falsare fortemente la realtà sociale e giuridica romana: falsificazione che sarebbe nella stessa linea di quell' "ottica modernizzante di progresso e di 'addolcimento'" a proposito della *bonorum cessio*, ottica il cui abbandono è stato proposto da Giuffrè e fatto proprio da Purpura¹³⁷. Ripensare oggi questo punto, nel contesto dell' esecuzione, mi porta senza forzature all' ulteriore conclusione che proprio aver situato la condizione dell' *addictus* nel contesto dell' esecuzione, quindi del soddisfacimento forzoso del creditore, può aver contribuito a conferire nelle nostre ricostruzioni valore alle sue *operae* 'a sconto' del debito.

Vorrei anche aggiungere che l' uso di terminologia nostra, soprattutto quando si tratta di strumenti di sintesi concettuale o operativa, come ad es. nell' uso dei brocardi, dovrebbe essere sempre molto cauto. Un esempio: nella recentissima, pregevole monografia di Pelloso, ad un certo punto si dice prima che la *manus iniectio* — cito — "si presenta all' evidenza, come non teleologicamente satisfattiva rispetto all' interesse fatto valere dall' attore", poi si affianca l' affermazione de "la natura preminentemente affittiva della *manus iniectio* in una con la sua finalità di 'coazione indiretta'"¹³⁸; poco dopo l' A., nel voler precisare l' ambito di applicazione della *manus iniectio* del debitore, per richiamarla usa l' espressione il 'summenzionato *agere in executivis*'¹³⁹. Nel corso della lettura, questa espressione è passata inosservata, ma in

¹³⁷ PURPURA, *La pubblica rappresentazione* cit., nt. 32.

¹³⁸ PELLOSO, *Studi sul furto* cit., 202 nt. 149. Con altre parole il concetto è poco dopo (p. 211) ripetuto nel testo come acquisito: "(assodata previamente la funzione coattiva-indiretta ed eminentemente sanzionatoria della procedura esecutiva)".

¹³⁹ PELLOSO, *Studi sul furto* cit., 205.

un secondo momento ha suscitato in me la curiosità della sua origine, perché non ricordavo di averla mai incontrata precedentemente e mie passate esperienze in casi di apparenti singolarità linguistiche si erano rivelate interessanti: non ho avuto molto tempo per verificare, ma con gli strumenti disponibili non l'ho reperita nelle fonti romane, anzi non ho trovato nemmeno il termine *executivus*, aggettivo o aggettivo sostantivato che fosse. Ho trovato nel latino medievale testimonianze di *exsecutivus* — ad es., in contesto non giuridico, in Alberto Magno¹⁴⁰ e Federico II¹⁴¹ —, poi frequenti nella trattatistica del 1500 e successiva, *de processibus executivis*¹⁴²; interessante il titolo dell'opera del 1626¹⁴³ di un giurista aquilano, Florido Mausonio: *Tractatus de causis executivis, in quo de iudicii assecuratione ac de suspecto et fugitivo debitore ac alijs in iudicio executivo occurrentibus dilucide pertractatur*. Ai nostri giorni, nella giurisprudenza e in letteratura il sintagma *in executivis* ricorre, in una con l'italiano 'agire' o 'agendo', molto di frequente, in contesti esecutivi¹⁴⁴, civili e penali, ed è ovviamente questo l'ambito che ha alla mente chi sta esaminando in diritto romano la fenomenologia che qui interessa; certamente esula dal nostro contesto il principio di buona fede *in executivis* in materia contrattuale¹⁴⁵.

In altri termini, appare opportuno chiedersi quanto sia proprio usare la terminologia dell'esecuzione per il nostro oggetto, se l'azione sul corpo del debitore ha natura essenzialmente affittiva e non ha finalità precipuamente soddisfattoria o ce l'ha solo in via secondaria e mediata (la coazione alla *solutio*, il prezzo della vendita *trans Tiberim*, il lavoro prestato).

Di queste difficoltà è possibile trovare una prova interessante in un contesto unitario, il VI volume del *Novissimo Digesto Italiano*, nel quale

¹⁴⁰ Albert. MAGNUS *eth.* II.6,3,4 (p. 451^a, 30), in O. PRINZ-J. SCHNEIDER, *Mittellateinisches Wörterbuch bis zum ausgehenden 13 Jahrhundert* III, München 1967, c. 1688.

¹⁴¹ *De arte venandi*, f. 1v (in C.H. HASKINS, *Michael Scot and Frederick II*, in *Isis* 4 (1921) 258 nt. 4).

¹⁴² Ad es. Matthias COLER, *Tractatus de processibus executivis*, Jena 1586.

¹⁴³ 2^a ed. Venetiis 1654.

¹⁴⁴ Con la necessità talvolta di distinguere tra 'esecuzione' e '*in executivis*': v. Pret. Genova, ord. 17 dic. 1998 e Cass., Sez. I Pen., 19 marzo 1999, n. 2293, commentate da A. GUIDO, in *www.penale.it*.

¹⁴⁵ Sul tema vd., da ult., M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano 2007, spec. 241 ss., 265 ss. e 398 ss.

convivono due voci: da una parte la voce *Esecuzione forzata (diritto romano)* di Giovanni Elio Longo¹⁴⁶, dall'altra la voce *Esecuzione forzata (diritto processuale civile)* di Enrico Allorio e Vittorio Colesanti¹⁴⁷, nella quale l'ampio § 7 è dedicato al diritto romano. Il confronto è illuminante, nella impossibilità dichiarata da tutti e tre gli autori di far rientrare nelle categorie moderne dell'esecuzione, quale di esse si preferisca, il potere personale del creditore insoddisfatto. Da una parte Longo¹⁴⁸ adotta una generica soluzione convenzionale: "conviene intendere per esecuzione forzata [...] la procedura che l'ordinamento appresta e mette a disposizione del privato per la concreta applicazione della sanzione conseguente alla violazione (di regola, giudizialmente accertata) di un suo diritto." Dall'altra parte Allorio e Colesanti partono dalla scansione temporale, limitandosi prima ad una mera descrizione della *manus iniectio* in termini di realizzazione del vincolo gravante sulla persona fisica del debitore, poi alla sottolineatura della successiva esecuzione sul patrimonio ancora come legata alla persona in quanto esecuzione personale; solo successivamente si affermerebbe una vera concezione esecutiva, con il *pignus in causa iudicati captum*¹⁴⁹. Ma è altresì interessante notare che entrambe le voci enciclopediche ora citate tralascino di soffermarsi sul permanere dell'esecuzione personale per tutta l'esperienza giuridica romana¹⁵⁰.

In sintesi, da tutto ciò emerge la consapevolezza della diversità, rispetto a tutta l'esperienza giuridica romana precedente, di quest'ultima fase (ormai verso il tardo antico) e della sua maggiore accostabilità alle moderne categorie processuali, "quasi senza soluzione di continuità", come è stato recentemente detto¹⁵¹.

Concludo queste considerazioni che si potrebbero dire terminologiche, ma che ovviamente incidono sul modo di rapportarsi con la fenomenologia giuridica in esame, con due citazioni a mio avviso utili a ribadire e precisare il nostro discorso.

La prima citazione è da un processualcivilista catanese, Italo

¹⁴⁶ G.E. LONGO, voce *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in *NnDI* VI (1960) 713 ss.

¹⁴⁷ E. ALLORIO-V. COLESANTI, voce *Esecuzione forzata (diritto processuale civile)*, in *NnDI* VI (1960) 724 ss.

¹⁴⁸ LONGO, voce *Esecuzione* cit., 714.

¹⁴⁹ ALLORIO-COLESANTI, voce *Esecuzione* cit., 729 ss.

¹⁵⁰ A differenza di altra importante voce enciclopedica (VOCI, *Esecuzione* cit., 430).

¹⁵¹ F. ZUCCOTTI, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in *Vivagni. III*, in *Rivista di Diritto Romano* 3 (2003) 7 (ledonline.it/rivistadirittoromano/).

Andolina, che molta attenzione ha dedicato alla storia della sua disciplina in due ampi saggi, prima guardando al diritto romano¹⁵², poi al diritto intermedio, in uno studio pubblicato negli *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*¹⁵³. Ad introdurre il suo studio medievistico, Andolina così riassume le sue conclusioni circa l'esperienza giuridica romana: "Con riguardo al processo civile romano, infatti, ci è parso evidente che, anche quando l'esecuzione forzata segua all'accertamento giurisdizionale, quel che abilita tuttavia il creditore a provocare il compimento degli atti propriamente esecutivi non è il *iudicatum*, ma l'assoggettamento volontario del debitore alla sanzione esecutiva, non l'accertamento del credito consacrato nella *condemnatio*, ma la desistenza (*indefensio*) del debitore di fronte alla pretesa attrice: di guisa che, non solo non è ipotizzabile un nesso di necessaria concatenazione causale" ... ma nemmeno "una costante successione temporale"¹⁵⁴. Qui si coglie chiara la consapevolezza che l'*executio* o esecuzione romana che dir si voglia non necessita della sentenza, ma si può radicare in situazioni processuali precedenti, che vengono però riassunte da Andolina nella *indefensio* come volontaria 'desistenza' del debitore. Qui forse qualcosa merita di essere sottolineato e specificato: il rilascio dei provvedimenti 'esecutivi' della fase *in iure* del processo per buona parte non appaiono affidati alla discrezionalità dell'attore, ma alla volontà/dovere del magistrato di proseguire il processo avviandolo comunque verso una conclusione; perciò spesso tali provvedimenti sono in letteratura qualificati come 'sanzioni'¹⁵⁵ per il comportamento 'scorretto' del convenuto, mentre

¹⁵² I. ANDOLINA, *I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio «non est inchoandum ab executione»*, in *Jus* 17 (1966) -19 (1968), rispettz. 127-165, 101-144; la formulazione pienamente matura del principio di cui al titolo ora citato risale a Bartolo da Sassoferrato (vd., *retro*, nt. 121).

¹⁵³ I. ANDOLINA, «Accertamento» ed «esecuzione» nel diritto italiano nel tardo Medio Evo, in *Studi Sanfilippo* VI, Milano 1985, 1 ss.

¹⁵⁴ ANDOLINA, «Accertamento» cit., 4. In un altro suo lavoro (I. ANDOLINA, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano 1982, che riproduce pressochè inalterata parte di un più ampio lavoro monografico, apparso in provvisoria nel 1962, *Profili dogmatici della esecuzione forzata espropriativa*) l'A. conclude (p. 136) con l'affermazione che "il cd. problema della «natura giuridica» del titolo esecutivo si risolve in un problema (schiettamente euristico) di *ricostruzione* di una normativa: e cioè, di quella somma di *valutazioni* giuridiche di cui il titolo esecutivo (cambiale, sentenza, etc.) forma oggetto in relazione — giustappunto — al fenomeno (processuale) di attuazione della sanzione esecutiva". In altri termini, la qualificazione giuridica dipende concretamente dal regime normativo, oggi come nello studio dell'esperienza giuridica romana.

¹⁵⁵ Vd. per tutti M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*^o, Palermo 1994, 81.

essi possono essere soprattutto un modo di chiudere subito il processo in modo favorevole all'attore. In tal modo si viene ad evitare quanto avverrebbe dopo la sentenza di condanna, momento nel quale l'iniziativa è tutta rimessa alle parti: da una parte il convenuto soccombente deve ottemperare alla sentenza, dall'altra l'attore vittorioso deve promuovere l'esecuzione qualora il convenuto non ottemperi.

Ma — con un ulteriore passo in avanti — forse ci si deve chiedere se in realtà sia così netta la distinzione tra prima e dopo la sentenza e se invece tutti i momenti del processo (compresa la sentenza) non partecipino di un'unica finalità di fondo; su questa possibilità si tornerà tra breve.

Infine, seconda ed ultima citazione: che vi potesse essere un problema di qualificazione della terminologia usata per studiare questa materia ovviamente non poteva sfuggire a Santoro, che nel suo recentissimo lavoro¹⁵⁶ ha voluto puntualizzare la distinzione, nel processo formulare, tra mezzo esecutivo come “lo strumento mediante il quale si attua l'esecuzione”¹⁵⁷ ed azione esecutiva come “l'azione mediante la quale si può ottenere l'accertamento del titolo che fonda l'esecuzione”¹⁵⁸. Ma anche con questa precisazione e distinzione l'ambito teleologico di questi momenti processuali rimane pur sempre per l'Autore quello dell'esecuzione.

7. Esecuzione personale o sanzione?

Quanto si è accennato finora della natura dell'esecuzione personale può essere così sintetizzato: essa ha natura di coazione ad adempiere e/o soprattutto di sanzione-esecuzione; in questa coppia si afferma prevalente l'elemento della sanzione.

Credo che si debba provare a sciogliere questa sovrapposizione definitoria; una via potrebbe essere quella di ragionare in termini di causa ed effetto.

Per ciò che concerne la coazione, essa è tale se si realizza attraverso una minaccia che suscita timore di una conseguenza fortemente negativa;

¹⁵⁶ SANTORO, *Per la storia* cit., 90 s.

¹⁵⁷ Nel processo formulare da una parte *ductio*, dall'altra *missio in possessionem*, *proscriptio* e *bonorum venditio*.

¹⁵⁸ “*Actio iudicati* per il *iudicatum*; *actio ex confessione*, se diversa, per la *confessio*”: così SANTORO, *Per la storia* cit., 90.

del resto ancora oggi noi diciamo che si ha paura del processo: ma ovviamente non si teme il processo bensì le sue conseguenze in caso di esito sfavorevole dello stesso. E il timore di tale esito è maggiore quanto maggiore è la consapevolezza del debitore che sarà assai probabilmente soccombente.

I Romani conoscono molto bene il linguaggio e i meccanismi psicologici della paura ed è anche possibile risalire abbastanza nel tempo per seguirne gli sviluppi. Io stesso, ormai vent'anni fa, nello studiare i formulari dell'*evocatio* e della *devotio* in guerra (formulari di IV, III e II sec. a.C.), ho potuto constatare l'estrema precisione con la quale venivano utilizzati i termini *metus*, *formido*, *terror*: la funzione delle formule era quella di suscitare paura e di conseguenza la scarsa combattività o la resa del nemico. E la formula è cogente per la sua natura di rito: la pronuncia delle parole ha come conseguenza la paura e come effetto finale la resa.

Nell'esecuzione personale il *metus* ha un ruolo centrale: il *metus* della *ductio* è il *metus vinculorum*, la *ductio* spaventa perché implica i *vincula*; a titolo di esempio mi limito a ricordare quel frammento dalle *disputationes* di Ulpiano nel Papiro di Strasburgo sul quale mi soffermerò più in là (nel § 9.2). Il *metus vinculorum* è paura degli effetti; gli effetti dell'assoggettamento definitivo al creditore sono espressi da Gellio in termini di pena capitale al tempo delle XII tavole¹⁵⁹, di *poena vinculorum* al suo tempo¹⁶⁰. L'esecuzione personale è quindi prima di tutto un grave meccanismo sanzionatorio, la cui eventualità costituisce per la sua sola esistenza elemento coattivo nella condotta del debitore, quale che sia il momento, prima, durante e dopo il processo, anche in pieno diritto classico ed assai probabilmente anche postclassico.

La coazione è quindi solo una possibile conseguenza dell'esistenza del rischio dell'esecuzione personale: in altri termini la coazione

¹⁵⁹ Gell. 20.1.47: *capite poenas dabant*.

¹⁶⁰ Gell. 20.1.51, cit., *infra*, in nt. 176. Del resto la consapevolezza di questa natura della 'esecuzione' romana è ben rappresentata nelle famose *Istituzioni di procedura civile* di L. WENGER, ove si legge che l'esecuzione in diritto romano "è di natura primitiva"; su quest'opera v. ora F. ARCARIA, *La trattatistica di diritto processuale civile romano dall'Ottocento ai primi decenni del Novecento. Una nuova edizione digitale*, Catania 2008, 62 ss. *Ivi* (p. 69 nt. 160) inoltre si trascrive un passo della *Prefazione* del giovane traduttore di Wenger, R. ORESTANO (p. IX), ove si associano nella relazione arcaica tra creditore e debitore "il concetto di pena a quello di condanna e di esecuzione".

deriva dalla conoscenza dell'esistenza di quella grave sanzione. Ma era la coazione all'origine dell'introduzione della sanzione? Per dare una risposta si deve esaminare la coppia sanzione-esecuzione. Qual è il significato del trattino interposto frequentemente tra le due parole? I trattini possono essere molto importanti, come ad es. nel nostro recente linguaggio politico italiano. Nel nostro caso, poiché il suo uso si accompagna alla precisazione che l'aspetto sanzionatorio è prevalente o di gran lunga prevalente, il trattino appare esprimere una relazione quantitativa, proporzionale, ma impari. Qualche volta questo squilibrio riceve anche una connotazione cronologica, nel senso che con il passare dei secoli il secondo elemento (l'esecuzione) diviene sempre più importante.

Credo che questa relazione proporzionale impostata in termini cronologici debba essere ulteriormente qualificata ed anzi chiarita in modo netto. Inizialmente vi è solo la sanzione per un comportamento offensivo della *pax deorum*, la morte; la prospettiva sanzionatoria verrà attenuata, ma rimarrà sempre, come limitazione della libertà, cosicché la coazione ad adempiere vi è certamente, come conseguenza di questo *metus*.

Quando le regole della reciprocità sociale cominceranno ad essere espresse in termini di comportamenti attesi e poi dovuti, l'aspettativa frustrata del creditore verrà a sovrapporsi sul meccanismo sanzionatorio chiedendo che in qualche modo venga riconosciuta nel suo valore economico: vi è ora la vendita *trans Tiberim*, ma il debitore *addictus* è pur sempre espulso dalla comunità romana. Successivamente il debitore lavorerà a tempo indefinito per il suo creditore.

Questa sovrapposizione di una finalità economica in realtà non introduce una vera natura esecutiva dell'assoggettamento perché la finalità primaria rimane quella della sanzione, quella che Gellio per il suo tempo chiama ancora *poena*: l'*addictus* deve *servire* il suo creditore senza un limite temporale. Non vi è alcuna proporzione tra l'ammontare del debito e l'asservimento totale del debitore, non vi è alcun rapporto quantitativo tra l'originario debito e il valore del corpo del debitore.

E la stessa situazione si riproduce per la *bonorum venditio*, tutto il patrimonio, indiscriminatamente, viene aggredito, a prescindere dal valore del debito. Nella *bonorum venditio* l'aspetto economico emerge in primo piano, anche perché essa viene introdotta per i debitori alla fine

della Repubblica, in un quadro di rapporti economici ormai complessi. Ma gli studi di Purpura mi esimono dal dovermi soffermare sugli aspetti sanzionatori della *bonorum venditio* e sul dato incontrovertibile che la procedura investiva la totalità dell'individuo in modo sanzionatorio e non solo la sua valenza economica, provocandone la 'morte civile'.

Vorrei concludere su questo punto con un confronto a mio avviso illuminante circa la natura non propriamente esecutiva dell'esecuzione personale. Non mi consta che la *noxae deditio* venga considerata un istituto dell'esecuzione; mettendo da parte il tempo delle *legis actiones* o tempi ancora più risalenti solo per non ampliare troppo il discorso e su basi fortemente ipotetiche, si consideri il processo formulare: in esso, qualora il padre/padrone non voglia liberarsi immediatamente della responsabilità trasferendo il sottoposto prima ancora di qualsiasi atto processuale, la *noxae deditio* segue la sentenza, consentendo al padre/padrone di liberarsi se vuole con la consegna del responsabile, *facultate solutionis*. In particolare il figlio viene a trovarsi *in mancipio* in luogo della *pecunia* che il padre avrebbe dovuto in forza della sentenza sfavorevole e dovrà lavorare per il suo '*dominus*' a tempo indeterminato. Che si tratti nella sostanza di una *poena*, sia pure quantificata solo indirettamente, è indubbio, essendo le azioni nossali azioni penali. Ma l'aspetto essenzialmente sanzionatorio di questo regime è ancora più evidente se si guarda a un caso particolare, non si sa quanto frequente come alternativa alla conclusione di un processo per *iniuria* con una condanna: il padrone può liberarsi semplicemente offrendo all'offeso la fustigazione dello schiavo responsabile davanti al pretore (quindi ancora *in iure*) con una quantificazione (*satis*¹⁶¹) le cui regole ci sono sconosciute. Comunque la fustigazione potrebbe essere sufficiente. Il discorso sarebbe ancora più rilevante se si accettasse (come è stato proposto e in effetti nulla veramente vi si oppone¹⁶²) che questa terza

¹⁶¹ Ulp. l. 57 ad ed. D. 47.10.17.4: *Cum servus iniuriam facit, malefcium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur. Sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam.*

¹⁶² Vd. gli argomenti *pro* e contro addotti da T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Actio iniuriarum noxalis*», in *Labeo* 15 (1969) 76. Nettamente a favore MARRONE, *Istituzioni* cit., 706 nt. 263; già A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1970⁴, 1044 nt. 110.2.4:

possibilità è aperta anche al *pater* nei confronti del *filius* (con qualche dubbio per la *filia*, per riguardo al *sexus*). Il parallelismo tra debitore insolvente e *noxae deditus* può essere spinto anche oltre la loro morte, qualora si ricordi — come sottolinea Purpura¹⁶³ — che la *noxae deditio* del colpevole può essere effettuata “non solo con la consegna del cadavere”, ma anche solo con un frammento del corpo: il suo corpo vale il debito, così come — almeno al tempo di Ambrogio — il corpo del debitore insolvente è pegno ai creditori.

In conclusione, la condizione dell'*addictus/ductus* è certamente diversa da quella della persona *in mancipio*, pur se le due figure sono spesso state accostate nella letteratura e anche nelle fonti, ad es., come si vedrà tra breve, in Calp. Flacc. *Decl.* 14: ma la logica profonda non sembra diversa, si tratta di una condizione punitiva dell'effettivo responsabile (dell'illecito o dell'inadempimento), corrispondente ad una quantità determinata di denaro ed a tempo illimitato¹⁶⁴.

8. 'Omnia iudicia absolutoria esse'.

Ciò posto, passiamo ora ad un'ulteriore prospettiva. Ai fini del nostro argomento non mi sembrano irrilevanti alcune considerazioni prospettate nei recenti studi sulla massima *omnia iudicia absolutoria esse*¹⁶⁵ di Carlo

«Ulp. D. 47.10.17.4 parla solo della *verberatio* del *servus*, ma è credibile che a maggior ragione la regola valesse per i sottoposti liberi.»

¹⁶³ PURPURA, *La sorte* cit., nt. 53.

¹⁶⁴ Proseguendo nella linea del confronto instaurato nel testo tra *addictio/ductio* da una parte e *noxae deditio* dall'altra, ma guardando ora all'esecuzione patrimoniale e in una prospettiva strettamente funzionalistica, che differenza c'è tra *cessio bonorum* e *noxae deditio*? Entrambe — non c'è nemmeno bisogno di ricordare le fonti, notissime — non sono finalizzate alla soddisfazione del creditore in primo luogo, bensì ad evitare la responsabilità personale del 'debitore'.

Del resto, se si guarda alle origini della terminologia qui rilevante, si ritrova un gruppo di termini in evoluzione ed in rapporti reciproci, *damnum, iniuria, noxa, noxia, poena*. A partire da “spreco, scapito, perdita di concreti oggetti patrimoniali”, *damnum* (XII tab. 8.16; 12.3) si sarebbe trasformato in “danno, svantaggio”, soppiantando nella lingua viva *noxia*, parola più antica per “danno (da danneggiamento o distruzione)” (8.6,9,10; 12.2a) la quale del resto era esposta alla confusione fonetica con *noxia*, “delitto” (D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas*, in ZSS 85 (1968) 173 ss.). Ovviamente su questi termini esiste una enorme letteratura, nella quale ancora oggi devono essere ricordati D. DAUBE, *On the use of Term damnum*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 97 ss. e SANTORO, *XII Tab. 12. 3* cit., spec. 69 nt. 200 (=in SANTORO, *Scritti minori* cit. I, 73).

¹⁶⁵ Gai 4.114; I. 4.12.2.

Augusto Cannata¹⁶⁶, Raimondo Santoro¹⁶⁷ e Ferdinando Zuccotti¹⁶⁸, in particolare nello studio di Zuccotti, che partendo dalla massima ha sviluppato un discorso di portata generale sul processo romano, discorso centrato essenzialmente su processo per *legis actiones* e processo formulare. Si tratta di un contributo apparentemente e insolitamente pacato nei toni, conoscendo la *vis* polemica di Zuccotti, ma in realtà questa *vis* c'è ed è nel suo approccio esplicitamente sociologico ed antropologico alle caratteristiche del processo romano, un approccio polemico memore di tempi forse oggi superati nei quali la peggiore accusa che si potesse fare ad un giusromanista (soprattutto se giovane) era che faceva della sociologia. Nel modo più sintetico può dirsi che Zuccotti cala il processo romano nel contesto della realtà sociale, attribuendo rilevanza decisiva alla circostanza che le parti impostano e svolgono la loro controversia all'interno di un sistema di relazioni fortemente interconnesse: inizialmente una comunità poco numerosa, poi i legami parentali e di clientela, i vicini, gli *amici*, i garanti. Le conseguenze di questa contestualizzazione sono molte, dall'attribuzione alla *manus iniectio* della funzione di accertamento piuttosto che di esecuzione¹⁶⁹, a ciò che qui più interessa: il processo romano sarebbe sempre subordinato alla ricerca di una positiva risoluzione di una situazione critica tra due soggetti, il prima possibile e comunque prima di arrivare alla sentenza, che con la sua pecuniarietà sopravvalutativa del valore della lite sarebbe comunque punitiva del convenuto soccombente (e soprattutto dei suoi garanti)¹⁷⁰. Il processo deve concludersi prima di questo momento finale e ciò anche quando il sempre maggiore grado di tecnicismo del processo formulare sembra irrigidire le possibilità di un accordo, si pensi ad uno strumento come la clausola arbitraria.

¹⁶⁶ C.A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in *Collana della Rivista di Diritto Romano - Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico, Pontignano 2001* (ledonline.it/rivistadirittoromano/); v. anche ID., *Corso di istituzioni di diritto romano I*, Torino 2001, 148 ss.

¹⁶⁷ R. SANTORO, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in *Atti Convegno Pontignano cit.* (=in R. SANTORO, *Scritti minori cit.* II, 631 ss.).

¹⁶⁸ ZUCCOTTI, *Omnia cit.*

¹⁶⁹ ZUCCOTTI, *Omnia cit.*, 14.

¹⁷⁰ Ma in fondo anche la condanna pecuniaria viene assorbita nella relazione pre/processuale tra le parti nel momento in cui i giuristi romani, in caso di *rei vindicatio* e pagamento della *litis aestimatio*, considerano la permanenza del bene oggetto della condanna presso il convenuto soccombente come un modo di acquisto 'a titolo derivativo' dello stesso.

A questo punto vorrei fare un passo indietro, al momento iniziale del processo, e ripensare alle garanzie che si devono prestare in nome proprio come le *cautiones* o a quelle che devono essere trovate dal convenuto presso i terzi (come i *praedes* nella *legis actio sacramento in rem*), tutte ricordate da Zuccotti: ma qual è la condizione di chi non è in grado di provvedere, né tanto meno sarà stato forse in grado di fornire *vades* o poi *vadimonium*, non a caso di fatto riservato alle classi abbienti¹⁷¹? Dalla *manus iniectio* nella quale non si presenti un *vindex* e nessuno nei tre giorni di mercato dopo l'*addictio*, al processo formulare nel quale il convenuto sia *latitans* o *absens indefensus* o *indefensus* o *confessus in iure* di *certa pecunia* e quindi il pretore ordina *ductio* e *missio in bona*, il convenuto non subisce la condanna pecuniaria della sentenza ma subisce comunque un esito processuale sfavorevole. In altri termini, questi provvedimenti del pretore potrebbero costituire la via normale di conclusione del processo quando la possibilità conciliativa che precede (ricordo qui il tentativo iniziale di Sempronio Asellione) ed affianca tutto il processo¹⁷² non può avere luogo per inadeguatezza economica e sociale del debitore convenuto. La cruda realtà del tardo antico mostrerà chiaramente questi meccanismi con l'affermarsi — nel contesto di un processo che conosce la contumacia — dell'arresto preventivo del debitore/convenuto.

Il quadro così tracciato bene si integra con la conclusione di Santoro, al termine di una complessa rilettura delle fonti, in primo luogo della *lex Rubria*, che “l'*actio*, se relativa a *certa pecunia*, in assenza di giudizio, in caso di *confessio* e in caso di *indefensio*, almeno al tempo della *lex Rubria*, come già precedentemente, conduceva alla applicazione immediata dei mezzi esecutivi con effetto definitivo”¹⁷³.

¹⁷¹ Sulle garanzie *iudicio sistendi causa* nel diritto classico ed ancora nel tardo antico fino a Giustiniano vd. TRISCUOGGIO, *Fideiussio* cit. Sull'importanza delle fonti sul *vadimonium* ai fini della conoscenza del reale svolgimento dei processi vd. E. METZGER, *Litigation in Roman Law*, Oxford 2005.

¹⁷² Vd. anche le ipotesi di accordi stragiudiziali individuate da SANTORO, *Per la storia* cit., 97. Né, in ulteriore ma ben diversa prospettiva (quella dell'autotutela del creditore) di evitare il processo, deve dimenticarsi la possibilità (variamente disciplinata nei diversi contesti e nelle diverse epoche) per il creditore di 'impossessarsi dei beni del debitore con lo scopo di costringerlo all'adempimento' (così C. GIACHI, *Interdetto de migrando ed esecuzione del pegno. Tra uso e disciplina della forza*, Firenze 2008, 18).

¹⁷³ SANTORO, *Per la storia* cit., 105. Merita di essere evidenziato l'inciso “come già precedentemente”.

Ciò che si sa degli *addicti* e poi dei *ducti* potrebbe confermare queste conclusioni, se ci si chiede come avrebbero potuto evitare una condanna ed ancora prima affrontare il processo gli indebitati plebei del V e IV secolo a.C., i congiurati catilinari della lettera a Marcus Rex in Sallustio, *miseri, egentis*¹⁷⁴, il cliente che in Marziale¹⁷⁵ viene *addictus* perché il suo patrono è in altre piacevoli faccende affaccendato, i *multi e deterrimi homines* in Gellio¹⁷⁶ che disprezzano la *vinculorum poena*: i *deterrimi* sono i pessimi, i cittadini della peggiore qualità¹⁷⁷.

A monte di tutto ciò si potrebbe addirittura arrivare al dubbio, che avevo già raccolto in sede del contributo CEDANT, sulla base degli studi di Wacke¹⁷⁸ e Kroppenbergs¹⁷⁹, circa la frequenza effettiva dei processi nei confronti di questi poveracci; scrive Wacke: «il fare valere il diritto poi non ripaga e pertanto molti attori opportunamente desistono da ciò»¹⁸⁰.

Si è così giunti al dato sociale della rilevanza degli *addicti/ducti*: quanti sono, nei diversi periodi dell'economia romana, quanti di essi sono uomini, o forse donne o forse figli.

¹⁷⁴ Sall. *b.c.* 33.1, cit., *retro*, in nt. 93. Altrove (PEPPE, *Studi sull'esecuzione* cit., 248 nt. 167) ho sottolineato il (plausibilmente volontario) silenzio di Cicerone a proposito della presenza di *addicti/ducti* tra i catilinari (Cic. *Cat.* 2.8.10-10.21) e l'accento invece da lui posto sulla *bonorum venditio* che li aveva colpiti (Cic. *Cat.* 2.3.5; 10.21).

¹⁷⁵ Mart. *Epigr.* 9.2.9-10: *Splendet Erythraeis perlucida moecha lapillis, Ducitur addictus, te futuente, cliens.*

¹⁷⁶ Gell. 20.1.51: *Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt.*

¹⁷⁷ La scala valutativa è chiara in Cic. *de opt. gen. orat.* 2.6: *ea igitur omnia in quo summa erunt, erit perfectissimus orator; in quo media, mediocris; in quo minima, deterrimus.*

¹⁷⁸ A. WACKE, «*Bonam sive malam causam habere*». *La prospettiva di successo nel processo civile romano*, in *Atti Convegno Pontignano* cit., 9.

¹⁷⁹ I. KROPPEBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen au erhalb des Konkursverfahrens*, Köln 2001.

¹⁸⁰ Processi nei quali (almeno in età formulare) comunque lo svolgimento concreto poteva aversi secondo le modalità incerte proposte da METZGER, *Litigation* cit., *passim*.

È ovviamente impossibile qualsiasi ipotesi sulla concreta realtà municipale sulla base di *Lex Rubria* 22.15 e dei relativi limiti di competenza (vd. successiva nt. 182): si potrebbe però pensare che tali limiti portassero ad una maggiore frequenza della *ductio* rispetto a Roma ed al ricorso alla *bonorum venditio* (=al pretore urbano) solo per i casi di maggiore rilevanza economica e in presenza di debitori particolarmente benestanti. Ma in questi ultimi casi probabilmente erano intervenute le garanzie reali, come mostra la ricca prassi delle *Tabulae Sulpiciorum* (vd. PEPPE, *Alcune considerazioni* cit.).

9. Tre aree 'grigie'.

Con questa domanda siamo entrati in un tipo di problemi che talvolta sono qualificati come 'aree grigie' o 'diritto non ufficiale', o espressioni consimili che dovrebbero essere idonee a segnalare come si tratti di fonti o contesti nei quali l'incertezza regna sovrana per l'assenza di regole evidenti o per la presenza di situazioni che si potrebbero dire nascoste nella realtà della vita quotidiana.

Accennerò rapidamente a tre casi del genere, ai quali ho già dedicato alcune considerazioni nel mio contributo per il CEDANT ed al quale rinvio per una trattazione più estesa e documentata, ma sui quali mi sembra opportuno tornare in questa sede, nella specifica prospettiva dell'esecuzione personale.

9.1. Un primo problema: la situazione personale degli addicti.

È meritevole di essere sottolineato il dato che, a differenza delle fonti giuridiche, in quelle extragiuridiche, in particolare retoriche, traspaiano questioni che discendono dalla condizione personale degli *addicti*: figli, donne, madri, mogli, padri. Per quanto le fonti retoriche possano talvolta essere considerate esposizione di casi-limite finalizzata a suscitare la discussione, è difficile non cogliervi la possibilità di reali *tranches de vie*. In questa sede mi limito a schematizzare il contenuto di Calp. Flacc. *decl.* 14¹⁸¹, che ho analizzato in sede CEDANT: un padre

¹⁸¹ Calp. Flacc. *decl.* 14: *Abdicatus patrem liberans ADDICTUS FENERATORI SERVIAT. ABDICATUS DE BONIS PATERNIS NIHIL habeat. Libertorum bona ad patronos pertineant. Quidam ex duobus liberis alterum abdicavit. <Abdicatus> addictum postea creditori patrem redemit et manumisit. Quo mortuo ambigunt de bonis abdicatus iure patroni et filius, qui in familia permansit. Equidem nec avarum me fuisse nec impium docui, nam et redemi patrem et manumisi. "Abdicatus es" inquit. En quem putes doluisse casum meum! Filius dicit beneficio parentis se esse nutritum, eius indulgentia libertatem civitatemque sortitum; at haec ipsa patrono libero suo contulit, quae filius a parente percepit. Proinde beneficium hereditatis filio datur, patrono redditur. Addictus numquam sperat libertatem; negligenter enim et contumaciter servit, qui servire non novit. Quid mihi abdicatorum obicis legem? Ego si quasi filius experirer, merito ut abdicatus expellerer; utor patroni actione, non filii. Quid enim, si non esset manumissus? Peculium servi mei peteres? specta defuncti condicionem, quae fuit mortis tempore, non quae aliquando praecessit. Sistitur venalis pater; non festinat hic bonus filius? Non denique metuit, ne illum redimat abdicatus? Filius incolumi dignitate non potuit explicare quantum abdicatus explicuit? Quotiens se pater paenitere confessus est, quotiens de huius impietate conquestus! Vitam licuisset addicto exercere ius patrium! Esset hic abdicatus, hic filius. Bona ipsa meo sunt labore quaesita; unde senex testari noluit, ne mihi quasi suum relinqueret, quod meum sciret. Tu illud prius consumpsisti patrimonium, illud amplum,*

(P), ha due figli (A e B); P scaccia e disereda A; P viene *addictus* ad un creditore; A *redemit et manumisit* il padre P, che poi muore; A e B litigano per i *bona* di P. Il discorso è di A e da esso risulterebbe che:

1) il padre è stato riscattato dal figlio A, che lo manomette: sembra quasi che il padre sia in *mancipio* presso il figlio; A afferma di agire *patroni actione, non filii*;

2) il figlio B non è diventato *addictus* seguendo il destino del padre e viene accusato (lui che era rimasto nella *familia*) da A di non aver riscattato il padre: B appare quindi diventato *sui iuris* dopo l'*addictio* del padre;

3) A accusa B che se egli A non avesse manomesso il padre, B rivendicherebbe il *peculium* del padre;

4) il padre ha quindi un *peculium* (=non vi è stata esecuzione patrimoniale);

5) il padre è stato messo in vendita: *sistitur venalis pater*. B non interviene (*noluit redimere venalem*), interviene A, il diseredato;

6) alla fine A afferma di pretendere dei *bona* paterni solo quanto necessario per il funerale di un liberto.

In conclusione, qui l'*addictus* è a mezza strada tra uno schiavo ed un libero. Il retore assai probabilmente forza la situazione nella bocca di A e l'intera disciplina giuridica; tuttavia due dati non possono essere discussi: il secondo figlio non diviene *addictus* al seguito del *pater*; inoltre il *pater* è *venalis*, può essere venduto (il figlio lo ha riscattato, sembrerebbe più comprandolo che pagando la somma per cui è stato *addictus*). Quest'ultima circostanza della vendibilità dell'*addictus* è — per quanto consta — attestata solo qui ed è evidente che il figlio A considera il padre *in mancipio*. A questo punto mi fermo e fisso l'attenzione sulla domanda che è emersa ad un certo momento della descrizione di questa *declamatio*: il padre ha un *peculium*, di conseguenza non vi è stata esecuzione patrimoniale?

illud quod <d>uobis parabatur heredibus. Ego postulo tenue, libertinum, quod vix sufficit ipsius funeri. Hic enim quando sepeliet iacentem, qui noluit redimere venalem?

9.2. *Un secondo problema: concorso elettivo tra esecuzione personale ed esecuzione patrimoniale?*

In altri termini, quale relazione c'è (e se c'è) tra esecuzione personale ed esecuzione patrimoniale? È il secondo problema che voglio ricordare. Si tratta di un argomento certamente non irrilevante da diversi punti di vista: da quello del rapporto sociale e giuridico tra creditore e debitore, a quello più squisitamente tecnico-giuridico della ricostruzione del regime del concorso. In particolare, non mi sembra raggiunta un'opinione concorde circa la concorrenza e il tipo di concorrenza tra due forme dell'esecuzione. Taluni propendono per il concorso elettivo, altri per la soluzione cumulativa: in entrambi i casi potrebbe esservi un diritto di scelta tra l'una e l'altra e la scelta dipenderà sostanzialmente dalla scelta dell'attore a fronte della concreta situazione, ovviamente qualora non vi siano ragioni di competenza a vincolare la scelta¹⁸². Purtroppo le fonti utilizzabili sono scarsissime. A parte la già citata lettera a Marcius Rex in Sallustio nella quale forse si possono cogliere dei debitori che, dopo aver perso il patrimonio, perdono anche la loro libertà¹⁸³, c'è un solo testo giuridico nel quale le due forme di esecuzione appaiono entrambe ed entrambe in gioco, sia pure in modo non chiaro; si tratta di un frammento nei *Fragmenta argentoratensia* di Ulpiano dal III libro *disputationum*¹⁸⁴. Purtroppo il frammento presenta una lacuna di circa 7 lettere in un punto probabilmente decisivo nel nostro contesto ed è mutilo all'inizio

¹⁸² Mi riferisco a *lex Rubria* 21.15, dove si attribuisce ai magistrati municipali la sola competenza in materia di esecuzione personale, con il limite comunque del valore della lite di 15.000 sesterzi, mentre *lex Rubria* 22.47 conferisce la competenza piena in entrambe le forme di esecuzione al pretore urbano.

¹⁸³ Così SANTORO, *Per la storia* cit., 115, legge Sall. *Cat.* 33.1: *neque cuique nostrum licuit more maiorum lege uti, neque abisso patrimonio liberum corpus habere: tanta saevitia feneratorum atque praetoris fuit.*

¹⁸⁴ Sulla questione accennata nel testo e su P. Strasburg *Ulp. disp.* III, *recto* Ia (L.E. SIERL, *Supplementum* alla *Palingenesia* di LENEL II, rist. Graz 1960, 13; *FIRA* II, 310 s.) v. estesamente PEPPE, *Fra corpo e patrimonio* cit., § 10.4. *Recto* Ia: *facit, tunc eum et sequenti condemnandum. sic fieri, ut sua, inquit, culpa ab altera bona eius veneant aut, ut quibusdam, inquit, videtur, ducatur. sed verius est nec post condemnationem maritum facile duci, nec ducitur nudus. sed melius est sic dicere utriusque rationem habendam, etiamsi altera postea litem sit contestata, ut post condemnationem alterius in bonorum venditione aequas partes ferant, cum sine metu vinculorum sit futurum. Sibi que inputet, qui poterat se liberare a sequenti condemnatione, si satis fecisset priori sententiae. Marcellus tamen libro VII digestorum putat, si haec fuit patrimonii qualitas, ut difficile esset explicari pecunia, aequissimum esse, etiamsi fuerat condemnatus, denegari sequenti iudicati actionem aut certe*

ed alla fine: la mancanza dell'inizio impedisce la certezza assoluta circa lo strumento processuale adottato, che però è molto plausibilmente l'*actio rei uxoriae*, e probabilmente vi doveva essere un accenno al *beneficium competentiae*, sicuramente centrale nella vicenda processuale. Quanto alla fine del frammento, essa doveva contenere un'ulteriore soluzione in rapporto all'elemento della *qualitas* del patrimonio dell'ex-marito. Inoltre forse merita di essere sottolineato l'uso di avverbi con funzione valutativa, ma con finalità diverse: *facile* sembra alludere ad una modalità operativa; *verius* ad una conformità fondata su di un criterio; *melius* ad una valutazione equitativa. Il caso discusso è così singolare da sembrare paradossale o di scuola, una *disputatio* accademica per usare le categorie di Schulz¹⁸⁵, oppure in una sede pubblica di alto insegnamento come proposto da Lovato¹⁸⁶ e discusso da Stolfi¹⁸⁷, ma la struttura comunque appare notevolmente problematica nei suoi termini giuridici, con un probabile "richiamo giuliano" di recente sottolineato da Bretone¹⁸⁸: due ex-mogli agiscono separatamente nei confronti dell'ex marito; se la prima fosse soddisfatta con la *bonorum venditio*, alla seconda resterebbe solo la *ductio* dell'ex-marito — segue la lacuna nel testo —, marito che sarebbe però *ductus nudus*, cioè *amissis bonis*. La soluzione di Ulpiano, in via interpretativa (*melius*), è l'attribuzione alle due donne di parti uguali nella *bonorum venditio*, senza che vi sia *ductio*; sembrerebbe perciò che in linea di stretto diritto la seconda ex-moglie fosse comunque esclusa dalla *bonorum venditio* e si sarebbe dovuta accontentare della *ductio* di un uomo senza beni.

È nelle interpretazioni, esclusivamente congetturali, dell'espressione *nec ducitur nudus* che si manifesta la preferenza per il tipo di concorso. In questa sede non è necessario scegliere tra le interpretazioni. Il passo è in ogni caso molto interessante per due motivi: da una parte vi è la menzione di entrambe le forme di esecuzione con una evidente valutazione equitativa degli interessi in gioco, il che forse può suggerire la conclusione che spesso la soluzione fosse strettamente casistica;

¹⁸⁵ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (1953²), tr. G. NOCERA, Firenze 1968, 433.

¹⁸⁶ A. LOVATO, *Studi sulle Disputationes di Ulpiano*, Bari 2003, 15.

¹⁸⁷ E. STOLFI, I «libri *disputationum*» di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani, in *Rivista di Diritto Romano* 3 (2003) 11 (ledonline.it/rivistadirittoromano/).

¹⁸⁸ BRETONE, *Ius controversum* cit., 837 (ma già così LENEL, 154 -O. LENEL, *Zwei neue Bruchstücke aus Ulpian's Disputationen*, in *SitzBer. Preuß. Ak. (Ph.-Hist. Kl.)* 41 (1903) 922 ss.; ora in O. LENEL, *Gesammelten Schriften* III, Napoli 1991, 149 ss.).

dall'altra sembra inequivoco che — in un diverso contesto — la seconda donna avrebbe potuto avere presso di sé come *ductus* l'ex-marito.

9.3. *Un terzo problema: è possibile vendersi come schiavo?*

Infine, il terzo problema: chiunque affronti l'esecuzione personale in diritto romano si trova costretto a dover dedicare attenzione alla questione se sia ammissibile a Roma, almeno nei primi secoli, la riduzione in schiavitù di un libero sulla base di un rapporto di diritto privato¹⁸⁹. Parallela e contigua a tale questione è l'altra se in diritto classico un libero possa ridursi volontariamente e legittimamente in schiavitù, questione che qui mi limito a riassumere, ma a mio avviso di grande interesse in una prospettiva generale di metodo, rilevante anche per il nostro tema. Oggi è assolutamente prevalente nella nostra disciplina l'opinione negativa, tale opinione è stata recepita anche al di fuori dell'ambito giuridico: l'affermazione *dominus membrorum suorum nemo videtur* di D. 9.2.13 pr.¹⁹⁰ è esplicitamente accolta dal citato Esposito¹⁹¹, riecheggia nell'Enciclica *Casti connubii* di Pio XI del 31 dicembre 1930.

In realtà questa certezza in passato era stata fortemente criticata, in particolare da Raymond-Théodore Troplong (1795-1869)¹⁹², ma soprattutto nel 1981 tale certezza è stata messa in dubbio da Ramin e Veyne¹⁹³, poi ribadita ancora da Veyne¹⁹⁴: i Romani, in piena età classica, vendevano se stessi come schiavi, per necessità e qualche volta per mettersi al servizio di un potente padrone, quindi addirittura in vista di una vita migliore, di una scalata sociale. Le fonti disponibili a suffragare questa ipotesi sono pochissime, due notizie biografiche di Pallante e di

¹⁸⁹ Vd., ad es., PEPPE, *Studi sull'esecuzione* cit., 117 nt. 70; PELLOSO, *Studi sul furto* cit., 207 nt. 159.

¹⁹⁰ Ulp. *l. 18 ad ed.* D. 9.2.13 pr.: *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Fugitivi autem nomine dominus habet.*

¹⁹¹ ESPOSITO, *Terza persona* cit., 114.

¹⁹² R.Th. TROPLONG, *Préface a Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du Code, Commentaires des titres XVI et XVII, livre III du Code civile*, Bruxelles 1848.

¹⁹³ J. RAMIN - P. VEYNE, *Droit romain et société: les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire*, in *Historia* 30 (1981) 472-497 (=in P. VEYNE, *La société romaine*, Paris 1991, 247 ss.; non pubblicato in ID., *La società romana*, Bari 1990).

¹⁹⁴ *Sénèque, Entretiens; Lettres à Lucilius* (éd. établie P. VEYNE), Paris 1993, 481 s.

Trimalcione¹⁹⁵ ed un paragrafo del *De beneficiis* di Seneca¹⁹⁶; le fonti giuridiche addotte, comunque pochissime¹⁹⁷, in realtà appaiono poco o punto utilizzabili a sostegno della ipotesi. Il silenzio quasi generale e in particolare delle fonti giuridiche su questa realtà¹⁹⁸ viene giustificato con l'esistenza di un vero tabù, sul punto, nella cultura romana.

Per quasi vent'anni questa ipotesi è passata sotto silenzio finché è stata ripresa e fatta propria da Alfred Söllner¹⁹⁹, che usa anch'egli il termine tabù al proposito, e dagli studiosi anglosassoni di storia sociale ed economica²⁰⁰, da ultimo Walter Scheidel²⁰¹.

È assai probabile che la novità di questa opinione trovi una buona accoglienza in ragione del prestigio di chi recentemente l'ha sostenuta e della sede di pubblicazione; Söllner è stato²⁰² un importante giurista tedesco, giusromanista, civilista, giuslavorista, membro del *Bundesverfassungsgericht* dal 1987 al 1995, i lavori nei quali ha sostenuto la sua posizione sono apparsi nella serie delle *Forschungen zur antiken Sklaverei* nel 2000 e nella *Savigny* del 2005; Scheidel è un noto studioso degli aspetti sociali ed economici della schiavitù antica della Stanford University e il suo contributo qui ricordato è destinato alla *The Cambridge World History of Slavery* in corso di pubblicazione,

¹⁹⁵ Il caso più attendibile addotto è quello di Pallante, al tempo di Claudio (Tac. *ann.* 12.53); vd. anche Petr. *Sat.* 57.4.

¹⁹⁶ Sen. *ben.* 4.13.3: *Quid mea interest, an recipiam beneficia? Etiam cum recepero, danda sunt. Beneficium eius commodum spectat, cui praestatur, non nostrum. Itaque multa, quae summam utilitatem aliis adferunt, pretio gratiam perdunt. Mercator urbibus prodest, medicus aegris, mango venalibus; sed omnes isti, quia ad alienum commodum pro suo veniunt, non obligant eos, quibus prosunt.*

¹⁹⁷ In particolare D. 28.3.6.5 e soprattutto Ulp. *l. 1 ad ed. aed. cur.* D. 21.1.17.12: *Apud Labeonem et Caelium quaeritur, si quis in asylum confugerit aut eo se conferat, quo solent venire qui se venales postulant, an fugitivus sit: ego puto non esse eum fugitivum, qui id facit quod publice facere licere arbitrat.*

¹⁹⁸ Diverso il discorso per il tardo antico, su cui v. ora NAVARRA, *Creditori e debitori cit.*, i.f. § 7.

¹⁹⁹ A. SÖLLNER, *Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen - Homines liberi et servi alieni bona fide servientes (Forschungen zur antiken Sklaverei, CRRS — a. c. di J.M. RAINER — Beihefte Bd.3/9)*, Stuttgart 2000; ID., *Bona fides – guter Glaube?*, in *ZSS* 122 (2005) 1 ss. Il tema della *bona fides* in relazione al *liber homo bona fide serviens* è ora ripreso da R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 10 e nt 5.

²⁰⁰ PEPPE, *Fra corpo e patrimonio cit.*, ntt. 107 e 118.

²⁰¹ W. SCHEIDEL, *The Roman Slave Supply* (may 2007), in *Princeton/Stanford Working Papers in Classics*, in www.princeton.edu/~pswpc/pdfs/scheidell/050704.pdf.

²⁰² È mancato nel 2005.

un'opera che sarà uno *standard* nei paesi di lingua inglese. Ma vi è un secondo dato che vorrei sottolineare e nel lungo periodo credo non irrilevante per la fortuna dei nostri metodi di ricerca: negli studi di lingua inglese sulla schiavitù che ho avuto occasione di consultare, spesso è ricorrente un atteggiamento che avevo già incontrato in alcuni studiosi di quella cultura antichistica quando ho studiato le *Tabulae Sulpiciorum* e incrociato in quel contesto la tematica dei contratti letterali in diritto romano²⁰³: vi è un profondo e diffuso scetticismo ai fini della conoscenza della società romana nei confronti delle fonti giuridiche romane e dei nostri studi condotti in primo luogo su di esse, nei confronti cioè di quello che viene chiamato da loro “the traditional legal approach”, con una profonda insofferenza e un atteggiamento quasi di sufficienza: un bersaglio critico che proprio gli studi che in questa sede sono stati citati mostrano come inconsistente.

10. Conclusioni.

Quanto al tema specifico dell'esecuzione personale, non mi sembra possibile trarre conclusioni sintetiche dai molti aspetti dell'argomento che sono stati toccati. Forse però è possibile trarne una non ovvia ma al contempo abbastanza attendibile. Se si riesce a liberarsi dei nostri schemi mentali, prima ancora che giuridici, sarà possibile rintracciare per tutta l'esperienza giuridica romana un rapporto originario e mai venuto meno tra il corpo dell'uomo libero e cittadino ed il suo *status*, un rapporto dominato dai meccanismi di inclusione/esclusione e nel quale la qualificazione giuridica della libertà è solo la formalizzazione dell'ideologia della *libertas* ed è dominata dal rischio perenne della *capitis deminutio*.

Ma forse è più importante far emergere una circostanza che mi sembra molto importante in una prospettiva generale. Per quanto riguarda la giustificazione ultima che ho dato, dopo averla sottolineata, dell'importanza del corpo nelle origini a Roma nel § 3, ho addotto fonti romane e letteratura scientifica note e meno note; ciò è vero per quanto riguarda Livio e Dionigi di Alicarnasso, ma per quanto riguarda le citazioni dall'*Eneide* e ad esse collegate, queste sono venute in un secondo momento, quando il lavoro era praticamente concluso, a

²⁰³ PEPPE, *Alcune considerazioni* cit., 175 s.

sèguito di uno spunto dato dalla lettura in un quotidiano²⁰⁴ di un breve articolo di una giovane scrittrice, Igiaba Scego, nata nel 1974, cittadina italiana di prima generazione, nata da una famiglia somala rifugiata in Italia per le note vicende della Somalia. Questo articolo lamentava la difficoltà di riconoscersi, da italiana, nei recenti cambiamenti che erano evidenti nella società e nella politica italiane circa l'accoglienza degli stranieri e concludeva con i versi 1.384-5 dell'Eneide citati, *retro*, nel § 3; io non li avevo avuti presenti a suo tempo, mi sono vergognato della mia dimenticanza o ignoranza, sia per l'oggetto in sè sia per la mancata consapevolezza da parte mia della reale capacità dei nostri classici di essere ancora patrimonio comune, di tutti, anche e soprattutto dei giovani e dei nuovi concittadini. A questo punto, sono andato su Internet e ho trovato tante cose notevoli, a me ignote, in modo particolare nell'ambito di quella che è stata chiamata la 'cultura dell'accoglienza'²⁰⁵. Le vie del 'classico'²⁰⁶ sono veramente infinite, talvolta ormai inimmaginabili per una persona come me non più giovane: ma per fortuna è così.

²⁰⁴ *L'Unità*, 13 maggio 2009, 48.

²⁰⁵ Mi limito a citarne due, la prima di cultura cd. alta, il testo di una lezione in sede SSIS (SSIS Toscana, a.a. 2004/2005, Pisa 11 maggio 2005), di una latinista di Pisa, Annamaria Cotrozzi, studiosa di Seneca (COTROZZI, *Seneca* cit.; ID. 'Servī sunt' *Immo homines. Spunti e proposte per la lettura in classe di Sen. ep. 47*, in *Studi Perutelli*, Roma 2008, 341 ss.): A. COTROZZI, *Il viaggio verso la nuova patria: un percorso nel mito di fondazione raccontato da Virgilio (lettura, in prospettiva didattica, di alcuni passi dell'Eneide)*, in <http://ssis-old.adm.unipi.it/documenti/lezioneintrod.latinoMaster.doc>. Si tratta di una lezione assai fine, interessante anche sotto il profilo didattico per uno storico del diritto.

La seconda cosa che ho trovato, molti non la considererebbero nemmeno cultura: è una composizione musicale del genere cd. *Rap* di un gruppo musicale militante, *Assalti frontali*, che in un suo disco del 2008 ha incluso l'*Enea Super Rap*, un pezzo di enorme successo nato dall'incontro del gruppo con i bambini di una scuola elementare romana. Ascoltare su *You Tube* una canzone nella quale Enea è presentato come modello di immigrato clandestino, accanto ad Ulisse, e pensare ai bambini di oggi che la scandiscono è stata una sorpresa incredibile.

²⁰⁶ Forse in questo contesto la nozione di classico più idonea potrebbe essere l'ultima nella elencazione delle definizioni di classico in Italo Calvino: "È classico ciò che persiste come rumore di fondo anche là dove l'attualità più incompatibile fa da padrona" (I. CALVINO, *Perché leggere i classici* (1981), in ID., *Perché leggere i classici*, Milano 1995, 12).

Sulla nozione di 'classico' in senso ampio vd. S. SETTIS, *Futuro del 'classico'*, Torino 2004 (ma vd. anche A. ASOR ROSA, *Il tempo dei classici*; M. BETTINI, *I classici nella bufera della modernità*, in *Critica del testo*, rispettivamente 1.1 (1998) 53 ss. e 3.1 (2000) 75 ss.); non ci si riferisce qui ovviamente ai significati del termine 'classico' possibili nella giusromanistica, per la quale vd., da ult., C. CASCIONE, *Nota di lettura* a O. BEHREND, *Scritti «italiani»*, Napoli 2009, xviii ss., ma vd. soprattutto M. BRETONE, *Il «classico»: come intenderlo?*, in ID., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari 2004⁴, 219 ss.

Finito di stampare
dalla
Salerno Arti Grafiche
Palermo, Gennaio 2010